JOÃO EDUARDO GOMIDE DE PAULA

INTERVENÇÃO ESTATAL E PETRÓLEO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA AO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E
FINANCEIRO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO COMO
EXIGÊNCIA PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO

PROFESSOR ORIENTADOR

PROF. TITULAR GILBERTO BERCOVICI

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

*PARA
SOLANGE, JOSÉ JOAQUIM, VERA, PEDRO E LUCAS,
MINHA FAMÍLIA, PELO AMOR E APOIO INCONDICIONAIS*

AGRADECIMENTOS

Tantas pessoas a agradecer que prefiro pecar pela menção coletiva a esquecer de alguém cujo nome deveria estar mencionado nesta página.

Agradeço profundamente:

À minha família pelo apoio, pelo carinho e pelo amor. Solange, José Joaquim, Vera, Pedro e Lucas, esta dissertação e tudo o mais não seriam possíveis sem vocês.

À sociedade brasileira e ao nosso Estado, tão criticado e difamado, pelas oportunidades que me foram proporcionadas ao longo da minha vida, especialmente pela minha educação em nível superior e pela oportunidade de estudar mandarim por um ano em Pequim. Sinto-me privilegiado pela responsabilidade de servir ao Público.

Ao meu orientador, Professor Titular Gilberto Bercovici, pela orientação cuidadosa e pelo amor à Academia.

Aos meus amigos pelo companheirismo, em especial aos irmãos do Indião e da República do Lago, que estiveram ao meu lado nos muitos dias bons e nos dias difíceis.

Aos amigos do Itamaraty pelos debates e pelo prazer da convivência diária.

À Cássia Carvalho, ao Guilherme Setoguti, ao Pedro Luiz do Nascimento Filho, ao José Guilherme Caiado, ao Marcelo Pacheco e ao Diego Kosbiau agradecimentos especiais pelas discussões e pela ajuda oferecida na revisão e depósito deste trabalho.

Aos amigos do Felsberg e do Manesco, locais em que vivi os desafios da advocacia, em especial ao amigo Vítor Rhein Schirato.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Este estudo analisa a intervenção do Estado *sobre e na* indústria do petróleo em uma perspectiva histórica e argumenta que as recentes reformas do setor expressam um novo padrão de intervencionismo estatal – o neodesenvolvimentismo. A intervenção *sobre* essas atividades econômicas é modalidade de intervenção indireta que se expressa no monopólio público do art. 177 da CF/88 e nas regras infraconstitucionais para o setor. Por sua vez, a intervenção *na* própria atividade econômica, ou direta, é instrumentalizada principalmente por meio de empresas estatais. A Lei nº 2.004/53 é marco do Estado desenvolvimentista brasileiro e instituiu monopólio legal em regime de exclusividade pela Petrobras. No modelo de Estado regulador da década de 1990, reformas jurídicas permitiram a contratação de empresas privadas para exercício do monopólio estatal que, no entanto, permanece intacto como “poder de escolha”. As recentes descobertas do “Pré-sal” revolucionaram o horizonte do setor no Brasil e resultaram na edição de novo marco legal composto pelas Leis nº 12.351/10, Lei nº 12.304/10 e Lei nº 12.276/10. Sem prejuízo do contrato de concessão da Lei nº 9.478/97, esse novo marco estabeleceu contrato de partilha de produção, nova empresa estatal (PPSA) e reforçou o papel atribuído à Petrobras no setor. O novo arcabouço é representativo do Estado neodesenvolvimentista. As rendas petrolíferas podem ser maldição ou bênção, a depender da política econômica adotada.

PALAVRAS CHAVE

INTERVENÇÃO ESTATAL – PETRÓLEO – DESENVOLVIMENTO –
SOBERANIA – MONOPÓLIO

ABSTRACT

This dissertation analyses the modalities of State intervention in the Brazilian oil industry in a historical perspective to sustain that a new pattern of State intervention takes place – Neodevelopmentalism. Indirect interventionism is a byproduct of the public monopoly of Article 177 of the Federal Constitution and of applicable legal regulation. Direct Interventionism is pursued mainly through state enterprises. Law No. 2.004/53 is representative of the Brazilian Developmental State and creates an exclusive monopoly for Petrobras. In the context of the Regulatory State of the 90's legal reforms opened the sector to the private initiative, without revoking the monopoly that still remains as a comprehensive power to regulate activities related to the oil industry. Recent discoveries in the “Pré-Sal” layer revolutionized Brazilian oil production horizon and resulted in the enactment of a new legal framework: Law No. 12.351/10, Law No. 12.304/10 and Law No. 12.276/10. In addition to the concession agreement of Law No. 9.478/97, this new framework regulates the execution of production sharing agreements, the creation of another state enterprise (PPSA) and provides new powers to Petrobras. This new framework is representative of the Neodevelopmental State. Oil revenues can be a blessing or a curse, depending on the economic policies that are adopted.

KEYWORDS

STATE INTERVENTION – OIL – DEVELOPMENT – SOVEREIGNTY –
MONOPOLY

LISTA DE SIGLAS E DE ABREVIATURAS

ABDIB = Associação Brasileira para o Desenvolvimento das Indústrias de Base

ADI = Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANP = Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ART.= artigo

B/D = barris de óleo por dia

BNDE(S) = Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (e Social)

BOE = barris de óleo equivalentes

CC/16 = Código Civil de 1916, Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

CC/02 = Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

CDFS = Conselho Deliberativo do Fundo Social

CEPAL= Comissão Econômica para a América Latina

CEPDEN = Centro de Estudos e Defesa do Petróleo e da Economia Nacional

CGFFS = Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social

CINPE = Comissão Nacional da Indústria Pesada

CNP = Conselho Nacional do Petróleo

DNC = Departamento Nacional de Combustíveis

DNPM = Departamento Nacional da Produção Mineral

ESTATUTO DO PETRÓLEO = Proposta de alteração do marco para o setor petrolífero apresentada, em 4 de fevereiro de 1948, pelo Governo Dutra.

FRONAPE = Frota Nacional de Petroleiros

IOC = companhias petrolíferas internacionais (*international oil companies*)

LFT = Letras Financeiras do Tesouro Nacional

NOC = companhias petrolíferas nacionais (*national oil company*)

OPEC = Organização dos Países Exportadores de Petróleo

PAEG = Programa de Ação Econômica do Governo

PETROBRAS = Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro S.A.

PITCE = Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior

PLANO SALTE = Plano Saúde, Alimentação, Transporte e Energia, aprovado pela Lei nº 1.102, de 18 de maio de 1948.

II PND = II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979)

PPSA = Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A.

PROCAP = Programa de Capacitação Tecnológica em Sistemas de Exploração para Águas Profundas

PSD = Partido Social Democrático

PSP = Partido Social Progressista

PTB = Partido Trabalhista Brasileiro

REFINARIA MANGUINHOS = “Refinaria de Petróleo do Distrito Federal S.A.”, localizada no Rio de Janeiro, do grupo Drault Ernany-Eliezer Magalhães

REFINARIA UNIÃO = “Refinaria e Exploração de Petróleo União S.A.”, localizada em São Paulo, do grupo Soares Sampaio-Corrêa de Castro

R\$ = reais brasileiros

STF = Supremo Tribunal Federal

UDN = União Democrática Nacional

UNE = União Nacional dos Estudantes

US\$ = dólares americanos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A CRIAÇÃO DO MONOPÓLIO SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS	18
2.1. A campanha <i>O Petróleo é Nosso</i> e a sua incorporação ao Ordenamento Jurídico brasileiro	18
2.1.1. <i>Antecedentes jurídico-institucionais</i>	18
2.1.2. <i>A Lei nº 2.004/53 e a criação do monopólio legal</i>	30
2.2. A Petrobras e a criação da indústria petrolífera nacional	42
2.2.1. <i>A afirmação da Petrobras (1954-1964)</i>	42
2.2.2. <i>A expansão da Petrobras: conglomeração, petroquímica e internacionalização (1964-1975)</i>	50
2.2.3. <i>A Petrobras e a Crise do Estado empresarial (1975-1988)</i>	57
3. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DIRIGENTE, SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO.....	63
3.1. Ordem econômica e Constituição Dirigente.....	63
3.2. Soberania	68
3.3. Desenvolvimento	73
3.3.1. <i>Conteúdo da noção de desenvolvimento</i>	73
3.3.2. <i>Papel do Estado na promoção do desenvolvimento</i>	77
4. O MONOPÓLIO PÚBLICO SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS.....	90
4.1. Diferenciação entre Monopólio de fato e de Direito	90
4.2. O monopólio público como técnica de intervenção no domínio econômico...	95
A) <i>Intervenção direta e atividade econômica em sentido estrito</i>	95
B) <i>Intervenção direta e liberdade de iniciativa</i>	101
C) <i>Intervenção direta por meio da criação de monopólio: relação entre o art. 173 e 177 da CF/88.</i>	107
D) <i>Intervenção direta pelo próprio titular do monopólio ou por outrem</i>	109

4.3	O monopólio do petróleo na Constituição Federal de 1988	112
4.3.1.	<i>A redação original do art. 177 da CF/88</i>	112
4.3.2	<i>A Emenda Constitucional nº9/95</i>	116
4.3.3.	<i>O posicionamento do STF</i>	118
4.3.4.	<i>O monopólio como “poder de escolha”</i>	126
5.	O REGIME INFRACONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS 135	
5.1	Principais aspectos da Lei nº 9.478/97	136
5.2	O novo marco legislativo para as áreas do Pré-Sal.....	140
5.2.1	<i>O contrato de partilha de produção e as múltiplas facetas da União: uma interpretação neodesenvolvimentista das Leis nº 12.351/10 e nº 12.304/10</i>	144
5.2.2	<i>A cessão onerosa e a capitalização da Petrobras: o contrato “sui generis” da Lei 12.276/10</i>	163
6.	SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO: A IMPORTÂNCIA DAS RENDAS PETROLÍFERAS	170
6.1	A disputa pelas rendas petrolíferas: soberania permanente sobre os recursos naturais e subdesenvolvimento	171
6.2	A teoria da “maldição dos recursos”, a “doença holandesa” e os “Estados rentistas”	177
6.3	O Fundo Social para administração das receitas do Pré-Sal.....	188
7.	CONCLUSÃO	199
	BIBLIOGRAFIA	210
	DOCUMENTOS OFICIAIS	233

1. INTRODUÇÃO

Este estudo analisa a intervenção do Estado *sobre e na*¹ indústria do petróleo em uma perspectiva histórica e argumenta que as reformas recentes do setor indicam um novo padrão de intervencionismo estatal – o neodesenvolvimentismo.

A intervenção *sobre* as atividades econômicas relacionadas à indústria do petróleo é modalidade de intervenção indireta que se expressa no monopólio público do art. 177 da CF/88 e nas regras infraconstitucionais para o setor. Por sua vez, a intervenção direta ou *na* própria atividade econômica é instrumentalizada por meio de empresas públicas, no caso específico, tradicionalmente pela Petrobras.

A escolha do tema “*Intervenção Estatal e Petróleo*” se justifica por variados motivos. Um motivo fundamental é o fato de que foi descoberta, em 2006, a província petrolífera do Pré-Sal, com aproximadamente 800 km de extensão e 200 km de largura, perfazendo uma área de 149.000 km², que se estende do Espírito Santo a Santa Catarina, nas bacias de Campos, de Santos e do Espírito Santo. Estima-se que as reservas da área do Pré-Sal poderão alcançar 50 bilhões de barris, o que teria profundos impactos sobre a economia e a sociedade brasileira (SOUSA, 2009).

Em termos jurídicos, essa descoberta suscitou processo de reforma do marco regulatório incidente sobre as atividades petrolíferas. Com efeito, recentemente foram aprovadas as seguintes leis: (i) Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, sob o regime de partilha de produção, em áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas, bem como cria o Fundo Social e altera dispositivos da Lei nº 9.478/97; (ii) Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA); e (iii) Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente à

¹ Eros GRAU (2006, pp. 148-151) divide as intervenções estatais em intervenções *sobre e no* domínio econômico. Para o autor, as formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico seriam aquelas formas de intervenção indireta do Estado e poderiam ser diferenciadas em mecanismos de intervenção por direção, de caráter compulsório, e mecanismos de intervenção por indução, de caráter premial. Já os mecanismos de atuação no domínio econômico seriam aqueles mecanismos pelos quais o Estado atuaria diretamente no domínio econômico e poderiam ser divididos em mecanismos de intervenção por participação, nos quais o Estado atuaria na condição de empresário em competição com os demais agentes do mercado, e, ainda, por absorção, no qual o Estado assumiria completamente os meios de produção ou de troca para si, subtraindo o setor da iniciativa privada.

Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e dispõe sobre o processo de capitalização da empresa pela União.

O setor petrolífero foi objeto de profundas reformas jurídicas. Essas alterações propugnam por um modelo em que o Estado exercerá papel dirigente mais intenso, sem, no entanto, afastar por completo a participação da iniciativa privada. O setor atravessa período de revolução, de modo que o presente estudo tem como objetivo apresentar e debater as principais mudanças recentes, em um contexto de reformulação do papel do Estado na economia. O principal argumento formulado é de que essas reformas indicam a formação de novo padrão de intervenção estatal, chamado de neodesenvolvimentismo.

Outro relevante motivo para proposição do tema “Intervenção Estatal e Petróleo” é a sua intrínseca relação com o desenvolvimento e a soberania nacionais. A história da intervenção estatal nesse setor é representativa das conquistas e vicissitudes enfrentadas pelo Estado brasileiro na busca pela superação do subdesenvolvimento. O estudo do tema proposto analisa o papel do Estado na promoção do desenvolvimento e as transformações ocorridas nessa função ao longo das últimas décadas.

Nesta análise, a perspectiva histórica é fundamental. A intervenção estatal no Brasil apresentou mudanças estruturais ao longo do tempo que foram traduzidas em diferentes respostas jurídicas e institucionais. Com relação ao setor objeto de estudo, é possível verificar íntima relação entre o arcabouço institucional escolhido e o padrão de intervenção prevalecente. Por sua importância estratégica e econômica, o estudo da intervenção do Estado no setor petrolífero permite formular generalizações que ultrapassam o próprio âmbito setorial, refletindo tendências da política econômica estatal.

As descobertas das reservas do Pré-Sal aprofundam a importância do setor petrolífero para a realização do projeto constitucional previsto no art. 3º da CF/88, núcleo da Constituição Dirigente. A superação do subdesenvolvimento é, simultaneamente, ameaçada e impulsionada por essas descobertas. As rendas petrolíferas advindas da exploração desses recursos poderão ser uma bênção ou uma maldição, a depender de como essas rendas são controladas e empregadas pelo Poder Público. A regulação jurídica dessas rendas petrolíferas é, portanto, tema de extrema importância.

Adicionalmente, a intervenção estatal no setor petrolífero é objeto de profundas controvérsias doutrinárias. Questiona-se acerca da natureza jurídica do monopólio previsto no art. 177 da CF/88, especialmente após a edição da EC nº9/95. Tradicionalmente, o monopólio sobre o petróleo no Brasil era exercido em regime de exclusividade pela Petrobras, mas, após a reforma constitucional, foi permitida a contratação de terceiros, em conformidade com lei específica – a Lei nº 9.478/97. Esta Lei criou o instituto da concessão que permite o exercício das atividades de exploração e de produção por empresas privadas, por sua conta e risco, com a atribuição da propriedade do produto da lavra.

O modelo regulatório recentemente aprovado para a exploração do Pré-Sal não rompeu com o regime da Lei nº 9.478/97, mas trouxe novos instrumentos de contratação das atividades de exploração e de produção (contrato de partilha de produção), além de prever a criação de novos atores estatais (a PPSA). Essa pluralidade de regimes para atribuição do exercício do monopólio suscita polarizações e mesmo questionamentos acerca de sua constitucionalidade (SOUTO, 2011). O presente trabalho busca analisar essas questões com base em concepção do monopólio como “poder de escolha”. O monopólio como “poder de escolha” combinado com a formação do Estado neodesenvolvimentista são apresentados como elementos explicativos e legitimadores desse novo marco regulatório.

Este trabalho divide-se em cinco capítulos principais, além de capítulo introdutório e conclusivo.

O Capítulo 2 aborda o histórico da intervenção estatal *sobre e no* setor petrolífero. Adotou-se como marco inicial a década de 1930 e, como marco final, o processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao longo desse período, houve momentos marcantes para compreensão do atual modelo de intervenção estatal, notadamente: a campanha *O Petróleo é Nosso*; a Lei nº 2.004/53 que instituiu monopólio legal sobre diversas atividades da indústria do petróleo e autorizou a criação da Petrobras; e o processo de afirmação da Petrobras. Especialmente após a década de 1950, a história da Petrobras se identifica com a própria história do setor, o que explica a centralidade da trajetória da empresa nessa interpretação histórica. Para além da apresentação dos fatos e dos personagens que historicamente marcaram a formação desse setor, a análise tem como fio condutor a

importância do setor petrolífero no próprio processo de afirmação do Estado desenvolvimentista brasileiro.

No Capítulo 3 são delineados conceitos estruturais desta dissertação. Debate-se o conceito de Constituição Econômica e argumenta-se que a Constituição de 1988 é uma Constituição Dirigente cujo projeto de transformação social está sintetizado no art. 3º da CF/88. Separadamente, são esboçados os conceitos de soberania e de desenvolvimento. Adota-se posição de que desenvolvimento significa projeto de transformação que tem como objetivo aumentar as liberdades dos indivíduos, numa perspectiva integrada das gerações de direitos humanos inspirada na obra de Amartya SEN (2000).

No Capítulo 3, ainda, questiona-se a relação entre Estado e promoção do desenvolvimento. Nesta análise, sobressaem-se três modelos de intervenção estatal: Estado desenvolvimentista, Estado regulador e Estado neodesenvolvimentista. O primeiro corresponderia ao Estado de matiz keynesiana (e cepalina, no caso do Brasil) que utiliza instrumentos de planejamento para promoção da economia, em uma perspectiva verticalizada de coordenação. O segundo relaciona-se com o Estado influenciado pela ideologia neoliberal, em ascensão nas décadas de 1980 e 1990, promotor do livre mercado e defensor do Estado mínimo. Terceiro, o Estado Neodesenvolvimentista diria respeito a um novo momento do Estado intervencionista, em contexto marcado pela disseminação da economia do conhecimento e pela adoção de mecanismos mais horizontais e dinâmicos de intervenção. Esse debate é estrutural para a argumentação segundo a qual o regime para exploração de áreas do Pré-Sal representa marco do Estado neodesenvolvimentista.

O Capítulo 4 debate os contornos do instituto do monopólio na Constituição brasileira e a reforma promovida pela EC nº9/95, que revogou a vedação à participação de capitais privados nas atividades elencadas nos incisos I a IV do art. 177 da CF/88.

Na primeira parte do Capítulo 4, diferencia-se o monopólio de Direito do monopólio em sentido econômico. Delimitadas essas diferenças, é apresentada definição de monopólio público como: técnica de intervenção do Estado sobre e na economia, por meio da qual se retira da iniciativa privada a prerrogativa de atuar preferencialmente em uma dada atividade econômica em sentido estrito, podendo

suprimir a liberdade de iniciativa, por expressa disposição constitucional, em prol de intervenção direta pelo próprio titular do monopólio ou por outrem.

Na segunda parte do Capítulo 4, discutem-se os pressupostos e os efeitos da EC nº9/95 para o arcabouço do setor petrolífero. Nesse bojo, delimita-se o atual conteúdo do instituto do monopólio sobre as atividades elencadas no art. 177, I a IV, da CF/88. De especial importância é a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) no contexto da ADI nº 3.273-9/DF. Adota-se conceito de monopólio como “poder de escolha” (MORAES, 2000, p. 223) e se questiona a definição do conceito de “intervenção por absorção” elaborada por Eros GRAU (2006).

No Capítulo 5, analisa-se o regime infraconstitucional das atividades monopolizadas. Dentre os principais aspectos da Lei nº 9.478/97, ressaltam-se o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo, a sujeição da Petrobras ao regime concorrencial em condições de igualdade com as demais empresas privadas e a criação de agência reguladora específica.

Ainda no Capítulo 5, o novo conjunto normativo elaborado após as descobertas do Pré-Sal é apresentado. Esse conjunto normativo previu: (i) a adoção do modelo de partilha de produção nas áreas do Pré-Sal e áreas estratégicas; (ii) a criação de nova empresa estatal responsável pelo gerenciamento dos contratos de partilha de produção em lugar da União, a *Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A.* (PPSA); (iii) o fortalecimento jurídico e financeiro da Petrobras, por meio: (iii.1) da sua imposição como operadora única em todos os contratos de partilha de produção; (iii.2) da possibilidade de ser contratada diretamente pela União sem a realização de prévio procedimento licitatório para realizar atividades de exploração e de produção; e (iii.3) da celebração de contrato de cessão onerosa com a União, que foi paralelamente utilizado em operação de capitalização da empresa. Trata-se de novo momento da intervenção estatal que se caracteriza pela complexidade e inovação de seus instrumentos, expressão do neodesenvolvimentismo.

O Capítulo 6 tem como objetivo unificar os conceitos de desenvolvimento e de soberania apresentados no Capítulo 3, sob a ótica da apropriação das rendas petrolíferas. A doutrina da *soberania permanente sobre os recursos naturais*, elevada à regra de Direito Internacional, combina-se com os desafios de promover uso racional das rendas

advindas da exploração de recursos naturais. Efeitos macroeconômicos e sociais advindos da abundância de recursos demandam a adoção de políticas intervencionistas conscientes e anticíclicas. “Doença holandesa”, “maldição dos recursos naturais” e “Estados rentistas” são conceitos que serão apresentados como possíveis efeitos negativos da dependência e da exploração excessiva de recursos naturais. Finalmente, são delineados aspectos principais do Fundo Social estabelecido pela Lei nº 12.351/10 para gerenciar os recursos advindos da exploração na região do Pré-Sal.

Certos aspectos da intervenção estatal *sobre e no* setor petrolífero não foram objeto de análise nesta dissertação.

Optou-se por não analisar questões tributárias relacionadas à exploração do petróleo e às atividades que compõem a sua cadeia produtiva. Por suas especificidades e densidade normativa, o regime tributário incidente sobre as atividades do setor petrolífero demanda análise específica. Pelas mesmas razões, não serão objeto de análise questões ambientais associadas às atividades petrolíferas, apesar de sua enorme importância.

O regime jurídico aplicável à promoção das cadeias produtivas vinculadas ao setor petrolífero também não foi aprofundado, pois isso demandaria estudo de incentivos tributários e da política de compras da Petrobras, apesar da íntima relação entre política industrial e mitigação dos efeitos da “doença holandesa”.

O mesmo pode ser afirmado acerca do regime de distribuição de *royalties* entre União, Estados e Municípios. Além de envolver profundas questões de ordem federativa, até o momento em que se conclui a redação desta dissertação, não houve decisão definitiva sobre o novo regime de distribuição das receitas petrolíferas entre os entes da Federação². Por esse motivo, preferiu-se não aprofundar o tema da distribuição dos *royalties*, cingindo-se a apresentar eventuais comentários indispensáveis sobre o assunto, especialmente no Capítulo 6 que versa sobre a apropriação das rendas petrolíferas.

A despeito de tanto o petróleo quanto o gás natural serem hidrocarbonetos encontrados conjuntamente na natureza e de as etapas iniciais de suas respectivas

² Aspectos essenciais da Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, que trata da nova distribuição dos *royalties* do petróleo, foram vetados pela Presidenta Dilma Rousseff e, posteriormente, regulados pela Medida Provisória (MP) 592/12. No momento em que se redige esta dissertação, a MP nº 592/12 ainda depende de aprovação legislativa para conversão em Lei.

cadeias produtivas (exploração, desenvolvimento e produção) estarem intrinsecamente relacionadas, o regime jurídico aplicável ao gás natural não será tema de estudo. Esse regime atribui a certas atividades de sua cadeia produtiva a natureza de atividade econômica em sentido estrito, monopolizada pela União (art. 177 da CF/88); e, a outras, natureza jurídica de regime de serviço público, sob competência dos Estados da Federação³. Portanto, há diferenças de tratamento jurídico entre petróleo e gás natural que demandam um estudo específico da regulação do segundo.

³ O artigo 25, § 2º, da Constituição prevê: Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 2º – Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

2. A CRIAÇÃO DO MONOPÓLIO SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS

2.1. A campanha *O Petróleo é Nosso* e a sua incorporação ao Ordenamento Jurídico brasileiro

2.1.1. *Antecedentes jurídico-institucionais*

Até a Revolução de 1930, o petróleo não era considerado um problema nacional⁴ (COHN, 1968, p. 11). Apesar das atividades de pesquisa e prospecção desempenhadas, entre 1918 e 1930, pelo Serviço Geológico e Mineralógico, órgão vinculado ao Ministério da Agricultura, o potencial geológico brasileiro para produção de hidrocarbonetos era praticamente desconhecido no período anterior à ascensão de Getúlio Vargas ao poder (WIRTH, 1973, p. 116).

Adotando como ponto de partida a Revolução de 1930⁵, os momentos mais relevantes para a compreensão dos contornos atribuídos à indústria petrolífera nacional pela Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953, que aprovou a criação da Petrobras, foram: a aprovação do Código de Minas, em 1934, e o fim do regime de *acessão* na Constituição Federal de 1934; a instituição do Conselho Nacional do Petróleo (CNP), em 1938; e a campanha *O Petróleo é Nosso*, entre 1947 e 1953 (COHN, 1968, p. 9).

O Código de Minas foi elaborado em um momento histórico caracterizado pelo nacionalismo econômico. De acordo com Gilberto BERCOVICI (2011, p. 91): “*O nacionalismo econômico brasileiro vai justamente se caracterizar pela busca de maior independência econômica, cujo pressuposto era o controle do Estado sobre seus recursos naturais para beneficiar a economia*”.

⁴ “A característica básica do problema do petróleo naquele período era que ele ainda não se apresentava com a premência e a extensão que o definissem como um problema nacional. Nesse, como em muitos outros setores, a revolução de 1930 marcou uma mudança profunda de orientação. Caracteriza-se essa orientação, de modo global, pelo impulso centralizador que marcou toda a atividade política e administrativa da época, associada a uma tendência a redefinir os problemas, até então circunscritos às esferas de poder estaduais, de um ponto de vista mais amplo, como problemas nacionais” (COHN, 1968, p. 11).

⁵ Para análise do período anterior à década de 1930, cf. (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 1-16)

Nesse sentido, o Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934 (Código de Minas), estabeleceu em seu art. 4º que:

Art. 4º A jazida é bem imóvel e tida como coisa distinta e não integrante do solo em que está encravada. Assim a propriedade da superfície abrangerá a do sub-solo na forma do direito comum, exceptuadas, porém, as substancias mineraes ou fosseis uteis à industria.

De maneira similar, a Constituição de 16 de julho de 1934 previu que:

Art. 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

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

A partir da edição dessas normas, as riquezas minerais do subsolo não mais se regiam pelas regras do *regime de acessão*, de acordo com o qual a propriedade do subsolo estava abrangida no domínio do solo (DIAS&QUAGLINO, 1993, p. 7). O *regime de acessão* foi introduzido no Brasil por meio da Constituição de 1891, que em seu art. 72, §17º, dispunha que: “*as minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração desse ramo da indústria*”. Complementarmente, o Código Civil de 1916 previu que as minas e jazidas eram partes acessórias da propriedade dos bens imóveis, detalhando as faculdades que decorriam do domínio do imóvel localizado na superfície, arts. 43, inciso I; art. 61, II; e art. 526 do CC/16 (BERCOVICI, 2011, pp. 68-70).

Além do fim do *regime de acessão*, a separação entre propriedade do solo e do subsolo foi complementada com a previsão de que todas as riquezas do subsolo seriam transferidas para a União, caso não estivessem sendo exploradas e não fossem devidamente registradas (art. 5º, §§ 1º e 2º e art. 11 do Código de Minas). O Código de Minas e a Constituição de 1934 também aumentaram os controles sobre a exploração dos recursos minerais por meio da obrigatoriedade de autorização e de concessão para mineração, de competência da União (WIRTH, 1973, p.120).

O nacionalismo do Código de Minas refletiu-se na centralização da gestão desses recursos pelo Governo Federal com o objetivo de dinamizar a produção interna,

em detrimento da exploração por estrangeiros: “*A tônica estava nos interesses nacionais contra os localistas ou estrangeiros, mais do que na disjuntiva propriedade privada – interesse social.*” (COHN, 1968, p. 17). A nacionalização dos recursos minerais foi uma medida que permitiu ao Estado brasileiro controlar diretamente recursos naturais indispensáveis à impulsão da indústria nacional (DRAIBE, 1994, pp. 95-96).

Paralelamente às mudanças legislativas mencionadas, houve reorganização do aparato burocrático responsável pela gestão dos recursos minerais. Após uma série de mudanças internas ao Ministério da Agricultura promovidas na gestão de Juarez Távora⁶, em 08 de março de 1934, foi criado o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), mediante a edição do Decreto nº 23.979. Os objetivos dessa reforma eram aumentar o profissionalismo e a capacitação técnica dos responsáveis pela gestão dos recursos minerais brasileiros (DIAS&QUAGLINO, 1993, p. 7).

A criação do DNPM e o aumento das competências do Governo Federal sobre a regulação dos recursos minerais não garantiu resultados imediatos para a produção de petróleo no Brasil. A paralisia do Poder Público decorrente da falta de recursos financeiros e de quadros técnicos, somada a um empresariado nacional com limitada capacidade financeira e ao relativo desinteresse das grandes companhias estrangeiras em atuar para além dos setores de importação e de distribuição, fez com que o setor petrolífero nacional não apresentasse avanços substanciais entre 1934 e 1937 (CARVALHO, 1976, p. 33)⁷.

A partir de 1937, a relativa inércia no que concerne à busca e à exploração de petróleo foi alterada pela iminência de novos fatores conjunturais. No plano político interno, verificava-se maior centralização do poder pelo Estado Novo, após a ruptura institucional com a Constituição de 1934. Na economia, houve dinamização da indústria e do setor automobilístico, que resultaram em aumento das pressões relacionadas à importação de petróleo (pressões quantitativas e de preços). No plano internacional,

⁶ “Em termos de organização administrativa, a preocupação do Estado nacional em assumir o controle sobre os recursos minerais do país irá se manifestar na reestruturação do Ministério da Agricultura, promovida por Juarez Távora, a partir de 1933. Foi criada a Diretoria Geral de Pesquisas Científicas (Decreto nº 22.338, de 11 de janeiro de 1933), que incluía o Serviço Geológico, substituída pela Diretoria Geral da Produção Mineral (Decreto 23.016, de 28 de julho de 1933) e que, finalmente, foi transformada no Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM (...)” (BERCOVICI, 2011, p. 92).

⁷ “Em 1931, o Serviço Federal de Produção Mineral estabeleceu um plano quadrienal para sondagem de petróleo; em 1938, ainda não havia sido ultimado o processo para a compra da primeira sonda prevista no plano” (COHN, 1968, p. 41).

aumentavam as tensões entre as potências da época e o risco de um conflito bélico em escala internacional (COHN, 1968, p. 41). Todos esses fatores pressionaram a Administração Pública no sentido de sua modernização, uma vez que o DNPM não se mostrava à altura dos desafios do período.

Os elementos mais importantes para o desencadeamento de mudanças foram o cenário internacional belicoso e a dependência brasileira de importação de petróleo. A dependência e a fragilidade das linhas de suprimento nacionais ressaltaram a importância estratégica do petróleo para a economia nacional, em termos de continuidade da produção industrial, de sustentação do sistema de transportes e da defesa nacional. A importância estratégica do petróleo foi objeto de notável preocupação por parte dos militares. Coube ao General Julio Caetano Horta Barbosa identificar essa fragilidade e propor medidas de ajuste ao Chefe do Estado-Maior, General Góis Monteiro, em janeiro de 1938 (COHN, 1968, pp. 44-49).

Em análise fundamentada na função estratégica do petróleo, notadamente na geopolítica da época (invasão da Etiópia pela Itália, em 1936), o General Horta Barbosa propôs a instituição do monopólio estatal sobre o petróleo. A União deveria ser competente para desempenhar as atividades de prospecção, exploração e refino. Acreditava que a dependência de fornecimento externo colocava o país em risco. Apesar de não descartar a participação de capitais nacionais privados, apresentou ressalvas quanto à capacidade do setor privado em realizar os vultosos investimentos necessários e ao risco de formação de trustes nacionais. O alicerce do modelo proposto era a atividade de refino, a partir da qual afluiriam recursos para financiamento das atividades de pesquisa e de produção, em um modelo de integração lastreado no ponto nodal da cadeia produtiva (exploração/produção/refino/distribuição), em que os riscos são muito menores do que os relacionados à atividade de prospecção (CONTRERAS, 1993, p. 87).

Em março de 1938, o Conselho Federal do Comércio Exterior analisou a questão e elaborou projeto de legislação que viria a conformar o Conselho Nacional do Petróleo (CNP). Esse projeto buscou atender a três diretrizes: (i) o CNP deveria incentivar e simultaneamente proteger as refinarias privadas nacionais, embora fosse franqueada a estrangeiros participação nas atividades de importação e distribuição; (ii) o setor

petrolífero deveria ser considerado de “utilidade pública” de modo a evitar e a reprimir práticas monopolísticas, cabendo ao CNP controlar níveis de produção e de preços; e (iii) o CNP deveria ter competência para impor preços uniformes e nacionais aos derivados de petróleo, por meio da consolidação dos tributos incidentes sobre o setor em um imposto único, que seria utilizado para financiar a expansão da malha rodoviária nacional (WIRTH, 1973, p.126).

O processo de criação do CNP foi caracterizado pelo sigilo (DIAS&QUAGLINO, 1993, p. 54). Gabriel Cohn sublinha a importância da centralização política para se entender o processo de reconfiguração pelo qual passaria o setor:

Reduzidas consideravelmente a influência dos grupos sociais particulares no plano da decisão final (...) as opções relativas aos grandes problemas nacionais tornam-se dependentes, no limite, da consideração de sua exequibilidade material, num dado momento; e esta, por sua vez, se apresenta como podendo ser implementada por mudanças institucionais conscientemente formuladas à margem dos canais de ação e influência estabelecidos, como fica claro com o exemplo do CNP. (COHN, 1968, pp. 45-46)

Em 29 de abril de 1938, foi aprovado o Decreto Lei, nº 395. Esse decreto determinava que o abastecimento nacional de petróleo era de “utilidade pública”, entendendo-se por abastecimento nacional de petróleo a produção, a importação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados, bem como a refinação de petróleo (art. 1º). A União teria competência exclusiva sobre o setor, com a prerrogativa de autorizar, regular e controlar as atividades de importação, exportação, transporte de petróleo e seus derivados; autorizar a instalação de refinarias e depósitos; e de determinar preços máximos e mínimos para venda de produtos refinados no mercado interno (art. 2º).

As competências atribuídas à União para controle do setor seriam desempenhadas pelo CNP, que foi organizado na forma de um órgão deliberativo composto pelos Ministérios militares, que detinham poder de veto sobre matérias relacionadas à segurança nacional, e, ainda, Ministério da Fazenda, Agricultura, Transporte e Obras Públicas e do Trabalho, Indústria e Comércio (art. 4º). Esse órgão contava, ainda, com a participação de representantes das associações industriais e comerciais. Subordinados à esfera deliberativa, foram criados órgãos técnicos e

administrativos, compostos por três unidades: Divisão Técnica, Econômica e Administrativa. Cabiam à Divisão Técnica os trabalhos de pesquisa e de lavra; à Econômica, a questão do abastecimento, sua fiscalização e a formação de preços para os produtos; e à Administrativa, as atividades burocráticas do órgão (CARVALHO, 1976, p. 26).

Em 7 de Julho de 1938, foi publicado o Decreto-Lei nº 538, que arrolou as competências e determinou a organização do CNP. No art. 13 do Decreto Lei nº 538, encontrar-se-ia, de acordo com Gabriel COHN (1968, p. 53), o germe do que no futuro constituiria a Petrobras, uma vez que esse dispositivo permitiria ao CNP outorgar, a um “órgão técnico” a ser criado, as atividades de prospecção, lavra e industrialização de petróleo. Referido artigo determinava:

Art. 13. O Conselho Nacional do Petróleo realizará, por intermédio de órgão técnico que for criado, os trabalhos oficiais de pesquisa, das jazidas de petróleo e gases naturais, bem como quando julgar conveniente, procederá à lavra e industrialização dos respectivos produtos.

Tendo em vista o amplo rol de competências atribuídas ao CNP, é possível afirmar que um dos objetivos do órgão era o de promover gradual ampliação do papel do Estado sobre o setor, pois o Brasil naquele período não era um produtor relevante de petróleo e as incertezas relacionadas à implantação daquela indústria eram amplas.

Nas palavras de Gilberto BERCOVICI (2011, p.121):

O monopólio estatal não seria estabelecido de imediato, como na nacionalização mexicana, que havia acabado de ocorrer, mas toda a indústria do petróleo seria declarada de utilidade pública, devendo ser desenvolvida a partir do que fosse planejado pelo Conselho Nacional do Petróleo.

Mediante a edição do Decreto Lei nº 1.143, em 9 de março de 1939, foi regulada a autonomia do CNP para disposição orçamentária e movimentação de pessoal, o que singularizou esse órgão frente aos demais. Tal medida visava à dinamização do CNP para a resolução dos novos problemas associados à incipiente indústria petrolífera nacional, subordinando-o diretamente à Presidência da República (COHN, 1968, pp. 53-55). Apesar de essas disposições, o CNP, na prática, não possuía autonomia na condução de seus objetivos, pois suas receitas dependiam da distribuição orçamentária, passível de contingenciamento. O fato de que o Presidente do CNP respondia diretamente à Presidência da República era um elemento que condicionava a dinâmica

do órgão aos interesses do Presidente. Além disso, a estrutura interna do CNP era muito heterogênea, com muitas subdivisões de competências⁸, o que resultou no progressivo imobilismo da instituição (DIAS&QUAGLINO, 1993, p. 25-27).

No início de suas atividades, sob a gestão do General Horta Barbosa, o CNP teve dois principais objetivos, que explicam parte do sucesso e das limitações da primeira gestão do órgão.

A primeira medida almejada pelo CNP foi a criação de um imposto federalizado e único sobre derivados de petróleo, em substituição aos 35 tributos que incidiam sobre o produto, nos diferentes níveis federativos (WIRTH, 1973, pp. 129-130). Em 1940, foi criado imposto único federal sobre combustíveis líquidos e gasosos, por meio da edição da Lei Constitucional nº4, de 20 de setembro de 1940, que emendou o art. 20 da Constituição de 1937, e do Decreto Lei nº 2.615, de 21 de setembro de 1940. A medida garantiu a nacionalização dos preços do petróleo, que antes sofriam notáveis variações regionais. Parte dos recursos arrecadados foi destinada a um fundo para a construção de estradas municipais e estaduais, denominado “Fundo Rodoviário dos Estados e Municípios”, transformado, em 1945, no Fundo Rodoviário Nacional (CARVALHO, 1978, pp. 26-27). O Decreto Lei nº 2.615/40 também estabeleceu diferenças tributárias entre o combustível nacional e o importado, de modo a incentivar a implantação de refinarias no Brasil (BERCOVICI, 2011, p.123).

O segundo objetivo do General Horta Barbosa era o de criar uma refinaria estatal que pudesse impulsionar o projeto de integração vertical do setor pelo Governo Federal. Apesar do êxito obtido na criação do imposto único, a refinaria estatal demonstraria os limites do poder do CNP e, mais ainda, de seu Presidente. Em meio a dificuldades administrativas, exigências de racionamento pelo esforço de guerra e pressões externas

⁸ “Havia também as dificuldades organizacionais decorrentes de um espectro de atividades muito amplo, realizadas por um órgão que estava estruturado segundo os padrões do serviço público. As três divisões do CNP, a Técnica, que se ocupava da exploração e da produção, a Econômica, responsável pela regulação do mercado de combustíveis e pela instalação das refinarias, e a Administrativa possuíam, por exemplo, basicamente a mesma organização. O próprio regimento do CNP reconhecia essas dificuldades, criando as figuras dos serviços regionais e dos órgãos especializados. A exploração e a produção estruturavam-se na forma de serviços regionais, cujos chefes eram nomeados pelo presidente do CNP dentre os membros da Divisão Técnica. No caso da constituição das refinarias, inicialmente nomeava-se uma comissão composta por técnicos e membros do plenário para a realização dos primeiros contatos relativos à concorrência para contratação do projeto e à compra dos equipamentos.” (DIAS&QUAGLINO, 1993, p. 26).

para abertura do setor, o General Horta Barbosa preferiu renunciar a assistir à reversão de seu modelo, em 1943 (WIRTH, 1973, pp. 130-138). Modelo que, é importante ressaltar, até então não havia apresentado frutos concretos, pois no período de sua gestão, não houve a criação de refinarias e nem aumento substancial da produção nacional (COHN, 1968, pp. 63-64). As ideias do General Horta Barbosa, no entanto, ecoariam até a década de 1950 e ganhariam corpo com a criação da Petrobras.

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas durante a gestão de Horta Barbosa, é importante mencionar que, em 21 de janeiro de 1939, o CNP descobriu petróleo em Lobato, no Recôncavo Baiano, com a confirmação do primeiro campo comercial em Candeias, em 1941. Em 8 de fevereiro de 1939, o Governo Federal expediu o Decreto nº 3.071, que declarou como “reserva petrolífera” considerável área próxima ao poço descoberto (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 76-82).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a redemocratização do país e a aceleração do processo de substituição de importações, aumentaram os questionamentos acerca da política do petróleo então em vigor (COHN, 1968, pp. 71-75). Em consonância com as demandas do empresariado nacional emergente, a força mais dinâmica do período, o CNP, sob a nova gestão do Coronel João Carlos Barreto, passou por momento de inflexão, com a sugestão de novas medidas para dinamizar as atividades petrolíferas. Na Exposição de Motivos nº 2.558, de 6 de maio de 1945, da Presidência do CNP, dirigida ao Presidente Eurico Gaspar Dutra, sugeriu-se a adoção de política de atração de capitais externos para o setor, com alteração da legislação então vigente (COHN, 1968, p. 78).

Em 1º de outubro de 1945, a Resolução nº1 do CNP autorizou a construção de refinarias por companhias privadas nacionais, com base no art. 13 do Decreto Lei nº 538/38 que criou o CNP e, que, durante a gestão de Horta Barbosa, poderia ter justificado a criação de empresa estatal que atuasse em lugar do CNP, como exposto acima neste Capítulo. Essa solução de compromisso fomentou a discussão sobre a necessidade de serem realizadas mudanças na legislação então em vigor, com vistas à sua abertura ao capital privado, nacional e estrangeiro, especialmente após a promulgação da Constituição de 1946.

De acordo com essa Carta, as jazidas e demais riquezas do subsolo constituíam propriedade distinta da do solo para efeitos de exploração e de aproveitamento (art. 152), em linha de continuidade com as disposições das Constituições de 1934 e de 1937. Entretanto, o art. 153 da Constituição de 1946 alterou a política para o setor em relação à Constituição de 1937, pois ela permitiu a participação de capitais estrangeiros (por meio de subsidiárias constituídas no Brasil), mediante autorização ou concessão, conforme redação abaixo:

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

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

Nesse contexto de reformulação da política para o setor, o CNP emitiu a Resolução nº2, de 18 de janeiro de 1946, que determinava as condições para que empresas privadas nacionais atuassem como autorizatárias nas atividades de refino. Apesar das expectativas acerca do potencial dos investimentos no setor, das quatro propostas pré-classificadas apenas duas foram homologadas: a da sociedade “*Refinaria e Exploração de Petróleo União S.A.*”, em São Paulo, do grupo Soares Sampaio-Corrêa de Castro, vinculada à empresa americana *Gulf Oil* (REFINARIA UNIÃO); e a sociedade “*Refinaria de Petróleo do Distrito Federal S.A.*”, no Rio de Janeiro, do grupo Drault Ernany-Eliezer Magalhães, que, após dificuldades, obteve contrato de fornecimento com a *Standard Oil* da Califórnia⁹ (REFINARIA MANGUINHOS) (COHN, 1968, pp. 95-101).

O baixo número de empresas interessadas, as dificuldades para a celebração de acordos de fornecimento de óleo cru com empresas estrangeiras e os atrasos no início das operações¹⁰ sedimentaram a percepção de que o destino do setor se bifurcava no

⁹ Em setembro de 1946, o CNP autorizou a construção da refinaria de Manguinhos, do grupo Drault-Ernany, com capacidade de processar 8 mil barris de petróleo por dia e que se localizava no Estado do Rio de Janeiro. Em agosto de 1947, foi autorizada a construção da Refinaria de Petróleo União pelo grupo Soares Sampaio, em São Paulo, com capacidade de processar 20 mil barris de petróleo por dia (DIAS&QUAGLIANO, 1993, p. 91).

¹⁰ A Refinaria de Manguinhos e a Refinaria União somente entraram em operação no ano de 1954, com capacidade, respectivamente, de processar 10 mil e 31 mil barris de petróleo por dia (CARVALHO, 1976, p. 172)

monopólio estatal ou na completa abertura do setor à participação estrangeira, haja vista as dificuldades enfrentadas pelo setor privado nacional (DAIN, 1980, pp. 258-259).

Paralelamente à abertura ao capital privado, o Governo Federal buscava impulsionar diretamente o setor de refino de petróleo. Por meio do Decreto-lei nº 9.881, de 16 de setembro de 1946, foi autorizada a constituição de sociedade de economia mista sob a denominação de “*Refinaria Nacional de Petróleo S.A.*”, que teria por objeto social a refinação do petróleo produzido na Bahia. Do capital social autorizado de Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), o CNP deveria subscrever metade das ações, ofertando as demais para investidores brasileiros, com a possibilidade de que, dois anos após o início das operações da refinaria, fossem vendidas todas as ações da empresa a naturais brasileiros (art. 1º). Apesar da autorização legislativa, a hipótese de alienação da refinaria ao capital privado nunca se concretizou, seja no momento de sua constituição, seja após o início das operações, em 1950 (DIAS&QUAGLIANO, 1993, p. 68).

A opção entre a abertura ao capital estrangeiro ou consolidação do monopólio estatal sobre o setor marcou os debates da época. Notável foi a polêmica entre o General Juarez Távora, um dos mentores do Código de Minas de 1934, favorável à participação do capital estrangeiro, especialmente do americano, e o General Horta Barbosa, que se manteve coerente com a defesa do monopólio estatal pleno. Para o último, a legislação nacionalista vinculada à criação do CNP não infringiria a Constituição de 1946, pois esta havia aberto margem de discricionariedade ao legislador ordinário (COHN, 1968, p. 93). As discussões travadas no Clube Militar entre os dois especialistas expandiram-se para diversos setores da sociedade, aumentando a conscientização popular sobre o debate (DIAS&QUAGLIANO, 1993, pp. 93-94).

Em 4 de fevereiro de 1948, em meio à ampliação dos canais e da intensidade do debate sobre a política do petróleo, o Governo Dutra apresentou ao Congresso, por meio da Mensagem nº 62, proposta de alteração do marco para o setor petrolífero. O anteprojeto ficaria conhecido como “*Estatuto do Petróleo*” e foi resultado dos trabalhos de Comissão Especial, criada em 24 de fevereiro de 1947. Esse estatuto teria como objetivo adaptar a legislação do petróleo ao art. 153 da Constituição de 1946 e às novas diretrizes do CNP, contemplando a abertura do setor à participação de capitais privados

nacionais e estrangeiros, em uma tentativa de conciliação entre Poder Público e iniciativa privada (DIAS&QUAGLIANO, 1993, pp. 94-95).

O Estatuto do Petróleo propunha que as jazidas de petróleo se mantivessem sob domínio da União, na qualidade de bens inalienáveis e imprescritíveis (art. 1º), cabendo exclusivamente à União regular a pesquisa e a lavra de jazidas, o refino de petróleo nacional ou importado, e o seu transporte (art. 1º, § 2º), por serem atividades de “utilidade pública”. De acordo com o art.1º, §3º, do projeto, a União poderia executar essas atividades diretamente ou por meio de concessão ou autorização. As concessões teriam prazo de 30 anos, prorrogáveis por mais 10 anos (art. 49), revertendo-se as jazidas e minas à União após o término do prazo do contrato. O concessionário se comprometeria a entregar ao Governo Federal de 10% a 14% do petróleo extraído, em espécie ou em moeda (arts. 57 e 58).

O aspecto fundamental do projeto, segundo Gabriel Cohn (1968, p.109), estaria na restrição à participação estrangeira nas concessões para transporte e refinação de petróleo e derivados destinados ao mercado interno. O art. 6º, §1º, do Estatuto do Petróleo dispunha que:

Art. 6º, §1º - Quando referentes a produtos destinados ao consumo nacional (...) só poderão ter como titulares pessoas jurídicas de direito público interno, empresas de economia mista, sociedades em nome coletivo ou comandita de que todos os sócios sejam brasileiros, ou sociedades cujas ações com direito a voto na proporção mínima de 60% pertençam a brasileiros.

No art. 6º, §2º, estipulava-se que a restrição acima não seria mais devida a partir do momento em que fossem supridas as necessidades internas de consumo de gasolina. Não houve a previsão de limitações similares à concessão das lavras de jazidas de petróleo, que, portanto, foram franqueadas à exploração pelo capital estrangeiro (DIAS&QUAGLIANO, 1993, p. 95).

Desde sua apresentação, o Estatuto do Petróleo foi objeto de críticas por todos os setores interessados na sua aprovação e dividiu a base de apoio parlamentar do Presidente Dutra (COHN, 1968, pp. 110-115). Apesar de o Estatuto do Petróleo propor a abertura do setor petrolífero à participação dos capitais estrangeiros, ainda assim ele não o fazia de modo pleno no setor de refino, o que não atendia aos interesses das grandes empresas petrolíferas, que apresentaram ressalvas ao modelo proposto. Por

outro lado, o projeto desagradava aos nacionalistas, que não aceitavam o modelo de concessões privadas nas atividades de exploração e de produção e defendiam o monopólio estatal sobre o setor, como forma de garantia da soberania sobre os recursos petrolíferos.

A tese nacionalista não se restringiria ao debate parlamentar ou técnico, como também ganharia as ruas e as universidades, em um movimento de crescente mobilização popular, que uniu: “*estudantes, sindicalistas, intelectuais, militares, técnicos e integrantes de praticamente todas as camadas sociais (...)*” (BERCOVICI, 2011, p. 146). Por meio da mobilização desses setores, seria articulada uma rede em defesa de modelo que tinha como bases: a garantia do abastecimento nacional; a proteção contra a atuação das empresas multinacionais, principalmente nas atividades de exploração e de produção; e o desenvolvimento da indústria petrolífera sob controle nacional, em regime de monopólio da União (DIAS&QUAGLIANO, 1993, p. 96). Despontava, assim, a campanha *O Petróleo é Nosso* (WIRTH, 1973, p.148).

A campanha *O Petróleo é Nosso* atuou simultaneamente em três direções. Uma primeira vertente buscou esclarecer a população acerca da importância do tema do petróleo e dos interesses envolvidos na questão, por meio da mídia e da realização de conferências. Uma segunda, procurou mobilizar a população com vistas à criação de um movimento nacional. Uma terceira, atuou na frente parlamentar para impedir a aprovação do Estatuto do Petróleo, sendo importante destacar as posições nacionalistas do ex-Presidente Artur Bernardes (DIAS&QUAGLIANO, 1993, p. 96). A mobilização popular em defesa do monopólio estatal sobre o petróleo atingiu proporções inéditas com a criação do Centro de Estudos e Defesa do Petróleo e da Economia Nacional (CEPDEN), em outubro de 1949; com a divulgação das ideias nacionalistas por meio do “Jornal de Debates” e do Clube Militar; e através do apoio da União Nacional dos Estudantes (UNE) e dos diferentes Centros de Estudos de Defesa do Petróleo estaduais.

A tentativa de conciliação entre capital nacional e estrangeiro, tal como expresso no art. 6º do Estatuto do Petróleo, e a mobilização de um movimento de amplas dimensões em prol de uma política nacionalista para o setor, resultarão no seu abandono tácito pelo Presidente Dutra. Com o plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia), aprovado pela Lei nº 1.102, de 18 de maio de 1948, Dutra, na prática, desistiu

do Estatuto do Petróleo e adotou solução que excluía o capital privado estrangeiro com a previsão de recursos para construção de uma grande refinaria estatal capaz de processar 45.000 barris por dia, em Cubatão (SP), e para a aquisição de uma frota de navios, com tonelage total de 180.000 toneladas, que posteriormente constituiriam a Frota Nacional de Petroleiros (FRONAPE) (CARVALHO, 1976, pp. 36-37).

2.1.2. A Lei nº 2.004/53 e a criação do monopólio legal

No início da década de 1950, a definição de um regime jurídico para o tratamento da questão do petróleo no Brasil se tornou um imperativo econômico. Frente a um CNP tolhido pela baixa disponibilidade de recursos orçamentários, a oferta de derivados de petróleo ameaçava não ser capaz de atender à demanda crescente, em um contexto de recuperação da economia no pós-guerra. Baseado no aumento do consumo entre 1945 e 1950, estimava-se que a demanda por derivados de petróleo aumentaria à taxa de 20% ao ano, sendo que, no período em tela, as importações haviam triplicado e o gasto em divisas com esses insumos, quadruplicado (WRIGHT, 1973, p.163).

A premência da questão do petróleo no seu nível econômico encontraria plena realização do seu conteúdo político com a eleição de Getúlio Vargas à Presidência, em 3 de outubro de 1950 (COHN, 1968, p.129). Em um contexto marcado pelo fim da aproximação entre o Partido Social Democrático (PSD) e a União Democrática Nacional (UDN), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), de Getúlio Vargas, compunha a situação com o PSD, cabendo à UDN o papel de oposição ao Governo. Ainda que Getúlio Vargas dispusesse de maioria parlamentar nominal¹¹, o trâmite do projeto de criação da Petrobras duraria quase dois anos e seria caracterizado por uma série de modificações em relação ao projeto inicialmente submetido ao Congresso Nacional pela Presidência.

Coube à Assessoria Econômica da Presidência da República, chefiada por Rômulo de Almeida, a elaboração da proposta de Getúlio Vargas para o setor. Em 05 de dezembro de 1951, a Presidência enviou ao Congresso Nacional o Projeto nº 1.516, que previa a criação da *Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro S.A.*, e que foi

¹¹¹¹ “Na Câmara, Vargas contava teoricamente com o apoio dos 51 deputados do PTB e com os 112 deputados do PSD (...). O partido da Oposição, a UDN, contava com 81 deputados.” (CARVALHO, 1976, P. 46).

acompanhado da Mensagem nº 469, contendo os fundamentos e o sentido da proposta apresentada.

Referido projeto almejava integrar três dimensões. Primeiro, uma dimensão econômica e técnica, voltada à viabilização da nova empresa, por meio da previsão de recursos suficientes à realização dos investimentos necessários, bem como à garantia de autonomias gerencial e orçamentária à empresa. Segundo, adequação do projeto à linha política nacionalista do Presidente Vargas. Terceiro, proteção de espaço de manobra política que permitisse ao Presidente manter a liderança sobre o debate parlamentar (COHN, 1968, p.132).

A Mensagem nº469 identifica o petróleo como “*um fator básico para a emancipação econômica e o bem estar social do nosso povo*” (VARGAS, 1964, p. 83), indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais. De acordo com Gabriel COHN (1968, p.133), a Mensagem enfatiza dois aspectos importantes da política do petróleo para a continuidade do processo de industrialização nacional: (i) a preocupação com a *deterioração dos termos de troca*; (ii) e a necessidade de se integrar a política do petróleo com o processo de industrialização nacional, evitando desequilíbrios na balança comercial. É válido aprofundar esses dois aspectos antes de se analisarem as propostas concretas do projeto.

Com relação ao primeiro aspecto, a Mensagem sublinha o impacto negativo que o aumento das importações de derivados de petróleo tinha sobre as divisas disponíveis, uma vez que o Brasil fazia parte dos países exportadores de produtos primários “*sujeitos a quedas de preços não compensáveis por aumentos dos volumes das exportações*” (COHN, 1968, p. 134).

Na Mensagem nº469, há explicação dos fundamentos econômicos desse fenômeno:

Como é sabido, a inelasticidade característica da procura internacional dos produtos primários e gêneros alimentícios que constituem a massa das exportações brasileiras, conduz a um grave círculo vicioso. De um lado, em curto prazo, o simples aumento de volume das nossas exportações, a partir de certo ponto, poderá provocar uma queda dos seus preços proporcionalmente maior do que o aumento do volume, com uma redução total das receitas de exportação; por outro lado, se bem que a redução do volume deva, dentro de certos limites, produzir um aumento mais do que proporcional de preços, a

partir desses limites, que são relativamente restritos, qualquer diminuição de volume reduzirá o valor total das exportações. (VARGAS, 1964, p. 99)

Gabriel COHN ressalta que a Mensagem indica a preocupação do Governo com o que posteriormente se convencionou denominar *processo de deterioração dos termos de troca*, conceito que foi desenvolvido por economistas associados à Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), cuja criação é contemporânea à elaboração da Mensagem.

O conceito de *deterioração dos termos de troca* vincula-se à noção de dualidade Centro-Periferia, cuja formulação pelo argentino Raúl PREBISCH é anterior à criação da CEPAL. Em 1949, o texto “*El Desarrollo Económico de la America Latina y Algunos de sus Principales Problemas*” (PREBISCH, 1998, pp. 63-129) trouxe a primeira negação latino-americana aos postulados comerciais liberais estabelecidos no início do século XIX por David RICARDO. Para o autor inglês, o livre comércio era vantajoso para todos os países envolvidos, pois permitiria que as diferentes economias se especializassem e se tornassem mais eficientes pela maximização de suas vantagens comparativas:

Num sistema comercial perfeitamente livre, cada país naturalmente dedica seu capital e seu trabalho à atividade que lhe seja mais benéfica. Essa busca de vantagem individual está admiravelmente associada ao bem universal do conjunto dos países. Estimulando a dedicação ao trabalho, recompensando a engenhosidade e propiciando o uso mais eficaz das potencialidades proporcionadas pela natureza, distribui-se o trabalho de modo mais eficiente e harmônico, enquanto, pelo aumento geral do volume de produtos difunde-se o benefício de modo geral e une-se a sociedade universal de todas as nações do mundo civilizado por laços comuns de interesse e de intercâmbio (RICARDO, 1988, p. 70).

Ao analisar a dinâmica comercial dos países latino americanos com os industrializados durante as altas e baixas dos ciclos econômicos internacionais, PREBISCH percebeu que os ganhos de produtividade não se espalhavam pelo mecanismo de preço diretamente do *Centro* – dinâmico, industrializado, sindicalizado, produtor de bens com demanda elástica – para a *Periferia* – economia de baixa produtividade, baixa taxa de poupança, predominantemente rural e produtora de bens com demanda inelástica.

Em razão da concentração de rendimentos no Centro, os países periféricos não conseguiam reter internamente seus ganhos de produtividade. Nos momentos de baixa

cíclica, o preço nominal dos produtos agrícolas periféricos sofria queda decorrente da diminuição da demanda do Centro. Paralelamente, os produtos industrializados, mesmo com a diminuição da demanda, mantinham os seus preços estáveis pela pressão dos sindicatos e pela alta concentração produtiva. O Centro se encontrava duplamente privilegiado em relação à Periferia: primeiro, porque ele retinha os ganhos de produtividade obtidos durante a alta por meio de aumentos salariais; e, segundo, porque ele extraía os ganhos de produtividade da periferia pela diminuição do preço nominal dos produtos agrícolas.

Esse mecanismo de transferência de riqueza da Periferia para o Centro foi chamado de *deterioração dos termos de troca* e era diametralmente oposto ao modelo ricardiano, que encontrou seu principal defensor brasileiro em Eugênio GUDIN (1945). Em função desta situação prejudicial aos países periféricos, PREBISCH propôs que a industrialização dos países latino-americanos seria o único meio de promover o bem estar da população de países periféricos. Para o autor, não haveria desenvolvimento pela simples exportação de produtos agrícolas para os países centrais. Essa perspectiva permitiu a defesa teórica da industrialização latino americana (BERCOVICI, 2005, pp. 47-52).

Além do conceito de *deterioração dos termos de troca*, mencionado por Gabriel COHN, outro conceito de matiz cepalina parece ter influenciado na redação da Mensagem, qual seja: a noção de *desequilíbrio estrutural do balanço de pagamentos*. Na Mensagem, encontra-se expressa a importância da política do petróleo para a preservação da capacidade de importação, elemento indispensável para continuidade do processo de industrialização por substituição de importações:

O consumo nacional de derivados de petróleo acusa uma ascensão regular, que traduz o desenvolvimento das atividades do país, não só quanto ao transporte, mas também quanto à indústria. No entanto, como é ainda incipiente a produção nacional de petróleo, essa ascensão constante do consumo implica necessariamente num aumento das importações, com dispêndios crescentes de divisas, que poderão ser empregadas na compra de outras utilidades estrangeiras, quando o permitir a produção brasileira de óleo mineral (...). É evidente, portanto, que o problema apresenta-se como de suma gravidade, em face das perspectivas do comércio internacional de petróleo e da própria limitação da capacidade de pagamento do Brasil, mesmo que haja disponibilidade do produto no exterior (...). Nossa indústria, ainda incipiente quanto às possibilidades a curto prazo, mas já com elevada taxa de crescimento, e as condições geográficas do país, que impõem a expansão do tráfego rodoviário e aéreo, além do emprego de combustíveis líquidos em navios e locomotivas, tendem a agravar

cada vez mais nossa dependência em relação ao petróleo (VARGAS, 1964, pp. 78-81)

O desequilíbrio estrutural do balanço de pagamentos era consequência da insuficiência de divisas para a manutenção de um ritmo acelerado de industrialização, que dependia da importação de bens de capital, de bens intermediários e de insumos, especialmente petróleo. Esse desequilíbrio era, ainda, consequência da importação de bens de consumo para as camadas mais ricas da população, geralmente bens supérfluos. A Periferia tinha a especificidade de sua demanda não corresponder à sua capacidade de produção interna. A demanda da Periferia, especialmente a da elite periférica, era influenciada pela capacidade produtiva do Centro e pelo seu respectivo padrão de consumo (FURTADO, 1974, pp. 77-94). Devido a esta demanda pré-existente à produção interna, esse processo de *industrialização restringida*¹² se pautou pela *substituição de importações*, ou seja, os países periféricos passaram a produzir internamente os bens que eram importados e deixaram de ser acessíveis por problemas de oferta (por exemplo, durante as guerras na Europa) ou por conjunturas de baixa cíclica que limitavam sua capacidade de importar.

Gabriel COHN entende que a Mensagem nº 469 representa uma mudança qualitativa no padrão de intervenção estatal no domínio econômico. Para ele, o documento representa a afirmação do Estado planejador, em substituição a um Estado “*criador de uma política do petróleo ‘a partir do nada’*” (1968, p. 135). Contrapondo o processo de criação da Petrobras ao de instituição do CNP, o autor defende que a Mensagem retrata a preocupação do Estado brasileiro em integrar a política do petróleo com a dinâmica geral do processo econômico nacional, abandonando um modelo de intervenção errático e marcado pelo voluntarismo.

Gilberto BERCOVICI questiona a interpretação de Gabriel COHN acerca do voluntarismo da política do petróleo adotada ao longo do Estado Novo. Ressaltando a importância da intervenção estatal na implantação da indústria pesada no Brasil, o autor afirma (2011, p. 150): “*entendo que a política nacional do petróleo, assim como dos*

¹² João Manuel Cardoso de MELLO (1982, pp. 111-117) considera a industrialização brasileira, entre 1933 e 1955, restringida. A dinâmica de acumulação da economia brasileira se assentava na expansão industrial (dinâmica endogenamente determinada da acumulação), mas essa industrialização era restringida, porque não havia condições para a implantação direta e completa do setor de bens de produção.

recursos minerais, desde a nacionalização do subsolo na década de 1930, foi concebida e estruturada para ser um dos instrumentos do processo de industrialização do país”.

É possível sustentar que mais do que uma discordância de mérito, a polêmica entre os dois autores reflete uma diferença de ênfase acerca da relação entre a política do petróleo, então proposta, e a afirmação do Estado planejador brasileiro. É possível afirmar que, para Gabriel COHN, a nova política do petróleo representaria um marco na afirmação do Estado planejador ou desenvolvimentista; ao passo que, para Gilberto BERCOVICI, esse processo seria mais difuso. Para este, a afirmação do Estado Planejador atingiria seu ápice durante o Programa de Metas, de Juscelino Kubistchek (BERCOVICI, 2003, p. 200)¹³, sendo necessário contextualizar a criação da Petrobras em um processo cumulativo de intervenção estatal sobre os recursos minerais, incluindo o petróleo, com vistas à impulsão do processo de industrialização, que remontaria à década de 1930.

Indubitavelmente a nacionalização dos recursos minerais foi o primeiro passo no processo que desembocou na criação da Petrobras, uma vez que essa medida reservou ao Estado a prerrogativa de definir a política para o setor. Não seria possível haver política estatal do petróleo se as jazidas fossem privadas, em conformidade com o *regime de acesso*, pois prevaleceriam a propriedade privada e a liberdade de iniciativa em detrimento do poder estatal de direcionamento. Contudo, também é verdade que o Segundo Governo Vargas representa um avanço concreto na afirmação do Estado planificador, lastreado nas ideias formuladas pela CEPAL. De acordo com o próprio Gilberto BERCOVICI (2005, p. 48):

A influência do pensamento da CEPAL no debate político brasileiro foi enorme entre 1949 e 1964. As teses da CEPAL tiveram grande receptividade, pois davam fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde 1930. Especialmente a partir do Segundo Governo Vargas (1951-1954), a doutrina formulada pela CEPAL passou a ser vista como útil e importante para a reelaboração e fundamentação das políticas econômicas e da concepção de desenvolvimento, entendimento consolidado com a criação do Grupo Misto CEPAL-BNDE. A concepção do Estado como promotor do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, dando ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão

¹³ Para Celso LAFER (1975, p. 30), o Programa de Metas também pode ser considerado a primeira experiência efetiva de planejamento no Brasil, pois ele deu sentido de unidade à ação estatal, dotando-a de grande efetividade.

econômica, bem como o reformismo social, características do discurso cepalino, foram plenamente incorporados pelos nacional-desenvolvimentistas brasileiros.

Portanto, é possível afirmar que a Mensagem nº 469 pode ser compreendida em um contexto de requalificação do papel atribuído ao Estado na promoção do desenvolvimento brasileiro. Como os autores da Mensagem reconhecem, a política do petróleo era central para o sucesso ou o fracasso do processo de industrialização pelo qual o Brasil passava na década de 50. A proposta de criação da Petrobras é marcante nesse contexto, pois demonstra um dos primeiros esforços do Estado em intervir na economia com maior racionalidade, a partir do diagnóstico da situação, da identificação dos obstáculos e da disposição dos meios necessários à concretização dos objetivos definidos. O Estado planejador não é um Estado que apenas intervém, mas é um Estado que atua na economia com vistas à consecução de certos fins, por meio da disposição dos meios necessários em função de uma dada situação concreta¹⁴.

Feitas essas observações acerca dos pressupostos teóricos que fundamentaram a criação da Petrobras, é necessário analisar a proposta legislativa aduzida por meio do projeto nº 1.516/51.

Propunha-se a criação de uma sociedade de economia mista que teria como objeto social “*a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo e seus derivados, inclusive de xisto betuminoso, bem como quaisquer atividades correlativas ou afins*” (art. 2º). Inicialmente a União seria responsável pela subscrição de ações ordinárias equivalentes a 4 bilhões de cruzeiros, podendo utilizar bens e direitos relacionados ao setor petrolífero, inclusive “*jazidas de petróleo, de rochas betuminosas e pirobetuminosas*” (art. 4º). Até 1956, o capital social deveria ser aumentado até o valor correspondente a 10 bilhões de cruzeiros, empregando-se os recursos provenientes do imposto único sobre combustíveis líquidos e lubrificantes¹⁵, de contribuições compulsórias dos proprietários de veículos motorizados (carros, barcos e aviões), da tributação de artigos de luxo, imposto sobre carros importados e das

¹⁴ Adotaremos posicionamento de Eros GRAU (2006, pp. 93-94), segundo o qual, o planejamento não seria uma modalidade de intervenção estatal na ordem econômica (Ser), mas um método que a qualifica por dotá-la de maior racionalidade.

¹⁵ Paralelamente à proposta de criação da Petrobras, o Governo apresentou proposta para vinculação de 25% dos recursos do Imposto Único Sobre Combustíveis Líquidos e Lubrificantes à indústria petrolífera, como forma de garantia de recursos financeiros adequados à impulsão dos investimentos iniciais da nova empresa. A proposta foi aprovada por meio da Lei nº 1.749, de 28 de novembro de 1952.

“contribuições especiais para pesquisa e outros, a que se obrigam as empresas concessionárias, na forma vigente da lei”.

Do capital social votante, a União obrigatoriamente deteria no mínimo 51% das ações ordinárias, de modo a garantir o controle público da nova empresa. Poderiam ainda adquirir ações ordinárias: *“I) pessoas jurídicas de direito público interno; II) pessoas físicas brasileiras; III) pessoas jurídicas de direito privado (...) limitada a aquisição de ações ordinárias a 100.000; IV) as demais pessoas jurídicas de direito privado, brasileiras, até o limite de 20.000 ações ordinárias”* (art.13). O controle estatal também seria garantido por meio do direito da União de nomear o Presidente e os diretores da nova empresa. Dos nove diretores previstos para a empresa, somente dois poderiam ser nomeados por acionistas minoritários. Além disso, a Petrobras tinha o dever de cumprir a política oficial de combustíveis, conforme definida pelo CNP.

A criação da sociedade de economia mista no modelo proposto garantiria o controle nacional sobre a nova empresa, sem, no entanto, impedir a participação de capitais privados, nacionais ou estrangeiros. Com efeito, nos moldes acima, as subsidiárias de empresas estrangeiras constituídas no Brasil não poderiam adquirir individualmente mais do que 0,1% das ações com direito a voto, ao passo em que o capital privado em seu conjunto não poderia ultrapassar 15% do capital votante (CARVALHO, 1976, pp. 51-52).

WRIGHT (1968, p.163) defende que esse modelo simbolizaria o *“nacionalismo pragmático”* dos formuladores da política do petróleo, pois eles teriam privilegiado abordagem técnica do problema do financiamento da nova empresa em detrimento de uma percepção ideológica da participação estrangeira. Gabriel COHN (1968, p. 137) entende que a proposta almejava se contrapor ao Estatuto do Petróleo, incorporando as preocupações nacionalistas que haviam levado ao fracasso da proposta de Dutra.

Tal como o Estatuto do Petróleo, no entanto, o projeto de Lei nº 1.516/51 foi criticado por não garantir o pleno controle nacional sobre a política do petróleo. Ao permitir que subsidiárias de empresas estrangeiras constituídas no Brasil adquirissem participação na nova empresa, os atores engajados na campanha *O Petróleo é Nosso* entendiam que o Projeto não se adequava ao conteúdo nacionalista da Mensagem nº 469, havendo uma disparidade entre os dois. Além disso, alertaram para a ausência da

previsão do monopólio *de jure* sobre o setor, pois, de acordo com a proposta apresentada, somente existiria o monopólio de fato sobre o setor que decorreria da propriedade estatal sobre as jazidas (BERCOVICI, 2011, p. 151). Outra crítica suscitada era a de que, nos termos do Projeto nº 1.516/51, a Petrobras seria apenas uma *holding* que administraria subsidiárias nos setores de exploração, produção, refino e transporte, submetidas ao controle acionário da União. Nas demais atividades, no entanto, a Petrobras poderia constituir novas subsidiárias com participação acionária mais flexível, inclusive com maior participação do capital estrangeiro, o que ameaçaria o controle nacional sobre essas empresas (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 101-102).

A conversão do projeto de Lei nº 1.516/51 na Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953, foi marcado por controvérsias e extenso debate legislativo. Getúlio CARVALHO (1976, p. 52) divide esse processo de tomada de decisão em três fases. A primeira fase de tramitação iniciou-se em dezembro de 1951, com o envio do projeto de Lei nº 1.516/51 à Câmara dos Deputados, e foi até setembro de 1952, quando a matéria foi submetida ao Senado. Até junho de 1953, os debates se concentraram no Senado, marcando o término da segunda fase das discussões. Por fim, a matéria retornou ao Congresso, a partir de onde, em setembro de 1953, a proposta de lei foi submetida à sanção presidencial para posterior publicação na forma da Lei nº 2.004/53.

A primeira fase pode ser caracterizada como de reação nacionalista e de questionamento do projeto de Vargas, seja pela base do Governo, seja pela oposição. Em 28 de janeiro de 1952, Euzébio Rocha (PTB-SP) apresentou substitutivo ao projeto original com o objetivo de aumentar o controle estatal sobre a empresa por meio da redução da participação de acionistas minoritários, necessariamente brasileiros; da supressão da possibilidade de as jazidas petrolíferas serem empregadas na integralização do capital da Petrobras, o que seria inconstitucional; e da proibição da criação de novas organizações ou da outorga de novas autorizações e concessões em competição com a Petrobras. Apesar de prever implicitamente a instituição do monopólio sobre o setor (BERCOVICI, 2011, p. 152), a proposta de Euzébio Rocha seria aprofundada pelo partido do qual se esperava resistência até mesmo à proposta original de Vargas: a UDN.

Tradicional defensora da liberdade de iniciativa e da participação do capital estrangeiro no setor, em junho de 1952, a UDN apresentou, por meio de Bilac Pinto

(UDN-MG), projeto que defendia a instituição do monopólio jurídico para a pesquisa, lavra, refinação, e o transporte de petróleo, bem como a substituição do modelo da sociedade de economia mista por uma empresa pública, que seria denominada Empresa Nacional de Petróleo (ENAPE), e que atuaria diretamente em todos os setores, vedada a criação de subsidiárias. A nova empresa deveria ser totalmente financiada por recursos públicos advindos do imposto único sobre combustíveis. O projeto da UDN previa, ainda, a absorção de todas as refinarias privadas pela nova empresa no prazo de um ano¹⁶ (WIRTH, 1968, p. 180).

De modo a evitar que seu projeto de Lei sofresse o mesmo destino do Estatuto do Petróleo, Vargas adotou estratégia conciliatória que ressaltou o controle nacional sobre os recursos petrolíferos (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 103-104). Em negociações interpartidárias, obteve-se acordo por meio do qual a UDN retirou seu substitutivo, preservando-se a estrutura de sociedade de economia mista, com a previsão do monopólio sobre o setor e a restrição à expansão de novas refinarias privadas (COHN, 1968, pp. 150-152). Abriu-se, então, a possibilidade de discussão e de votação da matéria para submissão ao Senado, sem que o Governo tivesse perdido o controle sobre a matéria.

Se na Câmara havia relativo consenso com relação à adoção de um modelo com maior controle estatal sobre o setor petrolífero, existindo variações apenas com relação à extensão desse controle estatal, no Senado, as discussões foram mais polarizadas. Ala significativa do Senado liderada por Othon Mäder (UDN-PR), Plínio Pompeu de Saboia Magalhães (UDN-CE) e Assis Chateaubriand (PSD-PB) era contra o monopólio e defendia a participação dos capitais privados, nacionais ou estrangeiros. A proposta aprovada na Câmara foi defendida, entre outros, por Landolfo Alves (PTB-PB). Após as discussões no Senado, foram encaminhadas para conhecimento da Câmara 32 alterações

¹⁶ As razões pelas quais a UDN alterou profundamente seu discurso e propugnou por um modelo completamente baseado em capitais públicos é objeto de controvérsias. Gilberto CARVALHO (1976, p. 58) sintetizou duas interpretações importantes sobre a questão: “A súbita mudança de comportamento por parte da UDN e os argumentos invocados por seus líderes para justificá-la têm sido interpretados das mais diversas maneiras. Wirth associou-a à hostilidade existente nos círculos econômicos e financeiros de Belo Horizonte para com a participação de estrangeiros na exploração e desenvolvimento de recursos naturais. Neste sentido, a atitude de Bilac Pinto, o advogado mineiro que liderou o movimento contrário a tal participação, teria sido um reflexo dos sentimentos de seus eleitores. Gabriel Cohn, todavia, apresentou uma diferente versão dos acontecimentos, ao afirmar que os líderes da UDN não estavam comprometidos nem com o latifúndio, ou com os grandes negócios, nem com um estilo político de caráter populista. Sua posição mais ou menos independente teria, portanto, facilitado a adoção de uma estratégia nacionalista”.

ao texto originalmente submetido. Dentre as emendas aprovadas, previram-se autorização para compra de ações ordinárias da Petrobras por estrangeiros, a ampliação das refinarias privadas instaladas e, ainda, a possibilidade de o CNP contratar, por intermédio da Petrobras, empresas privadas estrangeiras para exploração ou produção de petróleo, com pagamento em dinheiro ou em petróleo – o que configuraria verdadeiro “*contrato de risco*’ *avant la lettre*” (BERCOVICI, 2011, p. 160).

A partir de julho de 1953, a proposta de criação da Petrobras, com as emendas aprovadas pelo Senado, retornou à Câmara para análise por Comissão Especial. Em 8 de setembro de 1953, o Deputado Lúcio Bittencourt (PTB-MG), relator do parecer sobre as emendas apresentadas, posicionou-se pela rejeição de 11 emendas, uma vez que elas prejudicariam o texto original, com a manutenção das demais. Em 15 de setembro de 1953, a votação do projeto foi encerrada, com a submissão do texto aprovado à Presidência, em 21 de setembro. Sem nenhum veto, a Lei nº 2.004 foi publicada, em 03 de outubro de 1953, pelo Presidente Getúlio Vargas (CARVALHO, 1968, pp. 65-66).

A Lei nº 2.004/53 consagrou a política do petróleo caracterizada pela atuação direta do Estado em regime de monopólio nas atividades de pesquisa, lavra, refino e o transporte marítimo e por dutos de petróleo, gás e seus derivados (art. 1º). A União exercia seu monopólio por meio do CNP, órgão de orientação e fiscalização (art. 2º, I), e por meio da Petrobras e de suas subsidiárias (art. 2º, II). Foi excluída do monopólio da União a atividade de importação de petróleo (art. 47) e foram mantidas as refinarias privadas existentes e as concessões de oleodutos (art. 43), com a previsão de que não seriam autorizadas expansões da capacidade das refinarias privadas (art. 45). O setor de distribuição de petróleo manteve-se aberto à iniciativa privada.

A Petrobras foi constituída na forma de sociedade de economia mista (art. 5º), com capital inicial de 4 bilhões de cruzeiros, dividido em 20 milhões de ações ordinárias, com obrigatoriedade de elevação desse capital até o valor de 10 bilhões de cruzeiros (art. 9º), equivalentes a US\$500 milhões de dólares à época. Mediante aprovação do CNP, a Petrobras poderia constituir subsidiárias, nas quais deveria deter maioria do capital votante, em conformidade com as regras aplicáveis à própria Petrobras (art. 39).

Para subscrição do capital social, a União podia utilizar bens e direitos relacionados ao petróleo, inclusive permissão para utilização de jazidas (art. 10). Ao menos 51% do capital social da Petrobras deveria ser mantido sob controle da União, com a previsão de nulidade das transferências que importassem na redução desse percentual mínimo (art. 11, parágrafo único). Além disso, a Lei previu como fontes de financiamento inicial da Petrobras: parcela de 25% do Imposto Único Sobre Petróleo e Combustíveis (art. 13), impostos de importação e de consumo incidentes sobre veículos automóveis (art. 14) e contribuição compulsória dos proprietários de veículos automotores conversíveis em ações preferenciais (art. 15). Poderiam ser admitidas como acionistas da Petrobras apenas pessoas jurídicas de direito público interno; sociedades de economia mista sob controle do Poder Público; brasileiros natos ou naturalizados, há mais de 5 anos e residentes no Brasil, em ambos os casos casados com brasileiros ou com estrangeiros, desde que não em regime de comunhão de bens; as pessoas jurídicas de direito privado desde que tivessem como acionistas brasileiros natos, casados com brasileiros natos ou com estrangeiros, desde que em regime de separação de bens (art. 18).

A Petrobras seria dirigida por um Conselho de Administração, com funções deliberativas, composto por 1 presidente e até 8 diretores, dentre os quais 3 diretores seriam nomeados pela Presidência da República, até 3 diretores pelas demais pessoas de direito público acionistas da Petrobras e até 2 diretores pelos acionistas de direito privado – na proporção de um conselheiro para cada parcela de 7,5% do capital votante detido pelos acionistas minoritários –, todos cargos privativos de brasileiros natos, com mandato fixo de 3 anos, com exceção do presidente do Conselho de Administração demissível *ad nutum* pelo Presidente da República (art. 19). A Petrobras contaria com uma Diretoria Executiva, composta pelo presidente da empresa e por 3 diretores nomeados pelo Presidente da República, e com Conselho Fiscal, formado por 5 membros, todos brasileiros natos (art. 20).

Da comparação entre o projeto de Lei nº 1.551/51 e a Lei nº 2.004/53 percebe-se um aprofundamento da opção nacionalista e estatal para o setor, sem prejuízo de uma posição pragmática com relação à sanidade financeira da Petrobras e à manutenção das refinarias privadas existentes. Em primeiro lugar, a previsão do monopólio estatal de competências na Lei nº 2.004/53 fortaleceu a posição da Petrobras no futuro exercício

de suas atividades. Em segundo, afastou-se a possibilidade de que estrangeiros adquirissem ações da Petrobras por meio de subsidiárias constituídas no Brasil. Em terceiro, permitiu-se que a Petrobras atuasse por meio de subsidiárias, desde que necessariamente mantivesse o controle sobre suas empresas filhas. Apesar de essas mudanças, foi possível manter as fontes de financiamento previstas originalmente para a Petrobras, garantir a autonomia gerencial da empresa e, ainda, evitar atritos e gastos com a nacionalização das refinarias privadas existentes.

Nesse sentido, explica Edelmira Del Carmen Alveal CONTRERAS (1994, pp. 72-73):

A Petrobras constitui paradigma de empresa estatal nascida em condições políticas tais que a assinação de recursos de autoridade e de alocação proveu-a de autonomia considerável no âmbito jurisdicional e no do monopólio de competências. (...) Ademais, a lei definiu várias fontes de recursos financeiros para a empresa executar o monopólio: o Fundo Rodoviário Nacional, o Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos, o imposto de importação sobre automóveis, etc. Enfim, a lei outorgou à empresa uma série de benefícios fiscais, incluindo-se a isenção dos tributos de importação para consumo e de impostos para importação de maquinário, equipamentos, sobressalentes e outros. Apoiada na forte legitimidade política nacional e popular, essa estatura ponderável de recursos generativos visou, desde sua origem, proteger a empresa, garantindo-lhe, por um lado, a existência futura em face de qualquer mudança da instável correlação de forças políticas que lhe deu atestado de nascimento e, por outro, preservá-la do clientelismo governamental.

Se a Lei nº 2.004/53 pode ser considerada paradigmática no que concerne à atribuição de recursos generativos à Petrobras, caberia à empresa transformar previsões normativas em realidades fáticas. O desafio da criação demiúrgica da indústria petrolífera em um país carente de mão de obra, conhecimento e maquinário não seria facilitado pelas turbulências políticas que resultaram no suicídio de Getúlio Vargas, em 24 de agosto de 1954, e na sucessão do poder a João Café Filho, político vinculado ao Partido Social Progressista (PSP) e com posicionamentos mais liberais.

2.2 A Petrobras e a criação da indústria petrolífera nacional

2.2.1. A afirmação da Petrobras (1954-1964)

A Petrobras iniciou suas operações em 10 de maio de 1954, tendo como primeiro presidente Juracy Magalhães, político vinculado à UDN. Os desafios iniciais à

efetivação do monopólio estatal do petróleo eram enormes. No plano jurídico-político, retomaram-se os questionamentos à Petrobras, após o suicídio de Getúlio Vargas, tendo havido mesmo iniciativas para a extinção do monopólio legal sobre o petróleo. No plano operacional, havia carência de divisas para a importação de maquinário, a mão de obra qualificada era insuficiente e a produção nacional de bens de capitais era incipiente. O sucesso da empresa na resolução dessas adversidades iria consolidar a trajetória de expansão da Petrobras, em termos de aprofundamento da verticalização produtiva e de maior autonomia financeira e decisória.

Em 25 de janeiro de 1955, foi apresentado no Senado o Projeto de Lei nº1, que propunha a extinção do monopólio estatal do petróleo, permitindo a participação da iniciativa privada no setor¹⁷. Em 30 de março de 1955, a proposta foi derrotada, porém ela representava a desconfiança enfrentada pela Petrobras diante do Governo de Café Filho, que tinha como Ministro da Fazenda, Eugênio Gudin. Essa resistência do novo Governo à Petrobras seria mitigada pela ligação direta entre o segundo presidente da Petrobras, Coronel Artur Levy, e o Ministro-Chefe da Casa Militar, General Juarez Távora. Apesar de historicamente ter se posicionado a favor da participação de capitais privados, nacionais e estrangeiros, no setor petrolífero, como exposto acima neste Capítulo, Juarez Távora foi importante para garantir a continuidade do projeto Petrobras (CARVALHO, 1976, pp. 84-85).

Em termos operacionais, a principal incerteza inicialmente enfrentada pela Petrobras era garantir a disponibilidade de divisas para manutenção de seu plano de investimentos, em um contexto de crise cambial¹⁸. Com o apoio de Juarez Távora, foi aprovada proposta de Artur Levy para que a Petrobras dispusesse livremente de 80% das divisas economizadas em razão das atividades da própria empresa. Garantiram-se, por meio dessa medida, os recursos necessários para que a Petrobras pudesse importar maquinário e peças sobressalentes necessários à condução de seu programa de pesquisa,

¹⁷ Durante o Governo de Juscelino Kubitschek, houve nova proposta, igualmente fracassada, de se extinguir o monopólio público da Petrobras, levada à deliberação da Câmara dos Deputados, que tinha como autor o deputado Adolfo Gentil (PSD-CE) (BERCOVICI, 2011, p. 164).

¹⁸ “Com o colapso dos preços do café e a contração das exportações do produto após meados de 1954, enfrentava o país uma grave crise cambial, pois esse era responsável por cerca de 60% das exportações brasileiras. Apesar da desvalorização de aproximadamente 27% resultante da instrução 99 da Sumoc (Agosto de 1954) – que revogava os preços mínimos em dólares estipulados pelo governo anterior em junho de 1954 – as exportações de café não se recuperaram nos meses subsequentes, dada a baixa elasticidade de demanda do produto no mercado internacional” (ABREU, 1992, p. 152).

que, no entanto, sofria limitações decorrentes da falta de mão de obra qualificada (CONTRERAS, 1993, pp. 75-76).

Apesar da experiência dos técnicos associados ao DNPM e ao CNP, o fato é que, no momento de criação da Petrobras, o Brasil não dispunha nem de conhecimento técnico, nem de mão de obra qualificada para a efetivação das atividades outorgadas à Petrobras, conforme a Lei nº 2.004/53. Em razão dessa carência, foram contratados técnicos estrangeiros e iniciado processo de capacitação técnica. Encarregado da organização e da chefia do departamento de produção, Walter K. Link foi figura polêmica e criticada pelos nacionalistas mais radicais. O antigo geólogo da empresa americana *Esso* conduziu ao longo de seis anos levantamento geológico nacional, com vistas à identificação das principais áreas com potencial produtivo. Apresentado no início da década de 1960, o relatório suscitou polêmica, na medida em que questionava a racionalidade econômica dos gastos em pesquisa e exploração pela Petrobras, em razão do baixo potencial das bacias sedimentares brasileiras (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 114-115). Além da contratação de técnicos estrangeiros, foi firmado convênio com a Universidade da Bahia para a formação de geólogos e iniciado programa de capacitação de técnicos em refinação (CARVALHO, 1976, p. 87).

Em consonância com os pressupostos cepalinos que fundamentaram a sua criação, a Petrobras impulsionou a instalação da indústria pesada por capitais privados nacionais. Notáveis foram os apoios da estatal à criação da Comissão da Indústria Pesada (CINPE), primeiro órgão de Estado centrado nos problemas da indústria de bens de capital, e da Associação Brasileira para o Desenvolvimento das Indústrias de Base (ABDIB), em 1955 (CONTRERAS, 1993, p. 76). Com relação à ABDIB, ela teria surgido de visita da Petrobras a diversos fornecedores de materiais e da solicitação para que fosse estabelecida associação entre os produtores de máquinas encomendadas sob medida, de maneira a garantir padrões técnicos e de qualidade (RANDALL, 1993, p. 220). A proposta de compra de materiais produzidos no Brasil surgiu com o CNP, na refinaria de Mataripe, porém, com o surgimento da Petrobras, houve ganho qualitativo e

quantitativo, que se refletiu no elevado crescimento da participação de produtos nacionais na soma das compras efetuadas pela Petrobras, entre 1957 a 1965¹⁹.

Durante o governo de Juscelino Kubistchek (1956-1961), foi posto em prática o Programa de Metas, que teve profundos impactos sobre a dinâmica de expansão do capitalismo brasileiro. O Programa de Metas marca o fim da virtuosidade dos estrangulamentos externos para a promoção da industrialização brasileira, alterando o padrão de acumulação da economia nacional, que atinge um elevado grau de autonomia produtiva (TAVARES, 1982, pp. 72-73). Após a implementação do Programa de Metas, a dinâmica da economia brasileira passaria a depender principalmente da expansão do mercado interno (NUNES, 2005, pp. 298-296).

O Programa de Metas tinha como objetivo geral acelerar o ritmo de crescimento econômico brasileiro (LAFER, 2002, pp. 116-119)²⁰. Para tanto, procurou-se abolir os pontos de estrangulamento da economia com investimentos do Estado em infraestrutura e, com o auxílio do capital privado, objetivou-se expandir a indústria de base, ou seja, os setores automobilísticos, a indústria pesada e de material elétrico (IANNI, 1979, pp. 153-154).

Para Carlos LESSA (1975, p. 14), o Programa de Metas:

(...) conferia prioridade absoluta à construção dos estágios superiores da pirâmide industrial verticalmente integrada e do capital social básico de apoio a esta estrutura. Daria continuidade ao processo de substituição de importações que se vinha desenvolvendo nos dois decênios anteriores.

No que concerne às metas para o setor petrolífero, a Petrobras pode ser considerada um exemplo de sucesso. Durante a gestão do tenente-coronel Janary Nunes, terceiro presidente da Petrobras, houve superação das metas previstas para a empresa. De uma meta de produção de 40.000 barris por dia (b/d), foi atingida a marca de 60.000 b/d, em 1958, partindo de uma produção de 6.877 b/d, em 1956. No setor de refino, houve aumento da capacidade de 118 mil b/d, em 1955, para 160 mil b/d, em 1958. A frota de petroleiros atingiu a marca de 470 mil toneladas, ante uma meta de 180 mil

¹⁹ Em 1955, apenas 20% das compras totais eram produzidas no Brasil. Em 1965, essa cifra passou para 89,1% (RANDALL, 1993, p. 220).

²⁰ Diferentemente, Lourdes SOLA (1998, p. 166) defende que o objetivo maior do Programa de Metas era elevar o padrão de vida da população. Os objetivos apontados pelos dois autores não necessariamente são contraditórios, mas também podem não ser convergentes, caso haja problemas de distribuição de renda.

toneladas. Além da construção de terminais de oleodutos, houve início das operações de fábrica de fertilizantes em Cubatão, ampliou-se a Refinaria Landulfo Alves e teve início as operações da refinaria de Duque de Caxias (CONTRERAS, 1993, p. 78).

Para a consecução do Programa de Metas, Juscelino Kubistchek organizou um núcleo burocrático dinâmico sem empreender uma reforma administrativa global²¹, que ficou conhecido como *Administração Paralela* (LAFER, 2002). A *Administração Paralela* constituiu uma “*estrutura de poder informal, paralela, eficiente, vinculada diretamente à Presidência*” (DRAIBE, 1994, p. 227). Nesse contexto de incentivo à descentralização²², parte dos investimentos da Petrobras foi realizada sem consulta ou autorização do CNP, que, legalmente, teria competência para analisar essas matérias, em conformidade com o Decreto nº 40.845, de 28 de janeiro de 1957.

Esse comportamento suscitou conflito entre o presidente do CNP, Coronel José Alexínio Bittencourt, e o da Petrobras, suscitando intervenção do Presidente Juscelino Kubistchek, em 1958. Nomeada comissão de inquérito, constatou-se que a direção da Petrobras efetivamente havia omitido do CNP matérias sobre as quais este órgão deveria ter opinado. Contudo, igualmente verificou-se que o CNP não teria capacidade de se posicionar em tempo condizente com o ritmo de investimentos da Petrobras, o que, de certa forma, legitimou a postura da empresa frente ao órgão de planejamento. Diante dos fatos, o Presidente da República decidiu pelo afastamento de ambos os presidentes do CNP e da Petrobras (BERCOVICI, 2011, p. 165).

A solução do imbróglia entre Petrobras e CNP reforçou a autonomia da primeira, revelando o enfraquecimento da função de planejamento e de direção do segundo. A partir desse momento, o CNP passaria simplesmente a legitimar as decisões tomadas pela direção da empresa, que crescentemente se subordinaria diretamente à Presidência da República (CARVALHO, 1976, p. 111). A demonstração de força política e de autonomia da Petrobras nesse evento representa o início de uma tendência que se

²¹ Remonta ao governo de Vargas, em 1952, uma proposta de realização de uma reforma administrativa global. O seu fracasso demonstra as dificuldades que poderiam ser enfrentadas por JK (DRAIBE, 1994, pp. 202-204).

²² São exemplos dessa estratégia: a criação do Conselho de Desenvolvimento, dos Grupos Executivos e dos Grupos de Trabalho, e, ainda, a reorganização da *expertise* técnica, anteriormente dispersa, em núcleos estrategicamente escolhidos e insulados das demandas políticas, cujo maior exemplo é o BNDE, principal coordenador dos investimentos realizados no contexto do Programa de Metas (LAFER, 2002, pp. 66-83).

afirmou com plena força após a ruptura democrática, em 1964. As razões desse padrão de conduta encontravam fundamento na capacidade de autofinanciamento da Petrobras, que não dependia de recursos orçamentários para realização dos investimentos necessários à expansão do setor (CONTRERAS, 1993, p. 79).

O período posterior ao Governo JK será marcado por turbulência política e crise econômica. Ao assumir o poder, João Goulart buscou reforçar o monopólio estatal sobre o petróleo, aumentando o campo de atuação da Petrobras. Por meio do Decreto nº 53.337, de 23 de dezembro de 1963, foi conferido à Petrobras monopólio sobre as importações de petróleo e de derivados, de modo a diminuir as pressões sobre o balanço de pagamentos. Com a ampliação do monopólio, a Petrobras poderia diminuir custos em razão do aumento do poder de barganha da estatal frente às grandes fornecedoras internacionais, bem como permitiria à empresa atuar como promotora das exportações brasileiras junto aos países dos quais provinha o óleo importado pelo Brasil. Com efeito, foi registrada redução no custo de importação de óleo cru após a instituição da Petrobras como compradora única (CARVALHO, 1976, pp. 174-175).

Apesar de a importação de petróleo não estar prevista no monopólio estabelecido pela Lei nº 2.004/53 e o art. 146 da CF/46 estipular a exigência de Lei para criação de monopólio sobre certa atividade econômica²³, ampliou-se o monopólio da Petrobras por meio de mero decreto presidencial. O Decreto nº 53.337/63 supostamente teria fundamento nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 395/38, que estipulavam que o abastecimento de petróleo era atividade de “utilidade pública” e que competia ao Governo Federal regular, dentre outras atividades, a importação de petróleo. Se considerarmos válida a linha de raciocínio que fundamentou juridicamente a legalidade do Decreto nº 53.337/63, necessariamente teríamos que defender que a Lei nº 2.004/53 legitimou um monopólio que formalmente já existia, uma vez que cabia exclusivamente à União determinar a exploração das atividades associadas ao petróleo, condicionada à livre atuação da iniciativa privada.

²³ Art. 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Caso o Decreto nº 53.337/63 seja considerado válido²⁴, é preciso questionar a efetiva importância da Lei nº 2.004/53 em termos de constituição do monopólio sobre as atividades petrolíferas. Em primeiro lugar, o art. 1º da Lei nº 2.004/53 declara que as atividades de pesquisa, lavra, refino e o transporte marítimo e por dutos de petróleo, gás e seus derivados constituem monopólio da União. Contudo, o art. 1º do Decreto Lei nº 395/38 declara de “utilidade pública” o abastecimento nacional de petróleo, entendido como a produção, a importação, o transporte, a distribuição, refinação e o comércio de petróleo bruto e seus derivados. O art. 2º do Decreto Lei nº 395/38 previu, ainda, que compete exclusivamente ao Governo Federal autorizar, regular e controlar todas as atividades relativas ao abastecimento nacional de petróleo, atribuindo-lhe, inclusive, poderes para determinação dos preços máximos e mínimos dos “*refinados de petróleo*”. Ainda que não tenha por escrito a expressão “monopólio”, é de se perguntar se o Decreto Lei nº 395/38 já não teria atribuído à União os poderes inerentes ao instituto do monopólio, inclusive em extensão mais ampla do que o previsto pela própria Lei nº 2.004/53, pois aquele outorgava à União poder de dispor sobre as atividades de importação de petróleo.

Se adotarmos uma resposta afirmativa, teríamos que entender a estipulação do monopólio pela Lei nº 2.004/53 não como uma transformação, mas como continuidade, legitimação e aprofundamento do modelo anterior. Continuidade, na medida em que a Lei nº 2.004/53 mantém a prerrogativa de a União decidir sobre a extensão e as condições segundo as quais serão franqueadas, ou não, à iniciativa privada as atividades de pesquisa, lavra, refino e o transporte marítimo e por dutos de petróleo, gás e seus derivados. Legitimação, porquanto rompe o paradigma autoritário inerente ao Decreto Lei nº 395, sujeitando a matéria do petróleo à aprovação parlamentar, em um dos raros momentos de vida democrática no Brasil. Aprofundamento, visto que, por meio da Lei nº 2.004/53, foi criada a Petrobras, entidade economicamente viável e sujeita a um regime jurídico de direito privado, que superou o CNP na concretização do projeto de criação de uma indústria nacional do petróleo, em conformidade com o art. 13 do Decreto Lei nº 538/38.

²⁴ O Decreto nº 53.337/63 foi objeto, inclusive, de “regulamentação” por meio do Decreto nº 53.982, que dispôs sobre as condições segundo as quais a Petrobras deveria atuar no regime de importação de petróleo, expedido em 25 de junho de 1964, no início do Regime de Exceção.

O questionamento acima pode parecer despidendo. Contudo, ele encerra um elemento de permanência que transcende o confronto entre o Decreto Lei nº395/38 e a Lei nº2.004/53, qual seja: o que significa o monopólio jurídico sobre as atividades da indústria petrolífera? Seria a possibilidade de outorga de concessão e autorização para exploração de certas atividades relacionadas à exploração petrolífera um elemento intrinsecamente contrário ao monopólio jurídico? Essas questões são de grande importância na compreensão da dimensão jurídica da relação entre intervenção estatal e petróleo no Brasil, permeando toda esta reconstrução histórica. O tema será retomado abaixo, no momento em que analisarmos a “flexibilização” do monopólio na Constituição Federal de 1988, após a edição da Emenda Constitucional nº9/95.

Em continuidade com o objetivo de fortalecer seu exercício do monopólio, em 1962, a Petrobras iniciou operações no setor de distribuição de derivados de petróleo, que não era atividade monopolizada pela União, nos termos da Lei nº 2.004/53. Mediante autorização do CNP, ficou a cargo do então criado Escritório de Distribuição de Produtos de Petróleo a venda de derivados de petróleo a consumidores finais, privados ou públicos. Havia iniciativa para se expandir o monopólio também para o setor de distribuição, nos termos da Resolução CNP nº 8, de dezembro de 1963, o que nunca foi efetivado (BERCOVICI, 2011, p. 178).

Outra medida que obteve êxito passageiro foi a tentativa de desapropriação das refinarias privadas que operavam à época²⁵. Por meio do Decreto nº 53.701, de 13 de março de 1964, almejava-se acabar com o regime dúplice no setor de refino, estabelecido pela Lei nº 2.004/53, incluindo-se no patrimônio da Petrobras todas as refinarias do país. Em decisão tomada sob os auspícios do Regime de Exceção, o Supremo Tribunal Federal considerou a decisão ilegal, o que impediu a completa exclusão dos agentes privados que atuavam no setor de refino (CARVALHO, 1976, p. 175-176).

²⁵ A saber: Refinaria e Exploração de Petróleo “União” S.A., Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A., Companhia de Petróleo da Amazônia S.A., Indústrias Matarazzo de Energia S.A., Refinaria de Petróleo Ypiranga S.A. e Destilaria Rio Grandense de Petróleo S.A.

2.2.2. A expansão da Petrobras: conglomeração, petroquímica e internacionalização (1964-1975)

Com a tomada do poder pelos militares, em 1º de abril de 1964, foi consolidado modelo de desenvolvimento baseado na reprodução dos padrões tecnológicos das economias mais desenvolvidas e na marginalização de uma significativa parcela da população. Nesse regime, os investimentos em áreas estratégicas foram viabilizados pela alta taxa de acumulação dos setores dinâmicos e pelos recursos do BNDE, que passam a ser canalizados à iniciativa privada, em detrimento do setor público da economia (SCHAPIRO, 2009, pp. 92-102). A demanda, principalmente dos novos bens duráveis de consumo, foi garantida pelo alto poder aquisitivo de uma restrita parcela da população, preservando-se estruturas sociais excludentes, típicas dos países subdesenvolvidos ²⁶ (CONCEIÇÃO TAVARES&SERRA, 1998, pp. 571-588). O arranjo corporativo entre Estado, capital privado nacional e internacional, cuja origem remonta ao Programa de Metas, foi ampliado para novos setores industriais intensivos em capital (petroquímico, química fina, eletrônicos e indústria naval), com o apoio de uma burocracia tecnocrática livre das restrições impostas pelo regime democrático (IANNI, 1979, p. 266-267).

No plano constitucional, não houve mudanças com relação ao domínio público sobre os recursos do subsolo, art. 161 da CF/67²⁷, cuja origem, como visto, remonta à

²⁶ Logo após a queda do regime democrático, Celso FURTADO (1965) apresentou tese polêmica que apontava para uma tendência à estagnação na América Latina, especialmente, no Brasil. O autor defendeu que a Periferia era dependente tecnologicamente dos países centrais e, assim, apenas reproduzia as tecnologias oriundas do Centro. O problema era que essas inovações se ligavam às condições estruturais das economias centrais e objetivavam diminuir o uso do fator trabalho, que lhes era escasso, com a maior utilização de capital monetário. Ao reproduzir as inovações do Centro, a Periferia ignorava suas particularidades: consumia seu recurso mais escasso, capital monetário, e não utilizava seu expressivo exército industrial de reserva ou mesmo sua massa populacional marginal. A estagnação resultaria de uma estrutura produtiva que necessitava de investimentos de grande escala e com tecnologia estrangeira, mas que, paradoxalmente, mantinha alta de taxa de capacidade produtiva ociosa. Esta situação estagnacionista se originaria da alta concentração de renda causadora de uma insuficiência dinâmica de demanda. Portanto, haveria uma incompatibilidade entre a oferta e a demanda que bloquearia o crescimento da economia pela diminuição da taxa de lucro e de investimento. A solução para esta incompatibilidade entre oferta e demanda residiria na transformação estrutural das sociedades analisadas, com a superação do subdesenvolvimento. As propostas do Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, do Governo João Goulart, conhecidas como “Reformas de Base”, podem ser compreendidas dentro desse marco teórico.

²⁷ Art. 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Constituição de 1934. Uma novidade da Constituição Federal de 1967, no entanto, foi a constitucionalização do monopólio sobre a pesquisa e a lavra de petróleo, conforme disposto no art. 162 da CF/67²⁸. Esses dois dispositivos foram posteriormente mantidos na Constituição de 1969, outorgada por meio da Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969, respectivamente, nos arts. 168 e 169 desse diploma.

Se no plano constitucional o regime jurídico aplicável ao setor petrolífero não sofreu mudanças, a ascensão ao poder do regime militar promoveu um aprofundamento da relação entre a autoridade política e a liderança empresarial da Petrobras. Nessa nova etapa de expansão produtiva do capitalismo no Brasil, a estratégia de desenvolvimento perseguida pelos militares atribuiu à Petrobras importante função de articulação com o capital privado, nacional e internacional. Essa nova configuração do “*pacto de poder estrutural*” favoreceu a expansão da Petrobras, realizando o potencial de “*Leviatã produtivo*” da empresa (CONTRERAS, 1993, p. 52). Nesse período, a Petrobras consolidaria seu potencial como articuladora, simultaneamente, do setor público e privado, comportamento denominado por Edelmira Del Carmen Alveal CONTRERAS, como “*lógica do Jano bifronte*”.

Ao analisar a atuação do Estado brasileiro em um contexto de industrialização muito tardia, Edelmira Del Carmen Alveal CONTRERAS (1993, pp. 43-45) considera a experiência da Petrobras como paradigmática dos processos que favorecem ou restringem a apropriação de poder e de autonomia pelos atores estatais produtivos. Para ela, a “*lógica do Jano Bifronte*” significa que esses atores se singularizam pela sua natureza dúplice, simultaneamente Estado e empresário. A face estatal desses agentes estaria voltada à realização de objetivos políticos e de ordem macroeconômica; já a face privada estaria direcionada à consecução de objetivos de natureza microeconômica, *i.e.*, garantia de rentabilidade e maximização dos lucros. Ao engajarem-se diretamente no sistema produtivo, as empresas públicas e sociedades de economia mista teriam o

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País; § 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização; § 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais; § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

²⁸ Art. 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

potencial de atuar como centros de articulação e de processamento de decisões entre Estado e capital privado, nacional e multinacional. A realização desse potencial de liderança dependeria, no entanto, da construção de uma “*identidade política*”, expressa em um projeto estratégico próprio, construído ao longo de uma trajetória na qual o agente acumula recursos de poder para a realização desse projeto.

No caso dos atores estatais produtivos, interessa analisar três tipos de fontes de poder: (i) jurídica e institucional; (ii) técnica; e (iii) relacional. A primeira decorreria do estabelecimento de um mandato político claro e da existência de restrições jurídicas a interferências externas ao exercício das atividades desses atores. O segundo núcleo de poder associar-se-ia à centralidade, ao grau de incerteza e ao nível tecnológico da atividade desempenhada pela empresa. Finalmente, o poder relacional decorreria da capacidade de intermediação e de liderança de novos arranjos produtivos junto ao setor privado e aos vínculos que os núcleos diretores das empresas mantêm com setores estratégicos da sociedade (CONTRERAS, 1993, pp. 45-48).

Subjacente à capacidade de acumulação desses poderes – entendidos como fatores capazes de modificar favoravelmente os resultados do processo de interação com outro(s) ator(es) –, estaria a relação estrutural de poder. Para a autora, o movimento de expansão ou contração desses atores dependeria do papel que os interesses dominantes atribuem ao setor público da economia na estratégia de desenvolvimento perseguida, em um dado momento histórico e social. Pelo fato de as relações estruturais de poder serem dinâmicas, o sucesso desses atores dependeria da formulação de um projeto estratégico, capaz de indicar uma trajetória a partir da qual serão hierarquizados recursos e definidas metas (CONTRERAS, 1993, pp. 49-53).

A história da Petrobras no período de afirmação da empresa (1954-1964) indica crescente acúmulo de recursos de poder. Em termos jurídicos, a Petrobras teve um nascimento privilegiado, atribuindo-se à entidade monopólio sobre as atividades do setor petrolífero, com exceção da importação e da distribuição de derivados de petróleo, que, no entanto, posteriormente foi incluída no monopólio (importação), ou foi objeto de atuação em regime de concorrência (distribuição). Em termos técnicos, esse período constituiu um esforço de formação de mão de obra qualificada, com a progressiva nacionalização dos principais quadros técnicos. Em termos relacionais, verificou-se

decisivo impulso à indústria de bens de capital nacional, com a formação da ABDIB e com o incremento da parcela de produtos nacionais nas aquisições totais da empresa. Além disso, a solução do conflito entre CNP e Petrobras reforçou a subordinação direta dos dirigentes da estatal ao Presidente da República.

Já no período entre 1965-1975, a conjunção entre acúmulo de recursos de poder e uma relação estrutural de poder favorável ao setor público da economia resultarão em movimento sinérgico de conglomeração, de investimento no setor petroquímico e de internacionalização da Petrobras. Esse movimento de verticalização e expansão produtiva foi possível pelo aumento da autonomia da empresa e pela garantia da rentabilidade de suas operações.

Por meio da edição do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, durante o Governo do Marechal Castello Branco, foi favorecido modelo descentralizado na Administração Federal. Com relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, estabeleceu-se a sujeição dessas pessoas jurídicas ao regime de direito privado, definindo-se sociedade de economia mista como: *“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”* (art. 5º, inciso III). O novo regime também autorizou a Petrobras a constituir subsidiárias, o que foi decisivo para o processo de conglomeração pelo qual passaria a empresa nesse período.

O regime estabelecido pelo Decreto Lei nº 200/67 foi ao encontro da política governamental de favorecer a lógica empresarial (microeconômica) das empresas públicas, cuja origem remonta ao Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG). A partir desse programa, adotou-se política de realismo tarifário e direcionaram-se os recursos do BNDE ao setor privado, nacional ou estrangeiro. Essas medidas forçaram o setor público da economia a perseguir lógica voltada à maximização dos lucros com vistas à manutenção das suas operações e à realização de novos investimentos (BERCOVICI, 2011, p. 184).

No que concerne especificamente à Petrobras, algumas medidas reforçaram a lógica privada da sua administração, capitalizando-a para a realização de novos investimentos. Em primeiro lugar, houve liberação dos preços dos derivados de petróleo,

com alteração dos critérios de formação de preços, o que permitiu a expansão do parque de refino e garantiu estabilidade financeira à empresa. Em segundo, por meio do Decreto Lei nº61, de 21 de novembro de 1966; do Decreto Lei nº 335, de 18 de outubro de 1967; e do Decreto Lei nº343, de 28 de dezembro de 1967, houve destinação de todos os recursos do Imposto Único Sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos para aumento do capital da Petrobras, com vista à realização de investimentos. Em terceiro, houve aumento das divisas disponíveis à Petrobras para aquisição de materiais e equipamentos, especialmente no setor petroquímico (CONTRERAS, 1993, p. 92-93). Em quarto, houve reforma na estrutura organizacional da Petrobras, com a verticalização do comando e a criação de estruturas intermediárias de coordenação, garantindo a continuidade das unidades intermediárias – técnica –, a despeito de mudanças nos níveis hierárquicos superiores – políticos (CARVALHO, 1976, pp. 164-165).

A nomeação do General Ernesto Geisel à presidência da Petrobras (1970-1974) representou uma mudança da estratégia da empresa. Em detrimento do setor de exploração e de produção, fundamentais no discurso nacionalista favorável ao estabelecimento do monopólio estatal, a Petrobras passaria a canalizar investimentos nos setores de refino, de distribuição e de importação de petróleo, para atender à demanda em expansão (CAMPOS, 2005, pp. 227-228). Essa mudança na estratégia da empresa suscitou questionamentos de que teria havido o abandono tácito do conteúdo político do monopólio sobre o setor petrolífero: a busca pela autossuficiência nacional na produção de petróleo (BERCOVICI, 2011, p. 186).

O processo de conglomeração da Petrobras encontraria tradução jurídica por meio do estabelecimento de subsidiárias, em conformidade com o Decreto Lei nº 200/67. Por meio do Decreto nº 61.981, de 28 de dezembro de 1967, foi criada a primeira subsidiária da Petrobras, a Petroquisa. Nesse período, havia iniciativa para construção da Petroquímica União – fornecedora de matérias primas para o polo de São Paulo/PQU – por meio da associação entre capital nacional – Grupo Capuava (famílias Soares Sampaio e Geyer) e Moreira Salles – e estrangeiro – *Phillips Petroleum*. Em razão de dificuldades técnicas e financeiras dos parceiros privados, a Petroquisa foi instrumental para o sucesso do projeto, tendo adquirido 68% do capital da Petroquímica

União. Nos anos subsequentes, a Petroquisa consolidou o setor petroquímico no Brasil²⁹, cujos principais marcos foram a construção dos polos petroquímicos de Camaçari (BA) e de Triunfo (RS). Estes dois últimos investimentos simbolizam o modelo associativo do “tripé” formado entre capital estatal e privado, nacional e multinacional, durante o regime militar (EVANS, 1981).

Em 1971, foi criada a Petrobras Distribuidora, com o fito de aumentar a eficiência operacional da empresa no setor de distribuição de derivados de petróleo, no qual ela já atuava desde 1962. Em 1974, a Petrobras Distribuidora controlava mais de 30% do mercado de distribuição, tendo deslocado participação das grandes distribuidoras estrangeiras. Dentro do modelo de conglomeração das atividades da Petrobras, o setor de distribuição era estratégico para aumentar a rentabilidade das suas operações, uma vez que essa atividade apresenta risco relativamente menor do que os associados ao setor de pesquisa e exploração (CARVALHO, 1976, pp. 179-180).

Em 1972, foi instituída a Braspetro, que tinha como objetivo explorar e produzir em campos petrolíferos localizados no exterior. Para tanto foi necessário permitir a atuação de subsidiárias da Petrobras no exterior, alterando-se o art. 41 da Lei nº 2.004/53, com a edição da Lei nº 5.665, de 21 de junho de 1971. A Braspetro atuou em associação com as grandes produtoras internacionais e viabilizou a absorção de novas tecnologias pela Petrobras. Notável foi a experiência da Braspetro no Oriente Médio, especialmente no Iraque, onde descobriu o gigantesco campo de Majnoon, com reservas superiores a 10 bilhões de barris de petróleo. Em consonância com o movimento de internacionalização da empresa, foi criada, em fevereiro de 1976, a Interbrás, *trading company* que foi instrumental na promoção das exportações brasileiras para os países dos quais a Petrobras importava petróleo³⁰. Apesar de ter impulsionado os intercâmbios

²⁹ “Às vésperas do processo de privatização conduzido pela administração econômica do governo Collor, em 1992, as empresas do chamado sistema Petroquisa, quatro controladas e 23 associadas (coligadas indiretas) representavam, no seu conjunto, cerca de 80% da indústria petroquímica brasileira” (CONTRERAS, 1994, p. 98).

³⁰ A relação entre Brasil e Iraque nesse período é paradigmática da simbiose entre política petrolífera e política comercial que a Interbrás iria aprofundar: “Para contornar os obstáculos advindos da escassez de divisas estrangeiras enfrentadas pelo Brasil, foi utilizada em parte expressiva das trocas comerciais com o Iraque, inclusive na venda de serviços, uma modalidade de comércio compensado (sistema *barter* ou *counter-trade*), desde o início da década de 1970. Para tanto, era empregada a conta petrolífera da Petrobrás como meio de financiamento das exportações brasileiras. Por meio desse instrumento, pelo menos em parte, a compra de petróleo seria paga com as exportações de mercadorias e serviços brasileiros.” (FARES, 2007, pp. 132-133).

comerciais associados ao petróleo, a Interbrás ultrapassaria essas relações para se associar à política geral de exportações do governo (BERCOVICI, 2011, p. 187).

Paralelamente a esses movimentos de conglomeração, de verticalização e de internacionalização da Petrobras, houve o direcionamento das atividades de exploração e produção para a plataforma continental brasileira. Iniciadas em 1967, as atividades *off-shore* da Petrobras foram produtos do relativo insucesso na prospecção de petróleo em áreas continentais e da maior capacidade técnica da empresa. Em 1973, foram descobertas reservas de petróleo na Bacia de Campos (RJ), o que demandou o desenvolvimento de sistema próprio de exploração de petróleo em águas profundas (DIAS&QUAGLINO, 1993, pp. 122-127). O sucesso da empresa nessa empreitada transformou o futuro do setor no Brasil.

O Primeiro Choque do Petróleo, em setembro de 1973, foi ponto de inflexão na indústria petrolífera mundial, com severos impactos sobre a economia brasileira. No contexto do conflito de Yom Kippur, que opôs árabes e israelenses, a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEC)³¹ decidiu utilizar o petróleo como arma política, quadruplicando o preço do barril de petróleo de aproximadamente US\$ 3 para US\$ 11,65. Em termos macroeconômicos, a medida causou grave estagnação da economia mundial, que perdurou até 1976. No caso do Brasil, a medida acarretou desequilíbrios da balança comercial e de pagamentos, haja vista que 80% do petróleo consumido no país era importado. Com vistas à manutenção do ritmo de expansão da economia brasileira, foi escolhido regime de “*marcha forçada*” (CASTRO&SOUZA, 1985), que se expressou no II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND) (1975-

³¹ A OPEC foi criada em 14 de setembro de 1960, por Arábia Saudita, Venezuela, Kuaite, Iraque e Irã, com o objetivo de fortalecer os produtores de petróleo diante das principais empresas produtoras, garantindo-se as receitas decorrentes da exploração desse produto. A criação desse cartel teria profundos impactos sobre a dinâmica de negociação dos contratos de exploração de petróleo, aumentando o controle nacional desses países sobre suas reservas petrolíferas. “*Yet, by September 14, the group had completed its work. A new entity had been established with which to confront the international oil companies. It was called the Organization of Petroleum Exporting Countries, and it made its intention clear: to defend the price of oil — more precisely, to restore it to its precut level. From here on, the member countries would insist that the companies consult them on the pricing matters that so centrally affected their national revenues. They also called for a system of ‘regulation of production’, Tariki’s and Pérez Alfonzo’s dream of a worldwide Texas Railroad Commission. And they committed themselves to solidarity in case the companies sought to impose ‘sanctions’ on one of them. (...) OPEC’s five founding members were the source of over 80 percent of the world’s crude oil exports. Moreover, OPEC’s creation represented ‘the first collective act of sovereignty on the part of the oil exporters’, in the words of Fadhil al-Chalabi, later an OPEC Deputy Secretary General, as well as ‘the first turning point’, as he put it, ‘in the international economic relations towards the states’ control over natural resources’.*” (YERGIN, 1990, p. 523).

1979). Esse período marca o início da crise do Estado empresarial brasileiro (CONTRERAS, 1994, p. 145).

O período entre 1965 e 1975 pode ser considerado um momento privilegiado na história da Petrobras. Ao longo desses anos, a empresa consolidaria seu potencial como grande empresa petrolífera, expandindo o escopo de suas atividades com ganhos operacionais decorrentes da criação de subsidiárias. Esse processo simultâneo de verticalização e de conglomeração pelo qual atravessou a Petrobras no período foi associado a um movimento de internacionalização. A dinâmica desses processos pode ser considerada resultado da confluência entre o projeto da Petrobras e o projeto de modernização perseguido pelo regime militar, fundado na associação entre capitais nacionais e estrangeiros. O Primeiro Choque do Petróleo expôs a dependência brasileira da importação de óleo cru, realçando a importância da produção endógena de petróleo para a saúde das contas nacionais. O período posterior, entre 1975 e 1988, representa momento de desafios para a Petrobras, em um contexto de crise do Estado empresarial brasileiro.

2.2.3. A Petrobras e a Crise do Estado empresarial (1975-1988)

O Primeiro Choque do Petróleo teve profundos impactos sobre a economia brasileira, altamente dependente da importação de petróleo. Diante da fragilidade das contas nacionais e da estagnação da economia mundial, o Governo Geisel decidiu promover transformação estrutural da economia brasileira. Para internalizar o núcleo dinâmico da economia, seria necessário promover a indústria pesada e fortalecer o capital privado nacional, reequilibrando os polos do “tripé”.

O II PND identificava a fragilidade das contas nacionais como produto da dependência brasileira de importação de bens de capital e de bens intermediários, bem como da importação de energia, notadamente de petróleo. Nesse sentido:

Como forma de ajustar a estrutura econômica à “situação de escassez de petróleo”, o governo optou por “grande ênfase nas indústrias básicas, notadamente no setor de bens de capital, e o da eletrônica pesada, assim como no campo dos insumos básicos, a fim de substituir importações e, se possível, abrir novas frentes de exportação”. No campo da política de energia, optou-se

por uma aceleração dos investimentos na prospecção, principalmente na Bacia de Campos (...) (ABREU, 1992, p. 310).

De acordo com esse diagnóstico, foi perseguido programa de investimentos ambicioso nos setores de bens de capital e de insumos; em infraestrutura (ferrovias, telecomunicações, hidrelétricas e linhas de transmissão); em aumento da produção nacional de petróleo; e em atividades exportadoras. A despeito da intenção de fortalecer o capital privado nacional, o ator mais dinâmico nesse programa foi o setor produtivo estatal, uma vez que o empresariado nacional passava a preferir posições conservadoras, em um momento de enfraquecimento dos laços que constituíam o “tripé”. Ao invés de adotar uma política de contenção econômica com vistas ao reequilíbrio das contas nacionais, o regime militar adotou programa ambicioso de transformação da economia brasileira, cujos méritos são objeto de controvérsia teórica³².

As empresas estatais, principais executoras do programa governamental, arcaram com os maiores custos dessa ampla intervenção. Com o direcionamento dos recursos do BNDE para o capital privado e com as restrições à captação de recursos no mercado interno, as estatais foram obrigadas a contar com sua capacidade de autofinanciamento ou com empréstimos externos para o financiamento de suas atividades. O momento era propício à captação externa num cenário caracterizado pela abundância de *petrodólares*, com baixos juros. Os *petrodólares* foram o produto do aumento substancial das rendas auferidas pelos exportadores de petróleo na sequência do Primeiro Choque do Petróleo. Esses recursos, depositados nos principais centros financeiros da época, foram ofertados a empréstimo com baixos custos de captação (PINTO JR., 2007, pp. 77-78).

Ademais, o Governo brasileiro, em muitos casos, utilizou os preços administrados das estatais com o objetivo de controlar tendências macroeconômicas no curto prazo – inflação. Ao contrário do *realismo tarifário* do PAEG, verificou-se uma tendência à prática de subsídios por via tarifária ou de contenção tarifária com objetivos de política monetária. Essa política minava a capacidade de autofinanciamento das empresas públicas, favorecendo o endividamento externo como via de menor resistência.

³² (CASTRO&SOUZA, 1985) defendem o sucesso do II PND na transformação da estrutura produtiva nacional, em sentido contrário cf. (LESSA, 1998).

A política de investimento com endividamento externo do setor público da economia encontrou seus limites após o Segundo Choque do Petróleo³³, em 1979, e o aumento dos juros dos títulos públicos americanos – referencial padrão para cálculo dos juros remuneratórios dos empréstimos contraídos. A década de 1980, conhecida popularmente como a “década perdida”, caracterizou-se pela crise da dívida pública, que culminou na aceleração inflacionária a níveis desconhecidos na história brasileira. Esse período marca a fragilização da capacidade de intervenção do Estado na economia e o abandono de políticas de médio e de longo prazo, substituídas pelos imperativos de pagar a dívida externa e de conter a espiral inflacionária que irrompia. A perda de dinamismo da economia brasileira resultou no enfraquecimento dos laços entre Estado, capital privado nacional e estrangeiro, fomentando a “canibalização” do setor público. A partir de então, o Estado será considerado a principal causa da estagnação nacional (CAMPOS, 2005, pp. 235-242).

Nesse contexto, o Presidente Geisel propôs, em 1975, que a Petrobras celebrasse *contratos de risco* com empresas petrolíferas internacionais. A medida teria como objetivo obter recursos financeiros e tecnológicos necessários à prospecção da plataforma continental brasileira.

Em mensagem de 9 de outubro de 1975, o Presidente explicou os fundamentos da medida:

A análise meticulosa a que procedemos, inclusive debatendo o assunto com a Petrobras, no âmbito da CDE e, hoje, de todo o Ministério, e levando em conta minha experiência pessoal como presidente da empresa, levou-nos à convicção de que o Governo deve autorizar a Petrobras, sem quebra do regime de monopólio, a realizar contratos de serviço, com cláusula de risco por conta da empresa executora, em áreas previamente selecionadas. A medida será posta em prática com base na experiência dos contratos já celebrados pela Petrobras no exterior, garantindo-se o princípio essencial do monopólio e definindo-se

³³ “O segundo choque de preços foi de natureza e implicações diferentes. Aparentemente, os efeitos perversos haviam sido absorvidos três anos após o choque. Em primeiro lugar, o consumo de petróleo voltou a crescer a partir de 1976, sinalizando uma acomodação da demanda ao novo patamar de preços. Segundo, o papel da OPEP na fixação do preço de referência passou, paradoxalmente, a servir de parâmetro para os países importadores e a garantir certa estabilização do mercado. Essa situação foi alterada no fim da década de 1970. Por um lado, no plano internacional, a elevação das taxas de juros nos Estados Unidos, visando a sustentar o dólar, reverteu o cenário internacional de crédito abundante e barato (...). Por outro lado, a dimensão geopolítica voltou a ser o centro das atenções, devido às tensões e, posteriormente, ao conflito armado entre Irã e Iraque, dois grandes produtores mundiais de petróleo (...). A percepção dos países importadores, após o segundo choque, era de que a instabilidade no cenário geopolítico conduziria o preço do petróleo a níveis crescentes na década de 1980”. (PINTO JR., 2007, pp. 78-79).

condições, níveis e prazos rigorosos para os investimentos a serem realizados sempre sob controle da Petrobras. (...) Nesses contratos, a exploração ou pesquisa – que constituem a fase aleatória do processo, ainda com fortes nuances de aventura geológica – é custeada pela empresa contratante, a qual se propõe a executá-la em área limitada e em condições preestabelecidas, entre estas, basicamente, a de que o dispêndio correspondente à exploração não será ressarcido se o resultado for negativo (e daí a qualificação de risco) e, ao contrário, se positivo, será compensado com algumas vantagens.(...) Por fim, cabe frisar que esses contratos não implicarão reduzir ou violar o monopólio atribuído à Petrobras, pois constituirão, de fato, uma modalidade de execução indireta, realizada, no âmbito da empresa, sob a sua jurisdição e pleno controle (CUNHA, 1995).

De acordo com esses contratos, a Petrobras fiscalizaria e controlaria as atividades de exploração e desenvolvimento desempenhadas pela parceira estrangeira, assumindo o controle sobre todas as operações de produção, em caso de sucesso exploratório. O contratado realizaria os serviços por sua conta e risco, sendo remunerado em dinheiro pelos gastos incorridos com as atividades desempenhadas (CUNHA, 1995).

Em regra, os *contratos de risco* celebrados no Brasil adotaram as seguintes cláusulas:

Se a empresa contratante, ao fim do período de exploração, não descobrisse óleo bruto em quantidade apta a possibilitar a exploração comercial, o contrato terminaria, arcando a empresa com todas as despesas que já tivessem sido efetuadas; Se por acaso fosse descoberto um campo comercial, a empresa seria reembolsada dos dispêndios feitos com a exploração e com o desenvolvimento dos campos de petróleo, ressarcimento a ser efetuado em um período previamente estipulado no contrato; Além do reembolso, teria jus a contratante a uma remuneração, calculada sobre a produção do campo, durante determinado período; Seria ainda facultada à contratante adquirir parte do óleo produzido no campo comercial por ela descoberto e desenvolvido, a preços obtidos no mercado internacional; Havia, ainda, a possibilidade de a Petrobras suspender, a qualquer tempo, a opção concedida à contratante de adquirir parte do óleo produzido no campo por ela descoberto e desenvolvido, se ocorresse crise no abastecimento nacional do petróleo; A empresa deveria dar preferência à contratação de mão-de-obra e equipamentos nacionais; Todos os dados técnicos, os ativos, o petróleo, o gás e os bens utilizados pertenceriam à União. (STF, ADI 3.273-9/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio)

A proposta de associação com empresas estrangeiras para a exploração de petróleo no Brasil foi objeto de polêmicas pela ausência de base legal da medida e por sua inconstitucionalidade. De acordo com os críticos, a medida afrontaria o monopólio da Petrobras na exploração e produção de petróleo, indo de encontro com o art. 162, da Constituição de 1969. Para o regime militar, a medida seria válida, pois a Petrobras

manteria a propriedade sobre o petróleo e demais recursos eventualmente encontrados, bem como sobre os bens empregados na exploração das reservas, de modo que não haveria afronta ao monopólio público (BERCOVICI, 2011, pp. 200-201).

Apesar do debate associado à constitucionalidade dos *contratos de risco*, esses acordos não obtiveram o êxito esperado:

Os resultados das três rodadas de licitações, ocorridas sequencialmente nos anos 1976, 1977 e 1978, não corresponderam às expectativas, sendo este o primeiro ensaio de abertura marcado por grande controvérsia, que finalizou pela reafirmação do estatuto do monopólio estatal na Constituição de 1988. As principais críticas das empresas internacionais quanto aos contratos de risco foram o tamanho reduzido dos blocos, o elevado custo das informações geológicas e geofísicas; a decisão sobre a “declaração de comercialidade” do campo cabia à estatal; e o pagamento dos serviços era feito em espécie, sendo proibida a entrega do óleo para tal finalidade (CAMPOS, 2005, p. 229).

A despeito dos *contratos de risco*, a Petrobras foi uma notável exceção no quadro geral de enfraquecimento das empresas públicas. Entre 1975 e 1988, a Petrobras foi capaz de manter a rentabilidade de suas atividades e escapou dos efeitos deletérios da política de preços administrados. Isso permitiu que a empresa adotasse política de investimento não condicionada à obtenção de vultosos empréstimos no exterior, evitando a perda de autonomia financeira decorrente da amortização dos empréstimos contraídos, tal como ocorreu com a Eletrobrás, no mesmo período. Esses fatores foram muito importantes para a garantia da estabilidade financeira da empresa, que, ao longo da década de 1980, perseguiu ambicioso projeto de exploração de petróleo em águas profundas (CONTRERAS, 1994, pp. 145-176).

A descoberta de petróleo na Bacia de Campos, em 1974, representou o reencontro da empresa com seu ideário fundador: a busca pela autossuficiência na produção de petróleo no Brasil (CONTRERAS, 1994, p. 190). Em um contexto de elevada dependência externa de fornecimento de petróleo, a produção interna era considerada central para a superação da crise econômica pela qual o país atravessava. Some-se a isso o fato de que, após o Segundo Choque do Petróleo, o mercado internacional de petróleo passou por mudanças estruturais, rompendo-se o modelo fundado em contratos de longo prazo entre produtores e consumidores (grandes companhias petrolíferas internacionais), com a ascensão do mercado *spot* e a elevação dos preços de cru (YERGIN, 1990, pp. 674-698). A importância da busca pela

autossuficiência sedimentou apoio político ao ambicioso projeto de capacitação tecnológica para a exploração em águas profundas, na fronteira tecnológica do setor. Notável foi o Programa de Capacitação Tecnológica em Sistemas de Exploração para Águas Profundas (PROCAP), lançado em janeiro de 1986.

O sucesso do programa de exploração e produção *off-shore* da Petrobras pode ser medido em números. Entre 1980 e 1989, a produção nacional de petróleo foi multiplicada por três, atingindo o montante de 616 mil b/d. Além disso, em 1991, a Petrobras recebeu o principal prêmio da *Off-shore Technology Conference*, a mais prestigiosa conferência de exploração petrolífera em plataformas continentais. O sucesso da empresa na exploração e produção *off-shore* foi complementado com expansão das atividades da Braspetro, que assinou parcerias para exploração da plataforma continental no Mar do Norte e na Noruega (CAMPOS, 2005, p. 236).

Entre 1975 e 1988, verifica-se o enfraquecimento do setor público da economia em decorrência da crise econômica pela qual o país atravessou no período, da política de preços administrados e da captação de empréstimos internacionais. A Petrobras foi uma notável exceção nesse quadro geral, tendo sido capaz de realizar importantes investimentos no desenvolvimento da produção de petróleo na plataforma continental brasileira. O processo de democratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988 representou momento de reafirmação do monopólio da União sobre o setor petrolífero, com a manutenção do domínio público sobre as jazidas petrolíferas e a proibição da assinatura de novos *contratos de risco*. Na sequência, serão analisados os fundamentos da política do petróleo na Constituição Federal de 1988.

3. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DIRIGENTE, SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO

3.1. Ordem econômica e Constituição Dirigente

A Constituição Econômica³⁴ é a parte da Constituição Geral que se caracteriza pela constitucionalização do elemento econômico. Por ser parte integrante do conjunto que forma a Constituição, a Constituição Econômica é absorvida pela ideologia definida constitucionalmente e ela, ainda, estabelece as bases para a política econômica a ser expressa no plano jurídico infraconstitucional (ALBINO DE SOUZA, 2002, pp. 22-24).

Apesar de ser possível encontrar posicionamentos rasos em sentido contrário (SOUTO, 1997, pp. 20-22), a existência da Constituição Econômica não é um fenômeno decorrente da ampliação das funções exercidas pelo Estado *sobre e na* economia (GRAU, 1995, p. 62). Em outras palavras, é incorreto afirmar que a Constituição Econômica é um fenômeno correlato à mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, ocorrida no século XX (ALBINO DE SOUZA, 2002, pp. 16-23). Nesse sentido, a Constituição Econômica é verificável em todas as Constituições, mesmo nas Constituições liberais típicas dos séculos XVIII e XIX.

Nas Constituições liberais, ou estatutárias, há um conjunto de normas que caracteriza e identifica uma ordem econômica concreta, protegendo, assim, certas relações de produção dominantes. Nesse tipo de Constituição, regulava-se a economia negativamente: ao proibir a intervenção estatal na economia, salvo em situações excepcionais, recepcionava-se e protegia-se um sistema econômico específico, no qual a liberdade de iniciativa era a regra. Além dessa proteção pela via negativa, isto é, pela restrição à intervenção estatal, a Constituição liberal garantia aos indivíduos a propriedade individual, a liberdade contratual, a liberdade de comércio e a liberdade de indústria.

Nas Constituições liberais, a abstenção do Estado tinha como contrapartida necessária a ampliação do papel conformador e integrador do direito privado. Esse

³⁴ Para um panorama das principais Constituições Econômicas no plano internacional e no caso brasileiro, vide BERCOVICI (2005, pp. 13-31). Para histórico das experiências brasileiras de Constituição Econômica, confira ALBINO DE SOUZA (2002, pp. 101-142).

papel do direito privado foi majoritariamente dinamizado por meio do contrato – a melhor expressão da capacidade de autorregulação dos interesses privados (MONCADA, 2000, pp. 93-95). Em síntese, as Constituições liberais não se abstiveram de constitucionalizar elementos econômicos, ainda que se defendesse a existência de um mercado natural e autorregulado.

Se não há dúvidas de que as Constituições sempre regularam elementos econômicos, a discussão teórica sobre a existência de uma Constituição Econômica é, no entanto, posterior à Constituição Mexicana de 1917 e, mais notadamente, à Constituição de Weimar de 1919. O motivo dessa assincronia entre a teoria da Constituição Econômica e a existência da Constituição Econômica é que as Constituições Programáticas ou sociais são um fenômeno do século XX (GRAU, 2006, pp. 74-79).

O debate sobre as Constituições Econômicas surge com o *constitucionalismo social* do século XX. A partir deste momento, esboçou-se a distinção entre dois tipos de Constituições: de um lado, as estatutárias e, de outro, as programáticas. O critério que diferencia esses dois tipos de Constituição é a relação entre a Constituição e a realidade social: enquanto nas Constituições estatutárias se reconhece e se protege uma ordem econômica concreta, nas programáticas a Constituição busca alterar essa ordem econômica e social por meio de diretrizes e objetivos a serem cumpridos pelo Estado em cooperação com a sociedade (GRAU, 2006, pp. 74-76).

No mesmo sentido, explica Gilberto BERCOVICI (2005, p.34):

As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente.

A Constituição Dirigente é um fenômeno do final do século XX e a sua mais ampla teorização foi elaborada pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO (2001). Para este autor, não apenas uma parte da Constituição é dirigente, tal como propugnou o constitucionalista alemão Peter LERCHE, em 1961, como toda ela assim o é. A teoria da Constituição Dirigente de CANOTILHO busca racionalizar a

política, dotando-a de um fundamento constitucional. Para esta teoria, a Constituição se legitimaria materialmente pelos fins e tarefas que ela prevê. Desse modo: “*o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação*” (BERCOVICI, 2005, p. 35).

As tarefas e fins previstos constitucionalmente refletem a interdependência entre Estado e sociedade, pois apontam o sentido das decisões políticas a serem tomadas, sem, contudo, negar a importância da política. Ao buscar, primordialmente, a alteração da realidade, a Constituição Dirigente contém um projeto de uma nova sociedade. A Constituição Dirigente é uma Constituição que tem um projeto de transformação da sociedade voltado para o futuro (BERCOVICI, 2005, p. 34-35).

Nos países que adotam Constituições Dirigentes, o Estado é obrigado a realizar políticas públicas que visem a transformar a realidade econômica e social. Trata-se de mudança substancial em relação ao paradigma do Estado Liberal. No modelo Liberal, o Estado tem como finalidade básica garantir o livre exercício dos direitos individuais, por meio da manutenção da ordem pública e da segurança. Nesse sentido, o Estado Liberal é estático e conservador do *status quo*. O principal instrumento para a efetivação da sua finalidade é a lei, comando geral e abstrato, que, se necessário, deve ser garantido pelo Judiciário. Nessa busca pela garantia da ordem, a principal função do Estado Liberal é declarar o Direito, seja por meio da lei, seja por meio de decisão judicial (*government by law*).

Contrariamente, as Constituições sociais, e especialmente as Constituições Dirigentes, preditam uma mudança do ato de governar, que deixa de ser resultado da prática legislativa, para ser o resultado de políticas públicas, com manifesto conteúdo social e redistributivista (*government by policies*). Nesse novo paradigma de atuação estatal, a principal tarefa exercida pelo Estado é o planejamento, pois este é condição de coerência e durabilidade das políticas públicas (COMPARATO, 1989).

Para Fábio Konder COMPARATO (1985), as políticas públicas seriam um programa de ação, ou seja, uma série de atos inter-relacionados dirigidos a um fim, sendo que a política não se identificaria com nenhum dos atos singularmente considerados. Desde um ponto de vista jurídico e operacional, as políticas públicas seriam uma categoria diferente da categoria dos atos e das normas jurídicas, apesar de

essas categorias jurídicas poderem ser instrumentalizadas na implementação de políticas públicas.

Maria Paula Dallari BUCCI (2002, p. 241) define o conceito de políticas públicas nos seguintes termos: “*políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”. Em outro trecho ela completa (2002, p. 264):

As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. A locução conjunto de processos conota os procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório. No processo explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração.

A temática das políticas públicas merece ser tratada de acordo com uma interpretação teleológica da Constituição Federal de 1988. Sob essa perspectiva, a realização do desenvolvimento seria a política pública conformadora e harmonizadora de todas as demais (COMPARATO, 1995, p. 63). As políticas públicas são, portanto, indispensáveis ao pleno cumprimento dos objetivos inscritos nas Constituições Dirigentes.

De acordo com os principais pontos até aqui expostos, a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente (COMPARATO, 1989, p. 61). O seu art. 3º sintetiza o programa a ser efetivado conjuntamente pela sociedade e pelo Estado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos constitucionais expostos nesse artigo são os princípios gerais do ordenamento jurídico, porque eles estabelecem as finalidades da sociedade brasileira. Por definir os objetivos nacionais, o art. 3º da CF/88 pode ser considerado uma *norma-objetivo*. Segundo Eros Grau, as *normas-objetivo* diferenciam-se das *normas de conduta*, que disciplinam o comportamento dos indivíduos e das entidades sociais; e das *normas*

de organização, que regulam os processos de identificação e de aplicação de normas e que estruturam o funcionamento de órgãos. As *normas-objetivo* são aquelas que definem uma obrigação de resultado em que os destinatários podem escolher o meio ou a maneira mais eficaz para o seu cumprimento.

Apesar de suas peculiaridades, a norma-objetivo seria uma espécie do gênero regra jurídica, pois ela tem os dois elementos estruturais que a qualificam como tal, quais sejam: a *heteronomia* e a *bilateralidade atributiva*. A *heteronomia* nas normas-objetivo significa que essas diretrizes se tornam os únicos objetivos a serem buscados pelo setor público. A *bilateralidade atributiva* é a proporção subjetiva através da qual os sujeitos de uma relação são autorizados a pretender, exigir ou a fazer algo, sob a proteção do Ordenamento Jurídico. Para Eros GRAU (1978, pp. 245-248), ao definir os objetivos a serem efetivados pelo setor público, a norma-objetivo cria uma situação de segurança que é limitada pelo economicamente viável. Finalmente, a norma-objetivo é uma regra jurídica, ainda que ela não determine uma sanção, pois uma norma é qualificada enquanto tal por ser vigente e não por ser sancionada, sendo a sanção uma questão de eficácia e não de validade.

Ao lado da democracia e dos direitos fundamentais, esse artigo forma o núcleo do programa constitucional, sendo que este programa consubstancia a fórmula política do Estado Brasileiro e estabelece a identidade da Constituição diante dos seus cidadãos e da comunidade internacional. Essa fórmula sintetiza política e juridicamente os princípios ideológicos da Constituição, determinando a sua própria razão de ser (BERCOVICI, 2003, pp. 290-293).

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político, sendo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º da CF/88).

O art. 170 da CF/88 elenca os princípios da ordem econômica nacional, que se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social:

Ao tratar dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, o legislador constituinte situou no primeiro artigo do capítulo I (art.170) os “Fundamentos”, os “Objetivos” e os “Princípios” para todo o capítulo VII, portanto, específicos da “Ordem Econômica e Financeira”, segundo a Carta de 1988. Como fundamentos da “Ordem Econômica”, nomeou “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”. Como objetivo indicou o de “assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Seguindo-se-lhes, então, os “princípios” a serem para isto observados (ALBINO DE SOUZA, 2002, p. 114).

São princípios da ordem econômica: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Os princípios e regras da ordem econômica nacional estabelecida pela Constituição Federal de 1988 conformam a política geral para o setor petrolífero, estabelecendo parâmetros e objetivos para a formulação de políticas governamentais nesse setor. Apesar da importância de todos os princípios contidos no art. 170, da CF/88, é possível afirmar que a política do petróleo tem como principais objetivos preservar a soberania brasileira e promover o desenvolvimento nacional. A promoção desses dois objetivos deve ser realizada de acordo com os princípios do art. 170, da CF/88, sob pena de sua própria inviabilização. Ademais, soberania e desenvolvimento são objetivos que se reforçam mutuamente, pois não é possível se desenvolver subordinado a outrem e, tampouco, poderá ser considerado plenamente soberano um país que não tenha atingido níveis mínimos de produtividade e de bem-estar social.

3.2. Soberania

A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso I, da CF/88. Na condição de fundamento da República, a noção de soberania vincula-se a uma noção de soberania política, caracterizada pela autodeterminação – vertente interna da soberania – e não ingerência externa – vertente externa da soberania (DALLARI, 2003). No art. 170, inciso I, o constituinte previu a soberania nacional como princípio da ordem econômica. Sob esta perspectiva, a soberania implica o poder

do Estado de determinar sua política econômica, sem se sujeitar a ingerências externas na proteção do interesse nacional.

Historicamente, a soberania tem forte influência na política do setor petrolífero, pois o petróleo é um recurso natural exaurível e essencial para a continuidade das atividades econômicas. Por se tratar de um recurso natural não renovável, o emprego do petróleo disponível deve ser realizado de maneira racional, com vistas à preservação dos estoques disponíveis em uma perspectiva de longo prazo. O petróleo e os seus derivados são, ainda, bens que não têm substitutos perfeitos, o que limita a possibilidade de substituição desses insumos por outros. Os derivados de petróleo são recursos estratégicos em momentos de conflito bélico. A disponibilidade de derivados de petróleo é fundamental para a manutenção e o progresso dos padrões de vida atuais, uma vez que esses são insumos que compõem enorme parte da cadeia produtiva, levando YERGIN (1990) a qualificar a civilização contemporânea como a “*Era dos Hidrocarbonetos*”.

Apesar de sua essencialidade para todos os países, os recursos petrolíferos estão distribuídos geograficamente de maneira extremamente desigual³⁵, não havendo identidade necessária entre os principais países produtores e consumidores. Essa disparidade implica que os países consumidores estão permanentemente sujeitos a eventuais interrupções da oferta por motivos políticos ou bélicos. Outro fator de risco associado ao mercado internacional são as possíveis oscilações de preços, decorrentes de decisões políticas, tal como ocorrido nos dois Choques do Petróleo, ou por crises de abastecimento, com efeitos negativos para as economias dos países consumidores. Esses fatores ressaltaram a importância da atuação do Estado na garantia do abastecimento de petróleo e na manutenção da estabilidade dos preços – o objetivo de segurança energética:

O moderno sistema estatal do século XX considerou o setor energético atividade central no cenário do desenvolvimento industrial interno e mundial, devido a sua importância crucial para alcançar a prosperidade econômica, a saúde do balanço de pagamentos e a distribuição de riqueza e bem-estar no interior das nações e entre as nações. Era consenso que a iniciativa empresarial (privada) estrita não detinha condições objetivas de enfrentar esses objetivos,

³⁵ Em razão dos substanciais aumentos das reservas conhecidas da Venezuela (de 77,7 milhões de barris, em 2001, para 296,5 milhões de barris, em 2011), o Oriente Médio atualmente concentra um pouco menos de 50% das reservas mundiais de petróleo (BP, 2012, p.7), em proporção inferior ao controle de 60% das reservas estimadas, em 2005 (MARTINS, 2006, p. 94).

comprometendo as externalidades positivas derivadas da atividade energética. Progressivamente, o tema da segurança de abastecimento entra na agenda da política energética para garantir o suprimento energético interno e importado, podendo assim sustentar os níveis crescentes de demanda. A energia tornou-se um objetivo prioritário dos governos, fundando o argumento básico para a formulação de políticas públicas nesse domínio. Essas políticas se orientavam para: i) controlar a volatilidade dos preços de energia e seus impactos negativos na expansão do investimento e na renda dos consumidores; ii) reduzir o exercício do poder de mercado das empresas que controlavam a produção e o comércio internacional de petróleo e de derivados; iii) minimizar os riscos de crises políticas internacionais com impactos nos preços e quantidades de suprimento energético (PINTO JR., 2007, p. 75).

Pelas características descritas acima, o petróleo não pode ser considerado uma simples *commodity*. No período posterior à década de 1970, ganharam relevância posições favoráveis ao tratamento do setor energético pelo viés microeconômico, com a limitação do papel do Estado no provimento desses bens. Complementarmente a esse refluxo liberal, houve um progressivo aumento da importância dos mercados internacionais *spot* de petróleo, em razão das nacionalizações de grandes reservas petrolíferas na década de 1970, que enfraqueceram a cadeia vertical integrada de pesquisa, produção, refino e comercialização típica do setor. Com o controle da maior parte da produção mundial pelas empresas nacionais de petróleo, as empresas internacionais foram forçadas a adquirir petróleo no mercado internacional, que passaria a balizar os contratos de fornecimento do setor. Contudo, é incorreto afirmar que com a ascensão do mercado internacional de petróleo não há mais diferenças entre este insumo e as demais *commodities*:

Ao equiparar o petróleo a uma *commodity*, cujos preços são fixados pelo mercado internacional, a lógica de um planejamento estratégico para garantir o abastecimento futuro perde seu sentido. Na realidade, o petróleo mantém a sua especificidade completamente, que não permite que seja assimilado a uma *commodity*. O petróleo continua sendo uma “*strategic commodity*”, pois é vital para a economia moderna e é produzido, em sua maior parte, em regiões politicamente instáveis. Sua aquisição, produção e distribuição é decidida em termos políticos e militares, não de mercado. Não se pode esquecer dessa dimensão política e estratégica do petróleo, pois ela (assim como da energia em geral) surge das prioridades dos governos, não dos mercados. (BERCOVICI, 2011, p. 50).

Em razão de suas características, o petróleo é um recurso estratégico para a promoção e estabilidade da economia nacional; para a melhoria dos padrões de vida da população; e para a garantia da defesa nacional. Por esses fatores, é indispensável que o Estado brasileiro mantenha uma política de autossuficiência no abastecimento de

petróleo, que tem sido uma diretriz perseguida com êxito desde a criação da Petrobras, em 1953. A história da empresa, analisada no Capítulo 2, pode ser considerada um exemplo de sucesso da política de afirmação da soberania brasileira no que concerne à segurança energética, pois atualmente o Brasil é autossuficiente na produção nacional de petróleo (ANP, 2011)³⁶. O tratamento do petróleo como uma simples *commodity* não explica a história brasileira da indústria do petróleo, salvo no breve interregno da década de 1990, analisada na sequência, e tampouco explica a história de exploração desse recurso no mundo.

A soberania sobre os recursos naturais se traduz, em primeiro lugar, na propriedade pública sobre as jazidas petrolíferas, que, no Brasil, encontra fundamento nos arts. 20, IX, e 176, da CF/88, que dispõem, na íntegra:

Art. 20. São bens da União: (...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Segundo, a soberania se expressa na prerrogativa do Estado decidir sobre o modelo regulatório mais apropriado para exploração de seus recursos petrolíferos. Ressalvados os objetivos e as disposições constitucionais pertinentes, as políticas adotadas podem determinar o controle de estoques, impondo limites à liberdade de produção, de importação e de exportação, com vistas a garantir o abastecimento do mercado nacional. Essa prerrogativa abrange, ainda, o poder para controlar preços e para expedir ou restringir a outorga de concessões ou autorizações, caso seja adotado um modelo com a participação de capitais privados (MARTINS, 2006, p. 52). A criação da Petrobras pela Lei nº 2.004/53 pode ser interpretada de acordo com essa prerrogativa dos Estados de estabelecerem o modelo exploratório mais conveniente com seus objetivos nacionais, restringindo, caso seja considerado mais conveniente, a participação de capitais privados, nacionais ou estrangeiros. A edição da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que alterou o regime de exploração e de produção para as

³⁶ É importante ressaltar que a autossuficiência deve ser entendida em termos de volume total exportado e importado, sendo que o Brasil ainda é um importador líquido de derivados de petróleo, haja vista o descompasso entre as características do óleo cru produzido no Brasil, mais pesado, e a maior parte das refinarias nacionais, que são apropriadas para o refino de óleo leve.

áreas do Pré-Sal e para áreas consideradas estratégicas, também decorre, em última instância, do poder inerente à soberania estatal.

Terceiro, a soberania econômica permite que o Estado regule a relação entre capital nacional e estrangeiro, bem como as condições que devam ser observadas pelos investimentos externos no Brasil. Nesse âmbito, o Estado pode regular as áreas e as condições segundo as quais o capital estrangeiro pode operar em território nacional. O art. 172 da CF/88 dispõe que: “*A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros*”. Por meio da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, foi revogado o art. 171 da CF/88, que estabelecia distinções entre empresas brasileiras de capital nacional e a empresa constituída no Brasil, permitindo política de valorização e de promoção do capital nacional em setores estratégicos³⁷. É importante ressaltar que a revogação de referido dispositivo não impede que sejam estabelecidas, em nível infraconstitucional, distinções entre empresas de capital nacional e as de capital estrangeiro (GRAU, 2006).

A soberania articula-se com outros dispositivos da Constituição, como, por exemplo, o art. 218 da CF/88, que dispõe sobre o papel do Estado no planejamento científico e tecnológico. O conjunto desses princípios direciona o Estado brasileiro a formular políticas independentes, elaboradas por meio da deliberação democrática, que permitam ao país consolidar estrutura produtiva competitiva em nível internacional, condição indispensável para assegurar a todos existência digna (LUÍS, 2009).

O princípio da soberania econômica não significa a defesa de um modelo produtivo autárquico, isolado em relação às demais economias do mundo. Ao contrário,

³⁷ Art. 171. São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

a soberania econômica é a própria condição para que essa integração seja realizada em consonância com o projeto constitucional de superação do subdesenvolvimento, baseado no mercado interno brasileiro, patrimônio nacional, nos termos da CF/88 (GRAU, 2006, p. 218-231).

Com efeito, o art. 219 da CF/88 dispõe que: “*O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*”. De acordo com esse dispositivo, que ultrapassa o âmbito da política de ciência e tecnologia, cabe à sociedade brasileira regular e intervir na ordem econômica, com vistas à concretização do projeto constitucional. O mercado interno deve ser considerado e incentivado como o principal motor do desenvolvimento nacional, rompendo com um modelo de desenvolvimento dependente e voltado para fora, objeto de profundas críticas por Celso FURTADO (1961, p. 213-216).

Portanto, uma política soberana para o setor petrolífero deve ter como primeiro objetivo garantir a autossuficiência nacional na produção de petróleo. Essa política deve, ainda, promover a capacidade produtiva e industrial nacional, permitindo ganhos de produtividade por meio da capacitação tecnológica decorrente dos investimentos no setor. Além disso, é preciso garantir que o mercado interno seja prioritário no abastecimento de derivados de petróleo, especialmente em situações de escassez, uma vez que esses insumos são indispensáveis para a manutenção das atividades econômicas.

3.3. Desenvolvimento

3.3.1. Conteúdo da noção de desenvolvimento

A promoção do desenvolvimento é objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. II, da CF/88), porém a definição do que constitui o desenvolvimento não é livre de controvérsias. Ao longo do tempo, a noção de desenvolvimento desvinculou-se da mera ideia de modernização social e incorporou de maneira ampla a temática dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente. Nas linhas que se seguem, mais do

que reconstruir os debates e fenômenos que permitiram a ampliação do conteúdo do desenvolvimento, preferiu-se distinguir a relação entre modernização e desenvolvimento, bem como esboçar os contornos atuais da noção, haja vista o programa de transformação da realidade brasileira inserido na Constituição de 1988.

De acordo com a teoria econômica tradicional, o desenvolvimento seria resultado da transformação de uma sociedade arcaica em uma sociedade urbana, industrializada e com níveis mais elevados de produtividade. Esse processo de modernização decorreria da transferência de parcelas significativas da população vinculada à produção agrícola, comercial ou de subsistência, para atividades industriais e de serviços, com mais elevado nível de produtividade, normalmente em regiões urbanas. Esse movimento permitiria o aumento da renda da população em virtude dos aumentos de produtividade, o que resultaria em níveis mais elevados de consumo e na sustentação da dinâmica produtiva, com níveis mais elevados de poupança e de investimentos (ROSTOW, 1960).

O desenvolvimento seria um processo natural decorrente do aumento geral da produtividade de uma dada economia. Esse processo, intrinsecamente técnico, seria universalmente verificável em todos os países que atingiram níveis elevados de riqueza. Diante do sucesso do mundo desenvolvido, os países subdesenvolvidos deveriam ajustar suas políticas em virtude das práticas que anteriormente haviam promovido a riqueza no resto do mundo. Dentre as principais medidas recomendadas, seria indispensável um engajamento no comércio global por meio da especialização produtiva. A intervenção estatal, de acordo com essa visão, seria não apenas prejudicial, bem como uma das próprias causas do retardamento produtivo. O processo de desenvolvimento seria, assim, um processo atemporal, linear, cumulativo e universal de aumento da produtividade e da riqueza de uma sociedade (EASTERLY, 2001).

A teoria cepalina, cujos conceitos de “deterioração dos termos de troca” e “tendência estrutural de deterioração da balança de pagamentos” foram analisados acima no Capítulo 2, representou uma profunda mudança teórica acerca do processo e do conteúdo do desenvolvimento. Para essa teoria, o subdesenvolvimento seria um resultado histórico, decorrente do processo desigual de disseminação do progresso tecnológico do Centro para a Periferia, que engendraria um sistema desbalanceado de

trocas dentro do qual o desenvolvimento não seria possível. A especialização produtiva em produtos primários não seria apenas o resultado das forças de mercado, seria também produto histórico da colonização e da posição inferior ocupada pelos países subdesenvolvidos no sistema de trocas internacional. Desde a década de 1950, a CEPAL defendeu um engajamento ativo do Estado no planejamento da industrialização periférica – condição indispensável para o desenvolvimento nacional (BIELSCHOWSKY, 1998, pp. 18-19).

Ao longo das décadas de 1960 e 1970, os teóricos vinculados à escola cepalina promoveram debate sobre as relações entre modernização produtiva e desenvolvimento. No período inicial da industrialização da América Latina, acreditava-se que a industrialização seria capaz de promover o desenvolvimento, praticamente em uma relação de causa e de efeito. Contudo, a expansão industrial no mundo subdesenvolvido, cujo exemplo mais significativo é o próprio Brasil, não resultou necessariamente na melhoria das condições de vida de parcela significativa da população, verificando-se processos de exclusão social, de marginalização e de urbanização caótica. De acordo com Celso FURTADO (1992, p. 41):

Em trabalhos dos começos dos anos 70, chamamos de modernização a essa forma de assimilação do progresso técnico quase exclusivamente no plano do estilo de vida, com a fraca contrapartida no que respeita à transformação do sistema de produção.

Em razão da insuficiência da industrialização para promover necessariamente o bem estar social, o desenvolvimento passou a ser entendido em uma perspectiva mais ampla de transformação das estruturas sociais arcaicas das sociedades subdesenvolvidas, com a melhoria das condições de vida da população em geral. Ao lado do objetivo de aumento da produtividade das economias subdesenvolvidas, deveria ser incentivada a distribuição desses rendimentos para a sociedade como um todo, evitando a concentração de renda que limitava o acesso de parcela significativa da população a bens de consumo essenciais.

Recentemente, têm ganhado força concepções que vão ao encontro desse conceito amplo de desenvolvimento. Graças à contribuição de Amartya SEN (2000), o processo de desenvolvimento tem sido compreendido em sua dimensão humana, associando-se ao aumento da capacidade de escolha e de ação individual. Essa visão

predica uma concepção do desenvolvimento focada na garantia dos direitos sociais e coletivos, na medida em que a atribuição desses direitos é meio para o aumento da liberdade humana. A liberdade que consubstancia o núcleo da noção de desenvolvimento não se reduziria à liberdade típica do modelo liberal, associada à livre iniciativa e à garantia da propriedade privada. A noção de liberdade propugnada por esse autor diz respeito à prerrogativa do indivíduo de decidir, como melhor lhe aprouver, sobre seu futuro e suas ações.

Vale ressaltar que Amartya SEN não busca inserir no cerne da noção de desenvolvimento uma concepção utópica de liberdade individual. Para ele, o indivíduo não é absolutamente livre para decidir sobre suas escolhas, porque existem inúmeros fatores sociais, econômicos e políticos que condicionam essas mesmas escolhas. Contudo, o objetivo dessa noção de desenvolvimento é exatamente o de questionar essas limitações que não podem ser consideradas como um dado imutável. Por meio da garantia de serviços sociais básicos (saúde, educação, saneamento, meio ambiente saudável, igualdade entre os gêneros, etc.) seria possível ampliar progressivamente o campo de escolha individual, em um movimento que redundaria na transformação da sociedade como um todo. A garantia dos direitos humanos, de acordo com essa visão, seria instrumental para a ampliação da capacidade de escolha dos indivíduos e das sociedades, traduzindo-se, em última instância, no próprio desenvolvimento.

A teoria de Amartya SEN é interessante pois ela rompe com a teoria tradicional de desenvolvimento pautado na cópia dos países centrais. Tal como no modelo cepalino de desenvolvimento, não basta haver a cópia de padrões exitosos, uma vez que o desenvolvimento, na concepção de Amartya SEN, é um conceito amplo e a ser definido pelo conjunto da sociedade. Ao contrário das teorias tradicionais, a proposta de SEN não adota um pressuposto linear de evolução das sociedades humanas centrado na experiência dos países ocidentais. Essa abertura da noção de desenvolvimento, tal como proposta por Amartya SEN, não significa um vazio conceitual, mas, pelo contrário, contém um forte apelo às instituições democráticas e deliberativas como mecanismos de formação das escolhas sociais, para hierarquização de prioridades e para distribuição de meios. Democracia e desenvolvimento, portanto, fundem-se como expressão e garantia da liberdade humana.

Atualmente, não resta dúvida de que o desenvolvimento deve ser considerado em sua dimensão ampla, abrangendo as diferentes gerações de direitos humanos, ou seja, os direitos políticos, os direitos sociais e econômicos e os direitos da coletividade. A noção de desenvolvimento privilegiada pela Constituição brasileira é marcada pela preocupação com a integração e a indissociabilidade das diversas dimensões constitutivas dos direitos humanos, previstos, entre outros, nos arts. 5º, 6º e 7º da CF/88. De especial importância é a adoção de uma perspectiva que não apenas almeja garantir a liberdade de iniciativa dos indivíduos, como, ainda, integra essa liberdade no bojo da valorização do trabalho, com a garantia de um meio ambiente saudável (art. 225 da CF/88³⁸).

3.3.2. *Papel do Estado na promoção do desenvolvimento*

Além das disputas relacionadas ao conteúdo da noção de desenvolvimento, a caracterização do papel do Estado na sua promoção é igualmente objeto de polarizações. Sem pretender adentrar nos pormenores teóricos relacionados a esse debate, por demais extenso³⁹, é possível identificar, com ênfase principalmente no caso brasileiro, três fases relevantes para a compreensão dessa relação: a fase do Estado desenvolvimentista, a do Estado regulador e a do Estado neodesenvolvimentista (BRESSER, 2011).

Preliminarmente, é necessário afastar possíveis imprecisões terminológicas relacionadas ao emprego do termo “Estado regulador”⁴⁰. Neste trabalho, essa expressão

³⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁹ Para uma análise dos principais tópicos e autores relacionados ao tema mais amplo do desenvolvimento cf. MARTINUSSEN (1997).

⁴⁰ Chalmers JOHNSON (1982, p. 19) em obra clássica sobre o Estado desenvolvimentista japonês, distinguiu o Estado regulador do Estado desenvolvimentista, nos seguintes termos: “*In states that were late to industrialize, the state itself led the industrialization drive, that is, it took on developmental functions. These two differing orientations toward private economic activities, the regulatory orientation and the developmental orientation, produced two different kinds of government-business relationships. (...) A regulatory, or market – rational, state concerns itself with the forms and procedures – the rules, if you will – of economic competition, but it does not concern itself with substantive matters. The developmental, or plan-rational, state, by contrast, has as its dominant feature precisely the setting of such substantive social and economic goals. Another way to make this distinction is to consider a state's priorities in economic policy. In the plan-rational state, the government will give greatest precedence to industrial policy, that is, to a concern with the structure of domestic industry and with promoting the*

não denotará a ideia de um Estado que intervém sistematicamente na economia, cujas origens, no Brasil, remontariam à década de 1930, no governo de Getúlio Vargas, tal como propõe Paulo Lessa MATTOS (2006). A definição de “Estado regulador” como Estado intervencionista é inapropriada, pois todo Estado necessariamente intervém na economia, na medida em que o mercado e Estado são instituições co-constitutivas (SCHAPIRO, 2009, p. 158). Adotar definição de regulação como intervenção significa dizer que todos os Estados foram reguladores, o que, naturalmente, é inapropriado para compreensão das interações entre Estado e mercado ao longo do tempo.

Outro problema decorrente da utilização do termo “Estado regulador” em sentido amplo é a confusão entre o “Estado regulador” surgido após a década de 1930, no bojo das reformas do *New Deal*, e o “Estado regulador” inspirado pelas ideias neoliberais, após a década de 1970, chamado por Ha-Joon CHANG (1997) de “Estado desregulador”. Ignorar as profundas diferenças entre esses dois momentos é uma maneira de se ampliar o horizonte histórico de um fenômeno relativamente recente, o “Estado desregulador”, novamente incorrendo no erro, intencional ou não, de transformar o “Estado regulador” em um fenômeno praticamente atemporal e inexorável. Feitas essas ressalvas, nesta dissertação emprega-se o termo “Estado regulador” no segundo sentido exposto acima, equivalente ao de “Estado desregulador”.

Tendo como ponto de partida as políticas adotadas pelo *New Deal* e o questionamento do modelo liberal como meio de organização produtiva do período Entre Guerras, a década de 1930 representou um momento de afirmação do papel interventor do Estado, com o abandono do *laissez-faire*. A partir de então, prevaleceu política ativa de intervencionismo estatal para a sustentação da demanda agregada e do pleno emprego, num contexto de organização produtiva em moldes *fordistas*, típica das indústrias da Segunda Revolução Industrial.

Na condição de estimulador das atividades privadas, de provedor de bens essenciais e de planificador da expansão econômica, o Estado desenvolvimentista interveio profundamente na expansão e sustentação do consumo de massas. Esse modelo centrado na garantia da demanda agregada foi viabilizado por meio da

structure that enhances the nation's international competitiveness. The very existence of an industrial policy implies a strategic, or goal-oriented, approach to the economy. On the other hand, the market-rational state usually will not even have an industrial policy (or, at any rate, will not recognize it as such.)

instituição de benefícios sociais (previdência, saúde, educação, etc.), que diminuíam as incertezas relacionadas ao consumo e a necessidade de poupança privada. Nascia, assim, o Estado de Bem-Estar social⁴¹ (SCHAPIRO, 2009, p. 122-128).

O Estado desenvolvimentista permitiu a rápida recuperação dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial, a industrialização de países do Leste Asiático (especialmente Japão, Coreia do Sul, Taiwan e Cingapura) e da América Latina, cujo maior exemplo é o Brasil. No caso das economias de industrialização tardia, o Estado teve como objetivo a implantação de um parque industrial nos moldes das economias mais avançadas, o que demandou a criação de diferentes mecanismos institucionais para alavancagem de investimentos.

Nos países asiáticos, privilegiou-se a articulação entre capital bancário e industrial (Zaibatsus, no Japão, e Chaebols, na Coreia do Sul) como mecanismo de impulso industrial. A coordenação desses investimentos esteve a cargo de burocracia altamente capacitada e independente, que promoveu a internacionalização de conglomerados produtivos, em sua maioria privados, e a absorção de tecnologia estrangeira, como formas de *catch-up* (AMSDEN, 2004) .

No caso brasileiro, foram adotados mecanismos de poupança compulsória, sob a gestão, principalmente, do BNDES. Além disso, foram privilegiadas as empresas estatais como forma de gestão de novos empreendimentos intensivos em capital, tais como siderurgia, mineração, eletricidade e petróleo, entre outros (IANNI, 1979). O exemplo brasileiro se diferenciaria do asiático pela adoção de modelo de industrialização por substituição de importações, em detrimento de modelo centrado em exportações. Outra diferença central entre as duas estratégias seria a ênfase dos asiáticos na incorporação de tecnologia como forma de superação da defasagem em relação aos países mais avançados. Finalmente, o Brasil teria adotado modelo de expansão produtiva baseado na captação de poupança externa via investimentos diretos e especulativos, o que resultou no predomínio de empresas multinacionais nos setores mais dinâmicos da economia, notadamente bens de consumo duráveis. Ao contrário, os países asiáticos teriam privilegiado a criação de conglomerados controlados pelo capital

⁴¹ Para uma análise interessante sobre a relação entre a criação do mercado de seguros e a ascensão do Estado de Bem Estar, cf. (FERGUSSON, 2008, pp. 177-230)

nacional, patrocinando a internacionalização competitiva desses atores⁴² (FURTADO, 1992).

O Estado desenvolvimentista teria encontrado seus limites por uma série de causas incidentais. Em primeiro lugar, as crises sociais e manifestações da década de 1960 romperam as bases do pacto trabalhista que estruturou o Estado de bem-estar. Segundo, a ruptura definitiva com o padrão dólar-ouro, em 1971, aumentou as flutuações do sistema econômico internacional, limitando a eficácia das políticas keynesianas. Terceiro, as crises do petróleo, em 1973 e 1979, causaram sensível aumento inflacionário e minaram as bases energéticas do Estado desenvolvimentista. Quarto, e especialmente para o Brasil, o aumento das taxas de juros dos títulos públicos norte-americanos pelo *Federal Reserve* (Banco Central norte-americano) aumentou substancialmente o custo das dívidas públicas e o valor de captação de novos empréstimos, submetendo esses países à longa crise da dívida externa (SCHAPIRO, 2009, p. 129-131).

Ademais, um fator estrutural teria sido determinante para o solapamento do modelo de produção fordista, qual seja: uma crise de superacumulação. Teria havido, principalmente nos países centrais, uma incapacidade da demanda de absorver a oferta, em razão da saturação dos mercados consumidores. Num contexto internacional de relativo protecionismo econômico, não seria possível compensar essa redução da demanda via exportações. Ao conjugar os fatores incidentais apresentados acima com esse fator estrutural, verifica-se um aprofundamento da crise do modelo de produção *fordista* pautado no consumo de massas e na relativa rigidez dos fatores de produção. A resposta a esse contexto de crise viria da busca por: (i) maior flexibilidade produtiva, em função do aumento das incertezas econômicas; e (ii) da inovação permanente como forma de criação e segmentação de mercados, bem como de obtenção de lucros monopolísticos temporários (SCHAPIRO, 2009, p. 131-143).

⁴² O debate acerca das razões pelas quais teria havido um maior sucesso de países asiáticos, como Coreia do Sul e Taiwan, em relação aos demais países que perseguiram políticas ativas de industrialização, tal como o Brasil, é bastante amplo e polarizado, havendo autores que ressaltam a maior homogeneidade social e até a menor disponibilidade de recursos naturais desses países asiáticos como razões do êxito. Para uma síntese dos principais pontos e bibliografia pertinente, confira BERCOVICI (2011, p. 34, nota 40)

Nesse contexto de crise estrutural do modelo *fordista*, o neoliberalismo representou a reafirmação dos pressupostos microeconômicos como meio de dinamização da economia. Ao defender a desregulação dos mercados, a prevalência do controle inflacionário sobre a sustentação da demanda agregada e a primazia do indivíduo como agente econômico racional (maximizador), a teoria neoliberal questionou a eficácia das políticas keynesianas e o intervencionismo estatal na sustentação do pleno emprego e na provisão de serviços sociais básicos.

Luiz Carlos BRESSER PEREIRA (2009, pp. 8-9) explica nos seguintes termos a desconfiança do neoliberalismo em relação ao Estado:

Para o neoliberalismo o Estado deveria se tornar "mínimo", e isso significava pelo menos quatro coisas: primeiro, que deixasse de se encarregar da produção de determinados bens básicos relacionados com a infraestrutura econômica; segundo, que desmontasse o Estado social, ou seja, todo o sistema de proteção social por meio do qual as sociedades modernas buscam corrigir a cegueira do mercado em relação à justiça social; terceiro, que deixasse de induzir o investimento produtivo e o desenvolvimento tecnológico e científico, ou seja, de liderar uma estratégia nacional de desenvolvimento; e, quarto, que deixasse de regular os mercados e principalmente os mercados financeiros porque seriam autorregulados. A proposta mais insistentemente repetida pelo credo neoliberal foi a da desregulação dos mercados.

O fenômeno da globalização, produto do avanço tecnológico que permitiu a interligação em tempo real das cadeias produtivas e financeiras ao redor do mundo (HARVEY, 2008), afastaria a hipótese de “retrocessos”, pois não haveria mais espaço para dissenso em um mundo interconectado e interdependente. Doravante, o mundo seria “plano” (FRIEDMAN, 2005) e as políticas econômicas deveriam ajustar-se a essa nova realidade. Os países que não compreendessem essa “realidade” e adotassem políticas autônomas seriam inevitavelmente punidos com a fuga de capitais e, conseqüentemente, ver-se-iam excluídos dessa suposta nova ordem mundial.

A passagem abaixo ilustra esse argumento:

O fenômeno da globalização, com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços na informática e telecomunicações, impõe grandes desafios aos Estados na Novíssima Ordem Internacional. Essa é uma verdade válida especialmente para os países em desenvolvimento, que precisam estar articulados com as tendências e princípios da sociedade internacional, sob pena de serem excluídos do mercado global (RIBEIRO, 2009, pp. 30-31).

Na década de 1990, foram formuladas diretrizes de melhores práticas para as economias latino-americanas, que atravessavam período de crise da dívida externa e de estagnação econômica (WILLIANSOM, 1990). Essas políticas, conhecidas como “Consenso de Washington”, foram defendidas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional como necessárias para a dinamização do crescimento e abrangeriam reformas macroeconômicas, microeconômicas e estruturais.

No plano macroeconômico, deveriam ser adotadas medidas para a redução do endividamento público e para a diminuição dos gastos correntes. Essas medidas deveriam levar em conta a adoção de reformas administrativas, previdenciária e fiscal, que seriam indispensáveis para o sucesso dos programas de estabilização monetária (MELO, 2002, pp. 47-58). No plano micro, deveria haver um aumento da competitividade privada, com a abertura da economia à concorrência internacional e a extinção de subsídios públicos. As reformas estruturais associavam-se à mudança do padrão de intervenção estatal, abandonando-se o modelo de substituição de importações, em favor de paradigma baseado na tríade: flexibilização, desregulamentação e privatização (CAMPOS, 2005, p. 242).

No que concerne ao papel do Estado na promoção da economia, propugnou-se pela limitação do intervencionismo, aumento da concorrência e a supressão dos monopólios. Em substituição a um modelo de atuação direta, baseado em mecanismos de comando e controle, dinamizado por uma burocracia verticalizada, defenderam-se a reforma do Estado e a dinamização do capital privado como principal provedor de serviços essenciais e de infraestrutura. O Estado deveria adaptar-se ao novo contexto histórico e social, marcado pela profunda especialização técnica, o surgimento de uma pluralidade de interesses conflituosos não imediatamente hierarquizáveis para definição do que seria o “interesse público” e a inexorabilidade da abertura da economia para o exterior (MARQUES NETO, 2002). A crise do Estado desenvolvimentista poderia ser superada pela sua transformação em um Estado (des)regulador.

Teoricamente, o Estado regulador não seria um Estado ausente, pois ele abandonaria o emprego de técnicas de intervenção direta na economia em prol de mecanismos de intervenção indireta. A intervenção regulatória diferenciaria-se da intervenção direta, pois essa seria pautada pelo caráter de mediação entre interesses

divergentes, pelo apoio à iniciativa privada como meio legítimo de provimento de serviços essenciais à coletividade e pela criação de novos instrumentos institucionais baseados no diálogo e na coordenação (MARQUES NETO, 2005, pp. 31-32).

As soluções adotadas para a consecução desses objetivos no Brasil foram muito variadas e ultrapassam o escopo do presente trabalho, contudo, é possível mencionar: a criação de inúmeras agências reguladoras com administradores nomeados com mandato fixo; o estabelecimento de mecanismos de audiência pública; e a criação de novas figuras jurídicas, como, entre outras, as organizações sociais de interesse público, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Mario Gomes SCHAPIRO (2009, p. 156) sintetiza as mudanças institucionais adotadas no caso do Brasil:

A consecução dessa agenda de transformação da intervenção estatal foi viabilizada por um extenso rol de medidas jurídico-institucionais, que alteraram sensivelmente os quadrantes do direito administrativo e econômico brasileiros, na década de 1990. As figuras administrativas dispostas no decreto-lei 200/67, até então o principal marco regulador da administração pública, tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias, perderam parte de sua centralidade. Passaram a dividir espaço com autarquias em regime especial (agências reguladoras) e empresas estatais dotadas de uma racionalidade diferenciada, como é o caso da Petrobras e do Banco do Brasil, que abriram o capital, passaram a emitir valores mobiliários, inclusive no exterior, e adotaram regras de governança corporativa. Além destas medidas, a privatização de 37 grupos empresariais entre 1999 e 2000, a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal e da emenda ao artigo 37 da Constituição Federal, que definiu eficiência como um princípio da administração pública (ao lado dos princípios originais, moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade), compuseram esta macro revisão do papel do Estado na economia brasileira.

Aplicadas de maneira uniforme ao redor do mundo, especialmente na América Latina e no Leste Europeu, as políticas neoliberais ficaram muito aquém das expectativas, pois elas não foram nem capazes de promover maior crescimento e nem melhor distribuição de renda, pelo contrário (RODRIK, 2006). Não se trata aqui de criticar absolutamente as propostas de reforma adotadas no auge da tendência do Estado regulador. Com efeito, é necessário reconhecer que o Estado brasileiro, por tão longo período refém de governos autoritários, padecia e padece de um baixo nível de transparência, sendo imperioso aperfeiçoar os mecanismos de controle e de diálogo com a sociedade. Igualmente a sociedade brasileira contemporânea é muito mais complexa e

plural do que anteriormente, de modo que os debates devem ser capazes de compor e de legitimar as políticas públicas.

Criticam-se, sim, diagnósticos errados sobre o Estado brasileiro que fundamentaram essas políticas. As reformas de viés neoliberal enxergam o Estado brasileiro como uma organização excessivamente impermeável, autoritária e poderosa, que, apesar de todas suas prerrogativas, é incapaz e ineficiente. Daí todas as reformas voltadas à diminuição do intervencionismo estatal, ampliando-se a esfera de atuação privada na economia e na provisão de serviços públicos. No entanto, o grande problema do Estado brasileiro, cujas origens remontam ao modelo corporativista getulista (DRAIBE, 1994), é o que podemos chamar de uma “abertura seletiva e excludente”.

O Estado brasileiro não é excessivamente forte, mas, ao contrário, é fraco em relação aos interesses privados que subordinam as metas públicas. A comparação do caso brasileiro com os bem-sucedidos Estados desenvolvimentistas asiáticos e europeus permite compreender melhor essa afirmação⁴³:

Vistos em retrospectiva certos aspectos da trajetória do SPE [Setor Produtivo da Economia] brasileiro, quando contrastados com as experiências do capitalismo político europeu e, sobretudo, com as industrializações recentes do Sudeste Asiático, estariam a indicar a fragilidade do padrão de intervenção estatal no Brasil. De fato, a trajetória da Petrobras e as várias referências feitas ao longo desta pesquisa sobre o SPE mostram o ativismo individual exacerbado dos atores estatais produtivos como contraface da debilidade ordenadora da intervenção estatal. A excessiva heterogeneidade do SPE daí resultante obstou uma articulação interna efetiva entre as empresas estatais e limitou a formulação e implementação de esquemas de financiamento e estratégias comuns. (...) O aspecto central levantado por essas análises é a fraqueza do Estado latino-americano, contrapondo-se às análises quanto à ficção comum acerca de sua força e autonomia. Com efeito, embora o autoritarismo seja o traço comum a essas experiências, as estatocracias asiáticas foram menos permeáveis à força dos interesses privados “em particular” (CONTRERAS, 1993, pp. 204-206).

Historicamente, a porosidade do Estado brasileiro é seletiva e excludente, pois vai ao encontro de alguns interesses prevaletentes, mas ignora as necessidades da maior

⁴³ Esse posicionamento é compartilhado por EVANS (2008, p. 7), que afirma em relação ao Estado desenvolvimentista asiático: *“Based on the prior performance of local business, state officials assumed that the private sector’s “natural” strategy was “rent-seeking,” looking for officially sanctioned niches that would allow them to buy cheap and sell dear without having to brave entry into newer, more risky sectors. Therefore, the developmental state had to avoid being politically captured by their partners, in order to keep private elites oriented towards national projects of accumulation rather than their own consumption. Maintaining dense ties to entrepreneurial elites while avoiding capture and being able to discipline them is a defining feature of East Asian development states, distinguishing them from less successful states in Asia and Africa”*.

parcela da população. O grande objetivo de qualquer reforma do Estado no Brasil deve ser de fortalecer e não enfraquecer as instituições existentes, dotando-as dos meios necessários para cumprimento das metas estabelecidas pela sociedade, em termos de melhoria das condições de vida da população (BUCCI, 2002).

É possível afirmar que a maior contribuição do neoliberalismo foi exatamente o de deslegitimar, no próprio *mainstream* econômico, a ideia segundo a qual o desenvolvimento seria atingível por meio da adoção de certas políticas universalmente válidas (RODRIK, 2006). Abandonado o mito de que o desenvolvimento pode ser atingido pela adoção de um receituário elaborado segundo critérios objetivos, resta às sociedades periféricas o esforço de tentar compreender as especificidades históricas e sociais que limitam ou favorecem sua trajetória de transformação em sociedades mais igualitárias e produtivas.

Na lição de Gilberto BERCOVICI (2011, p. 24):

O desenvolvimento, como ensina Celso Furtado, é um fenômeno eminentemente histórico, ou seja, cada sociedade enfrenta problemas específicos, para os quais não há uma única política ou modelo. O subdesenvolvimento não é uma etapa pela qual os países desenvolvidos tenham necessariamente passado, mas é um processo histórico autônomo. De acordo ainda com Celso Furtado, o subdesenvolvimento, no fundo, é um fenômeno de dominação, portanto de natureza cultural e política, não apenas econômica. Neste sentido, nos casos da industrialização retardatária e da industrialização periférica, a afirmação de Alexander Gerschenkron, de que, em vários aspectos importantes, o desenvolvimento de um país “retardatário” ou “atrasado”, pelas próprias condições inerentes ao seu “atraso”, tende a ter diferenças fundamentais em relação ao dos países desenvolvidos, deve ser levada em consideração.

Com a deslegitimação dos postulados neoliberais após a crise financeira de 2008, discute-se, especialmente no caso brasileiro, a adoção de um modelo neodesenvolvimentista. Esse novo modelo guardaria semelhanças e diferenças tanto em relação ao Estado regulador, quanto em relação ao Estado desenvolvimentista.

Em termos de semelhanças com o modelo desenvolvimentista, o neodesenvolvimentismo adotaria como pressuposto teórico grande parte da herança legada pelos pensadores estruturalistas, cujo centro de referência remete às contribuições da CEPAL. Para essa corrente, o grande desafio dos países subdesenvolvidos seria um problema de sustentação da demanda como forma de

garantia da rentabilidade dos investimentos, invertendo, em conformidade com o pensamento keynesiano, o postulado de que “*a oferta gera sua demanda*”. Garantida a demanda, haveria estímulo para a realização de investimentos, que, por sua vez, permitiria aumento da capacidade de poupança nacional, novamente em oposição à ideia de que o investimento é uma variável decorrente da poupança. Para tanto, o Estado deveria assegurar dois tipos de condições: (i) o equilíbrio entre aumentos de produtividade e aumento dos salários reais; e (ii) a manutenção da taxa de câmbio em níveis favoráveis à expansão industrial, evitando supervalorizações (BRESSER PEREIRA, 2011).

Nesse sentido, o neodesenvolvimentismo atribui ao Estado papel central na coordenação das variáveis macroeconômicas e defende a importância das políticas industriais para o processo de *catching up* em relação às economias mais desenvolvidas. Diferentemente da versão tradicional, contudo, o neodesenvolvimentismo defende uma política industrial focada em inovações tecnológicas e em aumentos de competitividade via inserção internacional. Ao contrário do modelo anterior, a política industrial deve voltar-se à criação de conhecimento com vistas ao aumento da competitividade da economia nacional, que não pode mais se isolar no regime de industrialização por substituição de importações. Além disso, o foco das políticas de incentivo deve ser menos voltado à valorização de setores específicos, tal como foi realizado no II PND, e mais à criação de incentivos horizontais capazes de aumentar a absorção e produção de conhecimento. No Brasil, são exemplos dessa nova abordagem a política industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), lançada em 31 de março de 2004, e a Política de Desenvolvimento Produtivo, de 2008 (ARBIX&MARTIN, 2010).

Com relação ao modelo de Estado regulador, o neodesenvolvimentismo rompe com os postulados ortodoxos de livre mercado e de ineficiência intrínseca da intervenção estatal, que deveria se restringir à correção das “falhas de mercado”⁴⁴. Ao contrário da ênfase neoliberal na globalização, o ponto central do neodesenvolvimentismo é a nação e a defesa de um projeto nacional de

⁴⁴ Tradicionalmente, podem ser apontadas cinco situações em que os mecanismos de mercado falham em alocar os recursos mais eficientemente: (i) quando há monopólios naturais; (ii) quando o aumento da produção está associado à diminuição das unidades de custos – ganhos de escala; (iii) quando há externalidades que não são imputadas aos produtores (por exemplo: poluição); (iv) quando é difícil cobrar por um serviço ou excluir os não-pagantes; e (v) quando há bens de mérito, *i.e.*, bens que a sociedade julga que as pessoas devem consumir ou receber, independentemente do seu rendimento (MARTINUSSEN, 1997, p. 229).

desenvolvimento. Outra diferença importante reside na compreensão de que existem tendências estruturais das economias subdesenvolvidas, tal como a tendência à sobrevalorização das moedas fruto da “doença holandesa”, que restringem a competitividade dessas economias, especialmente nas atividades industriais, cabendo ao Estado papel central na mitigação desses efeitos (BRESSER PEREIRA, 2011). O problema da “doença holandesa” será analisado com mais profundidade no Capítulo 6 desta dissertação.

Aspecto central que diferencia o neodesenvolvimentismo tanto do neoliberalismo quanto do desenvolvimentismo brasileiro é a ênfase na função redistributivista do Estado (COUTINHO, 2010). Ao contrário da política de arrocho salarial aplicada pelos regimes militares no Brasil e de contenção de gastos sociais no auge do neoliberalismo, esse novo modelo defende a virtuosidade das políticas sociais para o desenvolvimento nacional. Além de sua óbvia importância na melhoria dos indicadores sociais, as políticas de universalização da saúde e da previdência, bem como os mecanismos de transferência de renda, cujo maior exemplo de sucesso no Brasil é o “Bolsa Família”, têm gerado efeitos positivos para inclusão de milhões de famílias no mercado consumidor, permitindo a sustentação da demanda e a expansão do emprego formal. Além dos benefícios sociais, outro ponto que tem contribuído para a diminuição das desigualdades sociais é a política de valorização do trabalho, com a busca pela recuperação dos valores reais dos salários mínimos, tradicionalmente defasados em relação aos aumentos de produtividade da economia nacional.

Elemento relativamente negligenciado que aproxima o Estado regulador do Estado neodesenvolvimentista é a busca comum por maior flexibilidade da Administração Pública. Sem os extremos da década de 1990, é interessante ressaltar como grande parte das reformas adotadas com base na ideologia neoliberal permanecem em vigor contemporaneamente, inclusive com a criação de novos instrumentos, como, por exemplo, as Parcerias Público-Privadas, prevista pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A busca por maior flexibilidade reflete a importância da articulação entre Estado e iniciativa privada, o que rompe com o paradigma verticalizado do período desenvolvimentista. Nesse momento, prevaleceu uma intervenção estatal pautada pelo

planejamento econômico vinculante à Administração Pública e, em regra, excludente da iniciativa privada. Naturalmente, é inapropriado afirmar que a intervenção estatal do período desenvolvimentista, no Brasil, foi sempre excludente da iniciativa privada, sendo a associação de capitais que viabilizou a indústria petroquímica um exemplo claro dessa parceria. Contudo, a relativização do unilateralismo em favor de formas cada vez mais horizontais de relacionamento entre Estado e iniciativa privada é uma necessidade da realidade contemporânea, caracterizada por ser uma “economia do conhecimento” baseada em inovações (SCHAPIRO, 2009).

Essa continuidade não significa que o Estado neodesenvolvimentista seja favorável à desregulação neoliberal. A flexibilização para os neoliberais tinha como objetivo extirpar a participação estatal, com vistas a aumentar a eficiência da economia, entendida sob um paradigma de eficiência *alocativa* que ignora *eficiências dinâmicas* e de *crescimento*⁴⁵, restringindo a intervenção estatal à mitigação das “falhas de mercado” (CHANG, 1997). Apesar disso, a flexibilização promovida pelas reformas administrativas de viés neoliberal vai ao encontro das necessidades do Estado neodesenvolvimentista, porque permite ao último maior margem para a elaboração de políticas públicas setorial e socialmente mais eficientes, em vista dos objetivos públicos que direcionam essa política.

⁴⁵ "In a world characterized by technical change (both 'continuous' change along defined technological trajectories and 'discontinuous' one related to the emergence of new technological paradigms), technological lags and leads shape the patterns of intersectoral and interproduct profitability signals and, thus, also the patterns of microeconomic allocation of resources. The latter, however, may affect the long-term macroeconomic dynamism of each country, in terms of both rates of growth of income consistent with the foreign balance constraint and of technological innovativeness. In the last resort, this happens because the effects of a multiplicity of signals (related to profitability, long-term demand growth and technological opportunities) upon microeconomic processes of adjustments are likely to be asymmetric. In another work one of us elaborates on this point distinguishing between the notion of (i) allocative efficiency; (ii) innovative (or 'Schumpeterian') efficiency; and (iii) growth efficiency of particular patterns of production (Dosi, Pavitt, and Soete (1990)). There we agree that especially in countries far from the technological frontier patterns of allocation of resources which are 'efficient' on the grounds of the incumbent distribution of technological capabilities and relative prices might well entail negative long-term effects in terms of demand elasticities of the goods one country will be able to produce (the 'growth efficiency') and of the innovative potential associated with that (the criterion of 'innovative efficiency'). Whenever trade-offs between different notions of efficiency arise, 'suboptimal' or 'perverse' macroeconomic outcomes may emerge. Since the future pattern of technological advantages/disadvantages is also related to the present allocative patterns, we can see at work here dynamic processes which Kaldor called of 'circular causation': economic signal related to intersectoral profitabilities – which lead in a straightforward manner to 'comparative advantages' and relative specializations – certainly control and check the allocative efficiency of the various productive employments, but may also play a more ambiguous or even perverse role in relation to long-term macroeconomic trends." (DOSI&CIMOLI&NELSON&STIGLITZ, 2006, pp. 13-14).

A maior flexibilização legada pelo neoliberalismo pode ser considerada uma condição positiva para o avanço do que TRUBEK (2010) considera o principal desafio, em termos jurídicos, para o neodesenvolvimentismo: a conjugação entre criatividade institucional e estabilidade. Sob a influência neoliberal, flexibilização significava hegemonia de mercado sob a óptica míope da eficiência alocativa, contudo, atualmente a flexibilização é instrumental para a formulação de políticas mais horizontalizadas, específicas e, assim, mais capazes de cumprir os objetivos a que se prontificam, em uma concepção ampliada de eficiência que reforça a busca por maior equidade social. Portanto, a flexibilização deixa de ser sinônimo de desregulamentação para se tornar condição para o exercício de uma intervenção estatal mais complexa e condizente com as necessidades contemporâneas.

O Estado neodesenvolvimentista afasta simultaneamente o mito do Estado mínimo (liberalismo nos moldes *laissez-faire*) e máximo (economia planificada) como possíveis panaceias para o desenvolvimento. As condições impostas por um novo modelo produtivo baseado no conhecimento e na inovação têm demandado novas respostas por parte do Estado. Com o fim das fórmulas fáceis, é preciso que as propostas de aperfeiçoamento do Estado brasileiro não ignorem a importância do seu fortalecimento como agente indutor, provedor e participante do mercado, sem prejuízo da iniciativa privada. O experimentalismo deve ser considerado um elemento indispensável à elaboração de estratégias nacionais de desenvolvimento, sendo que a flexibilização, inesperada herança das políticas neoliberais, é uma condição que diminuiu os ônus de constantemente se alterar o ordenamento jurídico, especialmente em nível constitucional.

Como se pretende proceder na sequência, a nova política do petróleo para o Pré-Sal pode ser interpretada de acordo com essa perspectiva, porém, antes, é necessário analisar o instituto do monopólio previsto pela Constituição Federal.

4. O MONOPÓLIO PÚBLICO SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS

4.1. Diferenciação entre Monopólio de fato e de Direito

Para a teoria microeconômica, o monopólio é estrutura de mercado em que um único fornecedor produz e vende um produto, de acordo com o preço que ele julgar conveniente. O monopólio ocorre e perdura enquanto um único produtor ocupar todo o mercado relevante. O monopólio é o oposto do mercado perfeito, que se caracteriza por: pluralidade de agentes econômicos, produtores tomadores de preço, ausência de barreiras à entrada, existência de bens substitutos e ausência de lucros no longo prazo (MANKIWI, 2006, pp. 316-343).

A situação de monopólio permite que o produtor disponha de poder de mercado para: (i) influenciar o preço do produto e a quantidade a ser ofertada; (ii) discriminar entre consumidores; (iii) maximizar lucros; e (iv) impedir a entrada de novos concorrentes. Na condição de único produtor e vendedor, o monopolista maximiza seu lucro marginal por meio da redução da produção e do aumento de preços, o que gera ineficiência produtiva e alocativa, uma vez que a produção ocorrerá em nível inferior à capacidade ótima e muitos consumidores não poderão adquirir o produto pelo preço ofertado.

Entre os motivos que causam a formação desse mercado imperfeito podemos mencionar as barreiras à entrada decorrentes de economias de escala, elevadas exigências de capital inicial, diferenças tecnológicas e externalidades de rede. A existência de barreiras à entrada é importante para a manutenção dos monopólios, pois, caso o mercado fosse contestável, novos produtores disputariam a posição do produtor monopolista com vistas à obtenção de lucros acima da receita marginal, o que é teoricamente impossível num contexto de mercados perfeitos, no longo prazo.

A estrutura de mercado chamada de monopólio pela teoria microeconômica não se identifica com o monopólio de Direito. O monopólio de fato analisado pela economia decorre da atuação dos agentes econômicos e da própria estrutura de mercado; já os monopólios de Direito decorrem do Ordenamento Jurídico. Os monopólios de fato são um resultado da *realidade*: são situações em que há o controle do mercado por produtor

capaz de exercer enorme poder de mercado e de prejudicar a sociedade pela cobrança de preços abusivos e pela restrição da produção. Já os monopólios de Direito decorrem de previsões constitucionais e legais adotados por um Estado, com vistas à persecução dos mais variados objetivos, tais como, entre outros, aumento da arrecadação, relevante interesse público e defesa nacional:

É mister caracterizar um monopólio de fato em contorno com um monopólio jurídico. Na primeira modalidade, o monopolizador adquire a qualidade por ato próprio, fundada em condições peculiares de poder econômico ou de tecnologia privilegiada, tendentes a excluir a concorrência de terceiros. Contrariamente, no monopólio de direito, é a lei que torna privativa do Estado a atividade econômica, emitindo ato de vedação da concorrência, declarada ilícita (TÁCITO, 2005, p. 312).

Criados pelo Ordenamento Jurídico, os monopólios de Direito são teoricamente lícitos e mais ou menos legítimos, a depender dos fundamentos e princípios que tenham orientado sua previsão normativa. Já os monopólios de fato são objeto de controle pelas autoridades competentes: “*Os sistemas jurídicos modernos, como se sabe, distinguem os monopólios de direito dos monopólios de fato, sendo estes últimos, em geral, ilícitos ou, pelo menos, suspeitos, num sistema em que existe o princípio da livre iniciativa*” (COMPARATO, 1996, p. 148). De acordo com o art. 173, §4º, da CF/88: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Os monopólios de fato podem ser resultado de condutas consideradas ilegais pelo direito concorrencial, tais como as que permitiram a ascensão da *Standard Oil* à condição de virtual controladora única do mercado de distribuição de derivados de petróleo nos Estados Unidos, no final do século XIX e início do século XX. John Rockefeller revolucionou a indústria petrolífera ao aprofundar a integração vertical da *Standard Oil*, aproveitando-se das elevadas economias de escala e dos altos investimentos iniciais, que são característicos da indústria petrolífera⁴⁶. Tendo partido

⁴⁶ “Na verdade, observa-se que Rockefeller apostou no aproveitamento econômico de dois conceitos fundamentais para a Economia Industrial: economias de escala e integração vertical (Box 2.2). No segmento de refino e nos oleodutos, a entrada da *Standard Oil*, com escalas de operação muito superiores às então utilizadas pelas empresas concorrentes, possibilitou uma forte redução dos custos médios. Nestas condições, as empresas concorrentes passaram a experimentar dificuldades de rentabilidade e muitas delas acabaram sendo compradas pela *Standard Oil*. Além disso, a *Standard Oil* estendeu seu poder de monopólio por todas as fases da cadeia produtiva, tornando-se um *price maker* (formador de preços) e consolidando sua posição dominante na indústria. A integração vertical do *upstream* ao *downstream* facilitava a administração e repartição dos custos e margens ao longo da cadeia produtiva, através da utilização de subsídios cruzados entre os produtos e entre os diferentes segmentos de atividade.

do setor de refino e de distribuição, Rockefeller progressivamente aumentou sua participação no mercado por meio de aquisições e de práticas consideradas abusivas nos dias de hoje, como: preços predatórios, contratos preferenciais de transportes com ferrovias, recusa de fornecimento, etc. Em 15 de maio de 1911, a Suprema Corte americana decidiu, com base no *Sherman Act*, cindir a *Standard Oil* em 33 empresas, dentre as quais algumas evoluíram para se tornarem as maiores empresas privadas do setor (YERGIN, 1990, pp. 35-55).

Além do monopólio decorrente da atividade empresarial, é possível que um mercado seja um monopólio natural. A qualificação de um mercado como monopólio natural não está relacionada com o número de vendedores de um produto, pois um mercado deverá ser considerado um monopólio natural quando apenas um agente econômico puder atuar de maneira eficiente. A competição entre diversos agentes, em um monopólio natural, é temporária e acarreta o aumento dos custos de produção.

Na explicação de Richard POSNER (1999, p.1):

The term [monopólio natural] does not refer to the actual number of sellers in a market but to the relationship between demand and the technology of supply. If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it. If such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case competition is short-lived and in the second it produces inefficient results. Competition is thus not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly.

A existência de monopólio natural é comum em infraestruturas, especialmente nas de rede (telecomunicações, distribuição de energia, ferrovias, etc.). Nessas situações, resta clara a economicidade da manutenção do monopólio natural, pois a duplicação de infraestruturas acarretaria desperdício de recursos, sem um aumento equivalente da utilidade social desses bens. Apesar de a configuração de um monopólio natural ser o resultado das condições estruturais de mercado, o monopolista dispõe de enorme poder econômico, o que pode resultar na prática de abusos.

Nestas condições, a *Standard Oil* conseguiu erigir enormes barreiras à entrada de novas empresas na indústria” (PINTO JR., 2007, p. 62).

Esse risco de abusos demandou a instituição de mecanismos de controle pelo Direito, como explica Ha-Joon CHANG (1997, pp. 706-707):

The area of welfare economics which had most direct link with regulation (as defined in this survey) is that of natural monopoly. It was argued that in some industries with significant sunk costs, the lowest costs of production will be achieved by a single firm producing for the entire market (or a small number of firms, in the case of 'natural oligopoly'), but that this will result in all those vices associated with non-competitive markets — 'deadweight welfare loss' due to allocative inefficiency, productive inefficiency due to lack of competitive pressures, increased possibility of collusion among firms, increased possibility of 'predatory pricing' or 'pre-emptive investments' and other 'wasteful' behaviour, increased possibility of exploitation of consumers and of input suppliers by the dominant firms. And, naturally, it was deemed necessary that the government regulate the behaviour of the monopoly firms (or even break them up) to minimize these vices.

A existência de monopólios naturais e a correspondente possibilidade de abuso de poder econômico pelo monopolista exigiram soluções no direito concorrencial e no direito administrativo. A doutrina das *essential facilities* surgiu no direito concorrencial americano ⁴⁷ como mecanismo de controle em situações em que há extrema concentração do poder econômico por um agente do mercado, tal como nos monopólios naturais.

Nesse sentido, explica Calixto SALOMÃO FILHO (2002, pp. 38-39):

O conceito de *essential facility* foi desenvolvido no direito concorrencial para hipóteses de extrema concentração econômica. Geralmente, essas hipóteses coincidem com os casos de monopólio natural ou com outros casos de monopólio decorrentes de razões estruturais e nos quais não há como presumir que o mercado seja capaz, por si, de dar soluções a essas falhas.

O conceito de *essential facility* predica uma obrigação do produtor ou detentor de colocar à disposição do comprador certo bem ou infraestrutura considerada indispensável à consecução das atividades desse comprador. Configurada a dependência do comprador, a recusa ao fornecimento do bem é ilícita. O conceito tem sido utilizado com largueza pelos teóricos que defendem o aumento da concorrência na prestação de serviços públicos no Brasil (ARAGÃO, 2003), bem como para a análise de bens públicos (MARRARA, 2007, pp. 202-216).

⁴⁷ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* – 224 US 338 (1912).

O conceito de *essential facility* não se identifica necessariamente com a situação de monopólio de Direito, pois o primeiro diz respeito à garantia de acesso a um bem essencial, normalmente, em razão de monopólio natural. O monopólio de Direito, por outro lado, denota a supressão da livre iniciativa em dado ramo de atividade comercial ou industrial. Os conceitos de monopólio natural e de *essential facility* dizem respeito diretamente ao bem detido ou produzido pelo monopolista, bem como à garantia de acesso ao bem, e não propriamente, à atividade econômica que utiliza o bem como suporte. Já o monopólio de Direito abrange atividades econômicas e não se vincula necessariamente ao domínio ou à propriedade de um bem, conforme explica Eros GRAU (2006, p. 296):

O conceito de monopólio, efetivamente, não se presta a explicitar a característica da propriedade, de modo que não cabe aludirmos a monopólio de propriedade. Na medida em que *erga omnes*, a propriedade é sempre exclusiva. Isso significa que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade (=monopólio) do domínio do bem pelo seu titular. Por isso são redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio de um bem’.

Os monopólios de Direito podem, ainda, ser *públicos* ou *privados*. No primeiro caso, pessoa jurídica de Direito público interno é titular da atividade, que é desempenhada em razão do interesse coletivo, em conformidade com as regras cabíveis. No segundo, há a atribuição do monopólio a um particular, com vistas a incentivar os investimentos em uma área sensível. A atribuição de monopólio sobre *propriedade industrial* (privilégios de invenção e sinais distintivos) resulta na exploração exclusiva desses direitos pelo seu titular, que, no entanto, deve coordenar seus interesses com as finalidades públicas que fundamentaram a outorga desse privilégio (COMPARATO, 1996, p. 148).

A mesma distinção é ressaltada por Eros GRAU (2006, pp. 293-294):

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, *know-how* etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração. O segundo tipo de monopólio legal consubstancia atuação estatal no domínio econômico: o Estado assume o exercício de determinada atividade em regime de monopólio, em cumprimento a preceito contemplado no plano constitucional.

Os monopólios de Direito, portanto, não se confundem com os monopólios de fato. Ao contrário destes, os monopólios de Direito decorrem do Ordenamento Jurídico e não necessariamente terão as estruturas típicas de um mercado monopolista, ou seja, um único produtor com poder para definição de preços e controle da produção. Desde uma perspectiva jurídica, a existência do mesmo nome para caracterizar o *monopólio* de fato e o *monopólio* de Direito pode ocasionar problemas de interpretação jurídica.

Com base na nomenclatura proposta por Fábio Konder COMPARATO (1996), exposta acima, nas páginas seguintes utilizaremos a expressão “monopólio público” para denotar o monopólio jurídico que tem como titular o Poder Público e que decorre do Ordenamento Jurídico. A expressão tem a vantagem de ressaltar a natureza jurídica do monopólio, em oposição ao monopólio de fato, pois todo monopólio público decorre do Ordenamento Jurídico.

4.2 O monopólio público como técnica de intervenção no domínio econômico

Com base na Constituição Federal de 1988, é possível definir o monopólio público como: técnica de intervenção do Estado sobre e na economia, por meio da qual se retira da iniciativa privada a preferência de atuar em uma dada atividade econômica em sentido estrito, podendo haver supressão da liberdade de iniciativa, por expressa disposição constitucional, em prol de intervenção direta pelo próprio titular do monopólio⁴⁸ ou por outrem. A definição acima merece ser analisada por partes.

A) Intervenção direta e atividade econômica em sentido estrito

De acordo com classificação de Eros Grau, as atividades econômicas constituem um gênero que abrange as *atividades econômicas em sentido estrito*, os *serviços públicos* e as *atividades ilícitas* (GRAU, 2006, p. 104). Para fins de interpretação constitucional, somente as duas primeiras serão relevantes.

⁴⁸ Caso haja menção apenas a “monopólio”, a expressão deve ser entendida como monopólio público. Quando houver referência a monopólio em sentido econômico, ela será expressa.

As atividades econômicas em sentido estrito representam o campo privilegiado de atuação da iniciativa privada em regime concorrencial. São atividades nas quais as sociedades empresariais atuam com vistas à obtenção de lucro.

Por outro lado, os serviços públicos são as atividades cuja prerrogativa inicial é do Estado, pois esses serviços são essenciais para a população, representando a própria razão de ser do ente coletivo: “*Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social*” (GRAU, 2006, p. 130).

Não haveria que se falar em intervenção do Estado no que concerne à prestação de serviços públicos, pois intervenção diz respeito à atuação em área de outrem, o que não é o caso na hipótese dos serviços públicos, mas, sim, das atividades econômicas em sentido estrito. Nesse sentido, o Estado somente intervém *sobre e nas* atividades econômicas em sentido estrito (GRAU, 2006, pp. 110-111).

A separação entre esses dois campos do gênero atividade econômica se fundamentaria na Constituição Federal. A intervenção estatal sobre atividades econômicas em sentido estrito é regida, entre outras normas constitucionais, pelo art. 173 da CF/88. Por outro lado, a prestação dos serviços públicos vincular-se-ia ao regime do art. 175 da CF/88:

É que, por um lado, a Constituição de 1988 aparta, a ambos conferindo tratamento peculiar, *atividade econômica* e *serviço público*. No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de “atividade econômica” pelo Estado, além de, no § 1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de “serviços públicos”. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”. A necessidade de distinguirmos *atividade econômica* e *serviço público* é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável (GRAU, 2006, p. 102).

Para Eros GRAU, os monopólios são estabelecidos sobre atividades econômicas em sentido estrito, não sendo terminologicamente correto aplicar a expressão à hipótese de serviços públicos, que são prestados em *regime de privilégio*. Ainda que haja um monopólio natural que sirva de suporte material à prestação de um serviço público, não

há que se qualificar essa situação como um monopólio público, pois esta é hipótese que se aplica somente em caso de atividade econômica em sentido estrito. O fato de o Ordenamento Jurídico impedir ou restringir a concorrência na prestação de um dado serviço público não equivale, em termos jurídicos, à criação de um monopólio público. Nessa hipótese, há, sim, *privilégio* do Poder Público, que deve prover esse serviço ou bem, em regime de *exclusividade*, ou não, conforme o regime jurídico aplicável ao serviço.

Muito embora conte com apoio majoritário da doutrina e tenha fundamentado decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁹, o posicionamento defendido por Eros GRAU de que somente haveria monopólio sobre atividade econômica em sentido estrito é objeto de críticas⁵⁰.

Ao analisar a relação entre o art. 173 e 175 da CF/88, Gustavo Kaercher LOUREIRO (2010) questiona a separação entre *atividades econômicas em sentido estrito* e em *serviços públicos*, tal como proposta por Eros GRAU (2006), no que concerne à qualificação do monopólio como instituto incidente sobre atividade econômica em sentido estrito. Para LOUREIRO, a distinção proposta acima não permitiria identificar os pontos de convergência entre o instituto do monopólio e os serviços públicos.

⁴⁹ Em recente julgamento sobre a qualificação do regime postal como serviço público e a eventual supressão da concorrência em virtude da exclusividade na sua prestação, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se claramente sobre essa distinção no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº46 (ADPF nº46) : “1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. (...)”

⁵⁰ Para recente crítica do conceito de serviço público defendido por Eros GRAU, Cf. (SCHIRATO, 2011b).

LOUREIRO (2011) argumenta que a diferenciação baseada no tipo de interesse supraindividual atendido pelo monopólio e pelos serviços públicos seria de difícil operacionalização. Para ele, a afirmação de que os serviços públicos atenderiam à satisfação das exigências de “solidariedade”, “coesão” ou “interdependência pessoal”; ao passo em que os monopólios satisfariam “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”, seria insuficiente para demarcar claramente os limites entre os dois institutos. Ademais, não haveria uma diferença intrínseca entre atividades objeto de monopólio e atividades objeto de serviço público no que concerne à promoção do interesse público primário, pois os monopólios com objetivos meramente fiscais não são autorizados pela Constituição Brasileira.

Embasado em interpretação do texto das Constituições de 1891 e de 1934 e da doutrina da época, LOUREIRO (2011) defende que monopólios e serviços públicos nasceram interligados no Brasil, muitas vezes sendo utilizados como sinônimos. Tradicionalmente, a diferença entre os dois institutos decorreria da exclusividade ou não da forma de execução de competência pública reservada. Os serviços públicos poderiam ser objeto de delegação, de modo que a manifestação da natureza pública se fazia por meio da titularidade da competência, sem a necessária exclusão da iniciativa privada na prestação desses serviços. Já os monopólios seriam aquelas atividades que somente poderiam ser objeto de execução pública, com a exclusão necessária da iniciativa privada e da livre iniciativa. A exclusividade no exercício seria, portanto, o elemento que diferenciaria os dois institutos.

Nas palavras de LOUREIRO (2011, p. 51):

(...) A monopolização (como dizia a Constituição de 1934) e a qualificação de uma atividade com serviço público expressam, em nossas Cartas, duas operações jurídicas apenas parcialmente diferentes no que diz com a ação estatal no universo econômico. A diferença é parcial e é formal: monopólio e serviço público situam-se no mesmo polo da grande dicotomia “público/privado”. Mas manifestam de diferentes maneiras e de diversas perspectivas. Ao longo da nossa história constitucional (até a Emenda Constitucional nº6/1995), a figura do monopólio expressou esta dicotomia certamente da perspectiva da titularidade da atividade (pública), mas, sobretudo, da perspectiva da *forma de execução de competência pública reservada*; aquela do serviço público manifestou-a, sobretudo (ou apenas), pela perspectiva da *titularidade da competência*.

Após a EC nº 9/95, o monopólio sobre as atividades elencadas no art. 177 poderiam ser contratadas com terceiros. Essa alteração constitucional rompeu com a tradicional exclusividade no exercício do monopólio, de modo que atualmente haveria mais semelhanças do que diferenças entre serviços públicos e os monopólios públicos. LOUREIRO (2010) sustenta que não mais existiria uma diferença essencial entre os dois institutos:

Pelos argumentos ora desenvolvidos, verifica-se *inexistir diferença essencial, a priori*, entre “serviço público” e “monopólio”; entre, por exemplo, as atividades do art. 21 e aquelas do art. 177: ambas fazem parte do gênero “competências econômicas públicas (prestacionais)”. Nenhuma atividade prevista nesses dispositivos é necessariamente, serviço público, ao mesmo tempo que não se pode impedir, *a priori*, que venha a ser. São características econômicas, técnicas, de investimento, de contexto, enfim, que orientarão o legislador na escolha da melhor disciplina jurídica para cada atividade. Do ponto de vista constitucional, o que existe é uma inegável semelhança de regime jurídico: *ambas as competências públicas são exclusivas, mas delegáveis a privados por meio de contratos*.

O posicionamento do autor é interessante se refletirmos sobre a essencialidade do petróleo e sua íntima relação com o desenvolvimento e a soberania, porém a diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito merece suporte pelo distinto conjunto normativo que incide sobre cada uma dessas atividades econômicas em sentido amplo. Ainda que objeto de monopólio, as atividades econômicas em sentido estrito não estão sujeitas às regras de direito público que têm como objeto garantir a *continuidade*, a *modicidade* e a *universalidade* dos serviços públicos. O interesse público insito aos serviços públicos requer uma proteção especial pelo Ordenamento Jurídico que não encontra paralelo nas atividades econômicas, o que se reflete em uma série de diferenças no que concerne ao tratamento jurídico dessas atividades, como por exemplo: adoção de um regime próprio para a concessão de serviços públicos, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1996 e Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; a sujeição a procedimentos licitatórios próprios para a realização de compras e de contratações, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; a previsão de regras de responsabilidade objetiva, art. 37, §6º, da CF/88; e, ainda, tratamento tributário diferenciado, com imunidade tributária recíproca, nos termos do art. 150, inc. VI, alínea a) e art. 150, §2º e §3º (MUKAI, 1999, pp. 82-106).

Adotando-se a classificação proposta por Eros GRAU (2006), a expressão “atividade econômica” no texto constitucional por vezes denota *atividade econômica em*

sentido estrito e, em outras, *atividade econômica em sentido amplo*, o que demanda cuidado do intérprete. No art. 174 e no art. 170, parágrafo único, da CF/88, a expressão denota atividade econômica em sentido amplo. Contudo, verifica-se que a mesma expressão no art. 173 da CF/88 se relaciona com *atividade econômica em sentido estrito*, pois diz respeito às hipóteses nas quais é permitida a atuação do Estado no campo próprio do setor privado, seja em condição de igualdade com o empresário privado, seja por meio da instituição de monopólio (GRAU, 2006, p. 109).

Eros GRAU (2006, pp. 148-151) divide as intervenções estatais em intervenções *sobre* e *no* domínio econômico. Para o autor, as formas de intervenção do Estado *sobre* o domínio econômico seriam aquelas formas de intervenção indireta do Estado e poderiam ser diferenciadas em mecanismos de *intervenção por direção*, de caráter compulsório, e mecanismos de *intervenção por indução*, de caráter premial. Já os mecanismos de atuação *no* domínio econômico seriam aqueles mecanismos pelos quais o Estado atuaria diretamente no domínio econômico e poderiam ser divididos em mecanismos de *intervenção por participação*, por meio dos quais o Estado atuaria na condição de empresário em competição com os demais agentes do mercado, e, ainda, por *absorção*, por meio da qual o Estado assumiria completamente os meios de produção ou de troca para si, subtraindo o setor da iniciativa privada – monopólio.

Vale ainda ressaltar que, para Eros GRAU (1978, p. 65), a função planejadora do Estado, prevista no art. 174 da CF/88, não deve ser considerada uma modalidade de intervenção estatal na ordem econômica concreta, mas, sim, um método que qualifica essa intervenção ao dotá-la de maior racionalidade. Para ele, o planejamento é uma forma de atuação estatal que se caracteriza pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela disposição de meios de ação coordenadamente dispostos para se atingirem esses objetivos. Por meio dessa atuação estatal, busca-se ordenar, macroeconomicamente, o processo econômico para melhorar o funcionamento da ordem social, em condições de mercado. Por ser um método, o planejamento seria conciliável com todos os tipos de intervenção econômica, direta ou indireta, sem, contudo, caracterizar-se como uma espécie do gênero intervenção econômica.

B) Intervenção direta e liberdade de iniciativa

A criação de monopólio sobre atividade econômica em sentido estrito caracteriza forma de intervenção no domínio econômico que resulta na supressão da liberdade de iniciativa como forma privilegiada de organização das atividades nesse setor da economia.

A liberdade de iniciativa é princípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil, conforme inc. IV, do art. 1º, da Constituição: “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”. Complementarmente, a livre-iniciativa foi prevista no *caput* do art. 170, da CF/88, que a elevou à condição de fundamento da Ordem Econômica.

A liberdade de iniciativa relaciona-se com a garantia da economia de mercado, nos moldes de uma economia capitalista (ALBINO DE SOUZA, 2002, pp. 431-450). Ela abrange a liberdade econômica (liberdade de indústria e comércio), entendida como liberdade de os indivíduos afetarem bens e capital com vistas à produção e troca de bens e serviços, com objetivo de auferir lucros. Porém, a liberdade de iniciativa não se limita à sua vertente empresarial, pois ela se relaciona, ainda, com a liberdade para desenvolvimento de outras formas de organização, como as cooperativas (art. 5º, XVII, e art. 174, §§3º e 4º); liberdade de contratar; liberdade de trabalhar; liberdade de associação; liberdade de inversão; e a liberdade de organização do processo produtivo (BERCOVICI, 2011, p. 265).

Sob a óptica dos agentes privados, a liberdade de iniciativa encontra proteção no princípio da legalidade, que impõe ao Estado a exigência de lei em sentido formal para estabelecer limites e restrições ao exercício de atividades econômicas em sentido estrito. De modo a evitar arbítrios por parte do Estado, o art. 170, parágrafo único, da Constituição, determina que os limites à iniciativa privada e a imposição de restrições com vistas à conformação da economia nacional devem ser estabelecidos por meio de lei em sentido formal, ou seja, lei aprovada pelo Congresso Nacional, ratificada pelo Poder Executivo e publicada, nos termos da CF/88.

A proteção da livre iniciativa tem como desdobramento a busca pela livre concorrência. Do ponto de vista das estruturas, a livre concorrência é uma garantia jurídica que permite aos agentes econômicos competirem entre si, protegendo o mercado de práticas abusivas que decorrem do poder econômico detido por agente dominante. Sob a perspectiva dos consumidores, a livre concorrência é indispensável para a competitividade dos preços e para definição em nível ótimo da quantidade ofertada no mercado, ambas condições necessárias para defesa dos consumidores e para proteção da coletividade (art. 1º, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011). Em outros termos, a livre concorrência é o oposto do conceito econômico de monopólio, pois a sua proteção tem como objetivo evitar que um mercado seja controlado por um agente econômico (ou por poucos agentes econômicos com excessivo poder econômico – oligopólio), com capacidade de definir preços, de controlar a produção e de criar barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes nesse mercado (TAVARES, 2011, pp. 255-269).

Ainda que tenha sido elevada a princípio constitucional, art. 170, IV, e a fundamento para intervenção do Estado na ordem econômica, art. 173, §4º, a livre concorrência é considerada um desdobramento da livre iniciativa (FERREIRA FILHO, 1996, p. 354), pois não havendo livre iniciativa em uma dada atividade econômica não é possível haver livre concorrência (o contrário não sendo verdadeiro, pois é possível haver livre iniciativa sem livre concorrência, o que é um problema a ser equacionado no âmbito das regras do direito antitruste).

Apesar de sua inegável importância na conformação do modelo de Estado brasileiro, alguns autores elevam a livre iniciativa à condição de fundamento central e princípio-mestre da ordem instituída pela Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2002). Como analisado acima no Capítulo 3, a Constituição brasileira é uma Constituição Dirigente, de modo que o princípio da liberdade de iniciativa deve se conformar à realização do projeto constitucional previsto no art. 3º da CF/88. A liberdade de iniciativa não pode ser desvinculada do texto geral da CF/88, interpretando-se esse princípio como fonte a partir da qual todas as demais normas deveriam se adequar. Ao contrário, a liberdade de iniciativa deve ser entendida em sua íntima relação com a valorização do trabalho, como previsto no art. 1º, IV, da CF/88. A liberdade de iniciativa, no contexto da CF/88, é uma liberdade relativa (BERCOVICI,

2011, p. 267), que deve se conformar com os demais parâmetros estabelecidos pela ordem econômica constitucional, em uma realidade marcada pela institucionalização do intervencionismo estatal.

Na lição de Washington Peluso ALBINO DE SOUZA (2002, p. 440):

Entretanto, o que se verifica é a presença dos operadores privados, particulares, convivendo com elementos intervencionistas institucionalizados, determinando linhas mestras dirigidas no sentido de bem-estar social e da realização de objetivos macropolítico-econômicos, como os que advêm da “exploração direta de atividade econômica” pelo próprio Estado (art. 173), ou da ação normativa e reguladora, quando exerce as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”.

De acordo com o art. 173, o setor público pode atuar nas atividades econômicas em sentido estrito: (i) quando a exploração direta pelo Estado for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei; e (ii) nos casos previstos na Constituição, ou seja, nas hipóteses de monopólio do art. 177 e do inc. XXIII do art. 21:

As atividades econômicas em sentido estrito, embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. 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 nos 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...”. A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista, pelo texto constitucional, no seu artigo 177. Cuida-se, aí, de atuação em regime de monopólio. Apenas esse caso justificaria, já, a menção inicial, contida no preceito veiculado pelo art. 173 do texto constitucional. Além dele, contudo, outro mais encontramos precisamente no referido inciso XXIII do art. 21. (GRAU, 2006, p. 127)

A primeira hipótese de intervenção direta no domínio econômico decorre de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Os dois conceitos vinculam-se à noção de interesse público e podem ser considerados conceitos jurídicos indeterminados, que, de acordo com definição de ENGISCH (1979, p.173) são: *“um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”*. Os conceitos jurídicos indeterminados são preenchidos pela interpretação dos aplicadores das normas jurídicas e, no caso da intervenção no domínio econômico, pelo conjunto dos órgãos responsáveis pela sua aprovação.

A abertura desses conceitos à construção interpretativa permite a sua concretização à luz das experiências históricas, viabilizando sua permanência normativa a despeito de mudanças no suporte fático que venha a dar completude à hipótese jurídica. Em outras palavras, os conceitos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo são necessariamente amplos, pois não é possível delimitar de antemão todas as situações em que a intervenção pública será considerada legítima pelo conjunto dos Poderes e pela sociedade. A profundidade e abrangência da intervenção do Estado na economia são produtos da realidade histórica que se traduz em decisões políticas e jurídicas (BERCOVICI, 2011, p. 272).

Por vezes se argumenta que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados para fundamentação da intervenção direta do Estado no domínio econômico portaria o risco de abusos por parte do Estado. Por sua abertura semântica, os conceitos acima poderiam permitir que o Estado prejudicasse a iniciativa privada, limitando a liberdade de iniciativa, em prol de ideias completamente abstratas como “segurança nacional” e “interesse coletivo”. De modo a controlar esse ímpeto, seria preciso que a intervenção estatal respondesse a mais um princípio, que encontraria fundamento na liberdade de iniciativa e na ideologia consagrada pela Constituição, a saber: o *princípio da subsidiariedade* (TAVARES, 2011, pp. 276-277).

De acordo com esse princípio, o Estado brasileiro teria uma função suplementar à iniciativa privada, somente sendo legítima a intervenção nos setores nos quais a iniciativa privada não tivesse interesse ou não dispusesse dos recursos necessários para tanto. Seus defensores apontam que a intervenção estatal somente seria justificável nas hipóteses do art. 173, ressalvado o *princípio da subsidiariedade*, que garante preferência à iniciativa privada em detrimento da iniciativa estatal.

Há autores que defendem que o *princípio da subsidiariedade* decorre da adoção de um modelo constitucional neoliberal pela CF/88 (TAVARES, 2011, p. 278). Esse modelo propugnaria uma atuação subsidiária do Poder Público, em conformidade com o exposto no Capítulo 3, e percebe na intervenção estatal um fator de ineficiência, de desperdício de recursos públicos e de atraso econômico.

O *princípio da subsidiariedade* merece ser adotado com cautela, em face da CF/88. Em primeiro lugar, ao contrário do disposto na CF/69, esse princípio não foi

previsto de maneira expressa na CF/88. Ao contrário da Constituição Federal de 1969, a Constituição Federal de 1988 não definiu o *princípio da subsidiariedade* como parâmetro de intervenção estatal. A redação original da CF/69 dispunha em seu art. 170, §1º: “Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.”.

Em segundo lugar, a conjugação do *princípio da subsidiariedade* com a abertura econômica neoliberal e com a supressão da diferença entre capital nacional e estrangeiro gera, no limite, um cenário de proibição ideológica da intervenção estatal que é contrário à própria Constituição. Em outras palavras, se a intervenção estatal é sempre condicionada à inexistência ou à incapacidade do interesse privado (pois, caso contrário, seria vedada) e se não há diferença entre capital nacional e estrangeiro (após a revogação do art. 171 da CF/88)⁵¹, resulta que a intervenção estatal somente seria legítima se não houver, no mundo inteiro, capitais privados interessados ou capazes de atuar nesse setor da economia. O raciocínio é propositalmente exagerado, pois normalmente as discussões sobre o *princípio da subsidiariedade* ignoram o debate sobre a relação entre capitais nacionais e estrangeiros. A conjugação do *princípio da subsidiariedade* num contexto de globalização econômica predica que o Estado brasileiro, em última instância, não pode intervir no domínio econômico, o que é pura expressão ideológica, sem respaldo constitucional.

Em terceiro lugar, a realidade brasileira de intervenção estatal vai de encontro com o *princípio da subsidiariedade*, principalmente no setor bancário. Ora, adotado esse princípio em sua plenitude, o mínimo de coerência seria defender que a atuação do Banco do Brasil S.A. e da Caixa Econômica Federal S.A., para citar dois exemplos significativos, é inconstitucional. Considerando que contemporaneamente o sistema

⁵¹ Não compartilhamos do posicionamento segundo o qual não seria permitida diferenciação entre empresas de capital nacional e estrangeiro, uma vez que foi revogado o art. 171 da CF/88, que continha definição de empresa brasileira de capital nacional e permitia a outorga de incentivos em setores estratégicos. Concordamos com a afirmação de Eros GRAU (2006, p.274): “À revogação do art. 171 e seus parágrafos correspondeu a revogação de uma permissão forte para os incentivos (§1º) e de um dever de diferenciação (§2º) . Nada senão isso, nada mais do que isso. Não obstante essa revogação, de permissão forte para incentivos, a Constituição [que se deve interpretar em seu todo, não em tiras] contempla permissão fraca para incentivos no setor (atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País, especialmente em setores imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico brasileiro)”.

bancário privado brasileiro é um dos mais eficientes e saudáveis do mundo, não há dúvida de que ele seria plenamente capaz de fornecer serviços bancários para o conjunto da população brasileira. À luz do *princípio da subsidiariedade*, portanto, o mercado bancário não deveria ser objeto de intervenção direta da União: as empresas estatais que atuam no setor seriam inconstitucionais, pois violariam a livre-iniciativa⁵². O argumento formulado acima é propositalmente limitado no que concerne à análise de outros interesses públicos que legitimam a intervenção estatal no setor bancário, especialmente a atuação dessas empresas com vistas ao fortalecimento da concorrência em um mercado oligopolizado (PINTO JR., 2010, p. 258), mas é útil na medida em que ressalta as limitações do *princípio da subsidiariedade*.

Essa crítica do *princípio da subsidiariedade* não significa que o Executivo pode intervir sem peias no domínio econômico, subtraindo suas decisões ao controle democrático e jurisdicional. A Constituição Federal de 1988 estipula uma série de mecanismos de controle à intervenção estatal direta, protegendo as instituições democráticas e os indivíduos de abusos.

Nesse sentido, cabe ao Legislativo a definição do interesse público legitimador da intervenção estatal direta no domínio econômico. Nos termos do art. 173, o Legislativo é responsável pela aprovação da lei que define o imperativo de segurança coletiva ou o relevante interesse coletivo a ser protegido e/ou promovido pela intervenção estatal. Além disso, esse Poder deve autorizar a criação de nova empresa pública (ou de subsidiária de empresa pública existente) para realizar a intervenção (art. 37, inc. XIX e XX da CF/88).

Vale esclarecer que a intervenção direta motivada por imperativo de segurança nacional deve ser definida por meio de Lei Federal, aprovada no Congresso Nacional, pois essa matéria é de competência privativa da União (arts. 21, III; 22, XXVIII e 91 da CF/88). O mesmo não se aplica à hipótese de relevante interesse coletivo, pois ela pode ser definida por meio de Lei Federal, Estadual ou Municipal, em vista do art. 24, I, CF/88, que define as matérias de Direito Econômico como de competência concorrente entre União e Estados membros (GRAU, 2006, p. 282), estendendo-se essa competência aos Municípios com base no art. 30, I e II, da CF/88 (BERCOVICI, 2011, p. 276).

⁵² Para discussão sobre a intervenção do Estado no setor financeiro e possíveis inconstitucionalidades, cf. (SCHIRATO, 2011a).

A despeito das polarizações doutrinárias, atribui-se ao Judiciário a prerrogativa geral para julgar a intervenção estatal no domínio econômico à luz da Constituição Federal e das leis pertinentes. Esse julgamento deverá ser realizado com base nos fundamentos, princípios, objetivos e regras da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (arts. 1º, 3º, 170, da CF/88), bem como dos direitos individuais e sociais. No caso de violação de regra constitucional, deverá ser promovida a ação constitucional cabível à luz do caso concreto, como, por exemplo, Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, alínea a), da CF/88 ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º, da CF/88), ambas submetidas ao conhecimento e à apreciação do Supremo Tribunal Federal. No caso de violação ou de ameaça de violação de direito subjetivo, individual ou coletivo, a competência do Judiciário é ampla para análise do mérito da questão (art. 5º, XXXV, CF/88).

C) Intervenção direta por meio da criação de monopólio: relação entre o art. 173 e 177 da CF/88.

Não há dúvida de que o art. 173 da CF/88 regula a intervenção direta no domínio econômico pelo Estado. Contudo, qual seria a abrangência do art. 173 em relação às atividades monopolizadas? Seria a intervenção direta na modalidade absorção, *i.e.*, monopólio público, uma modalidade de intervenção prevista, ainda que não explicitamente, no art. 173? Ou, ao contrário, as hipóteses de monopólio seriam tão somente aquelas expressamente previstas pela Constituição, tal como no art. 177 e art. 21, inc. XXVIII, de modo que os requisitos do art. 173 não se aplicariam à criação de novos monopólios? A questão suscita polêmica doutrinária.

Há autores que defendem que os monopólios devem ser criados por Emenda Constitucional, uma vez que os monopólios existentes foram estabelecidos por regra constitucional expressa (COMPARATO, 1996, p.149). Para essa vertente doutrinária, a Constituição foi silente no que concerne à criação de novos monopólios: o art. 173 da CF/88 apenas ressalva as hipóteses de monopólio antes de prever que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será autorizada por imperativo de segurança pública ou por relevante interesse social. Nesse sentido, a relação entre os

arts. 173 e 177 apontaria para a extrema excepcionalidade do monopólio, que não poderia ser criado por meio de Lei, mas apenas por Emenda constitucional (EIZIRIK, 1993). Ademais, esses artigos salientam que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica e o monopólio estatal significa a própria extirpação da livre iniciativa, de modo que a Lei não poderia contrariar a Constituição, sob pena de nulidade absoluta.

Por outro lado, Gilberto BERCOVICI (2011, pp. 282-285) e Eros GRAU (2006, pp. 283-285) defendem que a Constituição Federal não proibiu a criação de novos monopólios, nem impôs exigência de Emenda Constitucional para tanto. Argumentam os autores que a Constituição Federal de 1969 dispunha que monopólios poderiam ser criados por lei federal, art. 163⁵³, e que a intervenção estatal na atividade econômica em sentido estrito deveria ser suplementar à iniciativa privada, art. 170, §1º⁵⁴.

Diferentemente de sua antecessora, a Constituição atual não teria feito nenhuma distinção no seu art. 173 entre a exploração direta de atividade econômica por meio de intervenção por *absorção* (monopólio) ou por *participação* (concorrência). Nesse sentido, os requisitos constitucionais para a intervenção por absorção ou por participação seriam os mesmos. A criação de monopólio público não necessitaria de emenda constitucional para seu estabelecimento, nas hipóteses de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Como visto neste Capítulo, a definição de imperativo de segurança nacional deve ser realizada por meio de Lei Federal, por se tratar de competência exclusiva da União; já a definição de relevante interesse coletivo é questão relacionada às normas de Direito Econômico e, como tal, matéria de competência concorrente entre União e Estados membros. Nesse sentido, Eros GRAU (2006, p. 284) defende a possibilidade de se instituir monopólio por motivo de relevante interesse coletivo por meio da edição de Lei em nível estadual. O autor explica (2006, p. 285):

O preceito do art. 173 é, como estamos a ver, menos incisivo do que aqueles que a ele correspondiam nas constituições anteriores. Desapareceu a distinção

⁵³ Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

⁵⁴ Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

entre intervenção por absorção e intervenção por participação; a lei federal não é mais tomada, expressamente, como requisito do monopólio; pode o Estado, no exercício da competência legislativa que lhe é atribuída pelo art. 24, I, definir relevante interesse coletivo, para os fins do art. 173; o conteúdo desta última noção é conformado pelos princípios que afetam a ordem econômica.

Se o tema da criação de novos monopólios é objeto de polêmica doutrinária, a prática administrativa recente tem indicado uma tendência de se evitar a intervenção direta na economia por meio da *absorção*. Diante do silêncio constitucional no que concerne ao procedimento aplicável à criação de novos monopólios, as posições acima representam concepções sobre a ideologia constitucionalmente adotada e o papel do Estado na economia. Em última instância, caberá eventualmente ao STF decidir sobre a constitucionalidade da criação de monopólio público por Lei estadual ou federal, uma vez que é incontestável a possibilidade de se empregar essa técnica de intervenção por meio de Emenda constitucional.

D) *Intervenção direta pelo próprio titular do monopólio ou por outrem*

A titularidade do monopólio público não se confunde necessariamente com o exercício do monopólio. As atividades previstas nos art. 21, inc. XXIII e art. 177, da CF/88, constituem monopólio da União, ou seja, as atividades econômicas em sentido estrito monopolizadas pela Constituição Federal são de titularidade da União. Por expressa determinação constitucional, é plenamente válido que a União desempenhe diretamente as atividades objeto do monopólio. É igualmente possível que a União atribua a outra pessoa jurídica o efetivo exercício dessas atividades. A depender das políticas adotadas, tanto é possível que a titularidade e o exercício do monopólio recaiam sobre a mesma pessoa jurídica, quanto é válido que o titular do monopólio atribua o exercício dessas atividades a outrem, seja pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado. Esse posicionamento, no entanto, não é unânime na doutrina.

Ao analisar o regime constitucional anterior, Pontes de MIRANDA defendeu a inconstitucionalidade do exercício delegado dos monopólios. Segundo o autor, o art. 163 da Constituição anterior não permitiria que a União estabelecesse monopólio em favor de empresa privada, ainda que sociedade de economia mista, pois tal empresa

teria personalidade jurídica diferente da do titular do monopólio, ou seja, da União. Ao estabelecer que os monopólios eram da União, a antiga Constituição teria vedado que outra pessoa jurídica desempenhasse essas atividades em nome do seu titular. De acordo com o autor: *“Monopólio só a União pode ter e exercer. Desde que o fundo de empresa é de outra entidade que a União, não se pode pensar em qualquer medida legal de monopolização. As sociedades por ações de economia mista têm personalidade jurídica; portanto, outrem, e não a União, exerceria o monopólio”* (apud COMPARATO, 1996, p. 150).

Em posicionamento contrário, Fábio Konder COMPARATO (1996, pp. 150-151) sustentou que a posição do ilustre jurista não encontrava fundamento constitucional ou legal. Para o autor, se os serviços públicos, que constituem a própria razão de ser do Estado, podem ser desempenhados por terceiros que não o próprio titular, não haveria que se negar a mesma possibilidade para as atividades monopolizadas, que são, em princípio, dispensáveis, ao contrário dos serviços públicos.

Opinião similar acerca da possibilidade de se atribuir a terceiros o exercício do monopólio é defendida por Gilberto BERCOVICI (2011, p. 281):

O monopólio estatal implica subtrair da esfera da iniciativa privada a legitimação para o exercício de uma determinada atividade em virtude do interesse público. O monopólio está ligado à exclusividade na prestação da atividade econômica ou empresarial, não à propriedade exclusiva dos meios de produção ou à propriedade estatal. A característica essencial do monopólio é a exclusão de outros competidores daquela atividade econômica, denotando um poder amplo de controle sobre a atividade monopolizada. O Estado, inclusive, pode delegar a terceiros o exercício das atividades monopolizadas por ele, desde que devidamente autorizado por lei. Este exercício e realização do monopólio estatal por terceiros geralmente ocorre por meio de uma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, vinculada à Administração pública (como uma autarquia ou uma empresa estatal). (...) Pode haver, no entanto, alguns casos de exercício do monopólio estatal com “quebra de reserva” (*“Verwaltungsmonopol mit Durchbruchsvorbehalt”*), por meio de concessões a particulares.

Refutada a incompatibilidade conceitual e legal de que haja exercício de monopólio por terceiro(s), a grande questão relacionada a esse tema seria a maneira pela qual poderia haver a atribuição dessa prerrogativa pelo titular do monopólio. A questão é formulada nos seguintes termos por Fábio Konder COMPARATO (1996, p. 151):

O titular do monopólio público não está obrigado a explorá-lo diretamente, podendo essa exploração ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado. O único ponto discutível, nessa matéria, é o modo de se instituir a delegação do monopólio: por meio de decreto do Poder Executivo, ou por lei. No meu entender, como todo monopólio público em nosso sistema constitucional decorre de norma expressa da Constituição, que excepciona o princípio da livre iniciativa empresarial, somente a lei pode autorizar o seu exercício por pessoa diversa do titular.

Com base no posicionamento de COMPARATO, é possível afirmar que o titular do monopólio previsto constitucionalmente pode atribuir o exercício desse monopólio a terceiro(s), mediante a edição de lei em sentido formal. Qual(is) terceiro(s) pode(riam) ser objeto de atribuição dessa prerrogativa de exercício de monopólio?

Em tese, esse exercício poderia ser atribuído a uma autarquia, que, nos termos do art. 5º, inc. II, do Dec. Lei nº 200/67 é: “*o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”. Apesar de a definição acima não dispor sobre a natureza jurídica pública ou privada das autarquias, prevalece a posição de que as autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público, pois desempenham atividades típicas da Administração, como, por exemplo: exercício do poder de polícia. Apesar de no passado terem sido criadas autarquias para o exercício de atividade econômica em sentido estrito, a adoção de autarquia não parece ser a opção mais recomendável, pois monopólio público sempre recai sobre atividade econômica em sentido estrito, que, por definição, não constituiria uma atividade típica da Administração Pública:

Costuma-se apontar outra falha no conceito legal de autarquia, pelo fato de fazer referência ao exercício de “atividades típicas da Administração Pública”; alega-se que autarquias existem que prestam atividade econômica. A crítica é parcialmente procedente, porque o estudo da história das autarquias no direito brasileiro revela que muitas foram criadas para desempenhar atividade de natureza econômica, como as Caixas Econômicas e a Rede Ferroviária Federal. No entanto, essa fase parece estar superada, porque as chamadas autarquias econômicas foram sendo paulatinamente transformadas em pessoas jurídicas de direito privado, para funcionar como sociedades comerciais. Além disso, se falha existe, não é propriamente no conceito do Decreto-lei nº. 200, mas na escolha da entidade autárquica para o exercício de atividades em que ela não se revela como a forma mais adequada (DI PIETRO, 2008, p. 354).

Além de conceitualmente o instituto da autarquia não se adequar ao exercício de atividade econômica em sentido estrito, é necessário ressaltar que as autarquias não se diferenciam tanto da Administração Direta em termos operacionais, sujeitando-se a

controles e restrições operacionais (GRAU, 2002). As empresas públicas e as sociedades de economia mista são mais adequadas ao exercício de atividades monopolizadas, pois ambas têm personalidade jurídica de direito privado e, desse modo, dispõem de maior liberdade operacional, em termos de regime aplicável aos seus funcionários, à contratação de fornecedores e à captação de recursos financeiros junto a instituições financeiras e ao público em geral, via mercado de capitais.

O histórico do setor petrolífero ilustra a possibilidade de atribuição do exercício de atividades monopolizadas a uma sociedade de economia mista por meio de lei. A Lei nº 2.004/53 não apenas estabeleceu o monopólio sobre o setor petrolífero, como ainda dispôs, em seu art. 2º, que o exercício do monopólio seria realizado por meio do CNP, autarquia responsável pela orientação e fiscalização do setor, e pela Petrobras e suas subsidiárias, sociedades de economia mista, ou subsidiárias integrais, responsáveis pela execução das atividades relacionadas ao setor.

Se não restam dúvidas acerca da possibilidade de se outorgar o exercício de monopólio a terceiro em nome do seu titular, as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional nº9/95 permitiram que as atividades relacionadas ao setor petrolífero fossem franqueadas a terceiros, ou seja, a uma pluralidade de agentes privados, por meio de concessão ou de autorização, haja vista nova redação do art. 177, §1º da CF/88.

À luz dos contornos gerais do instituto do monopólio público na Constituição brasileira, passa-se a analisar o monopólio sobre as atividades petrolíferas.

4.3 O monopólio do petróleo na Constituição Federal de 1988

4.3.1. *A redação original do art. 177 da CF/88*

O texto original da Constituição de 1988 estabeleceu extenso monopólio da União no exercício das atividades relacionadas ao setor petrolífero. Com exceção do setor de distribuição e revenda, o monopólio abrangia todas as principais atividades dessa indústria, a saber: exploração, produção, importação, refino e transporte por dutos. Ao ampliar o rol das atividades que expressamente deveriam ser desempenhadas pela

União, a Constituição de 1988 aproximou-se da Lei nº 2.004/53 (complementada no que concerne à importação de petróleo pelo Decreto nº 53.337/63) e ultrapassou o escopo previsto na Constituição de 1969, que se limitou a estipular o monopólio constitucional sobre a pesquisa e a lavra de petróleo, conforme art. 162 da CF/69.

Com efeito, o texto original da Constituição de 1988 dispunha que:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...)

§ 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.

No art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram ressalvadas das restrições previstas no artigo acima as refinarias privadas em operação. Foram igualmente excluídos dessas restrições os *contratos de risco* em vigor na data de promulgação da Carta.

A redação original do art. 177, § 1º, tinha como principal objetivo proibir a celebração de novos *contratos de risco* e foi resultado de disputa acerca da exclusividade do exercício do monopólio estatal sobre o setor pela Petrobras, travada no âmbito da Assembleia Constituinte:

Na Assembleia Constituinte de 1988, com relação aos contratos de risco, houve uma disputa acirrada entre o então presidente da Petrobras, Coronel Ozires Silva (defende a permanência dos contratos de risco) e a Aepet (Associação dos Engenheiros da Petrobras). O final da disputa foi a reafirmação do monopólio da União através da seguinte contagem de votos: 441 a favor, sete contra e seis abstenções (CAMPOS, 2005, p. 236).

Como visto no Capítulo 2, os *contratos de risco* almejaram atrair investimentos estrangeiros para o setor de petróleo e foram elaborados durante o Governo Geisel. De acordo com esses contratos, o concessionário assumia os riscos do empreendimento e

era reembolsado pelos custos da exploração e do desenvolvimento dos campos pesquisados, em caso de sucesso exploratório. O concessionário poderia optar por adquirir certa quantidade do petróleo ou do gás descoberto, a preços internacionais, equivalente à remuneração que lhe era devida. Esses contratos não previam o pagamento de *royalties* e os impostos sobre as operações do concessionário não poderiam ultrapassar 25% do valor total da remuneração devida ao concessionário (BARBOSA, 2002).

Apesar de não ter havido expressa atribuição do exercício das atividades monopolizadas pela União à Petrobras, é certo que a empresa pública continuou a exercer essas atividades em regime de exclusividade. Formou-se entendimento, sedimentado pela prática empresarial da empresa, que a Lei nº 2.004/53 foi originalmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, de modo que a Petrobras era a empresa responsável pelo exercício das atividades monopolizadas (MUKAI, 1999, p. 85).

No julgamento da ADI 3.273-9/DF, o Ministro Eros Grau argumentou que o art. 177, §1º, deveria ser interpretado no seguinte sentido:

A norma que se extrai da redação originária do §1º do artigo 177 da Constituição de 1.988, no seu todo e em especial considerando-se o disposto no parágrafo único do artigo 45 do ADCT [“Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição”] é a seguinte: “São da União, ou de empresa sob seu controle acionário, os riscos e resultados decorrentes da exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, sendo vedado à União, diretamente ou através de empresa sob seu controle acionário, ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou valor, nessa exploração, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º” (STF, ADI 3.273-9/DF, Voto do Ministro Eros Grau).

Embora não estejam previstas no monopólio da União, as atividades de distribuição e revenda ficaram sujeitas à regulação por lei federal, nos termos do art. 238 da CF/88: “*A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição*”.

Apesar da manutenção, e mesmo expansão, do monopólio sobre a indústria petrolífera pela CF/88, ao longo da década de 1990, aumentaram os questionamentos

sobre o Estado desenvolvimentista brasileiro. Com a afirmação da ideologia neoliberal, ganharam força os argumentos contrários ao Estado intervencionista e à favor de políticas de privatização e de desregulamentação. No que concerne ao setor petrolífero, a crise do setor produtivo estatal, analisada no Capítulo 2, e a ascensão da ideologia neoliberal impulsionaram, num primeiro momento, a privatização de sociedades do conglomerado Petrobras e a desregulação no segmento de distribuição de derivados.

Com a eleição de Fernando Collor à Presidência, em 1990, foi estabelecido o Programa Nacional de Desestatização, pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 99.463, de 16 de agosto de 1990, e pelo Decreto nº 99.464, de 16 de agosto de 1990, que definiu o BNDES⁵⁵ como órgão responsável pela condução do processo de privatização⁵⁶. Com fundamento nesses dispositivos, houve a dissolução comercial de empresas que desempenhavam atividades não previstas no monopólio da Petrobras: a Petrobras Comércio Internacional (Interbrás) e a Petrobras Mineração S.A. (Petromisa). A partir de 1992, foi reduzida a participação acionária da empresa no conglomerado petroquímico, com alienação de ações das empresas do conglomerado Petroquisa por blocos regionais, ao contrário da alienação das ações diretamente da *Holding*. No mesmo ano, foram alienadas as empresas que atuavam no setor de fertilizantes (CAMPOS, 2005, pp. 249-251).

No mesmo período em que foram iniciadas as privatizações de empresas do conglomerado Petrobras, foram promovidas mudanças no setor de distribuição, com vistas à liberalização dos preços. Por meio do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, foi extinto o CNP, transferindo-se as funções de supervisão das atividades de distribuição para o recém-criado Departamento Nacional de Combustíveis (DNC). Além dessa mudança institucional, houve o fim do tabelamento de preços, com a criação de margens máximas e mínimas de preços, posteriormente totalmente eliminadas⁵⁷. O objetivo dessas medidas era vincular os preços praticados no mercado interno às oscilações de preços do mercado internacional e acabar com a prática de subsídios cruzados entre diferentes derivados de petróleo e entre diferentes regiões do Brasil. A

⁵⁵ Em 1982, o antigo BNDE teve seu nome alterado para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

⁵⁶ A Lei nº 8.250, de 24 de outubro de 1991, regulou as formas de pagamento autorizadas para aquisição das empresas privatizadas.

⁵⁷ A ruptura com o modelo anterior se deu por meio das Portarias Interministeriais nº 3, 4, 5, complementadas pela Portaria ANP nº 110, todas de 27 de julho de 1998, que regulamentaram o artigo 69 da Lei 9.478/97.

liberalização dos preços foi acompanhada de medidas de estímulo à concorrência e à entrada de novos fornecedores, como, por exemplo: o fim da previsão de volumes mínimos de comercialização por distribuidora e da vinculação entre distribuidoras e postos de revenda (SATHLER&TOLMASQUIM, 2001).

4.3.2 A Emenda Constitucional nº9/95

No contexto de reforma do Estado e de liberalização do setor de revenda e de distribuição de derivados de petróleo, permanecia um obstáculo ao aumento da concorrência nos demais setores relacionados à indústria petrolífera: a Constituição Federal. Como visto neste Capítulo, o art. 177 da CF/88 estabeleceu amplo monopólio da União nas atividades de exploração, produção, importação, refino e transporte por dutos, com vedação expressa à cessão ou concessão de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo, §1º do art. 177 da CF/88.

Com a eleição de Fernando Henrique Cardoso à Presidência da República, em 1994, foram cristalizadas as condições políticas e ideológicas necessárias à mudança da Constituição Federal. Na Exposição de Motivos do Ministério de Minas e Energia nº 39, afirmou-se que a flexibilização do monopólio “*iria de encontro ao projeto de desenvolvimento econômico e social propugnado*”, pois tal restrição era “*limitador do desenvolvimento nacional e restritivo para as políticas governamentais*”. Como analisado no Capítulo 3, o modelo de desenvolvimento defendido pela exposição de motivos relaciona-se com um modelo de Estado regulador, que defende a retração do papel do Estado, visto como um agente ineficiente e incapaz.

Um argumento favorável à Emenda Constitucional era o de que não havia recursos financeiros suficientes para permitir a continuidade das atividades de exploração exclusivamente pela Petrobras. A abertura do setor à iniciativa privada atrairia novos investimentos e novos concorrentes. Diante da incapacidade financeira do Estado, a iniciativa privada seria a solução para aumentar os investimentos no setor, que, com um novo impulso concorrencial, atingiria novos níveis de excelência. Ao contrário do modelo antigo, fechado e limitador, a abertura do setor criaria novos impulsos

dinâmicos, indispensáveis ao aumento da produção nacional de petróleo. Nesse novo modelo, a Petrobras atuaria em regime de concorrência com as demais empresas e, desse modo, desobrigar-se-ia da responsabilidade de garantir o abastecimento nacional, dividindo os ônus e os riscos do setor com os demais agentes do mercado.

De acordo com Gilberto BERCOVICI (2011, p. 251):

Fernando Henrique Cardoso propôs também a “flexibilização” do monopólio da União sobre o petróleo, com o argumento de que haveria carência de recursos para investir na exploração petrolífera. A ampliação das reservas do país seria uma tarefa que não poderia ser exercida mais somente pela Petrobras. Além disto, o discurso em defesa da proposta de emenda enfatizava a necessidade da Petrobras concorrer com outras empresas e, para tanto, a empresa estatal deveria perder a responsabilidade de prover o abastecimento de petróleo e derivados do mercado interno. As funções da Petrobras precisariam ser separadas das funções da União, que deveria retomar o controle do setor e estabelecer a política nacional do petróleo. Em suma, a exclusividade da Petrobras como executora do monopólio estatal seria quebrada.

A reforma constitucional permitiria distribuir os riscos associados à exploração de petróleo para outros agentes, desonerando o Poder Público dessa obrigação. O Estado, a partir de então, deveria se concentrar na sua função primordial no domínio econômico: a indução (e não supressão) da iniciativa privada:

Por conseguinte, o Estado compartilhou com a iniciativa privada os riscos inerentes à indústria do petróleo e do gás natural. Em vez de atuar como produtor exclusivo, assumindo todos os riscos, o Estado brasileiro passou a exercer aquela que deveria ser sua principal atividade, ou seja, a de desempenhar a função de incentivar o fomento das atividades econômicas pela competição de outros agentes (COSTA, 2009, pp. 53-54).

Outro pressuposto relacionado à EC nº9/95 é a noção de que petróleo seria apenas mais uma *commodity*, não havendo motivo para que exclusivamente o Estado se encarregasse da provisão desse bem à sociedade⁵⁸. Por ser um bem negociado livremente no mercado internacional, não haveria necessidade de tão ampla intervenção estatal, na medida em que a iniciativa privada seria capaz de suprir esse produto em condições mais econômicas.

Em trecho sobre a questão, Adriana Fiorotti CAMPOS (2005, p. 255) resumiu:

⁵⁸ A despeito da afirmativa, é preciso ressaltar que a nova redação do art. 177, §2º, inciso I, previu que a lei que regularia o setor deveria dispor sobre a garantia de abastecimento nacional.

O relator da Comissão Especial do Congresso que analisava a emenda constitucional ao artigo 177 da CF/88 partia do pressuposto que o petróleo seria estratégico somente para os países grandes produtores do Golfo Pérsico. Além disso, o Governo Federal baseava-se na queda nos preços do petróleo no mercado internacional, seguia a tendência de redução da demanda na década de 80, do descobrimento de novas áreas petrolíferas, do aumento da participação das companhias independentes e do crescimento do gás natural na matriz energética. Ou seja, o petróleo seria somente uma simples commodity e, no máximo, uma commodity política, não tendo mais sentido a manutenção de bacias sedimentares brasileiras inexploradas e, assim, a abertura aumentaria a produção interna de petróleo e reduziria o déficit da balança comercial.

Afastada a ideia de que o petróleo seria bem estratégico, restaria ao Estado intervir de modo a aumentar a competição na exploração, produção, refino e importação desse bem, permitindo que as forças de mercado funcionassem de maneira mais livre possível. A garantia de abastecimento nacional podia e deveria ser buscada no âmbito de um modelo regulatório regido pelas regras de mercado, no qual a intervenção estatal é a exceção que busca corrigir as falhas de mercado (MARTINS, 2006).

De acordo com esses pressupostos, em 07 de junho de 1995, foi aprovada nova redação para os §§1º e 2º do art. 177 da CF/88:

Art. 177. Constituem monopólio da União: (...)

§ 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (...)

4.3.3. O posicionamento do STF

O escopo do monopólio estatal sobre o setor petrolífero após a reforma promovida pela EC nº/95 foi objeto de julgamento pelo STF. No contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.273-9/DF, a Corte Suprema foi invocada a decidir sobre a constitucionalidade, entre outros, do art. 26 da Lei 9.478/97, que dispunha sobre o contrato de concessão para exercício das atividades monopolizadas por empresa privada. O principal ponto suscitado na ADI nº 3.273-9/DF dizia respeito à

constitucionalidade da transferência do produto da lavra, após sua extração, ao concessionário. De acordo com referido 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.

Apesar de a ADI nº 3.273-9/DF ter como principal controvérsia a questão da natureza e da propriedade das jazidas petrolíferas e do produto da lavra, o julgamento da ação teve como “*ratio decidendi*” diferentes concepções sobre o monopólio constitucional do petróleo e da própria natureza do bem público petróleo. De modo a julgar a constitucionalidade da transferência da propriedade do produto da lavra ao concessionário, os Ministros do STF necessitaram delimitar as mudanças da EC nº 9/95 em relação ao monopólio previsto no art. 177 da CF/88.

O relator original da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, sustentou que a propriedade e a utilização dos recursos minerais seriam regidas de maneira geral pelo art. 176 e art. 20, IX da CF/88. O art. 20, §1º, e o art. 177 da CF/88, no entanto, conteriam disposições específicas com relação às jazidas de petróleo e de gás natural, de modo que a exploração desses hidrocarbonetos deveria observar as regras gerais do art. 176, em tudo que não contrariassem as regras específicas, conforme adágio clássico: *Lex specialis derogat legi generali*. De acordo com o Ministro Ayres Britto, a outorga da propriedade do produto da lavra ao concessionário, como previsto no art. 26 da Lei nº 9.478/97, afrontaria o art. 177 da CF/88, na medida em que o petróleo seria bem associado à exploração de atividade econômica monopolizada pela União, impassível, portanto, de transferência ao particular.

Igualmente pela inconstitucionalidade do art. 26, da Lei nº 9.478/97, posicionou-se o Ministro Marco Aurélio. Em voto historicamente bem fundamentado, o Ministro seguiu a interpretação de Ayres Britto, bem como ressaltou a relação do petróleo com questões de soberania: a essencialidade e a importância estratégica desse insumo demandariam a manutenção da propriedade da União sobre o produto da lavra, em detrimento da propriedade privada. Novamente a interpretação do monopólio constitucional sobre petróleo foi utilizado como fundamento da decisão, pois, de acordo com o Ministro Marco Aurélio, a transferência da propriedade ao concessionário

significaria o fim do monopólio estatal, o que não teria ocorrido após a edição da EC nº/95. Nas palavras do próprio Ministro:

Em momento algum, houve quebra do monopólio, mesmo porque a própria redação do artigo 177, cabeça, remete a tal fato, norteador o sentido jurídico-constitucional do parágrafo. O controle continua pertencendo à União. Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 9, a execução das operações deixou de ser exclusiva da Petrobras, de modo que atualmente pode ser efetuada por outras empresas, mediante contrato de prestação de serviços. Eis o sentido da expressão “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”, contida no § 1º do artigo 177, cujo comando encerra o núcleo, o monopólio. Essa nova modalidade operacional longe fica de implicar quebra. A execução das atividades sim, em vez de se realizar de forma direta, agora pode ser implementada indiretamente, por meio de empresas diversas e de capital integralmente privado. As atividades sujeitas ao regime do monopólio continuam submetidas à titularidade, à jurisdição e ao controle do Estado. Isso significa que, terminada a fase de pesquisa e de exploração, uma vez descoberto o campo, a contratante já prestou o serviço para o qual foi contratada, podendo retirar-se da área ou nela continuar, sem a perda, pela União, da propriedade alcançada (STF, ADI 3.273-9/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio).

Os posicionamentos manifestados pelo Ministro Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio representaram corrente minoritária no julgamento da matéria pelo STF, tendo prevalecido a argumentação do Ministro Eros Grau a favor da improcedência da ação. O voto vencedor adotou dois fundamentos para defender a constitucionalidade do art. 26, da Lei 9.478/97: (i) o de que o petróleo seria um bem dominical, integrando parcela do patrimônio público disponível, de modo que a transferência da propriedade do produto da lavra ao concessionário não afrontaria a Constituição; (ii) de que a transferência da propriedade do produto da lavra não afrontaria o monopólio estatal sobre o setor petrolífero, conforme previsto pelo art. 177 da CF/88, pois a existência de monopólio não predica necessariamente a propriedade dos meios de produção.

Em primeiro lugar, o Ministro Eros Grau sustentou que o petróleo não seria um bem público de uso especial, como defendido pelos votos anteriores. De acordo com a classificação clássica do Direito Administrativo, os bens públicos dividir-se-iam em três categorias: os bens de uso comum, os bens de uso especial e os bens dominicais, haja vista o disposto no art. 67 do CC/16, mantido no art. 99 do CC/02.

Os bens de uso especial (art. 99, inciso do CC/02) são bens públicos que, ao contrário dos bens de uso comum, não podem ser utilizados por todos genericamente,

pois seu uso é atribuído a uma pessoa específica, normalmente por meio de concessão ou de permissão. Enquanto afetados a uma destinação específica, os bens de uso comum e de uso especial são inalienáveis, compondo parte do patrimônio indisponível do Estado. Com relação aos bens de uso especial, a atribuição do bem a uma pessoa em particular atende à função pública do bem, pois esse uso exclusivo é o que atende ao interesse da coletividade (BERCOVICI, 2011, pp. 287-288). Para os Ministros que defenderam a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei nº 9.478/97, o petróleo seria um bem de uso especial, que estaria destinado à garantia da soberania e do interesse público. De acordo com o Ministro Marco Aurélio:

Da leitura da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal, depreende-se que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente pode ocorrer quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. 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. Pode-se afirmar, sem contestação, com um mínimo de honestidade intelectual, que o petróleo é um bem público que possui destinação específica. A propriedade desse minério, garantida pelo regime do monopólio, visa exatamente a proteger o interesse coletivo e a soberania nacional. Essa é a destinação pública a que a propriedade do petróleo está sujeita (STF, ADI 3.273-DF, Voto do Ministro Marco Aurélio).

Diferentemente, os bens dominicais (art. 99, inciso III, CC/02) seriam bens privados do Estado, constando do seu patrimônio fiscal. Esses bens não teriam uma destinação específica, de modo que poderiam ser utilizados de acordo com a conveniência da Administração e alienados a qualquer momento, em conformidade com as disposições legais. Ao contrário dos bens de uso comum ou de uso especial, os bens dominicais não estariam afetados por uma atividade específica, sendo que a sua função mais precípua seria exatamente a de gerar retornos financeiros para o Estado. De acordo com Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2011, p. 110): *“Na verdade, os bens dominicais não são bens totalmente desprovidos de afetação. São sim bens consagrados a um emprego patrimonial do Estado, qualificados para uma atividade-meio de geração de receitas para emprego no atendimento das necessidades a cargo do Estado”*.

Para o Ministro Eros Grau, não seria possível sustentar que o petróleo seria bem de uso especial, pois, se assim o fosse, o petróleo seria inalienável enquanto estivesse afetado, somente sendo possível aliená-lo por meio de sua desafetação. Considerando, com base no voto do Ministro Marco Aurélio, que o petróleo teria como destinação pública a garantia da soberania nacional e do interesse público, a desafetação desse bem

significaria que ele não mais se prestaria a essa finalidade. A interpretação de que o petróleo seria bem de uso especial levaria à conclusão lógica, porém insustentável, de que o petróleo seria inalienável. Considerando que o Brasil adota um modelo de produção capitalista, a defesa de que o petróleo seria inalienável implicaria a inviabilização da exploração econômica desse insumo. O petróleo, portanto, seria regido pelas regras gerais do art. 176 da CF/88, respeitando as regras especiais do art. 177, § 1º e 2º.

Ademais, o voto vencedor sustentou que a qualificação do petróleo como bem dominical não resultaria na completa perda do controle detido pela União sobre a produção do concessionário. A propriedade sobre o produto da lavra pelo concessionário não seria plena, mas relativa, pois estaria sujeita ao regramento pela União, por meio da agência reguladora criada pela Lei 9.478/97, a Agência Nacional do Petróleo (ANP)⁵⁹. Esse poder refletir-se-ia, por exemplo, no estabelecimento de estoques compulsórios e na previsão de restrições à exportação, respectivamente, art. 4º da Lei 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, e art. 60 da Lei 9.478/97.

Em segundo lugar, o Ministro Eros Grau argumentou que o instituto do monopólio não se relaciona com a questão da propriedade, podendo haver monopólio sem a propriedade sobre os meios de produção. Nesse sentido, não haveria afronta à reserva de monopólio prevista no art. 177 da CF/88 em decorrência da atribuição da propriedade sobre o produto da lavra das jazidas de petróleo a terceiros. Monopólio haveria apenas sobre a *atividade*, entendida como série coordenada e unificada de atos em função de um fim econômico unitário, que não se identifica com a *propriedade*. Nas palavras do Ministro Eros GRAU:

A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas (STF, ADI 3.273-9/DF, Voto do Ministro Eros Grau).

O Ministro Eros Grau entendeu que a grande inovação da EC nº9/95 não foi autorizar o exercício do monopólio por terceiros. O titular do monopólio não estava

⁵⁹ Após as alterações promovidas pela Lei nº 11.097, de 2005, o atual nome completo da ANP é Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

obrigado, em princípio, a explorar diretamente o monopólio, podendo atribuir esse exercício a terceiro, pessoa jurídica de direito público ou privado, por meio de lei. Anteriormente à reforma constitucional, o §1º do art. 177 da CF/88 espraiava seus efeitos sobre a própria propriedade da produção petrolífera, vedando sua transferência ao concessionário, o que significava que o monopólio constitucional ia além da *atividade*. Após a EC nº9/95, entretanto, o monopólio sobre o setor petrolífero teria sido integralmente mantido, porém ele não mais impor restrições ao tratamento do produto resultante da exploração das atividades monopolizadas. Portanto, o fim da proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie ou em dinheiro, a terceiros, significou a relativização do monopólio sobre o setor petrolífero e a verdadeira mudança carreada pela EC nº 9/95.

Nas palavras do Ministro Eros Grau:

Note-se bem: o monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do texto da Constituição. Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se sobre o produto da exploração petrolífera. Ia para além da atividade monopolizada. A Constituição impedia que a União cedesse ou concedesse 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 --- isto é, a participação dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim dos órgãos da Administração Direta da União, no resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc. Esse preceito do parágrafo fazia, como permanece a fazer, exceção ao regime de propriedade das jazidas, matéria da propriedade dos bens da União [inciso IX desse mesmo artigo 20]. O parágrafo que substituiu o contemplado na redação original da Constituição conteve os efeitos do monopólio no plano da atividade, autorizando expressamente a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do artigo 177, observadas as condições estabelecidas em lei. Dispõe, diretamente, não sobre a propriedade das jazidas, mas sobre a exploração, pela União, da atividade monopolizada. Como essa contratação supõe, no modo de produção social capitalista, a apropriação direta ou indireta, pelo contratado, do produto da exploração da jazida, os efeitos do monopólio foram contidos no plano da atividade, sem projetar-se sobre o produto da exploração petrolífera e sem a inclusão dos riscos e resultados inerentes à atividade. Nesse sentido é que se tornou relativo em relação ao regime anterior, sem deixar, contudo, de caracterizar monopólio de atividade (STF, ADI 3.273-9/DF, Voto do Ministro Eros Grau).

A interpretação de que o monopólio constitucional incidiria apenas sobre as atividades petrolíferas foi determinante para o posicionamento dos juízes. Para a corrente minoritária, o art. 176 da CF/88 não seria aplicável aos recursos petrolíferos, pois o monopólio estatal sobre essas atividades implica uma exceção à regra geral que

permite a transferência da propriedade do produto da lavra para o concessionário. Já para a corrente vencedora, após a EC nº 9/95, o monopólio estatal previsto no art. 177 não impor mais restrições ao regramento geral do art. 176, de modo que a escolha do tipo contratual para a exploração dos recursos petrolíferos seria ampla pela Administração, o que significa que o art. 177 seria específico em relação ao art. 176⁶⁰.

Vale esclarecer que o STF não reconheceu no art. 176 a obrigatoriedade de que a execução das atividades monopolizadas do art. 177 da CF/88 seja atribuída a terceiros por meio de *concessão*. Com base no julgamento realizado, é incorreto afirmar que teria havido a constitucionalização do modelo de concessão para o setor petrolífero, pois a previsão do contrato de concessão no art. 176 seria extensível ao contrato de concessão das atividades petrolíferas. Esta é uma leitura incorreta da relação entre os arts. 176 e 177 da CF/88, que não encontra respaldo no julgamento da ADI nº 3.273-9/DF. Em outras palavras, a previsão do art. 176 que atribui ao concessionário a propriedade do produto da lavra não implica um dever constitucional de que as atividades monopolizadas sejam realizadas por meio de concessão. Houve sim, pelo STF, o reconhecimento de que a transferência da propriedade do produto da lavra ao concessionário não seria inconstitucional e, ainda, que a União poderia, por meio de lei regulamentadora, disciplinar a modalidade de contratação de particular para exercício das atividades monopolizadas, seja por meio de concessão (como na Lei nº 9.478/97), seja por meio de outra modalidade contratual.

Sobre a relação entre os arts. 176 e 177, após o julgamento do STF, Marcos Juruena Villela SOUTO (2010) explica:

Em resumo, o art. 176 poderia sugerir ser a "concessão" o modelo para a exploração dos minerais em geral. Isto levaria a crer que o dispositivo da Lei Maior se aplicaria às concessões de petróleo. Isto não é tão evidente e por isso comporta interpretações díspares. A controvérsia decorre do fato de que a Emenda Constitucional nº 9/1995, ao dar nova redação ao artigo 177, §1º, estabeleceu que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas. Ali não se teria estipulado, expressamente, qualquer obrigatoriedade da adoção do regime das "concessões" para a exploração do petróleo. Portanto, o tema do modelo de exploração teria ficado a cargo do legislador ordinário.

⁶⁰ "12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de 'concessionárias'. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil" (STF, ADI 3.273-9/DF, Ementa)

Gilberto BERCOVICI (2011, p. 295) entende que a decisão da maioria dos juízes foi “absolutamente equivocada”, pois o art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97 violaria o disposto nos arts. 20, IX e 177 da CF/88. Para ele, a diferença entre o regime jurídico dos recursos minerais em geral (art. 176) e o petróleo residiria exatamente no fato de que o petróleo foi objeto de monopólio constitucional. Os recursos petrolíferos seriam bens públicos de uso especial que teriam como finalidade a exploração e o aproveitamento de seus potenciais, em conformidade com os arts. 3º, 170 e 219 da Constituição Federal. O petróleo, portanto, seria inalienável (BERCOVICI, 2011, pp. 287-290).

O autor sustenta que, em regra, os recursos minerais seriam inalienáveis, tanto seria assim que a hipótese de transferência da propriedade do produto da lavra dos recursos minerais foi expressamente autorizada pelo art. 176 da CF/88. Pelo fato de não ter havido idêntica autorização constitucional para a transferência do produto da lavra dos hidrocarbonetos, resta que a regra do art. 176 não se aplicaria ao petróleo, pois este é objeto de regramento específico. O art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97, seria inconstitucional, pois, por via legal, criaria autorização para a transferência da propriedade do produto da lavra que não encontraria suporte constitucional.

Gilberto BERCOVICI reconhece que o instituto do monopólio diz respeito à atividade e não exatamente à propriedade, porém ele entende que referido dispositivo da Lei 9.478/97 terminaria por eliminar o monopólio estatal previsto constitucionalmente. Ademais, questiona o autor (2011, pp. 295-296):

Se, de fato, como entendeu a maioria do Supremo Tribunal Federal, a Emenda nº 9/1995 e a Lei nº 9.478/1997 tornaram aplicáveis à exploração do petróleo e do gás natural as mesmas regras gerais previstas no artigo 176, especialmente a atribuição da propriedade do produto da lavra ao concessionário, não resta mais nenhuma distinção entre uma concessão de exploração de minérios e uma concessão de exploração de petróleo ou gás natural. Se em ambas as concessões o produto da lavra é atribuído ao concessionário, qual é a diferença entre uma atividade monopolizada pela União (a exploração de petróleo e gás natural) e uma atividade econômica não monopolizada pela União (a exploração de recursos minerais em geral)? A propriedade da união sobre o produto da lavra do petróleo e gás natural é mantida pela Constituição justamente pelo fato de esta atividade ser monopolizada, ao contrário da lavra dos minérios em geral. Com a atribuição da propriedade do produto da lavra do petróleo e gás natural ao concessionário, o controle da atividade petrolífera deixa, concretamente, de ser monopólio da União, o que viola os artigos 20, IX e 177 da Constituição de 1988.

Nos termos da pergunta proposta por Gilberto BERCOVICI, é inegável reconhecer que, após a decisão do STF, o contrato de concessão do setor petrolífero em muito se assemelha ao contrato de concessão minerária, em especial no que tange à atribuição ao concessionário da propriedade do produto da lavra. Contudo, desta resposta afirmativa não necessariamente se depreende que teria havido, em concreto, o fim do monopólio sobre as atividades petrolíferas. Com efeito, o monopólio sobre o petróleo permanece, cingindo-se os seus efeitos ao desempenho das atividades e não mais necessariamente à propriedade do produto da lavra. A modalidade de concessão para execução das atividades petrolíferas é uma opção da legislação infraconstitucional (que preenche o “*silêncio da Administração*”, nos termos da decisão do STF), não tendo havido, ao contrário do contrato de concessão minerário, sua constitucionalização. Em outras palavras, a legislação infraconstitucional pode, ou não, adotar a concessão como modalidade de contratação das atividades monopolizadas para o setor petrolífero, mas não há, diferentemente do setor minerário, a obrigação de que a concessão seja o principal instrumento para a atribuição dessa prerrogativa a terceiros. É possível afirmar que, neste poder de escolha (inexistente sem reforma constitucional para o setor minerário) reside atualmente o conteúdo do monopólio sobre as atividades petrolíferas.

O monopólio sobre as atividades petrolíferas tem atualmente como conteúdo o “poder de escolha” da União na definição, por meio de regra infraconstitucional, dos limites, possibilidades e mesmo exclusão da iniciativa privada no desempenho das atividades monopolizadas. Ora concessão, ora partilha de produção, todas formas constitucionais. O conceito de monopólio como “poder de escolha” será analisado na sequência.

4.3.4. O monopólio como “poder de escolha”

A distinção entre titularidade e o exercício do monopólio público é fundamental para a compreensão dos impactos da EC n°9/95 sobre o monopólio do setor petrolífero. De imediato, é possível constatar que a EC n°9/95 não alterou a primeira parte do art. 177, que enumera as atividades do setor petrolífero inseridas no monopólio da União. A reforma constitucional não alterou a titularidade do monopólio sobre o setor petrolífero

e, tampouco, alterou as atividades que estão inseridas nessa categoria, a saber: a pesquisa e a lavra de hidrocarbonetos; o refino de petróleo; a importação e a exportação; e o transporte marítimo ou por duto de petróleo e derivados (art. 177, incisos I a IV).

A principal alteração trazida pela EC nº 9/95 foi a nova redação dada ao §1º do art. 177 que, anteriormente, proibia a participação de empresas privadas no setor. De acordo com o novo conteúdo do dispositivo, o titular do monopólio passa a poder contratar com empresas públicas ou privadas a realização das atividades monopolizadas, em conformidade com lei específica. A reforma constitucional expressamente permitiu que o titular do monopólio, a União, atribuisse a terceiro(s) o exercício do monopólio constitucional, de acordo com lei. Essa alteração possibilitou o fim da exclusividade no exercício das atividades monopolizadas por empresa estatal federal, ou seja, pela Petrobras (SUNDFELD, 2000b, p. 391). O §1º do art. 177, portanto, atribui ao titular do monopólio o poder para, em conformidade com o interesse público e a Constituição Federal, outorgar a terceiros o exercício do monopólio sobre o petróleo.

O novo §2º do art. 177 determina que certos temas não podem ser ignorados pela lei que amplia o exercício do monopólio constitucional por meio da contratação de terceiros. Trata-se de delimitação da liberdade normativa da União no que concerne ao regramento da contratação de empresas públicas ou privadas para o desempenho das atividades monopolizadas. De acordo com referido dispositivo, a nova lei deve dispor sobre a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, sobre as condições de contratação de terceiros e sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União. Ressalte-se que o §2º do art. 177 representa um desdobramento do poder atribuído à União pelo §1º do art. 177.

Preliminarmente, a nova redação atribuída ao §1º do art. 177 e a inclusão do §2º do art. 177 torna possível serem interpretados da seguinte maneira: a União, titular do monopólio, não está mais proibida de, em conformidade com o interesse público e com a Constituição Federal, atribuir, ou não, o exercício das atividades constantes dos incisos I a IV do art. 177 da CF/88 a empresas públicas ou privadas. Caso o titular do monopólio assim deseje proceder, deverá ser aprovada lei para disciplinar as condições segundo as quais serão contratadas essas pessoas jurídicas de direito privado, sendo que referida lei não pode ignorar a garantia de fornecimento de derivados de petróleo para o

mercado interno, bem como deve estabelecer as funções do órgão regulador que supervisionará o exercício do monopólio por terceiros.

Como analisado acima no que concerne à polêmica entre Pontes de MIRANDA e Fábio Konder COMPARATO, o titular do monopólio poderia, em princípio, outorgar o exercício do monopólio a pessoa jurídica de direito público ou privado, por meio de lei, ainda que não houvesse autorização constitucional específica. Adotada posição similar à de Fábio COMPARATO, é possível sustentar que a principal mudança da EC nº 9/95 foi revogar a proibição constante da redação original do art. 177, §1º. Nesse sentido, a nova redação do art. 177, §1º, simplesmente declara um poder insito ao instituto do monopólio público, na medida em que, como visto acima, titularidade e exercício do monopólio não necessariamente devem ser idênticos. Em termos hipotéticos, caso o art. 177, §1º, original, fosse simplesmente revogado, ainda assim a União poderia, por meio de lei, contratar com terceiros, públicos ou privados, o exercício das atividades monopolizadas.

Por não identificarem com clareza a distinção entre exercício e titularidade do monopólio, há autores que sustentam que a EC nº9/95 significou o fim do monopólio sobre a exploração das atividades petrolíferas, com a sua transferência à iniciativa privada. A seguinte passagem é simbólica:

O que se pretendeu com a Emenda Constitucional nº 9/95 foi desestatizar (privatizar) somente a exploração das atividades econômicas da indústria do petróleo e do gás natural por meio da parceria entre o Estado monopolista e a iniciativa privada, a qual paga aos cofres do Estado pela atuação nessas atividades. A Emenda Constitucional nº9/95 transferiu apenas o monopólio da exploração das atividades econômicas vinculadas à indústria petrolífera (COSTA, 2009, p. 60).

A afirmação da autora é inapropriada. Não houve a transferência do monopólio da exploração das atividades petrolíferas à iniciativa privada, mas apenas autorização para que o titular do monopólio atribuisse esse exercício a terceiros, em conformidade com o interesse público, a Constituição Federal e lei específica. O trecho acima sugere que teria havido uma limitação do poder detido pelo titular do monopólio, pois o exercício das atividades monopolizadas teria sido atribuído à iniciativa privada. Em verdade, a EC nº9/95 não limitou os poderes detidos pelo titular do monopólio, mas, pelo contrário, aumentou-os, pois houve a supressão da proibição constitucional que

impedia o exercício das atividades monopolizadas por outras pessoas jurídicas, com exceção da Petrobras.

Outros autores defendem que teria havido a “flexibilização do monopólio estatal do petróleo”, pois, com a EC nº9/95, foi autorizada a participação de empresas privadas no setor. Nesse sentido, Lier Pires FERREIRA (2011a, pp. 245-246) sustentou:

(...) A EC n. 9/95, portanto, logrou alterar aquilo que, em sua versão originária, BARROSO denominou “densificação da intervenção do Estado na ordem econômica” e de “caráter nacionalista e estatizante” do texto constitucional então em vigor. Garantido o monopólio estatal, o exercício desta competência foi deixado para a legislação complementar. Isso possibilitou que, pela primeira vez, desde a criação da PETROBRAS, fosse flexibilizada a ação monopolística estatal.

Apesar de amplamente utilizada pela doutrina, a expressão “flexibilização do monopólio” suscita certo estranhamento por parte de alguns estudiosos mais críticos: *“Vale lembrar que houve, em 1995, mudança substancial no art. 177, para realizar o que a doutrina chamou, não sem uma certa imprecisão terminológica e conceitual, de flexibilização do monopólio estatal do petróleo”* (TAVARES, 2011, p. 244). A despeito de André Ramos TAVARES manifestar desconforto em relação à expressão “flexibilização do monopólio”, ele não aprofundou as razões pelas quais essa expressão apresentaria falhas.

A expressão “flexibilização do monopólio” necessita ser bem delimitada. Por um lado, é possível argumentar que o termo “flexibilização” é inapropriado, pois não houve a extinção, nem tampouco a alteração do escopo e titularidade das atividades do setor petrolífero monopolizadas pela União. Por outro lado, o exercício do monopólio constitucional deixou de ser prestado necessariamente em regime de exclusividade pela Petrobras, pois a proibição constitucional à contratação de terceiros foi abolida, tendo havido, ao contrário, autorização expressa nesse sentido. Neste trabalho, a expressão “flexibilização do monopólio” é empregada no sentido de ampliação do poder atribuído ao titular do monopólio na conformação das modalidades pelas quais poderá haver o exercício das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da CF/88.

Em artigo sobre o setor petrolífero, Alexandre de MORAES apresentou interessante posicionamento sobre o conteúdo da reforma constitucional. Segundo o autor (2000, p. 223):

Ora, no momento em que a Constituição Federal, a partir da EC nº9/95, mantém como monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, mas autoriza a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades, desde que observadas as condições estabelecidas em lei, acaba por conceder ao poder público a possibilidade de opção pela manutenção do sistema atual ou pela adoção de um sistema em que se permita a concorrência nessa atividade. Trata-se, pois, de uma nova concepção de monopólio, não mais relacionado à intervenção estatal no domínio econômico com exclusividade no controle dos meios de produção (intervenção por absorção), mas sim relacionado ao “monopólio de escolha” do Poder Público, que poderá, conforme as normas constitucionais, optar entre a manutenção da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos por uma só empresa, ou ainda pela contratação com empresas estatais ou privadas. A EC nº9/95 encerrou o monopólio estatal no exercício da atividade econômica relacionada a petróleo e gás natural, mantendo, porém, o monopólio da própria atividade, ou seja, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos continuam constituindo monopólio da União, no sentido de que somente o Poder Público é que poderá decidir com exclusividade, quem poderá exercer essa atividade econômica. É o que nos referimos como “monopólio de escolha” do Poder Público.

De acordo com o trecho acima, Alexandre de MORAES (2000) argumenta que, após a EC nº9/95, o monopólio estatal sobre o setor petrolífero expressaria uma nova concepção de monopólio. Para o autor, o atual monopólio sobre as atividades petrolíferas teria como conteúdo a prerrogativa do Estado de determinar qual o modelo de exploração mais adequado para o setor, seja com a atribuição dessas atividades a uma empresa estatal em regime de exclusividade, seja com a contratação de diversas empresas estatais ou privadas. Ao contrário de expressar uma *intervenção estatal por absorção*, o novo monopólio sobre o setor petrolífero denotaria um *monopólio de escolha do Poder Público*.

O novo regime das atividades monopolizadas não predicaria necessariamente o controle exclusivo dos meios de produção e/ou troca pelo seu titular, ou seja, a intervenção estatal direta no domínio econômico na modalidade por *absorção*. Na definição de Eros GRAU (2006, p.148): “*Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio*”. Alexandre de MORAES entende que a definição acima de *intervenção estatal por absorção* não é totalmente adequada para a atual compreensão do monopólio estatal brasileiro sobre o setor petrolífero. Com efeito, não haveria mais nesse setor controle exclusivo dos meios de produção e/ou troca pela

União ou por sua representante, seja porque a propriedade do produto da lavra pode ser transferida ao concessionário (conforme posicionamento da Corte Maior), seja porque, após a edição da Lei 9.478/97, foi autorizada a atribuição do exercício das atividades monopolizadas a terceiros.

Para além do posicionamento de Alexandre de MORAES, é possível questionar se não haveria uma incongruência intrínseca ao próprio conceito de *intervenção estatal por absorção* (GRAU, 2006, p. 148). Como visto acima, o Ministro Eros GRAU fundamentou seu voto na “inequívoca” separação entre *atividade* e *propriedade*: o monopólio existiria sobre a *atividade*, não tendo que ver necessariamente com a *propriedade* dos bens de produção, de modo que a atribuição da propriedade do produto da lavra seria constitucional, pois não desvirtuaria o monopólio constitucional sobre as atividades petrolíferas. Contudo, o próprio Eros GRAU define o monopólio como uma modalidade de intervenção por *absorção*, ou seja, com controle exclusivo dos meios de produção (i.e. *propriedade*) e/ou troca pelo seu titular⁶¹. Para que seja mantida a congruência entre os dois posicionamentos acima, seria recomendável alterar a definição atribuída ao conceito de *intervenção por absorção*, excluindo-se a referência a *meios de produção*. Portanto, se monopólio não predica a propriedade dos meios de produção (visto que é *atividade*), incorre-se em uma contradição ao afirmar-se que o monopólio é uma modalidade de intervenção no domínio econômico em que há o controle integral dos meios de produção e/ou troca pelo Estado.

Sem o abandono da interpretação da Ordem Econômica na CF/88 proposta por Eros GRAU (2006), é possível afirmar que a EC nº9/95 não alterou ou extinguiu a titularidade do monopólio público sobre o setor petrolífero, pois o *caput* e os inc. I a IV do art. 177, da CF/88, foram mantidos intactos. Caso tivesse havido o fim do monopólio ou sua “transferência ao setor privado”, o setor petrolífero deveria ter se tornado campo privilegiado de atuação da iniciativa privada, no qual prevalece a liberdade de iniciativa. O fato de o monopólio não ter sido alterado significa que a União detém a prerrogativa de suprimir, controlar e reger o acesso ao setor petrolífero, inexistindo direito subjetivo de acesso a essas atividades monopolizadas. Daí o “poder de escolha” como conteúdo do monopólio sobre as atividades petrolíferas.

⁶¹ Interessante notar que em nenhuma passagem do julgamento da ADI 3.273-9/DF houve a menção à classificação da *intervenção estatal na modalidade por absorção* para se referir ao monopólio da União sobre o setor petrolífero.

Nesse mesmo sentido, Gilberto BERCOVICI (2011, p. 324) explica que:

A Emenda Constitucional nº9/1995 deu à União a opção de escolher entre a manutenção do sistema de atuação estatal direta ou a adoção de outro sistema, com a possibilidade de contratação de empresas estatais e privadas. A União, portanto, pode atuar diretamente no setor do petróleo, por meio de empresa estatal sob seu controle acionário (artigo 62 da Lei nº 9.478/1997, que garante controle acionário da União sobre a Petrobras). O monopólio estatal no exercício das atividades no setor petrolífero foi extinto, mas não o monopólio estatal destas atividades. O regime jurídico-constitucional do petróleo é um caso típico de exercício do monopólio estatal com “quebra de reserva” (“Verwaltungsmonopol mit Durchbruchvorbehalt”), por meio de concessões a particulares. A União é quem tem a competência constitucional de decidir quem pode exercer as atividades econômicas no setor petrolífero e gás natural, ou seja, de acordo com Alexandre de Moraes, há um “monopólio de escolha do Poder Público”.

O monopólio público é um instituto jurídico instituído por normas de Direito Público e que tem como objetivo a implementação da política econômica em conformidade com a Constituição, com a legislação ordinária e com os fins do Estado brasileiro. À luz da atual redação do art. 177 da CF/88, a União deve conformar o setor petrolífero com vistas ao atendimento dos objetivos da sociedade brasileira (art. 3º, CF/88), sintetizáveis no objetivo de promover o desenvolvimento nacional.

Opinião similar é defendida por Gilberto BERCOVICI (2011, p. 279):

O monopólio estatal é um instituto jurídico, não de fato, cuja origem é a exteriorização do Poder Público. As normas que o instituem são de direito público, o que não impede que o monopólio seja administrado por uma pessoa jurídica de direito privado. O fundamento do exercício e realização do monopólio é a necessária condução estatal da política econômica. Neste sentido, o monopólio estatal é uma forma especial da economia pública, instituída a partir de considerações de política econômica e de acordo com os dispositivos da constituição econômica e as normas constitucionais instituidoras dos fins do Estado.

Após o interregno neoliberal, abre-se espaço para a configuração de novas formas de organização da exploração econômica das atividades petrolíferas. A EC nº9/95 revogou as limitações relativas à escolha do modelo regulatório mais capaz de promover simultaneamente a industrialização brasileira, a autossuficiência e a apropriação das “rendas diferenciais” e das “rendas de Hotelling”, que serão objeto de análise no Capítulo 6. Atualmente, o monopólio público previsto no art. 177 permite que a União estabeleça, por meio de legislação ordinária, marco regulatório apto a

satisfazer as necessidades nacionais, em um contexto interno e internacional diferente daquele que pautou a edição das Leis nº 2.004/53 e nº 9.478/97.

Retomando argumento elaborado no Capítulo 3, a nova concepção de monopólio como “poder de escolha” é resultado de reforma constitucional formulada pelo Estado regulador da década de 1990. A flexibilização do monopólio estatal e o correlativo “poder de escolha” atribuído ao titular do monopólio permitem que haja a adoção de diversos modelos para a exploração das atividades elencadas nos incisos I a IV do art. 177 da CF/88. A preservação do monopólio sobre as atividades petrolíferas é instrumento que permite ao Estado brasileiro elaborar novas formas de associação e de direção entre Estado e as empresas públicas, bem como entre o Estado e a iniciativa privada.

Como será visto no Capítulo 5, esse “poder de escolha” será fundamental para a elaboração de nova política para o setor petrolífero baseada no paradigma de Estado neodesenvolvimentista. O experimentalismo do Estado neodesenvolvimentista é favorecido por essa nova configuração do monopólio previsto no art. 177 da CF, pois, após a reforma constitucional, foram ampliadas as opções disponíveis para conformação do setor.

A afirmação acima suscita uma pergunta: seria a flexibilização do setor petrolífero contrária à natureza dirigente da Constituição de 1988? Cremos que não. A maior flexibilidade para conformação do setor no plano infraconstitucional não prejudica necessariamente o dever de promoção do desenvolvimento nacional. O núcleo da Constituição Dirigente, art. 3º da CF/88, não foi flexibilizado; o que houve, em verdade, foi apenas a ampliação das possibilidades abertas à formulação de políticas públicas relacionadas ao setor petrolífero, que, no entanto, devem ter como objetivo a concretização do projeto constitucional. Os objetivos que compõem o cerne da Constituição Dirigente foram mantidos intocados, porém foram ampliados os meios à disposição dos formuladores de políticas públicas para a realização de seu projeto. Portanto, a flexibilização do monopólio diz respeito à maior liberdade na definição dos meios que serão escolhidos para a concretização dos fins impostos pela Constituição Dirigente.

Em suma, após a EC nº9/95, o monopólio público sobre o setor petrolífero significa o poder de conformar a atuação privada nas atividades previstas no art. 177, incisos I a IV da CF/88, em conformidade com o interesse público, com a Constituição e a lei. A reforma constitucional não diminuiu as prerrogativas da União no que concerne ao regramento do setor petrolífero; pelo contrário, aumentou-as, visto que o regime anterior limitava as opções de exercício do monopólio estatal. Ao proibir a cessão de participação ou a assunção de riscos relacionados à exploração de petróleo no Brasil, a redação original da Constituição Federal impedia a participação de capitais privados no setor de exploração petrolífera. O monopólio como “poder de escolha” favorece o experimentalismo jurídico que é característico do Estado neodesenvolvimentista e não afronta a Constituição Dirigente.

5. O REGIME INFRACONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS

Tendo em vista as discussões realizadas nos Capítulos anteriores, o monopólio sobre as atividades petrolíferas teve historicamente como principal objetivo promover a autossuficiência no abastecimento nacional de derivados de petróleo. Até o advento da EC nº9/95, essa meta foi dinamizada em regime de exclusividade pela Petrobras, ressalvados os *contratos de risco* celebrados ao longo das décadas de 70 e 80. Na condição de executora do monopólio titularizado pela União, a Petrobras foi fundamental na dinâmica da industrialização brasileira, além de elemento central na busca pela estabilidade das contas externas. É possível afirmar que o monopólio estatal foi instrumental no projeto do Estado desenvolvimentista brasileiro.

No período entre 1980 e 2000, prevaleceu posição refratária à participação do Estado na economia. Legitimadas intelectualmente pela ideologia neoliberal, as políticas desestatizantes conduzidas no Brasil tiveram como pressuposto material o esgotamento da capacidade financeira do Estado desenvolvimentista. A crise inflacionária e a dívida externa expuseram os limites do esforço industrializante planejado pelo Estado brasileiro, resultando na privatização ou enfraquecimento de alguns dos principais elementos de condução da política econômica nacional: as empresas estatais.

No plano jurídico, propugnou-se pela desconstitucionalização e flexibilização do marco regulatório incidente sobre atividades cuja prerrogativa prestacional cabia ao Estado brasileiro. Com relação ao setor petrolífero, a principal expressão desse momento foi a EC nº9/95, que alterou o art. 177 da CF/88, permitindo que o titular do monopólio atribuisse o exercício das atividades monopolizadas a terceiros. Não houve a extirpação da titularidade do monopólio sobre as atividades petrolíferas, de modo que as atividades elencadas no art. 177, incisos I a IV da CF/88 permanecem como campo de atuação da União, que, conforme o interesse público e o Ordenamento Jurídico nacional, pode delimitar ou até mesmo excluir a iniciativa privada nessas atividades. Trata-se de nova concepção de monopólio, cujo conteúdo foi sintetizado acima na expressão monopólio como “poder de escolha”.

A Lei nº 9.478/97 expressou a primeira escolha regulatória para exploração das reservas petrolíferas brasileiras e revogou a Lei nº 2.004/53. Na sequência analisamos os principais aspectos desse marco regulatório para, em seguida, debatermos as principais mudanças legislativas relacionadas à descoberta das jazidas do Pré-Sal.

5.1 Principais aspectos da Lei nº 9.478/97

A Lei nº 9.478/97 regulamentou o art. 177, §1º e §2º, da CF/88. Essa lei previu modelo regulatório baseado no estímulo à competição e à iniciativa privada, com o fim da exclusividade no exercício do monopólio estatal pela Petrobras, que passou a atuar em situação de igualdade com as demais empresas do setor (art. 61 da Lei nº 9.478/97) (MARTINS, 2006).

De acordo com a nova lei, optou-se pelo estímulo à exploração e à produção de petróleo mediante a celebração de contratos de concessão, em regime de concorrência, por meio de processo licitatório conduzido por agência reguladora independente. O contrato de concessão para exploração petrolífera representa uma modalidade contratual caracterizada pela atribuição dos riscos exploratórios ao concessionário, com a previsão da transferência da propriedade do produto da lavra, art. 26 da Lei nº 9.478/97. As contrapartidas devidas pelo concessionário ao titular do monopólio estatal, além de impostos, são as *participações governamentais*.

O art. 45 da Lei nº 9.478/97 definiu como participações governamentais: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área. O bônus de assinatura é o valor devido pelo concessionário no momento da assinatura do contrato de concessão, em conformidade com o edital de licitação e o valor ofertado na proposta para obtenção da concessão (art. 46 da Lei nº 9.478/97). Os *royalties* são devidos pelo privilégio da utilização de recurso público não renovável, são pagos mensalmente, a partir do início da produção comercial, em montante equivalente, em regra, a 10% da produção de petróleo (arts. 47 a 49 da Lei nº 9.478/97). A participação especial é devida nas hipóteses de descoberta de volumes expressivos de óleo, bem como nos casos de elevada produtividade, mediante edição de decreto presidencial (art. 50 da Lei nº 9.478/97). Já o pagamento pela ocupação ou

retenção de área é devido nos termos do edital de concessão e pago anualmente (art. 51 n° 9.478/97) (LOSS&SANTOS, 2003, p. 56). Os dispositivos da Lei n° 9.478/97 referentes às participações governamentais foram regulamentados pelo Decreto n° 2.705, de 3 de agosto de 1998.

A Lei n° 9.478/97 determina que as atividades de pesquisa e exploração sejam objeto de contrato de concessão, porém as demais atividades previstas no art. 177 da CF/88 podem ser franqueadas ao particular por meio de autorização. As atividades de transporte (art. 53), refino (art. 56), importação e exportação de petróleo e derivados (art. 60) podem ser realizadas por particulares, mediante autorização da ANP (ARAGÃO, 2002b, p. 248). Essa distinção entre atividades objeto de concessão e atividades objeto de autorização adotada pela Lei n° 9.478/97 remete à Constituição de 1967, que apenas previu o monopólio constitucional sobre atividades *upstream* (exploração e produção), atribuindo o regramento das atividades *downstream* (transporte, refino, importação e exportação) à Lei n° 2.004/53 (VALOIS, 2000, p. 133).

Apesar de a Lei n° 9.478/97 utilizar o termo “concessão”, não é correto equiparar o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo aos contratos de concessão de serviços públicos. Alexandre Santos de ARAGÃO (2005b, pp. 427-429) entende que os contratos de concessão de petróleo representam modalidade específica de atribuição a particulares do direito de exploração do monopólio público e de exploração de bens públicos dominicais da União, com natureza jurídica de Direito Privado. Tratar-se-ia, de acordo com esse autor, de modalidade de concessão industrial ou econômica, porquanto incidente sobre atividade econômica monopolizada pela União.

A distinção entre concessão de serviço público e concessão petrolífera é compartilhada por Carlos Ari SUNDFELD (2000b, p. 393). De acordo com a passagem abaixo, o autor sublinha a não incidência de certas normas de Direito Público sobre os contratos de concessão:

O termo “concessão” é utilizado para diversas finalidades no Direito Administrativo. Ele possui, em geral, um sentido de outorga de privilégio. Usar bem público, prestar serviço estatal em regime de exclusividade e explorar jazidas são privilégios. No regime brasileiro, em geral, é preciso que tal outorga observe princípios constitucionais relativos à atribuição de privilégios a particulares. O princípio fundamental, neste caso, é o da igualdade, cuja

implementação se faz por licitação. A exigência de certame licitatório para concessão petrolífera nada tem a ver com o art. 175 da Constituição Federal, que é específico de “serviços públicos”, conceito em que a exploração e produção de petróleo não se enquadram. A chamada Lei de Concessões (n. 8.987, de 1994) procura regular genericamente a concessão dos serviços públicos. Ela não se aplica ao Direito do Petróleo, já que não se trata de concessão de serviço público, mas de outro tipo de privilégio. (...) Por via oblíqua, também é inaplicável a Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 1993).

Alexandre de MORAES (2000, pp. 223-224) adota posicionamento semelhante de que o contrato de concessão de petróleo não é modalidade de concessão de serviço público. O autor, contudo, ressalta que o contrato de concessão da Lei nº 9.478/97 é um contrato de concessão de exploração de bem público, de modo que esse contrato seria regido por normas de Direito Público. Para o autor, o contrato de concessão de petróleo seria modalidade de contrato administrativo, pois contaria com dois elementos essenciais desse instituto: (i) presença de pessoa jurídica de direito público, no caso a ANP; e (ii) existência de cláusulas exorbitantes de direito comum, tais como as cláusulas essenciais do contrato de concessão previstas no art. 43 da Lei nº 9.478/97.

Em termos institucionais, a Lei nº 9.478/97 extinguiu o DNC (art. 78), cuja origem remontava ao Governo Collor. Em substituição ao DNC, foram criados o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) (art. 2º da Lei nº 9.478/97) e a ANP (arts. 7º ao 10 da Lei nº 9.478/97). O primeiro órgão, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia, tem função de assessoramento e competência ampla para harmonizar e coordenar as diferentes atividades relacionadas ao setor de energia, com vistas à otimização do emprego dos recursos energéticos nacionais. A ANP, por sua vez, é agência reguladora na forma de “autarquia especial” (art. 7º da Lei nº 9.478/97), e detém competência para fiscalizar, coordenar e regular as atividades específicas ao setor petrolífero. Nos moldes originais da Lei nº 9.478/97, a ANP detinha a competência para decidir sobre os principais aspectos do setor e poder para licitar e regular os contratos de concessão, cujas diretrizes ela própria fixava.

Nas palavras de Lier Pires FERREIRA (2011a, p. 250):

(...) a ANP possui ampla margem de discricionariedade para disciplinar/normatizar, agora fora dos campos do pré-sal, editais de licitação e respectivos contratos de concessão, emitir normas gerais ou específicas, editar regulamentos técnicos e outros concernentes às suas atribuições, desde que em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais, com os parâmetros ditados pelo CNPE e com as boas práticas petroleiras vigentes no

direito internacional. Esta discricionariedade maiúscula, que faculta à Agência funções normativas e disciplinadoras, bem como a capacidade de interpretar a lei-quadro que a determina, é inerente e indissociável da própria atividade regulatória que exerce, sendo indispensável para gerar segurança jurídica e política necessária ao desenvolvimento da indústria petrolífera no Brasil.

Para Pedro DUTRA (2002, pp. 350-356), a ANP tem como uma de suas principais funções a “*regulação pautada na livre concorrência*” (art. 3º, Anexo I, Decreto nº 2.455/98). Para o autor, o que distinguiria as agências reguladoras, como a ANP, das demais autarquias seria exatamente seu objetivo precípua de promoção da livre concorrência. Sobre a expressão “*regulação pautada na livre concorrência*”, o autor explica (2002, p. 351):

Regulação aí está em sentido lato, a dizer a função regulatória em seu todo, compreendendo as funções executivas, repressivas e normativas da ANP, e, portanto não apenas esta última cumprida pela edição de normas infra-legais pela agência. Desdobrando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, aplicou-os legislador ao mercado de petróleo: alinhou todos os agentes em posição de igualdade e os submeteu à disputa concorrencial. E fixou, como uma das finalidades da regulação do mercado do petróleo, a promoção e a afirmação da livre concorrência, a este propósito vinculando a ação do Conselho Nacional da Política Energética e a ação da ANP.

O modelo para o setor petrolífero previsto pela Lei nº 9.478/97 tinha como objetivo, portanto, a atração de capitais privados para desempenho das atividades constantes do monopólio constitucional. De modo a criar condições favoráveis à entrada de novos agentes econômicos no setor, foi previsto processo de licitação para a outorga de concessão favorável ao controle privado das rendas petrolíferas, pois se atribuiu ao concessionário o produto da lavra. O contrato de concessão de atividades petrolíferas foi regido pela Lei nº 9.478/98, que disciplinou cláusulas obrigatórias e regime licitatório próprio. Além de concessão para as atividades de exploração e de produção, as demais atividades monopolizadas podem ser desempenhadas por autorizatário. Para assegurar a segurança jurídica e condições mínimas de concorrência em um mercado anteriormente inexistente, foi criada a ANP, teoricamente insulada de pressões políticas por sua natureza técnica, relativa autonomia orçamentária e mandato fixo de seus dirigentes. Nessa estrutura regulatória, a ANP desempenhava funções organizadora, fiscalizadora e normativa, avultando-se a margem de discricionariedade normativa da agência no desempenho de suas atividades, especialmente para a confecção do contrato de concessão.

5.2 O novo marco legislativo para as áreas do Pré-Sal

Em 2006, foi descoberta a província petrolífera do Pré-Sal ⁶², com aproximadamente 800 km de extensão e 200 km de largura, perfazendo uma área de 149.000 km², que se estende do Espírito Santo a Santa Catarina, nas bacias de Campos, de Santos e do Espírito Santo. Apesar de descobertas em 2006 (reservatório de Tupi), somente houve a confirmação do potencial dessas reservas em setembro de 2007, com a realização de testes de produção realizados no poço 3-RJS-646 e da interpretação de dados geológicos na área (SOUSA, 2009).

Em 08 de novembro de 2007, a Petrobras emitiu fato relevante por meio do qual esclareceu o potencial exploratório do campo de Tupi e ressaltou o impacto que a descoberta teria sobre o horizonte da indústria petrolífera no Brasil. De acordo com a nota (PETROBRAS, 2007):

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2007 – PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS, (...) comunica que concluiu a análise dos testes de formação do segundo poço (1-RJS-646) na área denominada Tupi, no bloco BM-S-11, localizado na bacia de Santos, e estima o volume recuperável de óleo leve de 28° API, em 5 a 8 bilhões de barris de petróleo e gás natural. (...) A Petrobras realizou, também, uma avaliação regional do potencial petrolífero do pré-sal que se estende nas bacias do Sul e Sudeste brasileiros. Os volumes recuperáveis estimados de óleo e gás para os reservatórios do pré-sal, se confirmados, elevarão significativamente a quantidade de óleo existente em bacias brasileiras, colocando o Brasil entre os países com grandes reservas de petróleo e gás do mundo. Os poços que atingiram o Pré-sal e que foram testados pela Petrobras mostram, até agora, alta produtividade de petróleo leve e de gás natural. Esses poços se localizam nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos. As rochas do Pré-sal são reservatórios que se encontram abaixo de uma extensa camada de sal, que abrange o litoral do Estado do Espírito Santo até Santa Catarina, ao longo de mais de 800 km de extensão por até 200 km de largura, em lâmina d'água que varia de 1.500m a 3.000m e soterramento entre 3.000 e 4.000 metros.

Diante da comunicação da empresa estatal, o CNPE publicou a Resolução n° 6, em 8 de novembro de 2007, que definiu as diretrizes do Estado brasileiro acerca das descobertas e do futuro do setor petrolífero. Nos termos da Resolução CNPE n°6/07, a

⁶² “Convencionou-se utilizar o termo ‘Pré-Sal’ para definir as camadas rochosas que ocorrem abaixo de uma espessa camada de sal na plataforma continental brasileira, distinguindo-as das descobertas petrolíferas que ocorrem acima do sal – Pós-Sal. ‘Pré-Sal’, do ponto de vista geológico, são áreas cujos sedimentos foram acumulados antes do depósito da camada de sal. São, portanto, mais antigas do que o sal. As descobertas do Pré-Sal foram possíveis com base em novos levantamentos sísmicos de alta resolução realizados pela Petrobras agregados ao desenvolvimento de tecnologia específica, que permitiu aos técnicos brasileiros ‘enxergar’ o que havia abaixo da camada salina, que, em muitos trechos, pode alcançar mais de 2 mil metros de espessura.” (MME, 2009, p.10)

ANP deveria excluir da 9ª Rodada de Licitações (na época em andamento) os blocos situados nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos, onde possivelmente haveria acumulações em reservatórios do Pré-Sal (art. 1º). Complementarmente, o CNPE determinou que os contratos de concessão já licitados e outorgados em decorrência de processo licitatório conduzido pela ANP, ainda que localizados na área do Pré-Sal, fossem “*rigorosamente observados*”, com a preservação dos direitos adquiridos e dos atos jurídicos perfeitos (art. 3º). Finalmente, o CNPE atribuiu ao MME o dever de avaliar as mudanças necessárias no marco legal em função do novo paradigma de exploração e de produção de petróleo, aberto pela descoberta da nova província petrolífera, sem prejuízo dos contratos em vigor (art. 4º).

Após trabalhos de Comissão Interministerial⁶³, foram propostos pela Presidência da República ao Congresso Federal quatro projetos de lei, a saber: (i) PL nº 5.938/09, que alterava a Lei nº 9.478/97 e estabelecia o regime de partilha de produção; (ii) PL nº 5.939/09, que criava a Pré-Sal Petróleo S.A.; (iii) PL nº 5.940/09, que estabelecia o Fundo Social; e (iv) PL nº 5.941/09, que permitia a cessão onerosa de petróleo em favor da Petrobras e a capitalização da empresa pela União.

De acordo com as justificativas apresentadas no PL nº 5.938/09, o marco do setor constante da Lei nº 9.478/97 deveria ser alterado, pois ele havia sido concebido em um contexto no qual: (i) o risco exploratório era relativamente elevado; (ii) o barril de petróleo era cotado em torno de US\$ 19; e (iii) o Brasil dispunha de reservas e de níveis de produção de petróleo relativamente baixos, sem projeção internacional significativa. Após as descobertas do Pré-Sal, esses pressupostos não se adequariam mais à realidade do setor petrolífero brasileiro.

Em primeiro lugar, no modelo original da Lei nº 9.478/97, o contrato de concessão atribuía ao concessionário a totalidade do risco e dos rendimentos obtidos com a exploração petrolífera, com exceção do pagamento de participações governamentais. Contudo, os testes realizados pela Petrobras indicaram a existência de

⁶³ Por determinação da Presidenta da República, em 17 de julho de 2008, foi constituída Comissão Interministerial com a finalidade de estudar e propor as alterações necessárias na legislação, no que se refere à exploração e à produção de petróleo e gás natural nas novas províncias petrolíferas. A Comissão foi integrada pelos Ministros de Estado de Minas e Energia, Chefe da Casa Civil da Presidência da República, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, e pelos Presidentes do BNDES, da ANP e da Petrobras.

grandes volumes de óleo leve de alto valor comercial, em áreas nas quais os riscos exploratórios seriam relativamente baixos, em razão do elevado índice de sucesso. Ao contrário dos pressupostos que levaram à formulação do modelo original, as expectativas relacionadas ao Pré-Sal são de áreas muito rentáveis com riscos exploratórios relativamente baixos, o que determinaria, nos termos da Justificativa ao PL nº 5.938/09: *“a necessidade de marco regulatório coerente com a preservação do interesse nacional, mediante maior participação nos resultados e maior controle da riqueza potencial pela União e em benefício da sociedade”*.

Em segundo lugar, o valor do barril de petróleo no mercado internacional apresentou aumento expressivo, sendo que, antes da crise econômica de 2008, o petróleo atingiu máxima de US\$147 por barril. Tal movimento de alta do valor do petróleo posteriormente à elaboração da Lei nº 9.478/97 seria decorrente dos: *“(...) movimentos internacionais observados no início do novo século, tais como: guerra contra o terrorismo, problemas com as empresas russas de petróleo, aumento do crescimento do consumo da Ásia em Desenvolvimento (Índia e China) etc.”* (CAMPOS, 2005, p. 255).

Em terceiro lugar, as descobertas do Pré-Sal podem revolucionar o *status* do Brasil no mercado internacional de petróleo. Estima-se que as reservas da área do Pré-Sal podem alcançar entre 50 e 70 bilhões de barris de petróleo, o que colocaria o Brasil entre os dez maiores detentores de reservas provadas de petróleo do mundo. Projeta-se que, em 2020, a produção de petróleo nacional poderá atingir o equivalente a 4 milhões de b/d, o que dobraria a produção atual e permitiria vida exploratória de 40 a 50 anos. Caso o consumo nacional de derivados de petróleo se mantenha na faixa atual (aproximadamente 2 milhões de b/d), a produção do Pré-Sal poderá proporcionar excedente de exportação de, no mínimo, 2 milhões de b/d. Com o barril de petróleo a US\$ 70, o valor bruto da produção do Pré-Sal projetada para 2020 equivaleria a 2,7% do PIB brasileiro, em valores de 2010, e geraria receitas de exportação de US\$ 50 bilhões por ano (SEFAZ/RJ, 2010).

Nos termos da justificativa do PL nº 5.938/09, o novo modelo para exploração das reservas localizadas no Pré-Sal foi elaborado com vistas a atender às seguintes premissas:

-
- permitir o exercício do monopólio da União de forma apropriada, tendo em vista o elevado potencial petrolífero do Pré-Sal;
 - introduzir nova concepção de gestão dos recursos petrolíferos pelo Estado;
 - otimizar o ritmo de exploração dos recursos do Pré-Sal;
 - aumentar a apropriação da renda petrolífera pela sociedade;
 - manter atrativa a atividade de exploração e produção no País;
 - contribuir para o fortalecimento da posição internacional do País;
 - contribuir para a ampliação da base econômica e industrial brasileira;
 - garantir o fornecimento de petróleo e gás natural no País; e
 - evitar distorções macroeconômicas resultantes da entrada de elevados volumes de recursos relacionados à exportação dos hidrocarbonetos produzidos no Pré-Sal.

Após tramitação no Congresso, os referidos projetos de lei deram origem às leis:

(i) Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, sob o regime de partilha de produção, em áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas, bem como cria o Fundo Social e altera dispositivos da Lei nº 9.478/97; (ii) Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA); e (iii) Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e dispõe sobre o processo de capitalização da empresa pela União. Vale ressaltar que no projeto de tramitação do PL nº 5.940/09, que estabelecia o Fundo Social, houve sua aglutinação ao PL nº 5.938/09, que resultou na Lei nº 12.351/10.

Em termos gerais, esse conjunto resultou: (i) na previsão do modelo de partilha de produção nas áreas do Pré-Sal e áreas estratégicas; (ii) na autorização para se instituir nova empresa estatal responsável pelo gerenciamento dos contratos de partilha de produção em lugar da União, a PPSA; (iii) no fortalecimento jurídico e financeiro da Petrobras, por meio: (iii.1) da sua imposição como operadora única em todos os contratos de partilha de produção, (iii.2) da possibilidade de ser contratada diretamente pela União sem a realização de prévio procedimento licitatório para realizar atividades de exploração e de produção; e (iii.3) da celebração de contrato de cessão onerosa com União, que foi paralelamente utilizado em operação de capitalização da empresa; e (iv) da criação de um Fundo Social responsável por gerir as receitas da União (*royalties*, bônus de assinatura dos contratos de partilha de produção e receitas de comercialização).

Na sequência, analisaremos essas principais mudanças.

5.2.1 O contrato de partilha de produção e as múltiplas facetas da União: uma interpretação neodesenvolvimentista das Leis nº 12.351/10 e nº 12.304/10

A Lei nº 12.351/10 institui o regime de partilha de produção para atribuição do exercício das atividades de exploração e de produção nas áreas localizadas no Pré-Sal e em áreas estratégicas. A partilha de produção é modalidade contratual que apresenta sensíveis diferenças com relação ao contrato de concessão da Lei nº 9.478/97, especialmente no que concerne à propriedade do produto da lavra e à forma de controle exercida pelo titular do monopólio.

Em termos gerais, é possível identificar três principais modalidades contratuais no setor petrolífero: (i) os contratos de concessão; (ii) os contratos de serviços, com ou sem cláusula de risco; e (iii) os contratos de partilha de produção (BOOZ&CO, 2009). Vale ressaltar que essas categorias representam modalidades típicas, sem prejuízo de eventuais formas híbridas, livremente convencionadas entre o detentor das reservas petrolíferas e o terceiro responsável pela exploração e pela produção⁶⁴.

Os contratos de concessão, tais como os celebrados com base na Lei nº 9.478/97, representam evolução do modelo tradicionalmente adotado no setor, cuja origem remete aos primeiros contratos de concessão celebrados entre as companhias petrolíferas internacionais (IOC) e alguns grandes países produtores, como, entre outros, a antiga Pérsia ou a Venezuela (YERGIN, 1990).

Por meio de concessão petrolífera, atribui-se ao concessionário o direito de explorar, com exclusividade, por sua conta e risco, áreas determinadas. Em caso de sucesso exploratório, a empresa concessionária detém a propriedade sobre o óleo extraído e sobre as reservas identificadas. Ao poder concedente garante-se o pagamento de *royalties*, impostos e de taxas anuais sobre o total produzido, daí por que esses contratos são chamados de “*tax and royalty*”. O poder de ingerência do país hospedeiro sobre o ritmo de produção e sobre o preço do petróleo é extremamente limitado, não havendo participação necessária de empresas petrolíferas nacionais (NOC).

⁶⁴ Lier Pires FERREIRA (2011b) menciona ainda como modalidades contratuais aplicáveis ao setor: as *joint-ventures*, *associações* e os *leases*. Contudo, para efeitos de análise do marco do Pré-Sal, a mais importante distinção se dá entre os contratos de concessão e os contratos de partilha de produção, o que explica a adoção da classificação simplificada proposta por (BOOZ&CO, 2009).

Após o fim da II Guerra Mundial, houve crescente questionamento por parte dos países hospedeiros com relação ao controle de suas reservas petrolíferas. Desde então, foram sendo elaboradas modalidades contratuais mais complexas que garantissem maior participação estatal nas atividades petrolíferas, especialmente pela integração das NOC aos arranjos contratuais e pelo maior controle sobre as reservas petrolíferas, não mais de propriedade das IOC (FERREIRA, 2011b).

Os contratos de serviço caracterizam-se pela contratação de empresas, geralmente IOC, pelo Estado hospedeiro, para a execução de serviços mediante pagamento, em dinheiro ou em espécie (óleo cru). Nessa modalidade, o Estado hospedeiro detém a propriedade sobre os ativos e sobre todo o petróleo extraído, cabendo à contratada prover as condições materiais e técnicas relacionadas às atividades de pesquisa, de exploração e de produção. Nos contratos de serviço típicos, a empresa contratada não responde pelos riscos de exploração, sendo remunerada pelos custos incorridos, em conformidade com o contrato celebrado. Há, ainda, possibilidade de inclusão de cláusula de risco mediante a qual os riscos e os custos são atribuídos às contratadas, que são ressarcidas apenas na hipótese de sucesso exploratório, após o início da etapa de produção comercial, por meio de pagamento em espécie ou em óleo. Como visto no Capítulo 2, os contratos de serviço com cláusula de risco foram adotados no Brasil ao longo das décadas de 1970 e de 1980, sem grande êxito.

O regime de partilha de produção foi inicialmente utilizado na Indonésia, na década de 1960, em substituição ao modelo de concessão, tendo posteriormente sido adotado em diversos países, tais como Angola, Egito e Líbia. Os contratos de partilha de produção representam um reforço da posição estatal e uma resposta mais nacionalista ao modelo das concessões (BNDES, 2009a, p.235-240).

Nos contratos de partilha de produção há necessária participação do Estado na gerência das atividades de exploração e de produção, ao passo que os riscos técnicos e financeiros da operação podem ser assumidos por terceiros, geralmente uma IOC. Nessa modalidade contratual, a propriedade das reservas e a do óleo extraído pertencem ao titular dos recursos petrolíferos. Em caso de sucesso na etapa de exploração e início da produção, o operador desses campos é ressarcido pelos custos incorridos (*cost oil*) nas etapas de pesquisa, exploração e produção, bem como com uma parcela do excedente

em óleo (*profit oil share*), previamente determinada no contrato de partilha de produção. Em regra, os equipamentos e instalações são de propriedade do país hospedeiro.

O novo modelo para exploração e produção nas “áreas do Pré-Sal” e em “áreas estratégicas” adotará o contrato de partilha de produção. O art. 2º, inciso I, da Lei 12.351/10, define partilha de produção como: 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**⁶⁵, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de **parcela do excedente em óleo**⁶⁶ na proporção, condições e prazos estabelecidos no contrato de partilha de produção.

Por meio do contrato de partilha de produção, o titular do monopólio sobre as atividades de exploração e de produção de petróleo (art. 177, I, CF/88) atribui ao contratado o direito de realizar, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo nas áreas definidas contratualmente. Em caso de sucesso operacional, o contratado fará jus a uma parcela do óleo produzido equivalente aos ônus incorridos nas atividades mencionadas acima, incluídos os custos de desativação das instalações. Esse “custo em óleo” será descontado do volume total produzido pelo poço em operação, do qual ainda serão descontados os valores relativos aos *royalties* e à compensação ao dono da propriedade sob a qual se encontram as reservas (caso aplicável). Do resultado dessa subtração, obtém-se o “excedente em óleo” que será dividido entre a União e o contratado, em conformidade com as disposições previstas no contrato de partilha de produção.

⁶⁵ Art. 2º, inciso II, da Lei nº 12.351/10, define “custo em óleo” como: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato.

⁶⁶ Art. 2º, inciso III, da Lei nº 12.351/10, define “excedente em óleo” como: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos *royalties* devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43.

O contrato de partilha de produção é a modalidade contratual para a exploração e a produção de petróleo nas áreas localizadas no Pré-Sal⁶⁷ ou em áreas estratégicas⁶⁸ (art. 3º da Lei 12.351/10 e nova redação do art. 23 da Lei 9.478/97). As áreas que não sejam classificadas como “áreas do Pré-Sal” ou “áreas estratégicas”, em conformidade com a Lei nº 12.351/10, serão objeto de regramento geral pela Lei nº 9.478/97, ou seja, deverão ser objeto de contrato de concessão. A cessão onerosa de áreas localizadas no Pré-Sal, autorizada pela Lei nº 12.276/10, é modalidade *sui generis*, conforme será analisado na sequência.

De acordo com as definições atribuídas às expressões “áreas do Pré-Sal” e “áreas estratégicas”, verifica-se que a Lei nº 12.351/10 atribuiu à Presidência da República o poder para definir novas regiões que, além daquelas previstas no Anexo I da Lei nº 12.351/10, sujeitar-se-ão ao regime de contratação na modalidade de partilha de produção. Cabe à ANP realizar estudos e recomendar ao MME a inclusão de novas áreas sujeitas à partilha de produção (art. 11, I, Lei nº 12.351/10), sendo que o MME remeterá a decisão ao CNPE (art. 10, II, Lei nº 12.351/10), que, por sua vez, enviará a matéria para decisão final pela Presidência da República (art. 9º, V, Lei nº 12.351/10), que se expressará juridicamente por meio de decreto presidencial.

Em termos de técnica legislativa, a diferenciação entre “áreas do Pré-Sal” e “áreas estratégicas” parece ser desnecessária, pois o regramento jurídico atribuído a ambas é idêntico. É possível inferir da Lei nº 12.351/10 que as “áreas do Pré-Sal” seriam aquelas grandes jazidas localizadas na plataforma continental brasileira, em conformidade com o Anexo I e decretos supervenientes; ao passo em que as áreas estratégicas atenderiam às mesmas características e condições, porém estariam localizadas em bacias sedimentares no território nacional. Como se sabe, o Direito cria a sua realidade (CARRIÓ, 1990), de modo que seria mais apropriado unificar as duas expressões em um único conceito (como, por exemplo, apenas “áreas estratégicas”), pois, independentemente dessas jazidas se localizarem em terra ou no mar, em termos

⁶⁷ Art. 2º, inciso IV, da Lei nº 12.351/10, define “área do pré-sal” como: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.

⁶⁸ Art. 2º, inciso V, da Lei nº 12.351/10, define “área estratégica” como: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

jurídicos, a distinção é despicienda para qualificação do regime de contratação dessas áreas ou para a definição do procedimento relacionado à qualificação dessas áreas como tais por decreto presidencial⁶⁹.

No que concerne aos polos contratuais, a União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia (art. 8º da Lei nº 12.351/10), celebrará contrato de partilha de produção direta e exclusivamente com a Petrobras ou com consórcio vencedor da licitação, no qual a Petrobras necessariamente deverá deter participação mínima de 30% (art. 10, III, alínea c, Lei nº 12.351/10) e, ainda, será a operadora⁷⁰ (arts. 4º e 30 da Lei nº 12.351/10). De modo a gerir os contratos de partilha de produção e os contratos de comercialização de petróleo, em nome da União, foi determinada a criação de empresa pública específica que não responde pelos riscos e pelos custos e investimentos referentes às atividades relacionadas ao desempenho do contrato de partilha de produção (art. 8º, §2º, Lei nº 12.351/10). Esta empresa é a PPSA, cuja criação foi autorizada nos termos da Lei nº 12.304/10⁷¹.

Preliminarmente, é possível verificar que a Lei nº 12.351/10 distingue entre duas modalidades de contratação da partilha de produção, com diferentes normas aplicáveis: a contratação direta e a contratação por licitação, na modalidade leilão (art. 8º).

De acordo com o art. 12 da Lei nº 12.351/10, a contratação direta da Petrobras será objeto de decisão Presidencial mediante proposição do CNPE. Esta decisão deve ter como motivação preservar o interesse nacional e atender aos demais objetivos da política energética, que estão elencados no art. 1º da Lei 9.478/97. Nesta hipótese, caberá ao CNPE definir os parâmetros técnicos e econômicos do contrato (parágrafo único do art. 12 combinado com art. 9º, IV), com base em sugestão do MME, ouvida a ANP, que versará sobre: (i) os critérios para definição do excedente em óleo da União; (ii) o percentual mínimo do excedente em óleo da União; (iii) os limites, prazos,

⁶⁹ Vale ressaltar que a distinção entre produção em terra ou em mar não é despicienda no que concerne ao regime de distribuição de *royalties* (art. 42-B, I, da Lei nº 12.351/10) e ao dever de pagamento de compensação ao proprietário do terreno (art. 43, da Lei nº 12.351/10).

⁷⁰ Art. 1º, inciso VI, da Lei nº 12.351/10, define como operador: a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção.

⁷¹ Art. 2º da Lei 12.304/10: A PPSA terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. Parágrafo único. A PPSA não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos; (iv) o conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional; e (v) o valor do bônus de assinatura, bem como a parcela a ser destinada à PPSA (art. 10, III, no que cabível).

Este dispositivo de contratação direta da Petrobras foi objeto de questionamento por Marcos Juruena Villela SOUTO (2010). De acordo com o autor, a previsão seria inconstitucional, pois atentaria contra a liberdade de iniciativa (arts. 1º, inciso IV e caput do art. 170 da CF/88); violaria a regra do art. 173, que privilegia a livre concorrência e determina a sujeição das empresas estatais ao regime geral de Direito Privado; e, ainda, afrontaria o art. 37, XXI da CF/88, que impõe o dever de licitação para a contratação pelo Poder Público. Ademais, o autor ressalta que, nos termos da ADI 3.273-9/DF, o STF esclareceu que a Petrobras não seria prestadora de serviço público, de modo que essa empresa não poderia ser concebida como delegada da União. Vale reproduzir trecho do julgamento da ADI 3.273-9/DF que sintetiza esse ponto:

12. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil (STF, ADI 3.273-9/DF, Ementa).

A crítica de Marcos Juruena Villela SOUTO (2010) é interessante, mas não se sustenta frente ao instituto do monopólio previsto no art. 177 da CF/88. Como analisado ao longo do Capítulo 4, não houve o fim do monopólio sobre as atividades petrolíferas, que atualmente é um monopólio como “poder de escolha”.

Em primeiro lugar, não há que se afirmar que houve violação à liberdade de iniciativa privada, pois não existe uma pretensão individual ao exercício de atividade privada com relação a atividades monopolizadas. O instituto do monopólio, como o insculpido no art. 177 da CF/88, representa exceção expressa à liberdade de iniciativa, de modo que essas atividades são objeto de controle, restrição e conformação pela União, mediante edição de lei. Tendo em vista que o atual monopólio sobre as atividades petrolíferas é um “poder de escolha”, a lei é o meio legítimo para conformar

as hipóteses segundo as quais pode haver a atribuição do exercício das atividades monopolizadas a terceiros. A atribuição do exercício das atividades de exploração e de produção de petróleo pode ser realizada em regime de concorrência, como previsto na Lei 9.478/97, mediante assinatura de contrato de concessão, ou, ainda, em regime de contratação direta, com ou sem exclusividade, hipótese do contrato de partilha de produção da Lei nº 12.351/10.

Em segundo lugar, não houve afronta ao art. 173 da CF/88, pois o monopólio sobre as atividades petrolíferas é exceção expressa à regra geral que veda a participação do Estado na exploração direta de atividades econômicas por meio de empresas estatais. Igualmente, não é possível sustentar que a contratação direta da Petrobras viola a regra do art. 173, § 1º, inciso II, que sujeita as empresas estatais ao regime geral das empresas privadas, pois, nas hipóteses de monopólio, é possível que haja exceção à regra geral aplicável às demais empresas estatais que disputam mercado com empresas privadas em atividades econômicas abertas à iniciativa privada. Em idêntico sentido, Gilberto BERCOVICI (2011, p. 325) explica:

O tratamento diferenciado concedido à Petrobras não fere o artigo 173, § 1º, II da Constituição, que determina que as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Este artigo é, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, interpretado de forma exagerada, pois a própria Constituição diferencia os regimes jurídicos das empresas privadas e das empresas estatais em várias passagens, não estabelecendo o mesmo regime das empresas privadas para as estatais em todas as situações.

Novamente, não há obrigatoriedade de que haja o franqueamento das atividades monopolizadas do setor petrolífero à iniciativa privada, porém, caso a lei entenda apropriado que assim se proceda, deverá ser instituído regime concorrencial, no qual a Petrobras disputará em posição de igualdade com as demais participantes. Em sentido contrário, caso a Lei estipule que certas modalidades contratuais não estão sujeitas necessariamente à concorrência, é possível que à Petrobras sejam atribuídas prerrogativas derogatórias do regime geral incidente sobre as atividades econômicas em sentido estrito que não são objeto de monopólio.

Terceiro, é preciso reconhecer que o regime aplicável ao setor petrolífero foi modificado pela Lei nº 12.351/10 no que concerne à exploração de áreas localizadas em “áreas do Pré-Sal” e em “áreas estratégicas”. Ao contrário da posição defendida por

Marcos Juruena Villela SOUTO (2010), não houve a abertura irrevogável do setor petrolífero à iniciativa privada, após a EC n° 9/95 e a edição da Lei 9.478/97. O monopólio permanece intacto como “poder de escolha” e a edição da Lei n° 12.351/10 representa uma nova escolha que retoma as ligações tradicionais entre a Petrobras e a União: no modelo de partilha de produção, a Petrobras é a executora do monopólio da União, com a prerrogativa de outorga desse exercício em regime de exclusividade. Ao permitir a contratação direta da Petrobras no regime de partilha de produção, a Lei n° 12.351/10 retoma aspectos históricos da Lei n° 2.004/53, adaptada, como se verá abaixo, ao novo momento do Estado promotor do desenvolvimento – o Estado neodesenvolvimentista.

Quarto, a decisão do STF, mencionada acima, refere-se ao modelo da Lei n° 9.478/97. No momento em que foi proferida a decisão do STF, não existia regime variado para execução das atividades petrolíferas monopolizadas: a regra da Lei n° 9.478/97 era a que regulamentava o art. 177, §§1° e 2°, da CF/88 e, de acordo com essa Lei, a Petrobras sujeitava-se ao regime de concorrência com as demais empresas privadas, às quais era franqueado acesso ao setor, rompendo-se com o modelo histórico de exclusividade da empresa estatal na execução do monopólio da União. Na hipótese de celebração de contrato de concessão, com efeito, é necessário que a Petrobras concorra em situação de igualdade com as demais empresas, mediante a adoção de processo licitatório para garantia da isonomia, nos termos dos arts. 173 e 37, XXI, da CF/88.

Contudo, repita-se, o monopólio sobre as atividades petrolíferas permanece intacto. O modelo da Lei n° 9.478/97 franqueou à iniciativa privada o acesso ao exercício de atividades monopolizadas, sujeitando a Petrobras às mesmas condições. Trata-se de exercício do “poder de escolha”. Paralelamente ao regime geral da Lei n° 9.478/97, a Lei 12.351/10 atribui à Presidência da República o poder para decidir pela contratação direta da Petrobras em áreas do Pré-Sal ou estratégicas. Nesta situação, a Petrobras não se sujeita à regra geral do art. 173 e tampouco às regras do art. 37, XXI, da CF/88, pois atua como delegatária da União no exercício do monopólio constitucional. Como visto acima, na preciosa lição de Fábio Konder COMPARATO (1996), o titular do monopólio pode delegar a execução do monopólio mediante autorização legal, no caso em tela, o art. 12 da Lei n° 12.351/10.

É importante esclarecer que não se interpreta a Constituição com base na Lei nº 12.351/10. O raciocínio é o inverso: de acordo com o art. 177 da CF/88, a União é titular do monopólio sobre as atividades petrolíferas e detém a prerrogativa de poder contratar, ou não, a execução dessas atividades por empresas públicas ou privadas. Trata-se de monopólio como “poder de escolha”. O monopólio significa que, apesar de as atividades petrolíferas serem atividades econômicas em sentido estrito, não há necessariamente livre iniciativa no setor, pois à União cabe a prerrogativa de limitar, controlar ou mesmo excluir a participação privada nesse setor. Disso decorre a necessidade de se reconhecer que a Petrobras pode ser delegatária da União nas áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas, sem afronta à Constituição Federal. O mesmo não se aplica ao regime de concessão da Lei nº 9.478/97, pois, nesta hipótese, a Petrobras atua em regime de concorrência com as demais empresas privadas, não sendo admissível a delegação de contrato de concessão diretamente à Petrobras.

Quem incorre no erro de interpretar a Constituição com base na Lei nº 9.478/97 é o próprio Marcos Juruena Villela SOUTO (2010). O autor reconhece que o monopólio sobre as atividades petrolíferas não foi extirpado do texto constitucional, mas defende que não poderia haver retrocesso no que concerne à execução dessas atividades diretamente pela Petrobras, pois a Lei nº 9.478/97 extinguiu o monopólio sobre a execução das atividades. Uma breve leitura do art. 177 demonstra que a EC nº9/95 não obrigou a União a realizar procedimentos licitatórios para a contratação de empresas, públicas ou privadas, e, tampouco, limitou as prerrogativas do titular do monopólio no que concerne às modalidades contratuais aplicáveis. A verdadeira inovação da EC nº9/95, na lição do próprio Ministro Eros GRAU, foi permitir que a iniciativa privada participasse do setor, revogando a obrigatoriedade do exercício do monopólio em regime de exclusividade pela Petrobras. Abre-se, portanto, opção à União para definição do regime de contratação: monopólio como “poder de escolha”.

O raciocínio desenvolvido acima aplica-se integralmente a três outros pontos polêmicos da Lei nº 12.351/10 que envolvem a Petrobras: (i) a possibilidade de contratação direta da Petrobras pela PPSA para comercialização do petróleo da União (art. 45); (ii) a obrigação de que a Petrobras seja a operadora única em todos os contratos de partilha de produção (art. 4º); e (iii) a possibilidade de contratação direta da Petrobras pela ANP para realização de atividades de pesquisa (art. 38). As novas

prerrogativas atribuídas à Petrobras estão de acordo com o art. 177 da CF/88, monopólio como “poder de escolha”, não havendo que se propugnar pela inconstitucionalidade desses dispositivos.

Afastada a tese de inconstitucionalidade da Lei nº 12.351/10, outra modalidade que pode ser empregada para selecionar o contratado no regime de partilha de produção é a licitação na modalidade de leilão, adotando-se como critério de julgamento a oferta de maior “excedente em óleo” para a União (art. 18). Essa oferta não pode ser inferior ao mínimo previsto na minuta do contrato de partilha constante do edital de licitação (art. 10, III, alínea b).

Cabe à Presidência da República decidir, com base em proposição do CNPE (art. 9º, III), quais blocos serão objeto de leilão. O procedimento licitatório será conduzido pela ANP (art. 11, III), com base em edital elaborado pela própria agência (art. 11, II), com base nos arts. 15 a 17, e o edital será aprovado pelo MME (art. 10, V). Os parâmetros técnicos e econômicos da minuta do contrato de partilha de produção constantes do edital serão sugeridos pelo MME ao CNPE (art. 10, III), que, por sua vez, levará a matéria à aprovação da Presidência da República.

Em outras palavras, a ANP elaborará a minuta inicial do edital, em conformidade com as cláusulas obrigatórias do edital previstas nos arts. 15 ao 17 da Lei nº 12.351/10. A versão preliminar do edital deverá ser aprovada pelo MME que, no entanto, não detém poder para definir os parâmetros técnicos aplicáveis à minuta do contrato de partilha de produção (anexa ao edital), cuja responsabilidade cabe à Presidência da República mediante provocação do CNPE. A rigor, portanto, o edital será aprovado pelo MME, mas a minuta do contrato de partilha e a área objeto de licitação deverão ser aprovadas pela Presidência da República. A lógica aplicável à elaboração do edital de licitação e do contrato de partilha de produção é diferente do modelo da Lei nº 9.478/97. No regime de concessão, a ANP detém as principais prerrogativas relacionadas à elaboração do contrato e do edital, o que não ocorre no modelo de partilha de produção (NÓBREGA&SIQUEIRA, 2011).

Anteriormente à celebração de contrato de partilha de produção, deverá ser registrado na Junta Comercial competente (art. 26) contrato de consórcio entre a Petrobras e a PPSA ou, na hipótese de licitação do contrato de partilha, entre a Petrobras,

a PPSA e as demais empresas privadas (arts. 19 e 20). Em caso de licitação, é possível que o edital autorize a participação conjunta de empresas privadas, dentre as quais a Petrobras poderá, ou não, ser parte (art. 16). Independentemente de a Petrobras ser membro do conjunto vencedor, ela deverá celebrar contrato de consórcio entre as vencedoras e a PPSA, sendo que a Petrobras responderá por, no mínimo, 30% dos direitos e obrigações (art. 20, §§1º e 2º).

A previsão de que a Petrobras deverá ser a operadora única dos contratos de partilha de produção vincula-se ao objetivo de promover a indústria nacional. Essa disposição garante que a Petrobras será a responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades relacionadas à execução do contrato de partilha de produção. A empresa deverá ser a responsável pela parte técnica e operacional dos investimentos, o que permitirá a utilização de sua política de compras para fomentar a indústria nacional. Essa é medida positiva para a economia nacional, pois cria incentivos contrários à desindustrialização brasileira, que é uma tendência associada à “doença holandesa”, conforme análise abaixo.

A constituição da PPSA foi autorizada pela Lei nº 12.304/10 com vistas a atender ao disposto no art. 8º, § 1º da Lei nº 12.351/10. A PPSA é uma empresa pública que tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União (art. 1º e 2º da Lei 12.351/10).

O consórcio está regrado nos arts. 278 e seguintes da Lei nº 6.404/76. Trata-se de contrato firmado entre quaisquer sociedades empresariais com vistas à realização de determinada finalidade que demanda um esforço conjunto entre as consorciadas. O consórcio não tem personalidade jurídica e as obrigações recíprocas serão previstas no próprio contrato, não se presumindo a responsabilidade solidária (art. 278, §1º, Lei nº 6.404/76).

Na lição de Egon BOCKMANN (2005, p. 2):

Através do contrato de consórcio (também conhecido por *contrato consorcial* ou *ato consorcial*), determinado número de pessoas formaliza uma associação de interesses, visando a criar obrigações recíprocas e específicas condições que

possibilitem o atingir de determinada finalidade empresarial comum (que provavelmente não seria alcançada através da capacidade individual de cada uma delas – seja por motivos de ordem técnica, seja devido a razões econômico-financeiras.

No caso dos consórcios celebrados para a assinatura do contrato de partilha de produção, haverá responsabilidade solidária dos contratantes perante a União, representada pelo MME, e perante terceiros, não obstante a Petrobras ser a responsável pela execução do contrato (art. 20, § 3º). Esta hipótese não se aplica à PPSA, que não assume riscos e responsabilidades relacionados a todas as etapas do empreendimento (art. 8º, § 2º). Esta cláusula de incolumidade que protege a PPSA dos riscos relacionados às atividades do consórcio é objeto de críticas por Alex Vasconcellos PRISCO (2011). Para o autor, haveria contradição entre os poderes de gestão atribuídos à PPSA e a irresponsabilidade pelos eventuais resultados dessa gestão.

A administração do consórcio é responsabilidade do seu comitê operacional (art. 22), que será composto por integrantes das empresas consorciadas, com a ressalva de que metade dos integrantes do comitê operacional e o seu presidente deverão ser indicados pela PPSA (art. 23). O presidente do comitê operacional tem poder de veto e voto de qualidade sobre as deliberações do consórcio, em conformidade com o estabelecido no contrato de partilha de produção (art. 25). Este arranjo garante que a PPSA detenha grande poder de influência sobre as decisões do comitê operacional, que constitui o cerne operacional do consórcio.

Cabe ao comitê operacional: (i) definir os planos de exploração, a serem submetidos à análise e à aprovação da ANP; (ii) definir o plano de avaliação de descoberta de jazida de petróleo e de gás natural a ser submetido à análise e à aprovação da ANP; (iii) declarar a comercialidade de cada jazida descoberta e definir o plano de desenvolvimento da produção do campo, a ser submetido à análise e à aprovação da ANP; (iv) definir os programas anuais de trabalho e de produção, a serem submetidos à análise e à aprovação da ANP; (v) analisar e aprovar os orçamentos relacionados às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção previstas no contrato; (vi) supervisionar as operações e aprovar a contabilização dos custos realizados; (vii) definir os termos do acordo de individualização da produção a ser firmado com o titular da área adjacente; e (viii) outras atribuições definidas no contrato de partilha de produção (art. 24).

Além de contar com eventuais participantes privados, o comitê operacional necessariamente irá contrapor duas facetas da União utilizadas para a dinamização dos contratos de partilha de produção: a PPSA e a Petrobras. Por um lado, a PPSA deterá posição de comando no comitê operacional, gerindo os contratos de partilha de produção com vistas à proteção dos interesses da União e, ainda, celebrará os contratos de comercialização para venda do óleo da União (art. 4º da Lei nº 12.304/10). Por outro lado, a Petrobras é a operadora necessária de todos os contratos de partilha de produção e poderá ser contratada diretamente pela PPSA para comercializar o petróleo de propriedade da União⁷². A adoção desse modelo suscita críticas, mas sua escolha tem fundamentos econômicos claros (LOUREIRO, 2012).

Especialmente após a entrada na fase de operação do contrato de partilha de produção (art. 27 da Lei 12.351/10), é provável que haverá disputa pela apropriação de parte dos recursos advindos da produção de petróleo. Um ponto chave do modelo de partilha de produção é a correta aferição dos “custos em óleo” incorridos pelo operador, pois esse custo será subtraído, entre outras rubricas, do “excedente em óleo”. Na condição de operadora necessária dos contratos de partilha, a Petrobras poderia restringir ou manipular informações relacionadas aos custos incorridos, com vistas à maximização de suas receitas. A função precípua da PPSA é exatamente a de minimizar essa assimetria de informações, assegurando a lisura das informações contábeis relacionadas aos custos de pesquisa, exploração e produção.

Alex Vasconcellos PRISCO (2011) analisa esse risco nos seguintes termos:

De fato, a complexidade funcional do sistema de partilha e a assimetria de informações que ele gera demandam a utilização de mecanismos mais efetivos de supervisionamento contratual. É que, no regime de partilha, o contratado assume integralmente os investimentos necessários à execução do contrato e, em caso de descoberta comercial, é prioritariamente ressarcido com parcela da produção dos hidrocarbonetos — custo em óleo. A parte restante — o excedente em óleo — é dividida entre o contratante e o Estado, na forma convencionada. Como existem despesas a recuperar pelo contratado antes da efetivação da partilha, entende-se necessário que os poderes públicos deem especial atenção às atividades de monitoramento e auditoria dos custos envolvidos nos projetos

⁷² Art. 45 da Lei nº 12.351/10: O petróleo, o gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos destinados à União serão comercializados de acordo com as normas do direito privado, dispensada a licitação, segundo a política de comercialização referida nos incisos VI e VII do art. 9º. Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, representando a União, poderá contratar diretamente a Petrobras, dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos referidos no caput.

de exploração e produção de petróleo. Afinal, quanto maior for o custo em óleo incorrido pelo contratado, menor será a parcela do excedente em óleo a ser partilhada com a União.

Marcos Juruena Villela SOUTO (2010) argumenta que não seria necessário criar uma nova empresa estatal para desempenhar as funções atribuídas à PPSA, pois a ANP seria capaz de realizar essas tarefas. Nesse sentido, a criação da PPSA seria inconstitucional, pois violaria os princípios da eficiência e da economicidade que devem pautar a atuação do Poder Público.

Apesar de também apresentar posicionamento crítico acerca da criação da PPSA por entender que a ANP poderia realizar as mesmas tarefas, Daniel ALMEIDA DE OLIVEIRA (2010) sugere a distinção entre Estado e Governo para compreensão dos limites entre os dois órgãos. Nas palavras do autor (que utiliza a primeira nomenclatura proposta para a PPSA – PetroSal):

A PetroSal seria o braço do Governo Federal; a ANP, o braço do Estado brasileiro. A PetroSal, empresa pública, teria sido projetada para ter uma visão privada, de negócio, objetivando o máximo de lucros — uma fiscalização das operações de E&P voltada para a maximização dos lucros da União. Já a ANP, autarquia, manteria a função estatal de regulação do setor, com visão de longo prazo, tratando da questão dos estoques de combustíveis, dos reservatórios, das questões ambientais, fiscalizando o atendimento das boas práticas da indústria do petróleo etc., inclusive com a aprovação dos planos desenvolvidos pelos contratados (operador e demais consorciados) do Pré-sal. A PetroSal seria, apenas, mais um agente econômico a ser fiscalizado pela ANP.

A distinção entre funções de Estado e de Governo proposta acima por Daniel ALMEIDA DE OLIVEIRA (2011) parece encontrar fundamento na distinção elaborada por Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2005, pp. 85-86). Este autor defende que as políticas de Estado são aquelas definidas em lei, têm traço de estabilidade e são estruturantes das políticas de governo. Já as políticas de governo são: “*os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica e social*” (MARQUES NETO, 2005, p. 86).

Essa distinção entre Estado e Governo para compreensão da relação entre PPSA e ANP é insuficiente. A PPSA desempenhará, sim, funções definidas em lei, estáveis e estruturantes, pois ela tem como objetivo proteger os interesses da União no que concerne aos contratos de partilha de produção e de comercialização de óleo (art. 2º, Lei 12.304/10). Trata-se de objetivo que nenhum governo poderá alterar, pois as rendas

petrolíferas vinculam-se diretamente ao próprio núcleo da Constituição Dirigente brasileira, ou seja, são fundamentais para a promoção do desenvolvimento nacional, art. 3º da CF/88. Essa relação entre soberania, desenvolvimento e apropriação das rendas petrolíferas será analisada abaixo, no estudo do Fundo Social estabelecido pela Lei nº 12.351/10. Contudo, desde já é possível constatar a relevância e a permanência das funções atribuídas à PPSA, o que não se assemelha a uma mera política de governo.

Alex Vasconcellos PRISCO (2011) tenta equacionar a relação entre a ANP e a PPSA em termos da distinção entre funções empresariais ou funções regulatórias. A PPSA teria como objetivo maximizar os lucros da União, de modo que sua natureza caracterizaria funções empresariais. Ao contrário da ANP, a PPSA não disporia de poder de polícia sancionatório, típico das atividades regulatórias. De acordo com o autor:

Portanto, tem-se que a PPSA, à guisa de “gestão” de contrato, foi municiada com um vasto feixe de atribuições de natureza empresarial, que lhe franqueiam não só a prática de atos de monitoramento e auditoria do contrato de partilha (“fiscalização privada”, carente de poder de polícia sancionatório), mas, sobretudo, o exercício de um largo e “intenso determinismo estatal” sobre os destinos e estratégias empresariais dos projetos (atividade tipicamente negocial).

A distinção entre funções regulatórias e empresariais proposta pelo autor também parece ser insuficiente. Sem dúvida a PPSA não dispõe de prerrogativas associadas ao poder de polícia típico das agências reguladoras, tal como dispõe a ANP (ARAGÃO, 2002a). Contudo, parece não ser possível negar que a PPSA detém inúmeras competências que, na prática, poderão impor substanciais “sanções” financeiras à Petrobras e às demais consorciadas ao reduzir o “custo óleo” a que fazem jus. Ademais, a PPSA detém prerrogativa para aprovar os principais planos relacionados à execução do contrato de partilha de produção.

Marcos NÓBREGA e Mariana de SIQUEIRA (2011) criticam o modelo adotado pela sobreposição de estruturas e pela relativa mitigação das competências da ANP em favor da PPSA. De acordo com os autores:

A instituição da PPSA gera preocupações não no que diz respeito à extinção da função regulatória da ANP, mas sim no que tange às mitigações desta atuação no âmbito do pré-sal. Não apenas a lei responsável por tratar da PPSA faz nascer questionamentos a respeito da atuação da ANP no contexto do pré-sal; o ato normativo responsável por disciplinar as atividades de exploração e produção no pré-sal, e por tratar do contrato de partilha de produção (Lei Federal nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010), igualmente gera tais reflexos,

especialmente por ampliar a atuação do CNPE e do MME e por modificar competências dadas pela “Lei do Petróleo” à ANP.

Inequivocamente, o modelo de partilha de produção reduz as prerrogativas da ANP em comparação com as que ela dispõe para a gestão dos contratos de concessão. Longe de representar retrocessos, essas medidas têm como objetivo aumentar o controle público sobre as rendas petrolíferas com vistas à promoção do desenvolvimento nacional e ao controle dos efeitos negativos associados à “doença holandesa”, como será visto abaixo. O modelo da Lei nº 9.478/97 atribuiu à ANP grande margem de autonomia decisória, o que refletia uma desconfiança em relação ao Governo e uma crença na livre concorrência como a solução para os problemas no setor. A diminuição dos poderes da ANP foi compensada pelo reforço das funções decisórias vinculadas diretamente à Presidência da República, pelo reforço do MME e do CNPE, bem como pela criação da PPSA (BERCOVICI, 2011, pp. 319-323).

É possível afirmar que a criação da PPSA representa um fenômeno cujos contornos ainda não estão suficientemente firmados na doutrina jurídica nacional, mas que rompem simultaneamente com o paradigma do Estado desenvolvimentista e do Estado regulador, analisados acima. Ao invés das oposições entre governo e Estado ou entre funções regulatórias ou empresariais, parece ser possível defender que a PPSA simboliza uma nova etapa da regulação estatal que vai além da *“fuga para o direito privado”* (ESTORNINHO, 1996). A PPSA não apenas tem personalidade jurídica de direito privado, como suas funções serão desempenhadas no próprio cerne das relações jurídicas que serão estabelecidas para o desempenho do contrato de partilha de produção: o consórcio e o seu comitê operacional.

Adicionalmente, as funções atribuídas à PPSA não são meramente empresariais, pois ela defende os interesses da União com relação à apropriação da maior parcela das rendas petrolíferas. Não se trata de mera “maximização dos lucros”, como sugerem os autores que defendem que a PPSA desempenharia funções eminentemente empresariais, mas de atuação voltada à preservação da apropriação pública das receitas petrolíferas. A PPSA, portanto, é um veículo de intervenção direta da União no próprio arcabouço contratual que dará suporte à execução do contrato de partilha de produção, daí a importância de sua criação.

Ainda que não seja possível aprofundar a ideia nesta oportunidade, é possível cogitar acerca dos contornos de uma modalidade de intervenção “intrasocietária”, termo que seria mais apropriado na hipótese de o consórcio se revestir de personalidade jurídica própria, como, por exemplo, pela constituição de sociedade de propósito específico (SPE). De qualquer modo, a expressão é interessante, pois ela retrata um fenômeno que pode representar uma tendência ainda em formação.

Sublinhe-se que a PPSA não seria a única expressão do que se denomina “regulação intrasocietária”. O modelo proposto para absorção de tecnologia do Trem de Alta Velocidade, aprovado pela Lei nº 12.404, de 04 de maio de 2011, autoriza a criação da Empresa de Planejamento e Logística que, provavelmente, participará do capital social da SPE constituída pelo consórcio vencedor da licitação. O objetivo dessa empresa, entre outros, será monitorar e coordenar o processo de absorção de tecnologia dentro da própria concessionária do serviço de trens de alta velocidade. Apesar de ser possível identificar indícios dessa tendência, o tema ainda merece tratamento mais aprofundado pela doutrina brasileira.

Apresentados os aspectos gerais do contrato de partilha de produção e do seu modelo de gestão, é possível chegar a algumas conclusões com base nas discussões travadas nos capítulos anteriores.

Primeiro, o novo modelo de exploração e produção de petróleo no Brasil não é um “retorno do pêndulo” (PRISCO, 2011). A dualidade antagônica entre os polos “intervenção estatal” e “livre iniciativa”, metaforizada nos movimentos do pêndulo, é insuficiente para compreender os novos contornos do setor petrolífero. O novo modelo adotado apresenta maior intervenção estatal no controle das rendas e do ritmo de produção petrolífera, porém não se trata de simples retorno ao modelo anterior à EC nº9/95, caracterizado pelo exercício das atividades monopolizadas em regime de exclusividade pela Petrobras. Em certa medida, o novo modelo reflete as transformações percorridas no setor desde a edição da Lei nº 2.004/53 e os desafios relacionados à criação de novas modalidades de associação entre capitais públicos e privados.

Em termos históricos, a Lei nº 2.004/53 representou um importante marco do Estado desenvolvimentista brasileiro. A EC nº9/95 e a Lei nº 9.478/97, a seu turno,

caracterizam transformações associadas à afirmação do Estado regulador no Brasil. O modelo propugnado pelas Leis nº 12.351/10 e nº 12.304/10 marca um novo momento do Estado brasileiro, que pode ser denominado como Estado neodesenvolvimentista. Como visto acima, o Estado neodesenvolvimentista não abdica por completo da maior flexibilidade e horizontalidade do Estado regulador, mas tampouco abandona o papel coordenador do Estado, típico do Estado desenvolvimentista. Trata-se de uma fusão que, para além das partes constitutivas, retoma as finalidades do Estado desenvolvimentista com o auxílio de instrumentos jurídicos do Estado regulador.

O contrato de partilha de produção e o reforço da intervenção estatal no novo modelo da Lei nº 12.351/10 vão ao encontro do projeto de desenvolvimento coordenado pelo Estado. Essa afirmativa não é de difícil constatação: basta mencionar o maior protagonismo atribuído à Petrobras como operadora necessária dos contratos de partilha, bem como a possibilidade de sua contratação direta. Ademais, a Lei nº 12.351/10 reforça a influência direta da Presidência da República na tomada de decisões estratégicas (como ritmo de exploração, seleção de áreas e definição de cláusulas econômicas). Nesses aspectos, a Lei nº 12.351/10 tem mais afinidades do que diferenças em relação à Lei nº 2.004/53.

Não obstante essas semelhanças, não houve o abandono das instituições estabelecidas pela Lei nº 9.478/97, que segue sendo o marco geral para o setor petrolífero no Brasil. A ANP foi preservada, os contratos de concessão já licitados (até mesmo os que envolviam áreas do Pré-Sal) foram mantidos intactos, em nome da estabilidade e da segurança jurídica. Ademais, não houve a reversão da EC nº 9/95 e a repristinação de modelo que excluísse necessariamente a participação de capitais privados no setor. Com relação a essas questões, a Lei nº 12.351/10 tem mais semelhanças do que divergências com a Lei nº 9.478/97.

Para além dessas influências aparentemente contraditórias, o modelo atual contém peculiaridades próprias, que transformam o significado das experiências anteriores. A criação da PPSA e suas funções como gestora do contrato de partilha de produção não encontra paralelo no mundo, nem mesmo na experiência norueguesa⁷³,

⁷³ “Muito se fala, de outro lado, que o arranjo em comento não teria nada de anormal, pois que seria inspirado no desenho norueguês de exploração petrolífera, onde também existe uma empresa de capital 100% estatal, a Petoro AS, que teria um papel institucional similar ao exercido pela PPSA. Ocorre que,

com base na qual muitas vezes a criação da PPSA é justificada. A PPSA representa diretamente os interesses da União nos contratos de partilha de produção, dispõe de enorme poder de veto sobre matérias fundamentais à execução do contrato de partilha e intervém diretamente no cerne do próprio consórcio, por meio do seu controle sobre o comitê operacional.

Igualmente, a previsão de que a Petrobras será a operadora única dos contratos, sem que necessariamente haja a exclusão da iniciativa privada nos contratos de partilha de produção, é elemento singular da experiência brasileira. Ainda que não tenha havido a exclusão completa da iniciativa privada no novo modelo, é inegável que os capitais privados desempenharão funções acessórias à execução do contrato de partilha de produção, especialmente funções financeiras. Nem executora do monopólio da União em regime de exclusividade, nem empresa pública sujeita ao regime concorrencial para desempenho das atividades no setor, o papel da Petrobras nos contratos de partilha de produção representa um novo estágio do seu relacionamento com a União.

Esses elementos ressaltam a peculiaridade do contrato de partilha de produção brasileiro, conforme lição de Gustavo Kaercher LOUREIRO (2012):

Esse conjunto de definições apresenta o contrato de partilha em seus contornos usuais e manifesta de forma clara uma peculiaridade importante no modelo brasileiro: a Petrobras estará presente em todos os contratos de partilha celebrados e, além disso, será a responsável pela execução material de todas as atividades realizadas sob o contrato (na qualidade de “operador”). Ela será a única contratada em caso de contratação direta (decidida pelo CNPE) ou de vitória na licitação; ou será sócia compulsória dos vencedores da licitação, num determinado percentual (...). Esse arranjo subjetivo já projeta algumas complexidades típicas do contrato brasileiro que serão ainda mais sentidas em razão da forma como a lei concebeu a ulterior relação dos contratados com a contratante (União Federal), e, especialmente, com a “representante da União”,

segundo consta do estudo encomendado pelo BNDES, a Petoro é simplesmente ‘responsável pelo gerenciamento da Participação Financeira Direta do Estado (*State’s Direct Financial Interest* – SDFI)’ e suas principais atribuições são: ‘(i) gerenciar o SDFI nas parcerias; (ii) monitorar a venda, pela *Statoil*, do petróleo produzido referente à parcela da SDFI, conforme especificado nas instruções de comercialização entregues àquela empresa; e (iii) supervisionar o gerenciamento e contabilidade do SDFI.’ Informam ainda Rafael Batista Baleroni e Jorge Antônio Pedroso Júnior que, excepcionalmente, nas hipóteses de os projetos se revelarem ‘muito lucrativos’, o Estado norueguês, por intermédio da Petoro, ‘participa como um sócio não operador comum, realizando aporte de capital e se sujeitando aos riscos da atividade’. Entretanto, segundo já analisado, no modelo de partilha ‘à brasileira’, além das funções em comum de monitoramento contábil das operações e de resguardo das participações governamentais da União, a PPSA tem, em caráter permanente, mais poderes de comando que o próprio operador; sem contar que a estatal nunca investe na atividade e nem assume qualquer risco associado às operações. Ou seja, as abissais diferenças funcionais entre a Petoro e a PPSA superam largamente suas parcas semelhanças, de modo que a comparação entre uma e outra é de todo impertinente” (PRISCO, 2011).

a PPSA. Esta última se unirá com o contratado no Consórcio do Contrato e em seu Comitê Operacional.

Essas comparações poderiam prosseguir mais a fundo, mas o ponto a ser ilustrado é simples: nem puramente estatizante, nem puramente privatizante, a complexidade do modelo adotado resulta da inovação institucional que lhe serve de substrato e da permanência de instituições típicas do Estado desenvolvimentista e do Estado regulador. Como sustentado por TRUBEK (2010), o desafio jurídico do neodesenvolvimentismo é o de conciliar estabilidade com inovação de modo a promover objetivos sociais e a inserção soberana em uma economia global. A adjetivação como “complexa” atribuída a esse novo modelo do setor petrolífero é significativa dos desafios que o Estado neodesenvolvimentista oferece aos intérpretes do Direito. A noção de Estado neodesenvolvimentista oferece novas sendas a serem exploradas para compreensão do papel do Estado na promoção do projeto constitucional insculpido no art. 3º da CF/88.

5.2.2 A cessão onerosa e a capitalização da Petrobras: o contrato “sui generis” da Lei 12.276/10

A Lei nº 12.276/10 autoriza a realização de duas operações conexas entre a Petrobras e a sua controladora, a União: (i) a cessão onerosa pela União à Petrobras, dispensada a licitação, do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas não concedidas localizadas no Pré-Sal, até o limite de 5 bilhões de barris de óleo equivalentes (BOE); e (ii) a capitalização da empresa estatal – operação societária.

Gustavo Kaercher LOUREIRO (2012) entende que a operação de capitalização da Petrobras precede a cessão onerosa, porém, em termos estritamente cronológicos, a celebração do contrato de cessão onerosa (03 de setembro de 2010) antecede à conclusão do processo de capitalização da Petrobras (24 de setembro de 2010). Independentemente da ordem que se escolha, o fato é que as duas operações são atos conexos que tinham como objetivo capitalizar a Petrobras com vistas ao cumprimento de seu plano de investimentos e ao desempenho de suas obrigações como operadora

única nos contratos de partilha de produção (BERCOVICI, 2011, p. 320). Não é possível entender uma operação sem a outra.

A Lei nº 12.276/10 autoriza a União a celebrar com a Petrobras contrato de cessão onerosa de reservas localizadas na região do Pré-Sal. O sinalagma desse contrato reside na cessão pela União à Petrobras do direito de explorar até 5 bilhões de BOE, em áreas determinadas no próprio contrato, mediante recebimento de contraprestação pecuniária, preferencialmente na forma de títulos da dívida pública mobiliária federal (art. 1º da Lei nº 12.276/10).

Diferentemente do contrato de concessão, no contrato de cessão onerosa não há obrigatoriedade do pagamento de bônus de assinatura e de participações especiais. Em comparação com os contratos de partilha de produção, não houve a previsão da divisão do “excedente em óleo” após subtração, entre outros, do “custo em óleo”, pois a Petrobras terá a titularidade do óleo e demais hidrocarbonetos extraídos (art. 1º, §1º, da Lei nº 12.276/10). Ao contrário dessas outras modalidades contratuais, o contrato de cessão onerosa somente prevê o pagamento de contraprestação pecuniária e de *royalties* pela Petrobras (art. 5º da Lei nº 12.276/10). A Petrobras, tal como nos contratos de concessão e de partilha de produção, deve atuar por sua conta e risco na execução do contrato de cessão onerosa (art. 4º da Lei nº 12.276/10). O contrato de cessão onerosa será objeto de fiscalização pela ANP, aplicando-se os dispositivos da Lei nº 9.478/97, no que cabíveis (art. 7º da Lei nº 12.276/10).

Duas dificuldades relacionadas à elaboração do contrato de cessão onerosa diziam respeito ao valor a ser pago por BOE pela Petrobras e à seleção das áreas que seriam objeto de cessão. Com base no valor convencionado por barril, seria estipulada a contraprestação devida pela Petrobras à União. Com base na autorização constante do art. 3º da Lei nº 12.276/10, a ANP contratou serviços de consultoria especializados da GAFFNEY, CLINE & ASSOCIATES (2009), para definição dos valores a serem cobrados por BOE e das áreas a serem cedidas. Com a mesma finalidade, a Petrobras apoiou-se no trabalho de DEGOLYER&MACNAUGHTON (2010).

Com base nesses estudos e após negociações, o CNPE, de acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.276/10, emitiu a Resolução nº 2, em 1º de setembro de 2010, e autorizou a celebração do contrato de cessão. No mesmo dia, o

Conselho de Administração da Petrobras autorizou a celebração do contrato de cessão e a realização de oferta pública de distribuição primária de ações ordinárias e de ações preferenciais da empresa (PETROBRAS, 2010b). Em 03 de setembro de 2010, foi assinado o contrato de cessão onerosa entre o MME, o Ministério da Fazenda e a Petrobras, em conformidade com os requisitos constantes do art. 2º, incisos I a V, da Lei nº 12.276/10 (MME&MF, 2010).

Convencionou-se o preço médio ponderado de US\$ 8,51 por barril e foram incluídas as seguintes áreas no contrato de cessão onerosa (PETROBRAS, 2010b):

Área do Contrato	Volume da Cessão Onerosa (milhões barris de BOE)	Valor do Barril (US\$/boe)	Valoração da Cessão Onerosa (US\$ mil)
Tupi sul	128.051	7,85	1.005.197
Florim	466.968	9,01	4.207.380
Tupi NE	427.784	8,54	3.653.275
Peroba	-	8,53	
Guara EAST	319.107	7,94	2.533.711
Franco	3.058.000	9,04	27.644.320
Iara	599.560	5,82	3.489.437
Total	4.999.469		42.533.320

O contrato de cessão onerosa é o negócio jurídico por meio do qual a União transmitiu, de modo oneroso, à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de Petróleo, de Gás Natural e de outros Hidrocarbonetos Fluidos, nos termos da Lei nº12.276/10 (MME&MF, 2010). O contrato de cessão onerosa, portanto, é espécie própria de atribuição da execução das atividades de exploração e de produção de petróleo previstas no art. 177, I, da CF/88. Trata-se de modalidade *sui generis* de atribuição do exercício das atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo.

Pela segunda operação, a União foi autorizada a subscrever ações do capital social da Petrobras e a integralizá-las com títulos da dívida pública mobiliária federal, emitidos pelo Tesouro Nacional (art. 9º).

A oferta pública de ações da Petrobras abrangeu a emissão de 1,369 bilhão de ações ordinárias e 1,901 bilhão de ações preferenciais, vendidas, respectivamente, por R\$ 29,65 e R\$ 26,30. A operação de capitalização foi concluída em 24 de setembro de

2010 e resultou em um aumento de capital da Petrobras equivalente a R\$ 120,25 bilhões, dos quais R\$ 74,8 bilhões foram utilizados para pagamento à União por conta da cessão onerosa de áreas do Pré-Sal e R\$ 45,45 bilhões fortaleceram o caixa da Petrobras.

A União exerceu seu direito de preferência para aquisição das ações emitidas de duas maneiras: (i) diretamente, por meio da transferência à Petrobras de R\$ 67,8 bilhões em Letras Financeiras do Tesouro Nacional (LFT), emitidas com esse propósito; e (ii) indiretamente por meio do BNDES⁷⁴, BNDESPAR e do Fundo Soberano⁷⁵ (SOUSA, 2011, p. 14).

Após a operação de capitalização, a composição acionária da Petrobras adquiriu o seguinte perfil (SOUSA, 2011, p. 13):

	31/12/2009			31/10/2010		
Acionista	% ON	%PN	% Capital Social	% ON	%PN	% Capital Social
União	55,6%	0,0%	32,1%	53,6%	1,2%	31,1%
BNDESPAR	1,9%	15,5%	7,7%	2,3%	23,9	11,6%
BNDES	0,0%	-	0,0%	2,9%	-	1,7%
Fundo Soberano	0,0%	0,0%	0,0%	4,6%	2,9%	3,9%
Estrangeiros	30,4%	50,3%	38,8%	25,7%	39,4%	31,6%
Outros	12,1%	34,2%	21,4%	10,8%	32,6%	20,1%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%

⁷⁴ A Medida Provisória nº 505, de 24 de setembro de 2010 autorizou a União a conceder crédito ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no montante de até trinta bilhões de reais, com vistas à capitalização da Petrobras.

⁷⁵ A Medida Provisória nº 500/2010, transformada na Lei nº 12.380/2011, autorizou a União, por meio de ato do Poder Executivo, e as entidades da administração pública federal indireta a contratarem, reciprocamente ou com fundo privado do qual o Tesouro Nacional seja cotista único, a aquisição, alienação, permuta e cessão de ações, inclusive seus respectivos direitos econômicos, representativas do capital social de empresas nas quais participem minoritariamente ou aquelas excedentes ao necessário para manutenção do controle acionário em sociedades de economia mista federais. O Decreto nº 7.295/2010 em seu artigo 2º autorizou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social S.A. – BNDES e a Caixa Econômica Federal – CEF a alienarem ou permutarem até 217.395.982 ações ordinárias, emitidas pela Petrobrás, para o Fundo soberano (BUSTAMANTE, 2010).

A relação entre as operações de capitalização e de cessão onerosa foi sintetizada com extrema clareza por Gustavo Kaercher LOUREIRO (2012). Nas palavras do autor:

A relação entre as duas operações está em que o pagamento realizado pela Petrobras à União nesta segunda operação dar-se-ia, preferencialmente, com títulos da dívida pública mobiliária federal que recebeu como integralização de suas ações subscritas pela União, na primeira operação. Como resultado final, a União aumentou seus interesses na estatal que, por sua vez, recebeu áreas para explorar no pré-sal. Do ponto de vista financeiro, o Tesouro Nacional não realizou dispêndios, pois os títulos que emitiu para integralização das ações retornaram na forma de pagamento pela cessão dos direitos de exploração.

Em termos estritamente societários, a União poderia ter integralizado as novas ações da Petrobras com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro (art. 7º da Lei nº 6.404/76). Nesse sentido, as novas ações da Petrobras poderiam ter sido integralizadas diretamente com a transferência da propriedade de barris de petróleo “encravados”, cujo valor seria definido em avaliação realizada por empresas especializadas (art. 8º da Lei nº 6.404/76). Caso tivesse sido adotada essa sistemática, não teria sido necessário haver a emissão de LFT, autorizada nos termos da Lei nº 12.276/10.

O problema é que a avaliação necessária à delimitação do valor do petróleo “encravado” está sujeita a muitas incertezas decorrentes da própria natureza desses bens e da atividade necessária à sua materialização (conhecimento preliminar dos reservatórios e dos custos de produção). A chance de discrepância era muito elevada, de modo que foi preciso prever mecanismos de ajuste entre o preço inicialmente estimado por barril de petróleo e o valor efetivamente praticado, seja para mais, seja para menos. Se considerarmos uma diferença de US\$ 1 entre o valor estimado e o valor real do BOE, haveria prejuízos ou ganhos equivalentes a US\$ 5 bilhões. A adoção de mecanismos de revisão era, portanto, fundamental para a economicidade da operação de capitalização da Petrobras.

A dificuldade relacionada à revisão do valor do barril equivalente de petróleo é que a Lei nº 6.404/76 não permitiria a revisão do valor do capital social nessa hipótese de discrepância entre valor estimado e valor realizado por BOE (art. 12 da Lei nº 6.404/76). Essa dificuldade decorrente da Lei nº 6.404/76 foi manifestada pela Petrobras em comunicação dirigida aos seus acionistas minoritários (2010a):

A Cessão Onerosa terá seu valor definido a partir da negociação entre a Companhia e a União e, conforme prevê o PL, suportada por laudos técnicos elaborados por entidades certificadoras independentes, de renome internacional, a serem contratadas pela Petrobras e pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, esta representando a União. (...) Considerando as dificuldades técnicas momentâneas (relacionadas às incertezas decorrentes do conhecimento ainda preliminar dos reservatórios, dos ativos de produção adequados, do número de poços necessários, da logística a ser empregada, etc.) para a definição precisa do valor da Cessão Onerosa, o PL prevê que seja feita uma revisão deste, que deverá ser implementada em prazo que permita se alcançar maior conhecimento das variáveis envolvidas. Diante do apresentado no parágrafo anterior, os direitos de explorar e produzir petróleo e gás natural (“direitos de E&P”) não poderiam ser utilizados diretamente, por parte da União, para a Capitalização da Petrobras, uma vez que existe restrição legal (Lei das Sociedades Anônimas) quanto à revisão de valor de bens utilizados para aumento de capital. A solução proposta pelo Governo Federal resolve esta dificuldade, na medida em que a Cessão Onerosa permite a revisão dos valores acordados inicialmente para os direitos de E&P.

Paulo César Ribeiro LIMA (2010) critica a escolha da modalidade de contrato de cessão onerosa, em detrimento da celebração de contrato de partilha de produção. Para ele, o valor estabelecido por barril de petróleo seria muito baixo e as áreas selecionadas seriam as com maior potencial exploratório. Nas palavras do autor (2010, p. 36):

Com o Contrato de Cessão Onerosa, a nação está ficando sem áreas de grande potencial petrolífero. (...) Tudo indica que as áreas cedidas para a Petrobras devem conter grandes reservas petrolíferas e que o valor US\$ 8,51 por barril é muito baixo. Essas áreas, se licitadas no regime de partilha de produção, se exploradas mediante contratos de prestação de serviços ou mediante acordos de unitização, poderiam gerar receitas muito mais altas para o estado. Com a cessão onerosa, devem sobrar poucos recursos para o Fundo Social.

O posicionamento de Paulo César Ribeiro LIMA (2010) parece ser excessivamente pessimista, porque o contrato de cessão onerosa prevê procedimento de revisão para ajustar o valor inicial ao valor final do contrato⁷⁶. Igualmente, não há diferença com relação à atribuição de áreas mais ou menos produtivas para a Petrobras, porque o determinante é a produção até o limite de 5 bilhões de barris equivalente de petróleo. Ao contrário do que sugere o autor, o fato de os campos serem mais produtivos é elemento positivo, pois significa que o término do contrato de cessão não

⁷⁶ Cláusula 8.8 do contrato de cessão onerosa (MME&MF, 2010): Na data de conclusão da Revisão, caso o Valor Revisto do Contrato seja superior ao Valor Inicial do Contrato, a Cessionária poderá, mediante prévio acordo com a Cedente, utilizar quaisquer das modalidades de pagamento abaixo descritas, individual ou conjuntamente: (a) pagamento da diferença, calculada segundo disposto no parágrafo 8.9.3, à Cedente, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal, na forma e prazo acordados entre as Partes; ou (b) redução do Volume Máximo a ser produzido sob a égide deste Contrato, inclusive com a possibilidade de devolução de Blocos contidos na Área do Contrato.

necessitará observar o prazo máximo de 40 anos, permitindo que essas áreas sejam objeto de novo contrato de partilha de produção, em menor prazo. O próprio Paulo César Ribeiro LIMA (2010, p. 35), admite essa possibilidade: “(...) o período de produção pode ser muito menor que 40 anos (...) quando a Petrobras tiver produzido os 5 bilhões de barris previstos no Contrato de Cessão Onerosa, pode surgir um novo contrato para que ela possa continuar produzindo grandes volumes remanescentes”.

A afirmação de que o contrato de cessão onerosa é menos vantajoso para a União do que o contrato de partilha de produção ignora o fato de que ele não foi concebido em si mesmo. O contrato de cessão onerosa necessita ser entendido em sua conexão com a operação de capitalização da Petrobras, pois ele, em verdade, foi mecanismo utilizado para permitir que, indiretamente, houvesse a integralização das ações da Petrobras com barris de petróleo ainda encravados em terra, preservando-se a possibilidade de revisão do valor final do petróleo extraído. Ao contrário do posicionamento acima de Paulo César Ribeiro LIMA (2010), toda a operação prevista na Lei nº 12.276/10 visa exatamente a preservar os interesses da União no que concerne ao valor real do contrato de cessão, sem, no entanto, impedir a utilização de bens da União, as reservas petrolíferas, para integralizar o capital social da Petrobras.

Finalmente, o conjunto da operação permitiu que a Petrobras obtivesse os recursos necessários à realização dos investimentos planejados para a exploração de áreas localizadas na região do Pré-Sal. Com efeito, após a operação de capitalização, a alavancagem da Petrobras (dívida líquida/(dívida líquida + patrimônio líquido)) reduziu-se de 34,4% para 16%. O endividamento líquido da empresa diminuiu em quase R\$ 40 bilhões (de R\$ 94,2 bilhões para R\$ 57,1 bilhões) (SOUSA, 2011). O porte da operação realizada não encontra paralelo no mundo e demonstra a magnitude dos investimentos que serão necessários à exploração da região do Pré-Sal.

6. SOBERANIA E DESENVOLVIMENTO: A IMPORTÂNCIA DAS RENDAS PETROLÍFERAS

Caso confirmadas as expectativas associadas à exploração do Pré-Sal, a política nacional do petróleo passará por uma verdadeira revolução. Desde a criação da Petrobras, o maior objetivo da política nacional do petróleo é a busca pela autossuficiência no abastecimento de derivados, com a superação da dependência externa. Se, no início da década de 1950, o Brasil importava praticamente todo o petróleo consumido pelo mercado interno, atualmente o volume de óleo cru produzido pelo mercado interno é praticamente equivalente ao consumido (ANP, 2011).

Após a entrada das reservas do Pré-Sal na fase de produção comercial, o Brasil não apenas consolidará o ideal da autossuficiência, bem como, além disso, tornar-se-á um relevante exportador líquido de petróleo. A política nacional do petróleo atravessa um período de revolução, pois ela deverá regular um novo fenômeno decorrente das descobertas do Pré-Sal, qual seja: a administração das rendas petrolíferas oriundas das exportações de petróleo.

Esse novo perfil do Brasil no mercado internacional de petróleo tem impactos sobre a soberania nacional e o projeto de desenvolvimento brasileiro, aprofundando essas duas dimensões da política nacional do petróleo. Anteriormente à descoberta do Pré-Sal, a política soberana de exploração dos recursos petrolíferos era instrumental à política de desenvolvimento nacional, na exata medida em que diminuía a dependência brasileira de importações e impulsionava a criação de novas indústrias, como, entre outras, a de bens de capital e a petroquímica. Tal como analisado acima, a criação da Petrobras permitiu poupar divisas indispensáveis à continuidade do processo de industrialização brasileiro, estruturalmente sujeito a crises periódicas na sua capacidade de importar. Além disso, a Petrobras constituiu um dos centros mais dinâmicos e inovadores da economia nacional, impulsionando a iniciativa privada em setores de elevada complexidade técnico industrial.

Com a consolidação do papel do Brasil como exportador de petróleo, a política nacional para esse bem estratégico deve ser capaz de lidar com novos desafios. Essas futuras rendas petrolíferas podem ser tanto uma bênção, quanto uma maldição, pois

verifica-se que os países exportadores de recursos naturais, especialmente os de petróleo, estão sujeitos a fenômenos macroeconômicos e de natureza política com impactos potencialmente negativos sobre a indústria nacional, o nível de produtividade da economia, o controle da inflação, a sanidade das contas nacionais, a estabilidade dos governos e a lisura do seu ambiente político. Esses fenômenos têm sido denominados pela literatura especializada, conforme o foco privilegiado, sob diversos nomes: “maldição dos recursos” (AUTY, 1993), “doença holandesa” (BRESSER PEREIRA, 2008) e “Estados rentistas” (BERCOVICI, 2011, pp. 29-32).

6.1 A disputa pelas rendas petrolíferas: soberania permanente sobre os recursos naturais e subdesenvolvimento

Para os países que dependem de fornecimento externo para abastecimento de seu mercado nacional, o principal objetivo de uma política nacional do petróleo é a segurança energética, com a consolidação de fontes estáveis de abastecimento a preços relativamente baixos. Para os países importadores, o maior risco é o de ruptura do mercado internacional de petróleo, de modo que esses países tendem a conduzir uma política externa voltada à criação de um mercado internacional transparente, estável e previsível, promovendo iniciativas voltadas à institucionalização de organizações internacionais com competência para a regulação do mercado internacional de petróleo⁷⁷. Esses países defendem, ainda, a segurança jurídica e a estabilidade dos contratos celebrados entre os países produtores e as companhias estrangeiras, buscando resolver eventuais controvérsias em instâncias arbitrais “neutras”, com base nas regras do comércio internacional e na *lex petrolea*⁷⁸ (RIBEIRO, 2009, pp. 23-47).

⁷⁷ É exemplo dessa estratégia a criação da *Joint Organisations Database Initiative* (Jodi) pela Agência Internacional de Energia (*International Energy Agency*), que promove o intercâmbio de informações entre produtores e consumidores, de modo a aumentar a transparência do mercado internacional de petróleo. Cf. <http://www.jodidata.org/> (último acesso em 27/10/2012).

⁷⁸ “A ‘*lex petrolea*’ é, portanto, a especialização da *lex mercatoria*, termo já defendido, no Brasil, por autoras como Maristela Basso e Marilda Rosado, que se justifica pela importância capital do comércio da indústria petrolífera no mundo e nas suas criações técnicas próprias, em cada um dos alicerces da *lex mercatoria*. A *lex petrolea* representa um conjunto normativo voltado para a regulamentação das atividades relacionadas à exploração petrolífera enquanto atividade econômica exercida internacionalmente. Constitui-se de regras que possuem tanto de caráter de Direito Público, quanto de Direito Privado. A principal questão que norteou o surgimento e a consolidação da *lex petrolea*, especialmente no tocante à construção jurisprudencial, foram os casos de expropriação de concessões petrolíferas das empresas privadas por parte dos Estados hospedeiros e as disputas judiciais concernentes

Já para os países produtores de petróleo, principalmente para os países produtores que são subdesenvolvidos, a principal questão é como administrar as rendas petrolíferas com vistas à consecução de um projeto nacional de desenvolvimento. Para esses países, soberania e desenvolvimento imbricam-se no que tange à apropriação das rendas decorrentes da extração de petróleo.

O conceito de “renda” surgiu dos trabalhos dos economistas Adam SMITH e David RICARDO. De acordo com esses autores, a renda é a remuneração pela propriedade de recursos naturais, diferenciando-se do salário e do lucro, que seriam, respectivamente, a remuneração pelo trabalho e pelo capital associados a um esforço produtivo. Ao contrário do salário e do lucro, os ganhos rentistas não decorrem necessariamente do esforço produtivo. Coube a David RICARDO expor como diferentes níveis de produtividade entre propriedades agrícolas distintas geravam ganhos adicionais para os proprietários das terras mais férteis, uma vez que os seus custos de produção eram inferiores aos dos demais produtores e o valor cobrado por unidade do bem produzido era uniforme. Denominou-se, assim, de “renda ricardiana”, ou “renda diferencial”, a renda decorrente da diferença entre o preço de mercado de um bem, uniforme, e os diferentes custos de produção dos diversos proprietários. As “rendas ricardianas” têm origem nas diferentes estruturas de custos entre produtores de um mesmo bem. Nesse sentido, os detentores de recursos naturais com menores custos de produção serão capazes de extrair mais rendas pelo mesmo bem do que os demais proprietários (BERCOVICI, 2011, pp. 26-27).

A extração de “rendas diferenciais” é uma característica da indústria petrolífera, em razão da notável heterogeneidade das condições de produção entre os agentes desse mercado. As variações nos custos de produção entre os diversos atores são enormes nessa indústria, pois é possível extrair petróleo ao custo aproximado de US\$1 o barril em alguns campos localizados em terra, no Oriente Médio; ao passo que o custo de extração de petróleo *off-shore* e em águas ultraprofundas do Pré-Sal, por exemplo, provavelmente será superior a US\$20 o barril⁷⁹. Essa é uma característica muito

a este ato, bem como aqueles subsequentes ao mesmo (tais como renúncia contratual, alteração das cláusulas contratuais, além de eventos imprevisíveis, força maior e caso fortuito)” (RIBEIRO, 2009, pp. 222-223).

⁷⁹ “Barril de petróleo do pré-sal pode custar R\$ 38,50”: <http://noticias.r7.com/economia/noticias/barril-de-petroleo-do-pre-sal-pode-custar-r-24-50-20100504.html>

peculiar da indústria do petróleo que tem impactos significativos sobre a sua própria dinâmica operacional:

Tal como destacado anteriormente, na Indústria Mundial do Petróleo, os riscos são altos, mas o prêmio também é muito elevado. Em suma, são as possibilidades de geração de altas rendas diferenciais (lucros extraordinários) e as vantagens competitivas em todos os segmentos da indústria petrolífera que explicam o tipo de padrão de concorrência entre as firmas e as disputas geopolíticas mundiais pelo acesso e controle das regiões que dispõem das melhores reservas, desde o nascimento da indústria até o presente (PINTO JR., 2007, p. 57).

Por se tratar da extração de um recurso natural, essas rendas petrolíferas podem ser consideradas “dávivas” da natureza. Os ganhos decorrentes da extração de um recurso natural finito são temporários, mas seus efeitos têm impactos sobre as gerações seguintes, pois a utilização das rendas no presente privará as gerações futuras desses benefícios. Diante desse dilema entre extração no presente ou preservação para o futuro de recursos naturais não renováveis, Harold HOTELLING (1931) propôs originalmente que o ritmo de extração deveria levar em conta a disponibilidade do bem, o custo de produção e a curva de demanda pelo recurso natural.

O ritmo de extração de recurso natural finito seria variável decorrente da relação entre a taxa de crescimento dos preços desse bem e a taxa de juros. HOTELLING (1931) afirma que quanto menor for a disponibilidade de bem exaurível, maior será o seu preço, o que aumentaria os incentivos para a preservação dessas reservas e diminuiria o seu ritmo de exploração. A extração de recurso natural exaurível enseja, nesse sentido, “custo de oportunidade”⁸⁰ entre sua utilização presente ou futura:

The logic is as follows. At every point in time the owner of the oil – whether private oil company or state-owned – chooses how much to pump and how much to leave in the ground. Whatever is pumped can be sold at today’s price (this is the price-taker assumption) and the proceeds invested in bank deposits or US Treasury bills which earn the current interest rate. If the value of the oil in the ground is not expected to increase in the future, or not expected to increase at a sufficiently rapid rate, then the owner has an incentive to extract more of it today, so that he earns interest on the proceeds. As oil companies worldwide react in this way, they drive down the price of oil today, below its perceived long-run level. When the current price is below its perceived long-run level people will expect that the price must rise in the future. Only when the expectation of future appreciation is sufficient to offset the interest rate will the oil market be in equilibrium. That is, only then will oil companies be close to

⁸⁰ Entende-se “custo de oportunidade” como: “o grau de sacrifício que se faz ao optar pela produção de um bem, em termos da produção alternativa sacrificada” (LOSS&SANTOS, 2003, p. 45).

indifferent between pumping at a faster rate and a slower rate. To say that the oil prices are expected to increase at the interest rate does not mean that there won't be large price fluctuations above and below the trend. But the theory does imply that, averaging out short-term unexpected fluctuations, oil prices in the long term should rise at the interest rate. (FRANKEL, 2010, p. 6)

Em razão da existência de “custos de oportunidade”, a produção de petróleo gera uma renda caracterizada pela diferença entre o preço de mercado desse bem e o seu custo marginal de produção, conhecida como “renda de Hotelling”. De acordo com BERCOVICI (2011, pp. 27-28):

Já no caso da chamada “renda de Hotelling”, o equilíbrio surge na diferença entre o preço de mercado de um recurso não-renovável e o custo marginal da extração. A renda é multiplicada pela quantidade de minérios extraída conforme o estoque é exaurido, estando vinculado à exaustibilidade do recurso. A “renda de Hotelling” reflete a arbitragem entre manter o recurso não-renovável não explorado e manter ativos lucrativos. Na “renda de Hotelling”, a renda dos recursos naturais exauríveis é finita, portanto as gerações futuras não irão usufruir de seus benefícios.

De modo a evitar a apropriação privada de recursos de gerações futuras, as “rendas de Hotelling” devem necessariamente ser capturadas pelo Estado, sob pena da exploração dos recursos naturais se tornarem um prejuízo, e não um benefício, para a sociedade (LOSS&SANTOS, 2003, p. 45). Apesar de esse forte argumento a favor da apropriação pelo Estado das rendas petrolíferas, esse objetivo não foi facilmente concretizado pelos principais produtores mundiais. A indústria do petróleo pode ser considerada uma das que mais engendrou conflitos entre empresas multinacionais e países receptores de investimentos externos, bem como entre os países consumidores e produtores de petróleo, sendo que o principal ponto de atrito diz respeito à apropriação das rendas decorrentes da extração petrolífera.

Historicamente, a disputa pela apropriação das rendas petrolíferas se desenrolou no âmbito dos contratos de concessão celebrados entre os países detentores das reservas e as companhias privadas das principais economias ocidentais, tais como a americana *Standard Oil* e a anglo-holandesa *Shell*. A história dos contratos de concessão no setor petrolífero pode ser resumida pela progressiva afirmação da soberania dos países detentores das reservas em relação às empresas dos países produtores. Entre diversos meios utilizados para aumentar o controle nacional sobre essas rendas, é possível mencionar a estipulação jurídica de que os recursos naturais constituem bens públicos; a expropriação das companhias estrangeiras com a nacionalização dessas atividades; a

criação de empresas públicas com monopólio sobre a produção e a comercialização; bem como a criação de um cartel internacional entre os principais países produtores – a OPEC (YERGIN, 1990).

Em um contexto internacional caracterizado pelo processo de descolonização e a criação do Direito Internacional do Desenvolvimento (FERREIRA, 2011a, p. 126) esses conflitos suscitaram a formulação de novas regras de Direito Internacional que reconhecessem a soberania nacional sobre a exploração dos recursos naturais. Desde a década de 1950, articulou-se no plano internacional a ideia de *soberania permanente sobre os recursos naturais* como forma de garantia da soberania econômica dos países produtores sobre seus recursos naturais. Em detrimento da inviolabilidade dos contratos de concessão e da proteção dos direitos das empresas privadas, privilegiou-se a soberania dos países produtores na administração desses recursos indispensáveis à promoção do desenvolvimento nacional⁸¹.

Nesse sentido, sustenta Gilberto BERCOVICI (2011, p. 43):

A ideia de soberania permanente sobre os recursos naturais vem sendo utilizada na arena internacional desde a década de 1950, especialmente pelos países subdesenvolvidos, como uma garantia legal para evitar a violação de sua soberania econômica em virtude de direitos contratuais ou do direito de propriedade reclamado por outros Estados ou companhias estrangeiras. A vinculação do tema às questões controversas da expropriação da propriedade estrangeira e eventual compensação e do tratamento do investimento estrangeiro fizeram com que o debate estivesse no centro das disputas entre países centrais e países periféricos, além de ser um instrumento utilizado em várias crises internacionais, desde a pioneira nacionalização das empresas petrolíferas no

⁸¹ É indisputável que as empresas privadas do setor petrolífero buscam proteger seus direitos de exploração em condições, por vezes, abusivas. A celebração de contratos de concessão com cláusulas que impedem qualquer tipo de regulação do Estado hospedeiro sobre as atividades exploratórias é um exemplo desse *modus operandi*, cujo princípio é o de extração, no menor tempo possível, dos maiores lucros apropriáveis. Apesar da garantia da soberania dos Estados produtores, a prática das grandes companhias continua, sempre que possível, a mesma, como se verifica no contrato de concessão celebrado entre a antiga Exxon (atual ExxonMobil) e o governo do Chade, em 1988: “Exxon’s negotiators addressed this conundrum not just by negotiating for favorable royalties; they also inserted into the 1988 contract what was known in the oil industry as a stability clause. Article 34, entitled ‘Applicable Law and Stability of Conditions’, placed the terms of the convention beyond the reach of any Chadian law that might be enacted by any government of the future. The clause protected Exxon against political risk. That Exxon had the power to carve out rights trumping any future law passed by any future Chadian regime was perhaps not surprising in this instance; Exxon’s 1988 net profits of \$5.3 billion exceeded by several times the size of Chad’s entire economy. Article 34.3 declared: During the term of this Convention the State guarantees that no governmental act will be taken in the future, without prior agreement between the Parties, against the Consortium which has the effect either directly or indirectly of increasing the obligations or amounts payable by the Consortium or which adversely affects the rights and economic benefits of the Consortium provided by this Convention” (COLL, 2012).

México, em 1938, passando pela nacionalização do petróleo no Irã (1951-1953), do Canal de Suez, pelo Egito (1956), da indústria do cobre no Chile (1972), entre inúmeras outras.

As mais importantes discussões acerca do controle sobre os recursos naturais foram travadas na Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente no âmbito da Assembleia Geral da ONU. Dentre as principais Resoluções sobre o tema, é importante mencionar a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962 (*Resolução sobre a Soberania Permanente dos Estados Sobre os Recursos Naturais*)⁸².

Em 25 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral aprovou a Resolução nº 2.158, que ressaltou a importância do controle sobre recursos naturais para o desenvolvimento nacional. A noção de soberania permanente sobre os recursos naturais foi um dos principais conceitos associados à proposta de instituição de uma Nova Ordem Econômica Internacional (*New International Economic Order* – NIEO), promovida no âmbito da *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), conforme expresso na *Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*, de dezembro de 1974; nas Resoluções nº 3.201 (S-VI), nº 3.202 (S-VI) e nº 3.281 (XXIX), da Assembleia Geral da ONU (FERREIRA, 2011a, pp. 125-135).

Apesar de essas declarações reconhecerem a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais e a sua importância para a promoção do desenvolvimento, verifica-se que países ricos em recursos naturais teriam níveis inferiores de produtividade e de bem-estar em comparação com países relativamente pobres em termos desses bens. O

⁸² A resolução declara que: 1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do desenvolvimento nacional e bem-estar do povo do respectivo Estado; 2. A exploração, o desenvolvimento e a disposição de tais recursos, assim como a importação de capital estrangeiro para efetivá-los, deverão estar em conformidade com as regras e condições que estes povos e nações livremente considerem necessários ou desejáveis para autorizar, limitar ou proibir tais atividades; 3. Nos casos em que se outorgue a autorização, o capital introduzido e seus incrementos serão regidos por ela, pela lei nacional vigente e pelo direito internacional. As utilidades obtidas deverão ser compartilhadas, na proporção que convenha livremente em cada caso, entre os investidores e o Estado que recebe o investimento, cuidando para não restringir por nenhum motivo a soberania de tal Estado sobre suas riquezas e recursos naturais; 4. A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos será pago ao dono a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas em exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional (...)

relativo êxito na luta pelo reconhecimento de que os países subdesenvolvidos deveriam ter controle sobre a exploração de seus recursos naturais não se traduziu necessariamente no objetivo maior que animou esses debates: a transformação dessas sociedades e a melhoria das condições de vida dessas populações – em uma palavra: desenvolvimento.

6.2 A teoria da “maldição dos recursos”, a “doença holandesa” e os “Estados rentistas”

Ao contrário do que sugeriria o senso comum, a existência de um maior estoque de recursos naturais não promoveu necessariamente taxas mais elevadas de crescimento e de bem estar social. Cite-se o exemplo recente de países como Coreia do Sul e Cingapura, que, apesar de não disporem de recursos naturais significativos, ainda assim foram capazes de superar o subdesenvolvimento:

If we take into account not the possession but the exploitation of natural resources, the countries that exploited more their natural resources commercially were those that developed less. Since World War II Asian non oil-exporting countries grew more than Latin American non oil-exporting countries, and these latter grew more than all the oil-exporting developing countries. Mineral rich African countries practically did not grow (BRESSER PEREIRA, 2008, p. 56).

Ao analisar economias altamente dependentes da exportação de produtos minerais, Richard AUTY (1993) elaborou a tese da “maldição dos recursos” (*Resource Curse Thesis*) para designar um fenômeno aparentemente paradoxal: a pobreza em meio à abundância de recursos naturais que assola inúmeros países do mundo subdesenvolvido. O centro da teoria da “maldição dos recursos”, conforme elaborada por AUTY (1993), reside na “simbiose negativa” (*negative symbiosis*) entre setores minerais da economia, competitivos internacionalmente, e os demais setores produtivos, relativamente ineficientes.

Pelo fato de a cotação internacional dos recursos naturais sofrerem variações abruptas e significativas, as economias dos países exportadores de recursos naturais seriam profundamente instáveis no longo prazo e estariam sujeitas a crises macroeconômicas periódicas. Nos momentos de preços em alta, haveria valorização da moeda nacional, desincentivando investimentos em outros setores da economia pela perda de competitividade internacional. Nos momentos de queda de preços, ao contrário,

essas economias atravessariam processo de desvalorização cambial e de crise de balanço de pagamentos. Haveria uma simbiose negativa entre setores extrativo e não extrativos da economia, pois esse setor prejudicaria a competitividade destes, o que, por sua vez, favoreceria postura predatória em relação ao próprio setor mineral, o único núcleo dinâmico dessas economias.

As abruptas variações das rendas do setor de mineração impactariam negativamente a economia via oscilações cambiais, desestimulando atividades industriais e, ainda, favorecendo o consumo predatório das riquezas naturais, em detrimento das futuras gerações e da proteção do meio ambiente. Segundo AUTY (1993, p. 243):

The structuralists are therefore correct to argue that mineral-driven exchange rate shifts do not elicit a smooth adjustment from the non-mining tradeables sectors. Instead, exchange rate appreciation during mineral booms tends to weaken the non-mining tradeables through Dutch disease effects while the required compensating expansion of the non-mining tradeables sector during mineral downswings tends to be hesitant at best. In fact, this negative symbiosis between the volatile shifts of the mineral sector and the rest of the tradeables sector is the key impediment to sustainable development in hard mineral economies. A significant finding of this study is that the damage inflicted on the non-mining tradeables sector may drain resources from the mining sector, thereby corroding the efficiency of what all too frequently becomes the sole internationally competitive sector. Under such circumstances, the two principal concerns of sustainable development, substitution for the depleting mineral asset and minimizing environmental degradation, are subverted to medium term economic crisis management. It is the cumulative corrosion of the negative feedback loop which makes the containment of Dutch disease a prerequisite for the sustainable development of mineral economies.

De acordo com o trecho acima, constata-se que a tese da “maldição dos recursos” tem íntima relação com um conjunto de fenômenos macroeconômicos que se convencionou denominar de “doença holandesa”. Originalmente, o conceito de “doença holandesa” foi cunhado para explicar o processo de valorização cambial ocorrido na Holanda, na sequência da descoberta de grandes jazidas de gás natural no Mar do Norte, na década de sessenta. Esse processo de valorização resultou em perda de competitividade da indústria, aumento das importações e redução das exportações, prejudicando o desempenho da economia holandesa (LOSS&SANTOS, 2003, pp. 49-51).

O principal modelo explicativo do fenômeno da “doença holandesa” foi formulado em artigo conjunto de CORDEN&NAERY (1982). Esses autores explicaram os efeitos da abundância de recursos naturais sobre uma economia pequena e aberta, composta por três setores: (i) setor de exploração de recursos naturais, em expansão; (ii) setor industrial; e (iii) setor de serviços. Os dois primeiros setores seriam compostos por produtos que poderiam ser comercializados no mercado internacional (*tradeables*), tendo seu preço definido do exterior. Diferentemente, o setor de serviços seria composto por produtos não comercializáveis (*non-tradeables*), cujo preço seria determinado pelo mercado interno, não sofrendo influências do comércio exterior.

Tendo em vista o modelo acima, uma expansão súbita do setor de recursos naturais acarretaria dois efeitos sobre a economia: (i) *resource movement effect*; e (ii) *spending effect*. O primeiro efeito consistiria na canalização dos recursos disponíveis para o setor mais dinâmico, podendo haver a transferência de recursos aplicados no setor industrial (mão de obra, capitais e equipamentos) para o setor de exploração de recursos naturais, uma vez que este remuneraria melhor os fatores nele aplicados. O segundo efeito decorreria da expansão da demanda em todos os setores da economia, em função do aumento da renda originada no setor de exploração de recursos naturais. Considerando que os preços do setor de serviços não são definidos pelo mercado internacional, esse aumento da demanda promoveria um aumento dos preços nesse setor, sem um correlato aumento dos preços dos produtos industriais, que são determinados pelo mercado internacional. Desse modo, haveria um movimento de fuga de capitais do setor industrial para o setor de serviços, o aumento generalizado dos custos de mão de obra e dos custos de remuneração dos fatores de produção. A expansão abrupta do setor de exploração de recursos naturais acarretaria, portanto, valorização cambial, perda de competitividade do setor industrial e aumento das pressões inflacionárias.

A “doença holandesa”, portanto, constitui uma falha de mercado originada pela existência de recursos naturais abundantes que gera sobrevalorização da moeda nacional por período indeterminado de tempo, reduzindo, assim, a rentabilidade da produção de bens comercializáveis com o emprego das tecnologias mais avançadas, especialmente no setor industrial. A doença holandesa é considerada, ainda, um obstáculo ao crescimento pelo lado da demanda, pois ela reduz as oportunidades de investimento da economia (BRESSER PEREIRA, 2008, p. 50).

Entende-se, ainda, que a teoria da “maldição dos recursos” tem no fenômeno da “doença holandesa” um dos seus principais argumentos causais, sendo, porém, mais ampla do que esta. Em outras palavras, a teoria da “maldição dos recursos” é mais ampla do que a noção de “doença holandesa”, na medida em que essa condição não é uma decorrência apenas da “doença holandesa”, havendo outros fatores causais, principalmente de natureza política, que serão analisados abaixo.

Sob o ponto de vista da teoria estruturalista da CEPAL, a questão do subdesenvolvimento em meio à abundância de recursos naturais não é um problema novo⁸³ (FURTADO, 2008). Ainda que não tenha empregado a mesma terminologia, a teoria da “maldição dos recursos” e o fenômeno da “doença holandesa” podem ser considerados pontos de vista que não contradizem, mas, pelo contrário, reforçam o arcabouço intelectual de teóricos como Celso FURTADO e Raúl PREBISCH.

Como visto acima, a CEPAL propugnou pela defesa de projeto ativo de industrialização que tinha como objetivo transformar estruturas sociais arcaicas, promovendo a melhoria geral das condições de vida da população. Um dos núcleos do pensamento cepalino é o de que a especialização produtiva em setores primários constituía um obstáculo ao desenvolvimento, na medida em que haveria uma *tendência à deterioração dos termos de troca*, que acarretaria desvantagens dinâmicas associadas à exportação de produtos primários.

Ainda que a existência, ou não, do fenômeno de *deterioração dos termos de troca* seja objeto de enormes polêmicas na literatura especializada⁸⁴, não há dúvidas,

⁸³ “Desde 1957, portanto, Celso Furtado esboçara os principais paradigmas das economias baseadas em recursos naturais e, especialmente, dos hidrocarbonetos: desenvolvimento sem crescimento, em que o Estado alocativo substitui o Estado produtivo, em que os investimentos de prestígio se impõem aos investimentos produtivos e em que a atrofia do sistema fiscal tradicional, a disparada dos gastos públicos, a corrupção e a especulação, o *squeeze* do setor produtivo e a sobrevalorização da taxa de câmbio – ou *dutch disease*, a doença holandesa – têm como consequência a desindustrialização e a involução da agricultura. Ficava em destaque o elo entre a captação das rendas centralizadas pelo Estado e os regimes autoritários, de par com a dependência notadamente tecnológica e a vulnerabilidade externa crescente, assim como a grande dificuldade para promover reformas em face dos interesses adquiridos nesse tipo de economia” (AHMED, 2008, p. 161).

⁸⁴ Acerca das dificuldades associadas à mensuração da tendência de perda do valor real dos produtos primários vis-à-vis produtos industrializados, FRANKEL (2010, p. 8) afirma: “*What is the overall statistical trend in the long run? Some authors find a slight upward trend, some a slight downward trend. The answer seems to depend, more than anything else, on the date of the end of the sample. Studies written after the commodity price increases of the 1970s found an upward trend, but those written after the 1980s found a downward trend, even when both kinds of studies went back to the early 20th century. No doubt, when studies using data through 2008 are completed some will again find a positive long run*

mesmo no *mainstream* econômico, de que a especialização em produtos primários acarreta problemas, porquanto esses produtos estão sujeitos a enormes e abruptas variações de preços, com consequências negativas para a estabilidade cambial, a competitividade da indústria e a sanidade das contas nacionais (FRANKEL, 2010, pp. 4-11). Considerando que um dos fundamentos da teoria da tendência à deterioração dos termos de troca, tal como elaborada por PREBISCH (1998), é exatamente o de que os ciclos de altas e baixas dos mercados internacionais de produtos primários acarretam consequências negativas para os países exportadores, não importa se efetivamente houve ou não uma tendência a perda de valor real dos produtos primários em relação aos produtos industrializados.

O fato é que, aceitando ou não a validade da *tendência à deterioração dos termos de troca*, as recentes interpretações proporcionadas pela teoria da “maldição dos recursos” e da “doença holandesa” afastam o mito ricardiano das vantagens comparativas e ressaltam o papel do Estado na promoção do desenvolvimento em economias ricas em recursos naturais. Esses dois pontos são elementos constitutivos da teoria cepalina e são reforçados por essas novas interpretações das razões pelas quais países ricos em recursos naturais não necessariamente atingiram níveis mais elevados de bem estar e de produtividade. Discretamente, postulados básicos do arcabouço cepalino retomam ampla legitimidade acadêmica, sob nova roupagem mais condizente com o *mainstream* da teoria econômica.

Apesar de a “doença holandesa” ser uma falha de mercado que prejudica a dinâmica dos países exportadores de recursos naturais, não é apropriado defender que essas sociedades estão inexoravelmente presas à condição do subdesenvolvimento. Pelo contrário, é necessário compreender o fenômeno da “doença holandesa” no contexto mais amplo das relações institucionais desses países, bem como da relação entre Estado e sociedade na apropriação e distribuição desses recursos. Trata-se de um problema de economia política relacionado à apropriação das rendas petrolíferas e aos mecanismos de distribuição desses recursos, com efeitos potencialmente positivos ou negativos para o desenvolvimento dessas sociedades. Em função da dinâmica das forças sociais em cada país, é possível que um Estado adote políticas públicas voltadas à mitigação dos

trend. This phenomenon is less surprising than it sounds. When a real price undergoes large ten-year cycles around a trend, estimates of the trend are very sensitive to the precise time period studied”.

efeitos negativos decorrentes da “doença holandesa”, promovendo uma estratégia de desenvolvimento capaz de romper a “maldição dos recursos”; ou, pelo contrário, esse Estado pode se transformar em um “Estado rentista”, reforçando os efeitos negativos associados a esse fenômeno econômico (SACHS&WARNER, 2001).

Uma das explicações associadas à “maldição dos recursos” atribui ao Estado um papel central na perpetuação do subdesenvolvimento. Os “Estados rentistas” seriam Estados que regularmente recebem quantias decorrentes de rendas externas, que consubstanciariam a principal fonte de recursos dessas economias. Pelo fato de essas rendas externas serem o principal elemento dinâmico dessas economias, esses países não necessitariam de um setor produtivo doméstico diversificado e forte, o que ensejaria a formação de sociedades pouco empreendedoras. O “Estado rentista” estaria acompanhado de uma população rentista, pois apenas minoria da mão de obra desempenharia atividades geradoras de riqueza, geralmente associadas ao setor de exportação, ao passo que a maioria consumiria as riquezas advindas das rendas externas. O Estado seria a instituição central nesse modelo, pois seria o elo de ligação entre a apropriação das rendas externas e sua posterior distribuição para o resto da sociedade.

Os “Estados rentistas” se contraporiam aos “Estados produtivos”, na medida em que esses não teriam que se preocupar com questões relacionadas ao aumento da produtividade da economia. Diferentemente, os “Estados produtivos” teriam como objetivo dinamizar a capacidade produtiva interna, uma vez que o crescimento de suas economias aumenta sua base de tributação, indispensável para o desempenho de suas funções públicas. Por não serem tão dependentes da arrecadação de tributos para a realização das suas atividades, os “Estados rentistas” não teriam tanta premência no desenvolvimento da economia nacional, o que reforçaria a dependência dessas economias em relação ao setor produtor de rendas.

Em função dessas características, há autores que defendem que os “Estados rentistas” estariam mais sujeitos ao autoritarismo e à corrupção do que os demais países, pois o controle do Estado significaria acesso direto à principal fonte de riqueza desse país. Igualmente, seria possível adquirir a aceitação desses regimes autoritários por meio da distribuição das rendas à população, em conformidade com critérios de conveniência política. Em sociedades altamente dependentes das rendas externas

canalizadas através do Estado, seria possível cooptar e manter sob controle grande parte da população por meio da transferência de recursos financeiros. O principal exemplo mencionado para sustentar essa hipótese seria a situação de alguns países do Oriente Médio que conjugam economias altamente dependentes da exportação de petróleo com regimes políticos autoritários. Apesar da força dessa argumentação, não é correto afirmar que economias altamente dependentes da exportação de recursos naturais estariam fadadas ao autoritarismo político. As rendas provenientes da exportação de recursos naturais podem tanto promover regimes autoritários, quanto regimes democráticos, não havendo uma única relação causal possível (BERCOVICI, 2011, pp. 29-32).

Se o conceito de “Estado rentista” desvela os riscos associados à dependência das rendas externas advindas da exploração de recursos naturais, não é possível mitigar os efeitos negativos associados à “doença holandesa” sem uma ativa atuação estatal. Os principais objetivos que devem ser buscados pelo Estado para evitar a perpetuação da “maldição dos recursos” são: (i) controle da taxa de câmbio em um nível que não cause a desindustrialização ou impeça a expansão industrial; (ii) uso das rendas externas de forma consciente e contracíclica (FRANKEL, 2010); e (iii) integração do setor exportador de recursos naturais em uma cadeia produtiva complexa, evitando excessiva especialização da economia em atividades relacionadas ao setor primário.

Em primeiro lugar, a política cambial deve ter como objetivo controlar a valorização monetária decorrente da entrada massiva de divisas, pois esse movimento prejudica a competitividade da indústria nacional, causa aumentos artificiais de salários e gera desemprego. A administração da taxa de câmbio pode ser feita por meio da estipulação de câmbio fixo ou por meio da adoção de regime cambial flutuante com bandas máximas e mínimas, dentro das quais o valor da moeda é livre para flutuar⁸⁵. BRESSER PEREIRA (2008) defende que a política cambial dos países sujeitos à “doença holandesa” deve buscar a equalização da moeda nacional com a “taxa de câmbio industrial”, em detrimento da “taxa de câmbio de mercado”, que estaria artificialmente valorizada. A “taxa de câmbio industrial” seria aquela que não

⁸⁵ Atualmente o Brasil adota um regime cambial flutuante de “bandas sujas”. O regime tem esse nome, pois o Banco Central não estipula formalmente bandas máximas e mínimas para a cotação da moeda nacional em relação às demais, mas sua atuação no mercado de câmbio visa a conter oscilações excessivas, em conformidade com bandas não explícitas.

acarretaria prejuízos à competitividade da indústria nacional no mercado internacional, evitando, assim, o fechamento de indústrias e fomentando a expansão dos investimentos produtivos.

Na hipótese de adoção de regime cambial flutuante com bandas, o Estado pode controlar a valorização cambial por meio de uma combinação de medidas: manutenção de taxas de juros relativamente baixas, controle de reservas cambiais, criação de restrições à livre movimentação de capitais especulativos e imposição de taxações sobre a exportação dos produtos minerais e sobre as rendas correlacionadas.

Nesse sentido, explica BRESSER PEREIRA (2008, p. 57):

The neutralization of the Dutch disease always involves managing the exchange rate — something that is not incompatible with a floating exchange rate. In terms of exchange regime, the reasonably consensual option nowadays is that of a floating but managed exchange rate (...). To manage it in order to prevent its appreciation, whether by keeping a domestically low level of interest rate, or by acquiring international reserves, or by levying taxes on the goods that cause the Dutch disease, or, during temporary periods, by imposing controls to capital inflows. The first two measures are adopted by virtually all countries, even though they do not admit that they are managing their exchange rate. The third one is only necessary for countries that face the Dutch disease. The fourth one is a measure to be adopted only in situations of excessive pressure for appreciation of the local currency. Conventional economics naturally rejects the idea of managing the exchange rate. The countries that have international reserve currency are those that are less able to manage their exchange rate because this would reduce the confidence of financial agents. Probably for that reason conventional economics attaches much less significance to the exchange rate than it actually has, and denies the possibility of managing the exchange rate in the medium term despite all historical evidence.

Em segundo lugar, um país sujeito ao fenômeno da “doença holandesa” deve utilizar as receitas advindas dos recursos naturais de maneira consciente, poupando nos momentos de alta dos preços internacionais e empregando os recursos poupados nos momentos de baixa. Considerando que os preços internacionais das *commodities* estão sujeitos a abruptas e intensas mudanças, é necessário evitar que os gastos estatais acompanhem essas oscilações, pois os efeitos desse comportamento para a economia e a sociedade são muito desestabilizadores. Não é recomendável que, nos períodos de bonança, sejam realizados investimentos suntuosos e disseminado o consumo conspícuo pelo Estado, com aumento geral da demanda, normalmente suprida via importações; e, que, nos momentos de queda dos preços, haja súbita contração da demanda agregada e dos investimentos pela redução dos gastos públicos e das rendas das famílias, com

potencial crise na balança de pagamentos e diminuição do crescimento⁸⁶ (LÜCKE, 2010, p. 2).

Para concretização desse objetivo, diversos mecanismos podem ser utilizados, como: regras orçamentárias que associam os déficits públicos ao preço das principais *commodities* exportadas, obrigando que sejam cumpridas metas de superávit nos momentos de alta dos preços e autorizando déficits em momentos de baixa ou de recessão (caso do Chile)⁸⁷; fundo soberano ou fundo de *commodities* para canalização dos recursos obtidos, com a previsão de regras transparentes para emprego das receitas (caso da Noruega e de Cabo Verde); e aumento das reservas internacionais do banco central (FRANKEL, 2010, pp. 29-32). Os fundos de gestão das receitas das *commodities* serão analisados com maior profundidade abaixo, com ênfase no Fundo Social que centralizará as receitas advindas da exploração do Pré-Sal, criado pela Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

Em terceiro lugar, os países que são grandes exportadores de recursos naturais devem ser capazes de promover a diversificação de suas economias. A especialização em um setor produtor primário é prejudicial à produtividade nacional, pois abrange

⁸⁶ “Government revenue from natural resources consists mostly of a share of the resource rent, i.e. the ‘unearned’ income from the exploitation of a natural resource. In practical terms, the resource rent is defined as the difference between the market price of the resource, which is determined by its scarcity relative to demand, and the cost of extraction. As a source of government revenue, natural resource rents differ in two respects from other sources such as taxes. First, resource rents tend to be very volatile, fluctuating with the world market price for the commodity. Second, for exhaustible natural resources such as mineral raw materials, the annual income stream will end when the stock of the resource is depleted (as any exhaustible resource, by definition, eventually will be). Thus the prudent use of natural resource rents poses two special challenges. First, since government revenue fluctuates with the world market commodity price, medium-term expenditure plans should be based on cautious assumptions about the future price and related revenue. In essence, when the price is high, governments should spend less than current revenues and accumulate savings, which may be drawn down to keep expenditures stable when the price is low. Second, to maximize the welfare from government expenditures in the long run, some proportion of natural resource revenues should be saved. In practice, this means building up a stock of capital (be it physical capital, human capital, or foreign financial assets) that will generate income and pay for government expenditures after the natural resource is exhausted” (LÜCKE, 2010, p. 2).

⁸⁷ “Under the Chilean rules, the government can run a deficit larger than the target to the extent that: (1) output falls short of potential, in a recession, or (2) the price of copper is below its medium-term (10-year) equilibrium, with the key institutional innovation that there are two panels of experts whose job it is each mid-year to make the judgments, respectively, what is the output gap and what is the medium term equilibrium price of copper (also the same for molybdenum). Thus in the copper boom of 2003-2008 when, as usual, the political pressure was to declare the increase in the price of copper permanent thereby justifying spending on a par with export earnings, the expert panel ruled that most of the price increase was temporary so that most of the earnings had to be saved. This turned out to be right, as the 2008 spike was indeed temporary. As a result, the fiscal surplus reached almost 9 % when copper prices were high. The country paid down its debt to a mere 4 % of GDP and it saved about 12 % of GDP in the sovereign wealth fund. This allowed a substantial fiscal easing in the recession of 2008-09, when the stimulus was most sorely needed” (FRANKEL, 2010, p. 30).

atividades que geram poucos empregos e não demandam um elevado empreendedorismo, reduzindo o dinamismo social sem o qual não é possível haver desenvolvimento. No limite, as atividades exportadoras de produtos minerais podem constituir verdadeiras economias de “enclave”, vinculadas diretamente ao exterior, sem maiores ligações com o resto da economia. Nessa hipótese, as atividades exportadoras não apenas não favorecem o desenvolvimento nacional, como, pelo contrário, podem constituir verdadeiros obstáculos à consecução desse objetivo (BERCOVICI, 2011, pp. 40-41).

Na literatura especializada, utiliza-se a expressão “regra de Hartwick” para explicitar a necessidade de que as rendas decorrentes da exportação de produtos primários sejam investidas em capital humano e físico, com vistas à sustentabilidade do crescimento econômico e do consumo *per capita*. Ao analisar a “renda de Hotelling” e as relações intergeracionais relacionadas à exploração de recursos naturais, HARTWICK (1977) demonstrou que essas rendas devem ser utilizadas para reprodução do capital físico e humano, pois, desse modo, não haveria prejuízo para as gerações futuras, privadas, mas não prejudicadas pela exploração desses recursos naturais pelas gerações presentes. De acordo com o autor:

Invest all profits or rents from exhaustible resources in reproducible capital such as machines. This injunction seems to solve the ethical problem of the current generation short changing future generations by "over consuming" the current product, partly ascribable to current use of exhaustible resources.' Under such a program, the current generation converts exhaustible resources into machines and "lives off" current flows from machines and labor. Under such a program one might assume that in some sense the total stock of productive capital was never depleted since ultimately the exhaustible resource stock will be transmuted into a stock of machines and, given that machines are assumed not to depreciate, no stock either of machines or of exhaustible resources is ever consumed. If in this sense the stock of productive capital is not being depleted, what can one say about the time path of current output and current consumption per head? For the case of per capita consumption remaining constant over time, one could say that no generation was better off than another (HARTWICK, 1977, p. 972).

Da constatação dos riscos associados à teoria da “maldição dos recursos”, ao fenômeno da “doença holandesa” e à adoção de uma postura rentista por parte do Estado, não decorre necessariamente que os países exportadores de recursos naturais estejam fadados ao subdesenvolvimento. Pelo contrário, o diagnóstico desses riscos deve ser o fundamento a partir do qual deverão ser elaboradas políticas públicas capazes

de garantir que essas rendas serão empregadas para a promoção do desenvolvimento. Essa não é uma tarefa fácil, pois envolve a consecução de diferentes objetivos, como: a promoção da capacidade produtiva nacional, a utilização das rendas de maneira contracíclica, a formação de capital humano e físico. Sociedade e Estado estarão sempre sujeitos à tentação do consumo imediato, e os riscos de uma postura rentista não são baixos.

As rendas decorrentes de recursos naturais exauríveis devem ser empregadas sob uma perspectiva sustentável e de longo prazo, de forma consciente sobre o interesse que as gerações futuras têm na preservação das reservas disponíveis e na proteção do meio ambiente. As rendas petrolíferas podem, portanto, ser favoráveis ou prejudiciais ao desenvolvimento, na medida em que o Estado seja capaz de controlar as “rendas ricardianas” e as “rendas de Hotelling”, empregando-as de maneira planejada, com vistas à consecução do projeto nacional de desenvolvimento. O controle estatal das rendas petrolíferas é uma condição necessária, mas não suficiente para que as sociedades não se tornem reféns da “maldição dos recursos”. Necessária, porque apenas o Estado é capaz de utilizar as rendas petrolíferas de maneira a debelar a “doença holandesa”, porém não suficiente, na medida em que há o risco de que esse agente impulsionador se torne um “Estado rentista”.

O grande diferencial entre o sucesso ou o insucesso no uso dessas rendas será a maneira de acordo com a qual esses recursos serão geridos pelo Estado. Nesse aspecto, o Direito tem um papel fundamental de controle, definição de objetivos, atribuição de meios e garantia de transparência no emprego das rendas petrolíferas. Portanto, a análise das regras e políticas públicas voltadas ao tratamento das rendas petrolíferas é de extrema importância, pois essas regras impactam diretamente o projeto nacional de desenvolvimento, conforme estabelecido pela Constituição Federal.

Na sequência, analisaremos os principais aspectos do Fundo Social estabelecido pela Lei nº 12.351/10.

6.3 O Fundo Social para administração das receitas do Pré-Sal

Em seu Capítulo VII, a Lei nº 12.351/10 institui e disciplina Fundo Social para gerir as receitas da União advindas da produção de petróleo e gás nas áreas localizadas na região do Pré-Sal.

A criação do Fundo Social pela Lei nº 12.351/10 supriu falha do modelo da Lei nº 9.478/97, pois, anteriormente, não havia regras que disciplinassem o uso das receitas decorrentes da produção petrolífera nacional. Sobre o regramento das receitas petrolíferas antes da edição da Lei nº 12.351/10, Giovani R. LOSS e Edmilson Moutinho dos SANTOS (2003, p. 56) explicam:

O ponto a ser destacado a esse respeito é que as previsões legais acerca da aplicação das participações governamentais não contêm dispositivos específicos, quanto à forma como devem ser aplicadas essas rendas. De fato, apenas algumas restrições pendem sobre a administração das rendas petroleiras governamentais no Brasil, são elas: (i) a Lei nº 7.990/89, que trata da distribuição da parcela de *royalty*, prevista no contrato de concessão, que representa 5% da produção, em seu artigo 8º, prevê uma vedação à aplicação desses recursos para pagamento de dívidas, exceto dívidas com a União, e para pagamentos do quadro permanente de pessoal; (ii) a Resolução nº 43/2001 do Senado Federal, que dispõe sobre operações de crédito interno e externo dos entes da Federação, em seu artigo 5º, VI, prevê vedações à antecipação de receita de participações governamentais referente a período posterior ao do mandato do Chefe do Poder Executivo, observando-se que essas vedações não valem para a capitalização de fundos de previdência ou para amortização de dívidas com a União.

É possível analisar as principais características do Fundo Social de acordo com nove critérios: (i) modelo conceitual; (ii) instrumento legal de formalização; (iii) regras de entrada ou retirada de recursos; (iv) regras de alocação de recursos e gestão de riscos; (v) políticas de parcerias com outras instituições financeiras; (vi) metas do gestor; (vii) modelos de remuneração do gestor; (viii) mecanismos de governança, controle e supervisão; e (ix) alternativas operacionais (BNDES, 2009b). Esses pontos serão analisados na sequência com base na classificação de BUSTAMANTE (2011).

Primeiro, o Fundo Social é um fundo de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República. Ele tem como finalidade constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento (art. 47 da Lei nº 12.351/10).

Em conformidade com o art. 49 da Lei nº 12.351/10, o Fundo Social é um fundo de administração das receitas petrolíferas da União relacionadas à exploração das áreas localizadas no Pré-Sal. Trata-se de um *oil fund*, que, como tal, é espécie do gênero “fundos soberanos”. De acordo com os “Princípios de Santiago” elaborados pelo *International Working Group Of Sovereign Wealth Funds*⁸⁸, os fundos soberanos são definidos como programas ou fundos de investimento de fins específicos de propriedade do Estado, que são criados pela Administração Pública por razões macroeconômicas. Os fundos soberanos possuem, gerem e administram ativos para atingir objetivos financeiros, além de fazerem uso de diversas estratégias de investimento, como, por exemplo, investimentos em ativos estrangeiros. Os fundos soberanos são normalmente estabelecidos com base no superávit do balanço de pagamentos, operações oficiais em moeda estrangeira, receitas de privatizações, superávits fiscais, e/ou receitas resultantes da exportação de commodities (IWG, 2008b, p. 27). Um *oil fund*, portanto, pode ser definido como um tipo específico de fundo soberano, cujos recursos advêm de receitas petrolíferas auferidas pelo Estado.

O Fundo Social tem como objetivos: constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União; oferecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional; e mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis (art. 48 da Lei nº 12.351/10). Em outras palavras, os principais objetivos vinculados à constituição do Fundo Social são a mitigação dos efeitos negativos relacionados à “doença holandesa” e a utilização racional das rendas petrolíferas com vistas à promoção do desenvolvimento nacional, em uma perspectiva intergeracional.

Segundo, o Fundo Social foi criado por expressa previsão legal, em atendimento à exigência constitucional constante do art. 167, IX, CF/88⁸⁹. O Fundo Social não

⁸⁸ Trata-se de trabalho coordenado pelo Fundo Monetário Internacional, com a participação de 23 países membros com fundos soberanos, que definiu diretrizes específicas de boa governança corporativa para esses fundos. O resultado do trabalho foi divulgado no documento “Fundos Soberanos de Riqueza: Princípios e Práticas Geralmente Aceitos” (IWG, 2008b), também chamado de “Princípios de Santiago”. Esses princípios abrangem três áreas: (i) marco legal, objetivos e coordenação com políticas macroeconômicas; (ii) marco institucional e estrutura de governança; e (iii) marco de gestão de risco e de investimento (IWG, 2008b, p. 5).

⁸⁹ Art. 167. São vedados: IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

dispõe de personalidade jurídica própria, o que é típico do instituto dos fundos, sendo um ente de natureza meramente contábil e financeira.

Sobre a natureza jurídica do Fundo Social, Renata Barbosa Fontes da FRANCA (2012, p. 203) ressalta:

Do que se pode apreender até o momento, os fundos sociais são, em essência, fundos de investimento (agregação de ativos financeiros). Ou, segundo Hely Lopes Meirelles, “fundo financeiro é toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei”. Para Cretella Júnior, “é a reserva em dinheiro, ou patrimônio líquido, constituído de dinheiro, bens ou ações, afetado pelo Estado, a determinado fim”. A Lei n. 4.320/649 define fundo financeiro em seu artigo 71 como “o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

Terceiro, constituem receitas do Fundo Social: (i) parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao Fundo Social pelos contratos de partilha de produção (a outra parcela será destinada à PPSA, nos termos do art. 7º, inc. I, da Lei nº 12.304/10); (ii) parcela dos *royalties* que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma de regulamento; (iii) receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos da União, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei nº 12.351/10; (iv) os *royalties* e a participação especial das áreas localizadas no Pré-Sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União, art. 50-A da Lei 9.478/97, incluído pela Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012⁹⁰; (v) os resultados das aplicações financeiras do Fundo Social; e (vi) outros recursos destinados ao Fundo Social por lei (art. 49 da Lei nº 12.351/10). Os recursos destinados ao Fundo Social devem, portanto, ser objeto de transferência direta e automática, não havendo discricionariedade da União no tratamento desses valores.

Somente podem ser retirados do Fundo Social para a execução dos projetos mencionados no art. 47 da Lei nº 12.351/10 valores decorrentes do retorno sobre o capital investido (art. 51). Em outras palavras, os investimentos em projetos previstos

⁹⁰ A Medida Provisória (MP) 592/12 foi editada em complemento aos vetos da Presidenta Dilma Rousseff à lei que trata da nova distribuição dos *royalties* do petróleo, Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. De acordo com a MP, 100% dos *royalties* das futuras concessões de petróleo devem ser investidos na área de educação. A medida valerá para todos os *royalties* repassados a Municípios, Estados e União, advindos de contratos de concessão celebrados a partir de 3 de dezembro de 2012. Além disso, a medida determina que 50% dos rendimentos do Fundo Social sejam destinados à educação. No momento em que se redige esta dissertação, a MP nº 592/12 ainda depende de aprovação legislativa para sua conversão em Lei.

no art. 47 não podem ser financiados mediante desfalque do principal do Fundo Social. O parágrafo único do art. 51 da Lei nº 12.351/10 admite o uso do principal somente na fase inicial de constituição do Fundo Social, garantida a sua sustentabilidade econômica e financeira e mediante autorização legal. Além das restrições relacionadas ao uso do principal para execução de projetos sociais, o Fundo Social não pode, direta ou indiretamente, conceder garantias (parágrafo único do art. 48 da Lei nº 12.351/10), o que afasta o Fundo Social de outros fundos instituídos exatamente com essa finalidade, como, por exemplo, o Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas, cuja criação foi autorizada pelo art. 16 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Os rendimentos dos recursos do Fundo Social devem ser investidos em projetos relacionados às seguintes áreas: educação; cultura; esporte; saúde pública; ciência e tecnologia; meio ambiente; e mitigação e adaptação às mudanças climáticas (art. 47, incisos I a VII da Lei nº 12.351/10). Todas as áreas selecionadas encontram suporte na Constituição Federal, representando áreas prioritárias para a promoção do projeto constitucional previsto no art. 3º da CF/88 e são valores constitucionalmente consagrados, cuja promoção cabe ao Estado: o desenvolvimento da educação (art. 205), da cultura (art. 215), do esporte (art. 217), da saúde pública (art. 196), da ciência e tecnologia (art. 218) e da sustentabilidade ambiental (art. 225), âmbito que abrange a proteção contra as mudanças climáticas.

Esses programas sociais devem respeitar as regras orçamentárias aplicáveis ao desempenho de gastos públicos e constarão no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual (art. 47, § 1º). A Medida Provisória nº 592, de 2012, previu que cinquenta por cento dos recursos passíveis de investimento pelo Fundo Social devem ser aplicados em programas direcionados ao desenvolvimento da educação, em conformidade com regulamento específico, ainda não editado (art. 47, § 3º).

O art. 58, § 3º da Lei nº 12.351/10, determina que a destinação de recursos para os programas e projetos prioritários deve ser antecedida pela definição de metas, prazo de execução e planos de avaliação, sem prejuízo das regras orçamentárias. BUSTAMANTE (2011) entende que esse dispositivo impediria a utilização das rendas do Fundo Social para pagamento de despesas correntes da Administração, pois haveria

uma incompatibilidade entre os requisitos previstos no art. 58, § 3º, e esse tipo de gasto. Em reforço ao posicionamento do autor, os recursos vinculados ao Fundo Social não devem ser empregados para o pagamento de despesas correntes, pois esse tipo de gasto conflita com os objetivos previstos no art. 48 da Lei nº 12.351/10, especialmente com objetivo de que o Fundo Social constitua um mecanismo de poupança pública voltado à promoção do desenvolvimento nacional.

Quarto, o art. 50 da Lei nº 12.351/10 estabelece os princípios gerais para alocação de recursos e gestão de risco do Fundo Social. Nos termos desse dispositivo, a política de investimentos do Fundo Social tem por objetivo buscar a rentabilidade, a segurança e a liquidez de suas aplicações e assegurar sua sustentabilidade econômica e financeira. Em consonância com o objetivo de mitigar os efeitos negativos relacionados à “doença holandesa”, o parágrafo único do art. 50 da Lei nº 12.351/10 prevê que os investimentos e aplicações do Fundo Social serão destinados preferencialmente a ativos no exterior.

O órgão responsável pela política de investimentos do Fundo Social é o Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social (CGFFS) (art. 52). O CGFFS será objeto de regulamentação por decreto presidencial, mas a Lei nº 12.351/10 desde já assegura a participação do Ministro da Fazenda, do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Presidente do Banco Central do Brasil, entre os seus membros. O CGFFS tem competência para decidir sobre: (i) o montante a ser resgatado anualmente do Fundo Social, preservada sua sustentabilidade financeira; (ii) a rentabilidade mínima esperada; (iii) o tipo e o nível de risco que poderão ser assumidos na realização dos investimentos, bem como as condições para que esse nível de risco seja minimizado; (iv) os percentuais, mínimo e máximo, de recursos a serem investidos no exterior e no País; e (v) a capitalização mínima a ser atingida antes de qualquer transferência para realização de projetos sociais (art. 53). Cabe ao CGFFS, portanto, definir as diretrizes que pautarão a atuação dos gestores privados do Fundo Social, em especial definir: níveis de exposição a diferentes classes de ativos; níveis mínimos de liquidez da carteira; e concentração geográfica/moedas dos investimentos.

Paralelamente ao CGFFS, a Lei nº 12.351/10 prevê a criação do Conselho Deliberativo do Fundo Social (CDFS), com a atribuição de propor ao Poder Executivo,

ouvidos os Ministérios afins, a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do Fundo Social, em conformidade com as regras orçamentárias (art. 58). O regramento da composição, das competências e do funcionamento do CDFS serão definidos por decreto presidencial. Os projetos sugeridos pelo CDFS à Presidência da República devem prever metas, prazo de execução e planos de avaliação (art. 58, §3º), sendo que cabe ao CDFS realizar avaliação quantitativa e qualitativa durante todas as fases de sua execução, monitorando os impactos efetivos sobre a população e nas regiões de intervenção, com o apoio de instituições públicas e universitárias de pesquisa (art. 58, §4º). Os projetos sugeridos pelo CGFFS devem observar critérios de redução das desigualdades regionais (art. 58, §5º). Em suma, o CGFFS tem a função de planejar, indicar para escolha pela Presidência e monitorar a execução dos projetos sociais financiados com os rendimentos dos recursos do Fundo Social.

Quinto, no que concerne à política de parcerias com outras instituições financeiras, não houve a previsão de disposição específica, além da que autoriza a contratação de instituições federais para atuarem como agentes gestores dos recursos do Fundo Social (art. 54 da Lei nº 12.351/10). Apesar de inexistir previsão específica com relação à realização de parcerias com outras instituições financeiras, nacionais ou internacionais, é possível afirmar que poderão ser firmados acordos, conforme conveniência da Administração, mediante Decreto ou regulamento. Cogita-se, por exemplo, de parcerias com bancos de fomento e de desenvolvimento, ou até mesmo de parcerias com organismos financeiros multilaterais, como, entre outros, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Sexto e sétimo, a Lei nº 12.351/10 não pré-estabelece metas, critérios de rentabilidade, modelos de gestão ativa ou passiva, que vinculem os agentes gestores dos recursos do Fundo Social. Tampouco houve a estipulação dos modelos de remuneração desses agentes, ou seja, se a remuneração será variável, fixa ou mista. Essas questões deverão ser definidas por meio de decreto presidencial ou por regulamento elaborado pelo próprio CGFFS, no momento em que houver a contratação de instituição federal responsável pela operacionalização desses recursos.

Oitavo, consoante estrutura proposta nos “Princípios de Santiago” (IWG, 2008b) é possível verificar três níveis de governança típicos dos fundos soberanos: (i) o

proprietário; (ii) o órgão diretor, indicado pelo proprietário e legalmente responsáveis pela administração do fundo; e (iii) os gestores, que operacionalizam a política de investimentos. No caso do Fundo Social, verifica-se que o seu proprietário é a União, que o seu órgão diretor é o CGFFS e que os gestores serão instituições financeiras federais. Nesse modelo, o CDFS desempenhará funções propositivas e de monitoramento dos projetos executados com as rendas advindas dos recursos do Fundo Social, em conformidade com os objetivos do art. 47 da Lei nº 12.351/10.

À luz dos arts. 52 e 58 da referida Lei, o CGFFS tem competência para definir diretrizes e parâmetros da política de investimento do Fundo Social, determinando quantias que poderão ser objeto de investimento e níveis máximos de exposição por categorias de risco. Já o CDFS tem função propositiva, atuando como órgão responsável pela identificação de projetos que atendam aos requisitos do art. 47 da Lei nº 12.351/10, além de função de planejar e acompanhar a execução desses projetos. Nesse sentido, em se tratando de um projeto social, é possível afirmar que esse projeto deverá ser aprovado pelo CDFS, que remeterá à decisão final da Presidência da República. Esse projeto, no entanto, deverá enquadrar-se na política de investimento do Fundo Social previamente estabelecida pelo CGFFS, especialmente no que concerne aos valores que serão anualmente resgatados para financiamento dos projetos sociais. Portanto, o CGFFS tem como função estabelecer os parâmetros financeiros gerais, de acordo com os quais a CDFS poderá propor projetos à Presidência da República, a quem cabe a decisão final sobre o investimento ou não. No curso da execução do projeto, caberá ao CDFS, diretamente ou por meio do auxílio de instituições públicas e de pesquisa, monitorar o atendimento aos cronogramas e ao projeto original.

Apesar de ser possível visualizar, desde já, os contornos da relação entre o CGFFS e o CDFS, caberá ao(s) ato(s) do Poder Executivo que regulamentar(em) esses órgãos disciplinar com mais profundidade suas respectivas competências (art. 52, §1º e art. 58, §3º). Esses regulamentos deverão aprofundar as regras relacionadas à coordenação entre esses dois órgãos.

Ainda com relação a aspectos de governança, a Lei nº 12.351/10 determina que as demonstrações contábeis e os resultados das aplicações do FS sejam elaborados e apurados semestralmente, em conformidade com as regras da Secretaria do Tesouro

Nacional (art. 59). Além disso, o parágrafo único do art. 59 atribui ao Poder Executivo competência para definir as regras de supervisão do Fundo Social. Finalmente, o art. 60 determina que o Poder Executivo encaminhe trimestralmente ao Congresso Nacional relatório de desempenho do Fundo Social, conforme disposto no seu regulamento.

Nono, com relação a alternativas de investimento, a Lei nº 12.351/10 autoriza que a União participe de fundo de investimento específico, que terá suas cotas integralizadas com recursos do Fundo Social, mediante decreto presidencial, ouvido o CGFFS. O fundo de investimento tem personalidade jurídica de direito privado, sendo que o seu patrimônio não se identifica nem com o de seu único cotista, a União, nem com o de seus administradores, instituições financeiras federais contratadas pela União. Grande parte dos requisitos relacionados ao funcionamento do fundo de investimento do Fundo Social deverá constar do próprio estatuto do fundo de investimento, no qual serão definidas, entre outras: as políticas de aplicação, critérios e níveis de rentabilidade e de risco; questões operacionais da gestão administrativa e financeira; e regras de supervisão prudencial de investimentos do fundo (arts. 55-57 da Lei nº 12.351/10).

A Lei nº 12.351/10 não esclarece se os investimentos realizados pelo fundo de investimento criado nos termos do seu art. 55 devem estar vinculados às áreas elencadas no art. 47, incisos I a VII. Em outras palavras, na hipótese de criação de fundo de investimento, os recursos desse fundo devem, ou não, obrigatoriamente fomentar atividades relacionadas à educação; cultura; esporte; saúde pública; ciência e tecnologia; meio ambiente; e/ou mitigação e adaptação às mudanças climáticas. A resposta a essa questão demanda uma diferenciação entre duas modalidades de investimento do Fundo Social, o que a Lei nº 12.351/10 não fez de maneira explícita.

É possível afirmar que o Fundo Social irá realizar, basicamente, duas modalidades de investimentos, com distintos requisitos e objetivos: (i) os investimentos em projetos sociais; e (ii) os investimentos financeiros.

Os investimentos em projetos sociais devem estar vinculados às áreas temáticas previstas no art. 47, incisos I a VII, e somente podem ser realizados no Brasil. Salvo em caso de expressa autorização legal, esses investimentos devem ser financiados com os rendimentos dos recursos do Fundo Social, ou seja, eles não podem ser financiados com desfalque do principal (art. 51). Esses investimentos deverão respeitar as regras

orçamentárias (art. 47, §1º) e serão objeto de indicação, planejamento e monitoramento pelo CDFS (art. 58). Esses investimentos devem, ainda, buscar mitigar as desigualdades regionais (art. 58, §3º). Um ponto que resulta pendente de definitiva aprovação legislativa é a nova redação do art. 47, §3º, dada pela MP nº 592/2012, que determina que metade dos rendimentos do Fundo Social sejam obrigatoriamente investidos no setor de educação. Pela natureza material desses investimentos, é possível afirmar que o regramento da Lei nº 12.351/10 define áreas prioritárias, condiciona sua execução à observância das regras orçamentárias e atribui função coordenadora e de monitoramento ao CDFS.

Diferentemente, os investimentos financeiros responderão pelo principal dos recursos do Fundo Social, sendo que a partir deles serão geradas as rendas para a realização dos investimentos sociais. Esses recursos serão preferencialmente investidos no exterior (art. 50 parágrafo único). A movimentação desses recursos não necessita observar as regras orçamentárias, ao contrário dos investimentos sociais, e serão regulados pelas diretrizes estabelecidas pelo CGFFS (art. 52). Cabe aos agentes operadores contratados atuar em conformidade com os critérios de exposição e de risco estabelecidos pelo CGFFS. Para a operacionalização dessas movimentações financeiras, poderá haver a criação de fundo de investimento (art. 55), que nada mais é do que um veículo de investimentos e de blindagem patrimonial do Fundo Social (art. 56). Os principais objetivos desses investimentos foram previstos no art. 48 da Lei nº 12.351/10, ou seja, constituir poupança pública de longo prazo, associado ao desenvolvimento nacional, evitando distorções relacionadas à “doença holandesa”.

Retomando a pergunta acima, é possível verificar que não necessariamente os recursos do fundo de investimento deverão estar vinculados às áreas previstas no art. 47, incisos I a VII, pois essas áreas são vinculantes apenas para os investimentos sociais. Em outras palavras, os recursos vertidos no fundo de investimento responderão pelo principal do Fundo Social e poderão ser investidos, no Brasil, ou preferencialmente no exterior, em conformidade com as deliberações do CGFFS, por meio de um agente gestor, que será uma instituição financeira federal, sem que esses investimentos guardem relação necessária com as áreas elencadas no art. 47.

Em que pesem positivamente as intenções da MP nº 592/2012, constata-se que houve uma diminuição da competência atribuída ao CGFFS para definir o montante a ser resgatado anualmente do Fundo Social (art. 53, I). Nos termos do novo §3º do art. 47 da Lei nº 12.351/10, do total do resultado auferido dos rendimentos do Fundo Social, metade deverá ser empregada em projetos educacionais. Nesse sentido, metade dos rendimentos anuais do Fundo Social necessariamente serão resgatados e empregados em atividades educacionais, inexistindo discricionariedade do CGFFS no reinvestimento desses recursos em ativos financeiros.

A distinção entre investimentos sociais e financeiros é útil para compreensão da estrutura criada pela Lei nº 12.351/10, em termos da existência do CGFFS e do CDFS. Ao primeiro órgão cabe a gestão dos investimentos financeiros; ao passo que, ao segundo, a indicação, planejamento e monitoramento dos investimentos sociais.

Estima-se que, em 2030, as rendas advindas dos recursos do Fundo Social poderão atingir US\$4 bilhões anuais (FRANCA, 2012, pp, 213-214). Pela considerável dimensão dessas rendas advindas dos investimentos financeiros do Fundo Social, é possível qualificar a estrutura escolhida para o CDFS como relativamente inadequada. A menos que esse órgão atue como um mero intermediário entre os Ministérios das áreas elencadas nos incisos I a VII do art. 47, dificilmente ele será capaz de realizar todas as funções que lhe foram atribuídas pela Lei nº 12.351/10, pois aos membros do CDFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções (art. 58, §2º). Ao impedir que o CDFS tenha quadro de pessoal próprio e, ao mesmo tempo, atribuir uma série de responsabilidades materiais relacionadas ao planejamento e monitoramento dos investimentos sociais, a Lei nº 12.351/10 peca pelo excessivo voluntarismo, sem correlato suporte concreto. É de se cogitar se a estrutura do CDFS não terá que ser adaptada, com vistas ao pleno atendimento de suas funções.

Outro ponto que suscita críticas é a excessiva centralização da governança do Fundo Social na Presidência da República. Em nenhum dos dois órgãos responsáveis pelo gerenciamento dos recursos e das rendas do Fundo Social houve a obrigatoriedade da presença de representantes da sociedade civil. O art. 12, §1º, do projeto de lei

original do Fundo Social, PL nº 5.940/09⁹¹, previa a participação obrigatória de representante da sociedade civil no CDFS, mas esse dispositivo foi excluído do texto final da Lei nº 12.351/10. É de se esperar que essa ausência seja retificada pelos regulamentos que venham a disciplinar o CDFS e o CGFFS.

Conclusivamente, o Fundo Social instituído pela Lei nº 12.351/10 constitui mecanismo adequado à mitigação dos efeitos negativos associados à “doença holandesa”. Ainda que não nominalmente, a Lei nº 12.351/10 diferencia os investimentos sociais dos investimentos financeiros. Os primeiros são financiados com as rendas do Fundo Social e devem ser empregados em setores específicos, por meio de projetos selecionados, planejados e monitorados pelo CDFS, com base em autorização presidencial. Já os segundos são monitorados pelo CGFFS, operados por instituições financeiras federais e podem ser “patrimonializados” por meio de criação de fundo de investimento. Da comparação entre funções atribuídas e recursos disponíveis, sobressai-se a relativa inadequação da estrutura jurídica atribuída ao CDFS.

⁹¹ Art. 12. Fica criado o Conselho Deliberativo do Fundo Social – CDFS, com a atribuição de deliberar sobre a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do FS para as finalidades estabelecidas no art. 1º. § 1º. O CDFS contará com a participação de representantes da sociedade civil e da administração pública federal e terá sua composição, competência e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo.

7. CONCLUSÃO

1. Os antecedentes mais relevantes para a compreensão da Lei nº 2.004/53, que estabeleceu o monopólio sobre o petróleo e aprovou a criação da Petrobras, foram: a edição do Código de Minas, em 1934, e o fim do *regime de acesso* na Constituição Federal de 1934; a instituição do CNP, em 1938; e a campanha *O Petróleo é Nosso*, ocorrida entre 1947 e 1953.

2. O Código de Minas e a Constituição de 1934 foram elaborados em um momento histórico caracterizado pelo nacionalismo econômico. Esses documentos previram a separação entre propriedade do solo e do subsolo, a transferência de todas as riquezas inexploradas do subsolo para a União e o aumento do controle sobre a exploração privada dos recursos minerais por meio da obrigatoriedade de autorização e de concessão para mineração, sob competência da União.

3. O CNP foi criado, em 1938, para incentivar a indústria petrolífera nacional, pois o país era altamente dependente de importações. Seu principal mentor, General Horta Barbosa, defendia ampliação progressiva do papel do Estado nesse setor por meio de integração às avessas lastreada no setor de refino. O CNP dispunha de amplo poder normativo sobre o abastecimento nacional de petróleo (prospecção, produção, refino, importação, transporte, distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados), que era considerado de “utilidade pública” pelo Decreto Lei nº 395/38.

4. Com o fim da II Guerra Mundial, a redemocratização do país e a aceleração do processo de industrialização por substituição de importações surgiram pressões pela abertura do setor ao capital privado, nacional e estrangeiro. Houve iniciativas para promoção do capital privado e autorização para construção de refinarias por companhias privadas nacionais, sem grande sucesso. Em função das dificuldades enfrentadas pelo setor privado nacional, os debates se polarizaram na defesa do monopólio estatal ou na completa abertura do setor à participação estrangeira.

5. O Estatuto do Petróleo, proposto por Dutra, foi amplamente criticado. A tentativa fracassada de conciliação entre capital nacional e estrangeiro e a mobilização popular em prol de política nacionalista para o setor (campanha *O Petróleo é Nosso*)

resultaram no enfraquecimento do Estatuto do Petróleo, que foi tacitamente abandonado com a edição do plano SALTE.

6. No início da década de 1950, a definição de um regime jurídico para o tratamento da questão do petróleo no Brasil se tornou um imperativo econômico que encontrou plena realização do seu conteúdo político com a eleição de Getúlio Vargas à Presidência. O projeto de Lei nº 1.551/51 propôs a criação da *Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro S.A.*, mas não previu a estipulação de monopólio legal. Esse projeto foi influenciado por conceitos associados à teoria econômica cepalina e refletiu preocupação com as questões da *deterioração dos termos de troca* e do *desequilíbrio estrutural do balanço de pagamentos*. O projeto é marco importante na trajetória de afirmação do Estado desenvolvimentista no Brasil.

7. Em comparação com o projeto de Lei nº 1.551/51, a Lei nº 2.004/53 representa modelo mais nacionalista e estatizante, pois estabeleceu monopólio legal sobre as atividades do setor petrolífero, com exceção da importação e da distribuição de derivados de petróleo. Atribuiu-se à Petrobras, sociedade de economia mista, o exercício do monopólio em regime de exclusividade e foi vedada a participação de acionistas estrangeiros no seu capital social. Pragmaticamente, contudo, foram garantidas fontes de financiamento para o início das operações da empresa e preservadas as refinarias privadas então existentes. A estipulação de monopólio estatal na Lei nº 2.004/53 fortaleceu a posição da Petrobras no futuro exercício de suas atividades.

8. No período de afirmação da Petrobras (1954-1964), a empresa foi capaz de acumular recursos de poder. Em termos jurídicos, ampliou-se, por meio do Decreto nº 53.337/63, o monopólio da empresa para as atividades de importação e foram iniciadas operações no setor de distribuição, em regime de concorrência. Em termos técnicos, houve formação de mão de obra qualificada, com a progressiva nacionalização dos principais quadros técnicos. Em termos relacionais, houve impulso à indústria de bens de capital nacional, com a formação da ABDIB e o incremento da parcela de produtos nacionais nas aquisições totais da empresa. A solução do conflito entre CNP e Petrobras reforçou a subordinação direta dos dirigentes da estatal à Presidência da República.

9. Caso se considere o Decreto nº 53.337/63 válido, a estipulação do monopólio pela Lei nº 2.004/53 não seria uma transformação radical no setor, mas conteria elementos de continuidade, de legitimação e de aprofundamento em relação ao modelo do Decreto Lei nº 395/38. Continuidade, na medida em que a Lei nº 2.004/53 teria mantido a prerrogativa de a União decidir sobre a extensão e as condições segundo as quais seriam franqueadas, ou não, à iniciativa privada as atividades de pesquisa, lavra, refino e o transporte marítimo e por dutos de petróleo. Legitimação, porquanto teria rompido com o paradigma autoritário do Decreto Lei nº 395. Aprofundamento, pois a Lei nº 2.004/53 autorizou a criação da Petrobras que se mostrou mais capacitada do que o CNP para dinamizar a indústria nacional do petróleo, em conformidade com o artigo 13 do Decreto Lei nº 538/38.

10. Entre 1965 e 1975, a combinação entre prévio acúmulo de recursos de poder e o protagonismo atribuído ao setor público da economia pelo regime militar resultaram em um movimento sinérgico de conglomeração (Petrobras Distribuidora), de investimento no setor petroquímico (Petroquisa) e de internacionalização da Petrobras (Braspetro). Esse movimento de verticalização e de expansão produtiva foi possível pelo aumento da autonomia da empresa e pela garantia da rentabilidade de suas operações. O Primeiro Choque do Petróleo ressaltou a importância da produção endógena de petróleo para a estabilidade da economia nacional.

11. Entre 1975 e 1988, houve o enfraquecimento do Estado empresarial no Brasil. A Petrobras foi exceção nesse quadro geral. No período em tela, a Petrobras manteve a rentabilidade de suas operações e escapou dos efeitos deletérios da política de preços administrados. A política de investimentos da empresa não esteve condicionada à obtenção de empréstimos no exterior, o que garantiu sua autonomia financeira. *Contratos de risco* foram celebrados com empresas privadas para realização de atividades de exploração por conta e risco das contratadas, mas esses contratos não renderam os frutos esperados. Nesse período, a Petrobras se reencontrou com seu ideário fundador ao obter grande sucesso na identificação de reservas localizadas na plataforma continental brasileira.

12. A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente e o seu artigo 3º sintetiza o programa a ser efetivado conjuntamente pela sociedade e pelo Estado. As

políticas públicas são fundamentais ao pleno cumprimento dos objetivos inscritos nas Constituições Dirigentes. A promoção do desenvolvimento deve ser considerada a política pública conformadora e harmonizadora de todas as demais.

13. Os princípios e regras da ordem econômica nacional estabelecida pela Constituição Federal de 1988 conformam a política geral para o setor petrolífero, estabelecendo parâmetros e objetivos para a formulação de políticas governamentais nesse setor. É possível afirmar que a política do petróleo tem como principais objetivos preservar a soberania brasileira e promover o desenvolvimento nacional. Soberania e desenvolvimento são objetivos que se reforçam mutuamente.

14. Política soberana para o setor petrolífero deve: (i) garantir a autossuficiência nacional na produção de petróleo; (ii) promover a capacidade produtiva da indústria nacional, permitindo ganhos de produtividade por meio da capacitação tecnológica; e (iii) priorizar o mercado interno no abastecimento de derivados de petróleo, especialmente em situações de escassez.

15. É incorreto reduzir o desenvolvimento à modernização de sociedades subdesenvolvidas. O desenvolvimento é um processo de ampliação da liberdade individual que não se reduz a um modelo único ou linear. Democracia e desenvolvimento fundem-se como expressão e garantia da liberdade humana. A noção de desenvolvimento privilegiada pela Constituição brasileira é marcada pela preocupação com a integração e a indissociabilidade das diversas dimensões constitutivas dos direitos humanos.

16. É possível identificar três grandes tendências na relação entre Estado e promoção do desenvolvimento, sintetizáveis nos conceitos de Estado desenvolvimentista, Estado regulador e Estado neodesenvolvimentista.

17. O Estado neodesenvolvimentista apresenta semelhanças e diferenças em relação ao Estado desenvolvimentista e ao Estado regulador. É possível sintetizar esses elementos do Estado neodesenvolvimentista de acordo com a tabela abaixo:

	Desenvolvimentista	Regulador
Semelhanças com Neodesenvolvimentismo	Estruturalista Ênfase na noção de Nação Influência keynesiana	Flexibilização Inovação
Diferenças do Neodesenvolvimentismo	Arranjos horizontais Ênfase nas parcerias com capital privado	Intervencionista Concepção ampliada de eficiência
Especificidades do Neodesenvolvimentismo	Redistributivismo Experimentalismo	

18. Monopólio de fato é fenômeno econômico que decorre da atuação dos agentes econômicos ou de estruturas de mercado nas quais a concorrência gera ineficiências (monopólio natural). Diferentemente, o monopólio de Direito é instituído pelo Ordenamento Jurídico. Os monopólios jurídicos podem ser públicos ou privados, a depender do seu titular. A expressão “monopólio público” permite identificação clara do monopólio instituído pelo Ordenamento Jurídico e que tem como titular pessoa jurídica de Direito Público.

19. Monopólio público é técnica de intervenção do Estado sobre e na economia, por meio da qual se retira da iniciativa privada a preferência de atuar em uma dada atividade econômica em sentido estrito, podendo suprimir a liberdade de iniciativa, por expressa disposição constitucional, em prol de intervenção direta pelo próprio titular do monopólio ou por outrem.

20. Monopólio recai sobre atividade econômica em sentido estrito, porém atualmente os monopólios guardam semelhanças com os serviços públicos, pois ambos são competências públicas exclusivas, mas delegáveis a privados por meio de contrato. Apesar dessa semelhança, a distinção entre atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos não deve ser abandonada para a interpretação dos monopólios, pois esse critério é útil para identificação de diferentes conjuntos normativos que incidem sobre cada uma dessas atividades econômicas em sentido amplo.

21. O *princípio da subsidiariedade* é conceito que porta conteúdo ideológico e não encontra fundamento expresso na Constituição de 1988. A conjugação desse princípio com o fim da distinção entre capitais nacionais e estrangeiros resulta, no limite, na vedação à intervenção do Estado no domínio econômico. Em termos concretos, o *princípio da subsidiariedade* é insuficiente para explicar a atuação do Estado na economia.

22. A doutrina se divide quanto aos requisitos para a criação de novos monopólios. Há autores que defendem a necessidade de emenda constitucional. Para outros, poder-se-ia instituir monopólio por meio de lei federal ou mesmo por meio de lei estadual, na hipótese de relevante interesse social.

23. A titularidade do monopólio público não se confunde necessariamente com o exercício das atividades monopolizadas. Não há incompatibilidade conceitual ou jurídica na atribuição do exercício do monopólio a terceiro(s) com base em autorização legal. Em caso de atribuição do exercício do monopólio a entidade da Administração Indireta, é preferível que as atividades sejam desempenhadas por empresas públicas e não por autarquias.

24. A redação original do art. 177 da Constituição Federal de 1988 ampliou o rol das atividades monopolizadas pela União e vedou a celebração de *contratos de risco*.

25. O processo de reforma constitucional que resultou na edição da EC n°9/95 se baseou em concepção neoliberal do Estado, afastou a ideia de que o petróleo seria bem estratégico e tinha como objetivo permitir a atribuição do exercício das atividades de exploração e de produção a empresas privadas. Trata-se de expressão do Estado regulador.

26. No julgamento da ADI n° 3.273-9/DF, a posição vencedora adotou dois fundamentos: (i) o petróleo seria bem dominical; e (ii) a transferência da propriedade do produto da lavra não afrontaria o monopólio estatal sobre o setor petrolífero, pois monopólio incide sobre a atividade e não depende necessariamente da propriedade dos meios de produção.

27. Após a edição da EC nº9/95, o monopólio estatal sobre o setor petrolífero expressa nova concepção de monopólio. O atual monopólio sobre as atividades petrolíferas tem como conteúdo a prerrogativa do Estado de determinar qual o modelo de exploração mais adequado para o setor, seja com a atribuição dessas atividades a uma empresa estatal em regime de exclusividade, seja com a contratação de diversas empresas estatais ou privadas. Ao contrário de expressar uma *intervenção estatal por absorção*, o novo monopólio sobre o setor petrolífero denotaria um monopólio como “poder de escolha” do Poder Público.

28. A definição atribuída ao conceito de *intervenção por absorção* proposto por Eros GRAU (2006) apresenta problema. Se monopólio não predica a propriedade dos meios de produção (visto que incide sobre *atividade*), há contradição na afirmativa de que monopólio é modalidade de intervenção no domínio econômico em que há o controle integral dos meios de produção e/ou troca pelo Estado.

29. Não obstante ser expressão do Estado Regulador, a flexibilização do monopólio decorrente da EC nº9/95 favorece o experimentalismo do Estado neodesenvolvimentista, pois amplia as opções disponíveis para conformação do setor petrolífero.

30. Não há contradição necessária entre a flexibilização do monopólio e a natureza dirigente da Constituição Federal de 1988, pois o cerne da Constituição Dirigente (art. 3º da CF/88) foi mantido intocado. A flexibilização do monopólio diz respeito aos meios e não aos fins, que continuam sendo aqueles impostos pela Constituição Dirigente.

31. A Lei nº 9.478/97 regulamentou o art. 177, §1º e §2º, da CF/88. Ela instituiu o contrato de concessão como modalidade de atribuição do exercício das atividades de produção e de exploração a terceiros, mediante procedimento licitatório regido e organizado pela ANP. O contrato de concessão da Lei nº 9.478/97 não se identifica com os contratos de concessão de serviços públicos. No contexto da lei nº 9.478/97, a principal função da ANP é a “regulação para a concorrência”.

32. A descoberta de reservas na camada do Pré-Sal suscitou questionamento acerca do modelo da Lei nº 9.478/97, pois houve diminuição dos riscos exploratórios, aumento substancial do valor por barril de petróleo no mercado internacional e alteração do perfil

internacional do Brasil nesse mercado. As Leis nº 12.351/10, nº 12.304/10 e nº 12.276/10 foram editadas com vistas a aumentar o controle público sobre as rendas petrolíferas, a promover o desenvolvimento nacional e a mitigar os efeitos macroeconômicos negativos associados à exportação de recursos naturais.

33. O regime de partilha de produção previsto pela Lei nº 12.351/10 aumenta o controle público sobre as atividades de exploração e de produção, bem como assegura a propriedade pública do petróleo distribuído a partir da divisão do “excedente em óleo”. A contratada privada é remunerada pelos “custos em óleo” e por parcela do “excedente em óleo” definida no contrato de partilha de produção. Esses contratos podem ser firmados diretamente com a Petrobras ou mediante adoção de procedimento licitatório na modalidade leilão. Nas duas hipóteses de contratação, a Petrobras será a operadora do contrato de partilha de produção.

34. A Lei nº 12.351/10 não é inconstitucional. A possibilidade de contratação direta da Petrobras pela União para execução de contrato de partilha de produção (art. 12); a autorização atribuída à PPSA para contratar diretamente a Petrobras para comercializar o petróleo da União (art. 45); a obrigação de que a Petrobras seja a operadora única em todos os contratos de partilha de produção (art. 4º); e a possibilidade de contratação direta da Petrobras pela ANP para realização de atividades de pesquisa (art. 38) estão em conformidade com o monopólio previsto no art. 177 da CF/88, monopólio como “poder de escolha”. Na hipótese de contratação direta da Petrobras para execução de contrato de partilha de produção, a empresa atua como delegada da União, não sendo obrigatória a adoção de procedimento licitatório.

35. Todos os contratos de partilha de produção serão celebrados com consórcio que contará, no mínimo, com a participação da Petrobras e da PPSA. Esta empresa pública é a representante da União no consórcio, tem controle sobre o comitê operacional do consórcio e sua criação tem como objetivo garantir a correta aferição dos “custos em óleo”. Há críticas acerca da criação da PPSA, pois argumenta-se que a ANP poderia desempenhar as suas funções. A PPSA não desempenha funções meramente empresariais e não expressa política de Governo. Trata-se de fenômeno relacionado à afirmação do Estado neodesenvolvimentista e a novas modalidades de intervenção estatal em nível “intrasocietário”.

36. A relativa diminuição das competências da ANP na gestão dos contratos de partilha de produção foi acompanhada pelo aumento das atribuições do MME, do CNPE e da Presidência da República.

37. O novo modelo de exploração do Pré-Sal não constitui “retorno do pêndulo”. A oposição entre “intervenção estatal” e “livre iniciativa” é insuficiente para compreensão dos novos parâmetros de intervenção estatal *sobre e no* setor petrolífero. O novo modelo tem influências do regime da Lei nº 2.004/53 (paradigma do Estado desenvolvimentista) e da Lei nº 9.478/97 (paradigma do Estado regulador), mas não se reduz a nenhum dos dois, pois apresenta notáveis inovações institucionais. Esse é motivo que explica a sua complexidade. O novo modelo ilustra o experimentalismo que é típico do Estado neodesenvolvimentista.

38. A Lei nº 12.276/10 prevê duas operações conexas entre a Petrobras e a União: (i) a cessão onerosa pela União à Petrobras de 5 bilhões de BOE; e (ii) a capitalização da empresa estatal. Não é possível entender uma operação sem a outra, pois o objetivo da operação era garantir que a Petrobras dispusesse dos recursos necessários à concretização dos investimentos planejados. Essa operação foi concebida para permitir, simultaneamente, que fossem utilizadas reservas petrolíferas para integralização do capital da empresa e que o valor atribuído por BOE pudesse ser revisto no futuro. Haja vista restrição da Lei 6.404/76, optou-se por celebrar contrato de cessão onerosa passível de revisão e por emitir LFT que foram neutralizadas na síntese da operação. O esquema abaixo sintetiza a operação complexa:

39. Caso o Brasil se torne grande exportador de petróleo, há riscos. As futuras rendas petrolíferas podem ser tanto uma bênção, quanto uma maldição, pois verifica-se que os países exportadores de recursos naturais estão sujeitos a fenômenos macroeconômicos e de natureza política negativos.

40. As “rendas ricardianas” e a “renda de Hotelling” devem ser apropriadas e geridas conscientemente pelo Estado, como forma de se garantir uso sustentável das rendas petrolíferas, em uma perspectiva intergeracional – “regra de *Hartwick*”. A disputa pelas rendas petrolíferas suscitou conflitos entre Estados hospedeiros e IOC e, ainda, resultou na promoção da *soberania permanente sobre os recursos naturais* como princípio do Direito Internacional.

41. O controle estatal sobre as rendas petrolíferas não teve como consequência necessária a superação do subdesenvolvimento. As teorias da “maldição dos recursos”, da “doença holandesa” e dos “Estados rentistas” explicam fenômenos de ordem econômica e política decorrentes da elevada dependência da exportação de recursos naturais. De forma a mitigar esses efeitos, o Estado tem papel fundamental, porém há risco de que o próprio Estado reforce essas tendências negativas (“Estado rentista”).

42. A aceitação da validade da *teoria da deterioração dos termos de troca* não é indispensável para se legitimar a intervenção estatal na administração das rendas advindas dos recursos naturais. As interpretações decorrentes das teorias da “doença holandesa” e da “maldição dos recursos” reforçam o papel do Estado na promoção do desenvolvimento e afastam o mito das vantagens comparativas. Essas interpretações mais recentes vão ao encontro de postulados centrais do pensamento cepalino.

43. Entre as medidas que podem ser utilizadas para promoção do desenvolvimento de países ricos em recursos naturais, é possível mencionar: (i) administração da taxa de câmbio; (ii) uso das rendas de forma racional e contracíclica por meio de fundos e/ou vinculações orçamentárias; e (iii) integração do setor extrativo em cadeia industrial complexa.

44. O Fundo Social instituído pela Lei nº 12.351/10 é modalidade de fundo soberano, na espécie *oil fund*, que tem como objetivo mitigar os efeitos da “doença holandesa” e promover o desenvolvimento nacional. Esse fundo realizará duas modalidades de

investimentos: os investimentos sociais e os investimentos financeiros, com requisitos e condicionantes específicos. O arcabouço institucional escolhido para criação do CDFS é passível de críticas.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Marcelo P. A. (org). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana (1889-1989)**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. A ruptura do padrão de financiamento do setor público e a crise do planejamento no Brasil nos anos 80. *In: Planejamento e Políticas Públicas*, n. 4, Brasília, IPEA, dezembro de 1990, pp. 37-66.

AHMED, Abdelkader Sid. Celso Furtado e o desenvolvimento a partir da exploração de recursos naturais não renováveis. *In: Ensaios sobre a Venezuela: subdesenvolvimento com abundância de divisas*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento/Contraponto, 2008. pp. 157-170.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. **Teoria da Constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALMEIDA DE OLIVEIRA, Daniel. **Pré-sal: o novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Revista Virtual da AGU, Ano 10, nº 99, abril de 2010. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=141492&id_sit e=1115&ordenacao=1> (último acesso em 20/12/2012)

ALVES, Victor Rafael Fernandes; ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. **Apontamentos acerca da cessão onerosa de direitos no âmbito do pré-sal**. Trabalho apresentado no 6º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás - 6º PDPETRO, realizado pela Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás (ABPG), outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/6/publicacoes/repositorio/trabalhos/56230830042011221.pdf>> (último acesso em 20/12/2012)

AMSDER, Alice H. **Asia's next giant: South Korea and late industrialization**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1989.

ANDRADE, José Maria Arruda de. A Constituição Brasileira e as considerações teleológicas na hermenêutica constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 323-340.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras, **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 36, vol. 88, 2001.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

_____. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.228, pp. 243-272, abril/jun. de 2002b.

_____. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.233, pp. 311-371, jul./set de 2003.

_____. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, vol. 10/09, , 2005a.

_____. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, pp. 411-438, jan./mar. 2005b.

_____. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da boa regulação do setor. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 2, vol. 7, Belo Horizonte: Fórum, jul/set. 2005c.

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 3, vol 14, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ARBIX, Glaucio. **Inovar ou inovar**: a indústria brasileira entre o passado e o futuro. São Paulo: Editora Papagaio, 2007.

_____. / SCOTT Martin. **Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil**: inclusionary State activism without statism. Workshop: States, Development and Global Governance. University of Wisconsin, março de 2010. Disponível online em: < http://law.wisc.edu/gls/documents/paper_arbix.pdf. > (último acesso em: 26/11/2012)

BACON, R.;TORDO, S. **Experiences with Oil Funds: Institutional and Financial Aspects**. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development, 2006. Disponível online em: <<http://www.earthrights.net/docs/WorldBankResourceRentFunds.pdf>> (último acesso em: 26/11/2012).

BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama dos contratos no setor de petróleo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, nº 55, março de 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2794>> (último acesso em: 27/11/2012).

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 14, junho/agosto de 2002,. Disponível online em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> (último acesso em: 10/09/2012).

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado federal, n. 142, abril/junho de 1999. pp. 35-51.

_____. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos Sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. pp. 75-150.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Constituição e Estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento** – uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. *In*: DALLARI BUCCI, Maria Paula (Org.). **Políticas Públicas**: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 143-161.

_____. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Maria Walquiria Batista dos Santos (Orgs.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 19-39.

_____; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 45, p. 79-89, 2007.

_____. **Constituição e soberania** – para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cincuenta Años del Pensamiento de la CEPAL: Una Reseña. *In: Cincuentas Años de Pensamiento en la CEPAL: Textos Seleccionados*. Vol. I. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998. pp. 9-61.

BOCKMANN, Egon. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>> (último acesso em: 20/12/2012).

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. **Reforma do estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo/Brasília: Ed. 34/ENAP, 2002.

_____. The Dutch disease and its neutralization: a Ricardian approach. **Revista de Economia Política**, vol.28, n.1, pp. 47-71, 2008.

_____. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. **Revista de Estudos Avançados**, vol.23, n. 66, pp. 7-23, 2009.

_____. An account of new developmentalism and its structuralist macroeconomics. **Revista de Economia Política**, vol.31, n.3, pp. 493-502, jul./set. de 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros Editores, n. 13, pp. 134-144, 1996.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 1-49.

BUCHEB, 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.

BUSTAMANTE, Luiz Alberto da Cunha. **Fundo social do pré-sal**: aspectos relativos à governança. Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.gern.unb.br/index.php/publicacoes?view=publication&task=show&id=44>> (último acesso em: 15 de dezembro de 2012)

CAMPOS, Adriana Fiorotti. **A Reestruturação da indústria do petróleo sul-americana nos anos 90**. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Mimeo*. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARDOSO, Fernando Henrique. Aspectos políticos do planejamento. *In*: LAFER, Betty Mindlin (org.). **Planejamento no Brasil**. 3ª Ed.. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975. pp. 161-184.

_____; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina** – ensaio de interpretação sociológica. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

CARNEIRO, Ricardo. **Desenvolvimento em crise**: a economia brasileira no último quarto do século XX. São Paulo: Ed. UNESP/UNICAMP-IE, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Getúlio. **Petrobrás**: do monopólio aos contratos de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

CASTRO, Antonio Barros de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires de. **A economia brasileira em marcha forçada**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1985.

CHANG, Ha-Joon. **The political economy of industrial policy**. London: Macmillan, 1994.

_____. The economics and politics of regulation. **Cambridge Journal of Economics**, Cambridge, ano 21, vol 6, 1997.

_____. **Kicking away the ladder**: development strategy in historical perspective. London: Anthem Press, 2005.

CIMOLI, Mario; DOSI, Giovanni; NELSON, Richard; STIGLITZ, Joseph. **Institutions and policies shaping industrial development: an introductory note**. Laboratory of Economics and Management (LEM), Sant'Anna School of Advanced Studies, LEM Working Paper, n. 2, 2006. Disponível online em: <<http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/2006-02.pdf>> (último acesso em: 10/12/2012).

COHN, Gabriel. **Petróleo e nacionalismo**. São Paulo: Difel, 1968.

COLL, Steve. **Private empire**: Exxon Mobil and American power. Nova Iorque: Penguin, 2012.

COMIN, Alvaro A. Notas sobre a atualidade do pensamento de Celso Furtado. In: ARBIX, Glauco; ZILBOVICIUS, Mauro; ABRAMOVAY, Ricardo (orgs.). **Razões e Ficções do Desenvolvimento**. São Paulo: UNESP/EDUSP, 2001, pp.223-234.

COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**, vol. 353, separata, São Paulo: Ed. RT, pp. 3-15, março de 1965.

_____. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Hélio; IGLÉSIAS, Francisco; SANTOS, Wanderley Guilherme dos;

CHACON, Vamireh; COMPARATO, Fabio Konder. **Brasil, Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985. pp. 393-432.

_____. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. *In: Para Viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, pp. 83-123.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Ed. RT, n. 63, pp. 71-79, janeiro/março de 1991.

_____. A organização constitucional da função planejadora. *In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. pp. 77-93.

_____. Monopólio público – exploração indireta da atividade monopolizada. **Direito Público: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 147-153.

CONCEIÇÃO TAVARES, Maria da. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. *In: Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro - Ensaio Sobre a Economia Brasileira*. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1982, pp. 29-124.

_____; SERRA, José. Más allá del estancamiento: una discusión sobre el estilo de desarrollo reciente. *In: Cincuentas Años de Pensamiento en la CEPAL: Textos Seleccionados*. Vol. II. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998. pp. 571-588.

CORDEN, W. Max; NEARY, J. Peter. Booming sector and de-industrialization in a small open economy. **The Economic Journal**, Londres, vol. 92, nº 368, pp. 825-848, dezembro de 1982.

COSTA, Maria D'Assunção. A regulação e o direito do petróleo – introdução ao direito do petróleo e gás. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 378-384.

_____. **Comentários à lei do petróleo**. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Linking promises to policies: law and development in an unequal Brazil. **The Law and Development Review**, Vol. 3, No. 2, 2010.

COUTINHO, Lourival; SILVEIRA, Joel. **O petróleo do Brasil: traição e vitória**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Coelho Branco, 1957.

CUNHA, Thadeu Andrade da. O contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, nº 127, jul/set. 1995.

DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo: uma análise comparada**. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. *Mimeo*. Rio de Janeiro, 1980.

DALAND, Robert T. **Estratégia e estilo do planejamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Lidaador, 1969.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DELFIN NETTO, Antônio. **Planejamento para o desenvolvimento econômico**. São Paulo: Pioneira/EDUSP, 1966.

DIAS, José Luciano de Matto; QUAGLINO, Maria Ana. **A questão do petróleo do Brasil: uma história da Petrobras**. Rio de Janeiro: FGV/Petrobras, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21º Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DRAIBE, Sônia. **Rumos e metamorfoses**: um estudo sobre a constituição do estado e as alternativas da industrialização no Brasil, 1930-1960. 2º Ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, pp. 335-359, Jul./Set. 2002.

_____. **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EASTERLY, William. **The elusive quest for growth**: economists' adventures and misadventures in the Tropics. MIT Press, 2001.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 194, 1993.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 5º Ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

EVANS, Peter B. Collectivized Capitalism: Integrated Petrochemical Complexes and Capital Accumulation in Brazil. In: BRUNEAU, Thomas; FAUCHER, Philippe. **Authoritarian Capitalism**: Brazil's contemporary economic and political development. Boulder: Westview Press, 1981. pp. 85-126.

_____. **In search of the 21st century developmental State**. Working Paper N° 4. The Centre for Global Political Economy: University of Sussex. December 2008. Disponível online em: <<http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo3.pdf>> (último acesso em: 18/09/2012)

FARES, Seme Taleb. **O Pragmatismo do Petróleo**: as relações entre o Brasil e o Iraque. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 50, n. 2, dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473292007000200009&lng=en&nrm=iso>. (Último acesso em 10/10/2012).

FERGUSON, Niall. **The ascent of money**: a financial history of the World. London: Penguin, 2008.

FERREIRA, Lier Pires. **Direito Internacional, petróleo e desenvolvimento**: políticas de produção petrolífera em áreas inativas com acumulações marginais. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. A participação de empresas estrangeiras na produção petrolífera do pré-sal brasileiro: uma análise geopolítica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2011b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23º Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FEROLLA, Sergio Xavier; METRI, Paulo. **Nem todo o petróleo é nosso**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

FRANCA, Renata Barbosa Fontes da. Fundo Social do Pré-Sal. *Revista de Direito de Viçosa*, Viçosa, vol. 4, n. 1, pp 197-226, jan/jun de 2012.

FRIEDMAN, Thomas. **The world is flat**: a brief history of the twenty-first Century. Londres: Farrar, Straus & Giroux, 2005.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fondo de Cultura, 1961.

_____. **Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina.** 2º Ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

_____. **O mito do desenvolvimento econômico.** 4º Ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

_____. **A análise do ‘modelo’ brasileiro.** 5º Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

_____. **Teoria e política do desenvolvimento econômico.** 2º Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

_____. **Brasil: a construção interrompida.** 3º Ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. **Formação econômica do Brasil.** 27º Ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional/Publifolha, 2000.

_____. **O capitalismo global.** 5º Ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. **Em busca do novo modelo** - reflexões sobre a crise contemporânea. 2ºEd. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **Ensaio sobre a Venezuela:** subdesenvolvimento com abundância de divisas. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento/Contraponto, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: Ed. RT, 1978.

_____. Empresas estatais ou Estado empresário. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. pp. 101-119.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Ed. RT, 1988.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. *In*: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional** – Estudos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. pp. 59-75.

_____. As agências, essas repartições públicas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. pp. 25-28.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 11ªEd., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUIMARÃES, Denis Alves. **Condicionamentos jurídicos para a implementação de políticas públicas** – relações institucionais, política de concorrência e política regulatória. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Mimeo*, 2008.

GUDIN, Eugênio. **Ensaio sobre problemas econômicos da atualidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1945.

HARTWICK, John M. Intergenerational equity and the investing of rents from exhaustible resources. **American Economic Review**, v. 67, n.5, pp. 972-974, 1977.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008.

HAYA DE LA TORRE, Victor Raúl. La realidad económico-social de América Latina. *In*: **El Antimperialismo y el Apra**, Cap. IX, Obras Completas. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1976, pp. 115-129.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative kraft der Verfassung). MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IANNI, Octavio. **Estado e planejamento econômico no Brasil (1930-1970)**. 3° Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

JOHNSON, Chalmers. **MITI and the Japanese miracle: the growth of industrial policy, 1925-1975**. Stanford: Stanford University Press, 1982.

_____. **Japan, who governs?** The rise of the developmental state. New York: Norton, 1995.

_____. The developmental state: odyssey of a concept. *In*: WOO-CUMMINGS, Meredith (org.). **The Developmental State**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1999. pp. 32-60.

LAFER, Betty Mindlin. O conceito de planejamento. *In*: LAFER, Betty Mindlin (org.). **Planejamento no Brasil**. 3° Ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975. pp. 9-28.

LAFER, Celso. O planejamento no Brasil: observações sobre o plano de metas (1956-1961). *In*: LAFER, Betty Mindlin (org.). **Planejamento no Brasil**. 3° Ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975. pp. 29-50.

_____. **JK e o programa de metas (1956-1961)**: processo de planejamento e sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição** (über verfassungswesen). FARINA, Leandro (trad.). Campinas: Ed. Minelli, 2003.

LESSA, Carlos. **Quinze anos de política econômica**. Campinas: Editora Brasiliense e Universidade Estadual de Campinas, 1975. Caderno 4.

_____. **A estratégia do desenvolvimento (1974-1976)**: sonho e fracasso. 2° Ed., Campinas, UNICAMP/IE, 1998.

LIMA, Haroldo. **Petróleo no Brasil**: a situação, o modelo e a política atual. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Descrição e análise de contrato de cessão onerosa entre a União e a Petrobras**. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Nota técnica. Setembro/2010. Disponível em:

<http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/4745/descricao_analise_lima.pdf?sequence=1> (último acesso em: 22/12/2012)

LOUREIRO, Luis 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. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 8, p. 1-13, 2010.

_____. "Monopólio" e "serviço público" nas Constituições brasileiras (1891-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan./abril de 2011.

_____. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (lei do contrato de partilha de produção de petróleo): um primeiro contato. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10, v. 38, abril/jun de 2012.

LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____; SANTOS, Edmilson Moutinho dos. Resource curse thesis e a regulação das participações governamentais do petróleo e gás no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 1, n. 4, pp. 43-62, out/dez. 2003.

LÜCKE, Matthias. **Stabilization and savings funds to manage natural resource revenues: Kazakhstan and Azerbaijan vs. Norway**. Kiel Institute for the World Economy: Working Paper N°. 1652, outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/41454/1/636592340.pdf>> (último acesso em: 10/12/2012).

LUÍS, Alessandro S. Octaviani. **O ordenamento da inovação: a economia política da forma jurídica**. Trabalho apresentado no Seminário Internacional: Promovendo Respostas Estratégicas à Globalização. Rio de Janeiro, novembro de 2009. Disponível online em: <<http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo22.pdf>> (último acesso em: 18/09/2012)

MACEDO, Roberto B. M. Plano trienal de desenvolvimento econômico e social. *In*: LAFER, Betty Mindlin (org.). **Planejamento no Brasil**. 3º Ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975, pp. 51-68.

MANKIWI, N. G. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Pioneira/Thomson, 2006.

MARINHO, Josaphat. **Planejamento como controle de poder**. Revista de Direito Público, n. 95. São Paulo: RT, julho/setembro de 1990. pp. 22-27.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e interesses públicos**. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

_____. **Agências reguladoras independentes** – fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS, Daniela Couto. **A regulação da indústria do petróleo** – segundo o modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

MARTINS, Luiz Augusto Milani. **Política e administração da exploração e produção de petróleo**. Séries Estudos e Documentos nº35. Rio de Janeiro: CETEM/Cnpq, 1997.

MARTINUSSEN, John. **Society, State & Market: a guide to competing theories of development**. London & New Jersey: Zed Books, 1997.

MASSONETTO, Luis Fernando. (Des)Regulação: em busca do senso perdido. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório** – Temas Polêmicos. 2º Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp. 111-122.

_____. **O Direito financeiro no capitalismo contemporâneo**: a emergência de um novo padrão normativo. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Mimeo*, 2006.

MELLO, João Manuel Cardoso de. **O capitalismo tardio**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MELO, Marcus André. **Reformas constitucionais no Brasil** – instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura, 2002.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **A problemática jurídica do planejamento económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

_____. *Direito Económico*. 3º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. Regime jurídico da concessão para a exploração de petróleo e gás natural. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n. 148, out/dez 2000. pp. 219-229.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MUKAI, Toshio. Contrato de concessão formulado pela agência nacional do petróleo – comentários e sugestões. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 25, pp. 82-106, ano 1999.

NÓBREGA, Marcos; SIQUEIRA, Mariana de. A ANP e a possível mitigação de sua função regulatória no contexto da camada pré-sal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011.

NORTH, Douglass C. The new institutional economics and third world development. *In*: HARISS, John, HUNTER, Janet e LEWIS, Colin M. (orgs.). **The New Institutional Economics and Third World Development**. London & New York: Routledge, 1995, pp. 17-26.

_____. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.

_____. **Industrialização e desenvolvimento** – a economia política do “modelo brasileiro de desenvolvimento”. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Noção e objecto da economia política**. Coimbra, Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista – o ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

_____. **A navegação venturosa: ensaios sobre Celso Furtado**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

PALMA, Gabriel. Four sources of ‘de-industrialization’ and a new concept of the “dutch disease”. *In*: OCAMPO, José Antonio (org.). **Beyond Reforms: Structural Dynamics and Macroeconomic Vulnerability**. Palo Alto/Washington: Stanford University Press/United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean/The World Bank, 2005. pp. 71-116.

PHILIP, George. **Oil and politics in Latin America**: nationalist movements and state companies. Reimpressão. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006.

PINTO, Aníbal. Naturaleza y implicaciones de la ‘heterogeneidad estructural’ de la América Latina. *In: Cincuentas Años de Pensamiento en la CEPAL: Textos Seleccionados*. Vol. II. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998. pp. 549-567.

_____. Concentración del progreso técnico y del ingreso: el papel del Estado. *In: Inflación Raíces Estructurales*. México, Fondo de Cultura, 1973, pp. 38-53, 63-75, 81-82 e 95-103.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Economia da energia**: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regulação econômica e empresas estatais**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, n.15, pp. 131-148, jul/set. 2006.

_____. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

POSNER, Richard A. **Natural monopolies and its regulation**. Washington: Cato Institute, 1999.

PRADO JR. Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

PREBISCH, Raúl. El desarrollo económico de América Latina y algunos de sus principales problemas. *In: Cincuentas Años de Pensamiento en la CEPAL: Textos Seleccionados*. Vol. I. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998. pp. 63-129.

PRISCO, Alex Vasconcellos. Atuação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

RANDALL, Laura. **The political economy of Brazilian oil**. New York/Westport/London: Praeger, 1993.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ (coord.). **Estudos e pareceres**: direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____ (coord.). **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. SANDRONI, Paulo Henrique Ribeiro (trad.). 3ª Ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988.

RODRIK, Dani. **The new global economy and developing countries**: making openness work. Washington: Overseas Development Council, 1999.

_____. Goodbye Washington consensus, hello Washington confusion? A review of the World Bank's economic growth in the 1990s: learning from a decade of reform. **Journal of Economic Literature**, 44(4), 2006. pp. 973-987.

ROSTOW, W.W. **The stages of economic growth**: a non-communist manifesto. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

SACHS, Jeffrey D.; WARNER, Andrew M. Natural resources and economic development: the curse of natural resources. **European Economic Review**, vol. 45, 2001. pp. 827-838.

_____. How to handle the macroeconomics of oil wealth. *In*: HUMPHREYS, Macartan; SACHS, Jeffrey D. ; STIGLITZ, Joseph E. (orgs.). **Escaping the Resource Curse**. New York: Columbia University Press, 2007. pp. 173-193

SAHTLER, Márcio Werner Lima; TOLMASQUIM, Maurício Tiommo. A formação de preços dos derivados de petróleo no Brasil. **Revista Brasileira de Energia**, Vol. 8, N° 1, 1° Sem/2001.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Política industrial e disciplina da concorrência pós-reformas de mercado**: uma avaliação institucional do ambiente de inovação tecnológica. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Mimeo*, 2005.

_____. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Mimeo*, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Instituições financeiras públicas: entre a necessidade e a inconstitucionalidade. **Revista de Direito do Estado**, v. 17, p. 275-308, 2011a.

_____. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Mimeo*, 2011b.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. NewYork: Anchor Books, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24º Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOLA, Lourdes. **Ideias econômicas, decisões políticas**: desenvolvimento, estabilidade e populismo. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.

SOUSA, Francisco José Rocha de. **A proposta do Poder Executivo para o marco legal do Pré-sal**. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. Estudo. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/6047>> (último acesso: 23/12/2012)

_____. **A cessão onerosa de áreas do pré-sal e a capitalização da Petrobras**. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. Estudo. 2011. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/6006>> (último acesso: 23/12/2012)

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos políticos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

_____. Propostas legislativas de novo marco regulatório do pré-sal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, jan. / mar. de 2010.

SOUZA, Nelson Mello. O planejamento econômico no Brasil. **Revista de Administração Pública**, vol. 18, n. 4, Rio de Janeiro, pp. 25-71, outubro/dezembro de 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do estado e empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000a. pp. 265-285.

_____. Regime jurídico do setor petrolífero. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000b. pp. 385-396.

_____. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, jan. / mar. 2010.

TÁCITO, Caio. Gás natural – participação privada – concessão de obra pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº. 242, outubro/dezembro de 2005. pp. 312 e ss.

_____. **Temas de direito público (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998-2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2º Ed., São Paulo: Método, 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (coords.). **Tributação no setor de petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VALOIS, Paulo. **A evolução do monopólio estatal do petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VARGAS, Getúlio. **A política nacionalista do petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1964.

VICTOR, Mario. **A batalha do petróleo brasileiro**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

WIRTH, John D. **A política do desenvolvimento na era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1973.

WADE, Robert. **Governing the market**: economic theory and the role of government in East Asia industrialization. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 1990.

WILLIANSOM, John (org). **Latin American adjustment: how much has happened?**
Washington: Institute for International Economics, 1990.

_____. **What should the World Bank think about the Washington Consensus?**
The World Bank Research Observer, 15(2), agosto de 2000, 251-64.

DOCUMENTOS OFICIAIS

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Anuário Estatístico**. 2011. Disponível online em: <http://www.anp.gov.br/?pg=56346#Se__o_2> (último acesso em: 12/12/2012)

BNDES. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Relatório I – Regimes Jurídico Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural**. Ed. Bain & Company e Tozzini Freire Advogados. São Paulo, 26 de junho de 2009a. Disponível online em:
<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada1/Relat_I.pdf> (último acesso em: 12/12/2012)

_____. **Relatório II – fundos financeiros baseados em receitas de petróleo e gás**. Ed. Bain & Company e Tozzini Freire Advogados. São Paulo, 26 de junho de 2009b. Disponível online em:
<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada1/Relat_II.pdf> (último acesso em: 12/12/2012).

BOOZ&CO. **Pré-Sal: A Produção de Petróleo como Base para um Novo Ciclo de Desenvolvimento**. Consultoria prestada à Casa Civil da Presidência da República, no contexto de reformulação do marco regulatório para a exploração do Pré-Sal. 2009. Disponível em: <http://www.booz.com/media/file/22_PRE_SAL_vf_140509.pdf> (último acesso em: 12/12/2012).

DEGOLYER&MACNAUGHTON. **Relatório sobre os recursos de contingência de certas propriedades offshore do Brasil** (tradução). Brasil, 2010. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=Y5ZEi5ZHXwyLOp1FTyJ5tA==&id_canal=vwRz5Vohb4ufKQ5nOZ68dw==&id_canalpai=7nvWOYojy2uTEvu5VVdecw==> (último acesso em: 23/12/2012)

DIESSE (Departamento Inter-Sindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). **As recentes descobertas de petróleo e gás natural e o marco regulatório da indústria do petróleo no Brasil**. Nota número 71, Agosto de 2008. Disponível online em <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec71Petroleo.pdf>> (Último acesso em 10/07/2011).

EPE. Empresa de Pesquisa Energética. **Balanço energético nacional 2011: relatório final**. Disponível online em: <https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2011.pdf>. (último acesso em: 12/12/2012).

GAFFNEY, CLINE & ASSOCIATES. **Exame e avaliação de dez descobertas e prospectos selecionados no play do pré-sal em águas profundas na Bacia de Santos**. Brasil, 2009. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=39200&m=cessãoonerosa&t1=&t2=cessãoonerosa&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebust=1298467423236>> (último acesso em: 23/12/2012).

INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS - IWG. **Current institutional and operational practices**. 2008a. Disponível online em: <<http://iwg-swf.org/pubs/swfsurvey.pdf>>. (último acesso em: 12/12/2012)

_____. **Santiago principles**. 2008b. Disponível online em: <<http://www.iwg-swf.org/pubs/santiagoprinciples.pdf>>. (último acesso em: 12/12/2012)

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA - MME. **Pré-sal: perguntas e respostas**. 2009. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2009/10_outubro/Cartilha_pre-sal.pdf>(último acesso em: 11/12/2012)

_____. **Novo marco regulatório:** pré-sal e áreas estratégicas. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/pre_sal/marcoregulatorio.pdf> (último acesso em: 12/12/2012).

_____. /MINISTÉRIO DA FAZENDA – MF. **Contrato de Cessão Onerosa do Exercício das Atividades de Pesquisa e Lavra de Petróleo, de Gás Natural e de Outros Hidrocarbonetos Fluidos.** Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/consbov/ArquivosExibe.asp?site=B&protocolo=258424>> (último acesso em: 23/12/2012)

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS. **Fato relevante: análise da área de Tupi.** Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.acionista.com.br/home/petrobras/081107_area_TUPI.pdf> (último acesso em: 11/12/2012)

_____. **Fato relevante: esclarecimentos sobre a capitalização e a cessão onerosa.** Rio de Janeiro, 30 de abril de 2010a. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/consbov/ArquivosExibe.asp?site=B&protocolo=243681>> (último acesso em: 11/12/2012)

_____. **Fato relevante: aprovação do contrato de cessão onerosa e da oferta global.** Rio de Janeiro, 1º de setembro de 2010b. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/consbov/ArquivosExibe.asp?site=B&protocolo=258295>> (último acesso em: 11/12/2012)

SEFAZ/RJ. **Pré – Sal: de quanto estamos falando? Uma Análise macroeconômica da produção potencial dos campos do pré-sal brasileiro.** Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/portal/index.portal?_nfpb=true&_pageLabel=estudoseconomicos> (último acesso em: 22/10/2012)

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.273-9/DF**, julgamento, em 16 de março de 2005, pelo Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46**, julgamento, em 05 de agosto de 2009, pelo Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello.