

CONCORRÊNCIA NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO: ANÁLISE DO NOVO MODELO REGULATÓRIO PARA ÁREAS DO PRÉ-SAL

SÂNZIA MIRELLY GUEDES

Graduanda em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

E-mail: sanzia.mirelly@gmail.com

Envio em: Novembro de 2013

Aceite em: Março de 2014

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar, a partir da verificação das alterações concorrenciais sofridas historicamente no setor da indústria do petróleo, a existência da livre concorrência na exploração e produção de petróleo nos campos do Pré-sal, com base nas inovações legislativas advindas com a Lei Federal nº 12.351/2010, que passou a disciplinar o desenvolvimento dessa área, bem como de áreas consideradas estratégicas pelo Poder Executivo. Destacará o modelo de partilha de produção, reconhecido como uma das inovações da supracitada lei, bem como as novas atribuições da Petrobras, de ser a única empresa operadora nas áreas reguladas por tal lei passível de ser contratada diretamente, ou seja, com dispensa de licitação, como, também, caso haja processo licitatório e a Petrobras não seja a empresa vencedora, deverá constituir consórcio com o licitante vencedor, garantindo, assim, participação mínima em 30% dos blocos de Pré-sal. A partir de tal análise, busca-se ressaltar a atuação do Estado brasileiro quanto ao estímulo à livre concorrência no setor ou o direcionamento deste ao monopólio estatal.

Palavras chave: Análise concorrencial. Marco regulatório. Partilha da produção. Pré-Sal. Petrobras.

COMPETITION IN THE OIL INDUSTRY: ANALYSIS OF NEW REGULATORY FRAMEWORK FOR AREAS OF PRE-SAL

Abstract

This paper seeks to analyze the existence of free competition in the sectors of exploration and production of oil fields on the Pré-Sal, in view of the legislative innovations stemming from the Federal Law No. 12,351/2010, which regulates the development of this area. For this, will be considered the changes undergone for the competition on the sectors of exploration and production in the oil industry. Among the innovations introduced by Federal Law No. 12.341/2010, will be highlighted the model production sharing (which will become established not only in the Pré-Sal areas, but also in areas considered 'strategic'), also, will be considered other innovations in this law, such as the possibility of Petrobras be contracted directly, that is, without bidding, as well as, if not win the bid, the consortium will be realized between Petrobras and the winning bidder, with minimum of 30% (thirty percent) for Petrobras. With this analysis, we intend highlight if the Brazilian government will regulate the exploration and production of oil in the areas of pre-salt and strategic areas following the model noncompetitive, competitive or pro-competitive (taking it is based on the subdivision Marques Neto).

Keywords: Competitive analysis. Pré-sal; Petrobras. Regulatory Framework. Sharing production.

1. INTRODUÇÃO

Ao se verificar a história do Brasil, é possível inferir que o Estado brasileiro, comumente, interferiu na economia pátria, variando, apenas, a intensidade dessa intervenção. Entre as décadas de trinta e sessenta, vê-se um forte Estado, empreendendo com o modelo de substituição de importações. Já a partir da década de noventa, o Estado surge como efetivo regulador presente no âmbito da produção de bens e serviços (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 132).

É certo que, exercendo maior ou menor influência na economia, o Estado dita a lei, a qual irá reger determinada atividade econômica, garantindo maior ou menor liberdade aos agentes que nela atuem. A referida lei pode ser entendida como o marco que regula a atividade.

Quanto à atividade de exploração e produção de petróleo no Brasil, observam-se drásticas alterações no marco legal que a regula, variando entre extremos: da total liberdade concorrencial ao monopólio, conforme interesses estatais.

Tendo em vista as alterações legislativas ocorridas ao longo da história da indústria do petróleo no Brasil, este trabalho pretende analisar a questão concorrencial quanto ao novo marco regulatório desse setor, especialmente, com o disposto na Lei n.º 12.351/2010, tomando como base, para tanto, conceitos de regulação estatal anticoncorrencial, não concorrencial e pró-concorrencial de Marques Neto (2005, p. 69-88).

2. HISTÓRICO DOS MARCOS REGULATÓRIOS NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO BRASILEIRA

A história da indústria do Petróleo no Brasil pode ser dividida, segundo Mauricio Tiomno Tolmasquim (2011, p. 204), em quatro etapas distintas¹, as quais finalizam e iniciam conforme consideráveis alterações no marco regulador dessa indústria, modificando, principalmente, o sistema econômico (monopólio e livre concorrência), bem como a propriedade do subsolo, se pertencente ao Estado, ao proprietário do solo ou a terceiro diverso.

Inicialmente, cabe destacar que a colonização do Brasil está, intrinsecamente, relacionada à exploração de

seu subsolo para a extração de recursos minerais (BERCOVICI, 2011, p. 56), sempre havendo, portanto, certa preocupação com a propriedade do subsolo. Percebe-se, ao analisar a história do Brasil e dos seus marcos legais que versaram sobre a propriedade e exploração do subsolo, que há estreita relação entre a soberania estatal brasileira e o controle estatal dos recursos minerais (BERCOVICI, 2011, p. 59), uma vez que, no Brasil, os recursos minerais são, historicamente, reconhecidos como um bem estratégico à manutenção da soberania.

Nesse sentido, a primeira etapa, iniciada no Brasil Império, no final do século XIX, pode ser caracterizada pela rudimentariedade da atividade exploratória, bem como pela expressiva fragilidade e instabilidade institucional (TOLMASQUIM; PINTO JÚNIOR, 2011, p. 240-243), entrelaçadas com as próprias instabilidades do governo da época. Durante o período Colonial, vale destacar, a legislação utilizada no Brasil era exportada de Portugal, havendo, dessa maneira, a separação entre a propriedade dos recursos do solo e do subsolo (DIAS; QUAGLINO, 1993, p. 2), sendo os recursos minerais do subsolo de propriedade da Coroa Portuguesa.

Após a descoberta do ouro e devido ao interesse português em explorá-lo, a Coroa Portuguesa, estrategicamente, efetivou a vigilância sobre a mineração, bem como aumentou os impostos sob referida atividade, para que pudesse lucrar e manter seus privilégios (BERCOVICI, 2011, p. 57). Desde já, percebendo a exploração do subsolo brasileiro como atividade estratégica tanto para o domínio das terras quanto para a questão econômica, a Coroa Portuguesa, em 1824, editou decreto para aumentar, em 5%, os tributos nacionais pagos por estrangeiros, em comparação aos nacionais (BERCOVICI, 2011, p. 66).

Com a proclamação da República (1889) e a promulgação da Constituição Federal de 1891, foi adotado o regime de acessão, no qual, o solo e o subsolo passaram a ser considerados como indivisíveis, sendo o proprietário do solo também o do subsolo (FONTES; FONTES, 2013, p. 77). Pode-se afirmar que, nessa primeira fase, não havia interesse suficiente no setor petrolífero para se caracterizar a existência de concorrência.

Já a segunda etapa inicia-se com o Código de Minas², em julho de 1934, no Governo Vargas. Merece

¹ Outros autores como José Alberto Bucheb (Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007) diz que a história da indústria do petróleo no Brasil pode ser, na verdade, dividida em cinco principais fases, uma vez que divide em duas a primeira etapa aqui exposta, diferenciando o período até 1891 (período regaliano) do compreendido entre 1891 a 1934.

² Decreto n.º 24.642/1934.

destaque que, conforme o Código de Minas de 1934, o concessionário era obrigado a fazer, no próprio país, o beneficiamento e a destilação do petróleo aqui produzido. Com a promulgação da Constituição de 1934, a propriedade do subsolo foi, novamente, separada da propriedade do solo, sendo do Estado os direitos sobre os recursos minerais do subsolo. Desse modo, a exploração das riquezas do subsolo somente poderia ser realizada por meio de concessão do Governo Federal.

Importante frisar que, conforme Gilberto Bercovici (2011, p. 91), “até a Revolução de 1930, o petróleo não se apresentava ainda como um problema nacional”. É somente com tal revolução e com a busca pela independência econômica, que o Estado passou a buscar a efetivação do controle sobre seus recursos naturais, visando a desenvolver-se com base no usufruto das riquezas do subsolo (MOURA; CARNEIRO, 1976, p. 169-172).

Nessa etapa, foi criado o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), o qual assumiu a tripla função de regular o setor de petróleo, formular a política nacional desse setor e executar, diretamente, a pesquisa no território nacional. Assim, em janeiro de 1937, ocorreu a primeira descoberta comercial de petróleo em Lobato, Bahia (DIAS; QUAGLINO, 1993, p. 16- 18). Posteriormente, em 1940, houve a construção da primeira refinaria brasileira, em Mataripe, Bahia. Em dezembro de 1945, foram construídas outras duas refinarias, essas privadas, em Capuava e no Rio de Janeiro (TOLMASQUIM; PINTO JÚNIOR, 2011, p. 246). Nesse período, o CNP iniciou a construção da refinaria de Cubatão, em São Paulo. Com a criação dessas refinarias, percebe-se o início de uma incipiente concorrência no setor.

Temendo os riscos da dependência externa de petróleo, Vargas, na volta à Presidência da República, iniciou a campanha “O Petróleo É Nosso”, no intuito de estabelecer o monopólio estatal. Dessa maneira, após inúmeros debates, com base no princípio da indústria nascente³, foi sancionada a Lei nº 2004/1953, a partir da qual o setor de petróleo voltou a ser monopólio da União e foi criada a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, uma sociedade de economia mista, à qual cabia o exercício exclusivo do monopólio da união nas atividades de

pesquisa, lavra, refino e transporte no setor de petróleo. Com o advento da referida lei, é possível afirmar a inexistência de concorrência no setor.

A terceira etapa compreende o período entre 1953 e 1995, sem grandes alterações legislativas e com destaque para a atuação da Petrobras. Na sua primeira década de atividades, a Petrobras focou-se em implantar o parque de refino no país (DIAS; QUAGLINO, 1993, p. 115-118). Com o desbravamento das fronteiras exploratórias, a Petrobras conseguiu dar novas perspectivas à indústria de petróleo no Brasil. Nesse passo, com o desenvolvimento no setor e a crise financeira do Estado brasileiro por volta de 1980 e 1990, a justificativa econômica para a manutenção do monopólio no setor se esvaiu (FONTES; FONTES, 2013, p. 77), não havia mais que se falar em “indústria nascente”, sendo a Petrobras uma forte empresa, capaz de concorrer, isonomicamente, com as demais. Durante toda essa etapa, houve a prevalência do monopólio.

Com isso, inicia-se a quarta etapa da indústria nacional do petróleo, a qual é marcada pela flexibilização do monopólio da Petrobras e a busca por maior eficiência no setor. O início dessa etapa é marcado pela Lei nº 9478/97, a qual regulamentou a Emenda Constitucional nº 09 de 1995, a qual permitiu, através da concessão, precedidas de licitação, as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural⁴. Com tais mudanças, as bacias sedimentares nacionais têm sido alvos de licitações desde 1999, perfazendo o total de 11 rodadas, contando com a Rodada Zero. Nessa etapa, pode-se caracterizar a existência de concorrência no setor, principalmente, quando da ocorrência das licitações.

Com o descobrimento das camadas de Pré-Sal, os novos potenciais propagados e a apresentação de um novo marco legal que regulará as licitações futuras, acredita-se estar iniciando uma nova fase na indústria petrolífera brasileira. Assim como nas etapas já descritas, possivelmente, a imposição de um novo marco regulatório acarretará inúmeras mudanças na relação entre o Estado brasileiro e as empresas exploradoras e produtoras de petróleo.

³ “A racionalidade da nacionalização parece muito mais justificada pelo princípio da indústria nascente (construção da grande empresa nacional do petróleo para enfrentar os desafios necessários e fazer frente à ameaça potencial do capital estrangeiro) e pela percepção do caráter estratégico para a industrialização do país (a grande aspiração sociopolítica nacional) do que por motivação anti-imperialista”. TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz (Org.). Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 248.

⁴ “Art. 23 As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica”. Brasil. Lei 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

3. NOVO MARCO REGULATÓRIO COM A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL

A Constituição Federal de 1988 afirma que um dos princípios da ordem econômica e financeira do país é a livre concorrência, entendida por André Ramos Tavares (2011, p. 256) como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”. Isto é, a livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica brasileira, consiste na competição lícita entre produtores ou prestadores de serviços, desde que tal competição esteja de acordo com as aspirações nacionais.

Com base nesse fundamento, em 1995, a Emenda Constitucional nº 09 foi aprovada, redimensionando o papel do Estado nas áreas de energia e telecomunicações. Entre as inovações da época, houve a flexibilização do monopólio, até então exercido pela União, através da Petrobras, nos setores de exploração e produção do petróleo, a qual foi vista de forma positiva, devido à necessidade de investimentos em infraestrutura, para fomentar o desenvolvimento nestes setores.

Atualmente, houve o desenvolvimento de técnicas para explorar e extrair petróleo das denominadas camadas de Pré-Sal, situadas na costa leste brasileira e reconhecidas como prováveis áreas estratégicas para o desenvolvimento nacional, conforme lei federal, sendo caracterizadas por seu baixo risco exploratório e o elevado potencial de produção de hidrocarbonetos.

Assim, com a possibilidade técnica de explorar e extrair petróleo dessas camadas, o sistema jurídico do referido país sofreu, novamente, inovações, com o intuito de ajustar-se para beneficiar o Estado brasileiro, posto que, assim, o Brasil passará a ocupar posição central quanto à exploração petrolífera mundial. Nesse sentido, Anna Priscylla Lima Prado (2011, p. 16) ressalta a importância dessa descoberta:

A camada pré-sal foi uma das maiores descobertas de petróleo de todos os tempos serão ‘mais de 8 bilhões de barris de petróleo em uma faixa de cerca 800 km de extensão’, ou seja, o Brasil passará a ser umas das maiores potências de petróleo do mundo possuindo assim uma ‘arma’ geopolítica no cenário internacional.

Nesse passo, foram instituídas novas leis no intuito de aumentar a área de atuação do Estado como agente econômico da Indústria de Petróleo e Gás Natural. Entre as leis que disciplinam as atividades nas áreas do Pré-sal, destaca-se, para fins de análise do presente estudo, a Lei 12.351 de 22 de dezembro de 2010, a qual instituiu o regime de partilha da produção como novo marco regulatório da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos no Brasil.

O referido regime pode ser caracterizado pelo seu objetivo primordial de fazer com que o hidrocarboneto extraído seja propriedade do Estado, que “entregará” parte desse hidrocarboneto às empresas exploradoras e produtoras, como remuneração pela realização de atividades de risco.

Assim, o Estado deve outorgar à determinada empresa o direito exclusivo de conduzir as atividades de exploração e produção de petróleo em uma dada região; essa empresa, a seu próprio risco, explora a área e recebe, conforme porcentagem fixa da produção, parte do que fora produzido como compensação pelo risco (cost oil). O restante produzido, profit oil, será partilhado entre a referida empresa e o Estado brasileiro (BNDES, 2009, p. 23).

O regime de partilha da produção, da forma que foi instituído no Brasil, apresenta algumas peculiaridades, como o estabelecimento de que a Petrobras terá direito a explorar, pelo menos, 30% de todos os blocos das áreas do Pré-Sal, bem como de áreas consideradas estratégicas pelo CNPE⁵.

Ainda, a Petrobras poderá, por dispensa à licitação, ser contratada diretamente para exercer as atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos nas áreas já destacadas⁶, como, também, para realizar estudos exploratórios⁷.

⁵ “Art. 10: c) a participação mínima da Petrobras no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento);” Brasil. Lei nº 12.351/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁶ “Art. 12. O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, visando à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, a Petrobras será contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção”. Brasil. Lei nº 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁷ “Art. 7o Previamente à contratação sob o regime de partilha de produção, o Ministério de Minas e Energia, diretamente ou por meio da ANP, poderá promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas. Parágrafo único. A Petrobras poderá ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação prevista no caput”.

Assim, deve-se ressaltar que, no regime de partilha da produção como instituído no Brasil, o *profit oil* será dividido entre o Estado brasileiro e um consórcio formado entre a empresa exploradora e a Petrobras. Isto é, extraído do *profit oil* o montante pertencente ao Estado, pelo menos, 30% desse restante será da Petrobras e os outros 70% da empresa exploradora.

Dessa forma, tendo a garantia legal de participação mínima em 30% dos blocos do Pré-Sal, além de ser a única empresa operadora em todos os blocos do Pré-Sal, resta claro que a Petrobras detém, portanto, uma clara vantagem sobre todas as empresas que desejarem concorrer nesse setor.

4. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO REGIME DE PARTILHA DA PRODUÇÃO EM ÁREAS DO PRÉ-SAL

Inicialmente, é necessário esclarecer que Marques Neto (2005, p. 69-88) aduz que a regulação estatal pode ocorrer de três modos, sendo eles: o anticoncorrencial, o não concorrencial e o pró-concorrencial.

O primeiro modo é caracterizado pela ausência de concorrência - monopólio do setor, geralmente, exercido pelo próprio Estado. No setor petrolífero, impera o regime pelo qual a legislação aduz que não apenas os recursos petrolíferos são de propriedade do Estado, mas, também, que as atividades de exploração⁸ e produção⁹ só poderão ser exercidas por empresa estatal criada para essa finalidade (TOLMASQUIN; PINTO JÚNIOR, 2011, p. 25), como ocorria, por exemplo, no

período entre a Lei 2004 de 1953 e a Emenda Constitucional nº 09 de 1995. A gestão, supervisão e o controle operacional serão da empresa estatal.

Por sua vez, no modo não concorrencial, há concorrência no setor, porém, sem estímulo estatal, isto é, o Estado foca sua regulação em outras áreas, como preservação do meio ambiente e qualidade de prestação de serviços. O governo, para regular de forma não concorrencial, pode, por exemplo, havendo a previsão da licitação pública, fazer uso da dispensa desta (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 139-140). Ainda, outra característica marcante desse modo de regulação é o estímulo à participação de grupos marginalizados (LAUAR, 2008, p. 14), como apenados e população de baixa renda.

Já o modo pró-concorrencial é aquele, no qual, a intervenção estatal visa ao estímulo, dinamização e desenvolvimento da concorrência no setor, bem como a correção de falhas naturais dos mecanismos de mercado (LAUAR, 2008, p. 17), de modo a evitar a concentração das atividades de setores da economia.

Tal modo está em consonância com o art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988, que deflagra, como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, a livre concorrência, isto é, consagra que as normas jurídicas pátrias, com finalidade de regulação setorial ou não, devem contribuir com a competição lícita das empresas (particulares ou públicas), que objetivem êxito econômico, seguindo as leis de mercado e contribuindo para o desenvolvimento nacional e a justiça social (TAVARES, 2011, p. 256). Na indústria do petróleo, faz uso, além de outras medidas¹⁰, da licitação¹¹ (como especificado no marco regulatório) para conferir uma justa concorrência ao setor.

Brasil. Lei nº 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.⁶ “Art. 12. O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, visando à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, a Petrobras será contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção”. Brasil. Lei nº 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁸ “Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: (...) XV - Pesquisa ou Exploração: conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural”. Brasil. Lei nº 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁹ “Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: (...) XVI - Lavra ou Produção: conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação”. Brasil. Lei nº 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

¹⁰ Entre essas medidas, pode-se citar, como exemplo, o conteúdo local e o estímulo a empresas de pequeno porte.

¹¹ A licitação pode ser entendida como a forma mais eficiente encontrada pela Administração Pública para contratar conforme seus princípios. Hely Lopes Meirelles (2011, p. 283) entende que “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Já Celso Antônio Bandeira de Melo (2011, p. 528) aduz que “licitação – em uma síntese – é um certame que (...) estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.

Relembra-se, por oportuno, que a Lei 12.351/2010 institui o regime de partilha de produção (anteriormente explicado) em áreas do Pré-Sal, bem como em áreas estratégicas, apresentando, ainda, particularidades, como a determinação de que a Petrobrás será a única empresa operadora em todos os blocos contratados por este regime, como, também, poderá ser contratada diretamente, com dispensa de licitação, e, em caso de não ser vencedora em licitações, deverá constituir consórcio com o licitante vencedor, com participação mínima de 30%.

Apesar dos claros privilégios, não se pode, todavia, afirmar que a nova regulação da indústria do petróleo é caracterizada pelo modo anticoncorrencial, isto é, não foi estabelecido, nas atividades de exploração e produção de petróleo, o completo monopólio estatal, tendo em vista a contínua previsão de licitações para que empresas públicas e privadas possam concorrer para serem contratadas pelo Estado, sob regime de partilha da produção.

Assim, havendo previsão de licitação e a possibilidade de diversas empresas atuarem no setor de exploração e produção de hidrocarbonetos nos blocos do Pré-Sal, não há que se falar em regulação anticoncorrencial nesse setor.

Não obstante, é possível dizer que são claramente mitigados o estímulo e o desenvolvimento da concorrência nos setores de exploração e produção da indústria do petróleo, quando se compara ao regime existente anteriormente ao marco legal do Pré-Sal, posto que as empresas (com exceção da Petrobras) que desejem concorrer às licitações de blocos exploratórios em áreas do Pré-Sal terão que, incorrendo em todos os riscos e custos inerentes às atividades de exploração e produção, dividir o produzido com o Estado e com a Petrobras, além de ser obrigada a realizar consórcio com esta.

Assim, não é possível dizer que a nova regulação adotou o modelo pró-concorrencial, uma vez que, com a minimização do estímulo e do desenvolvimento da concorrência, como também com os privilégios concedidos à Petrobras já destacados, não é possível verificar, nesse novo marco regulatório, o incentivo à livre competição entre os agentes econômicos dos setores em questão.

Nesse passo, destaca-se que esse modo de regulação não está em completa consonância com o princípio da livre concorrência e, na própria “avaliação da proposta para o marco regulatório do Pré-Sal” (JACQUES et al., 2009, p. 12), afirma-se que tal princípio é, claramente, mitigado diante da reserva de mercado que o projeto, hoje lei, confere à Petrobras.

Contudo, o novo marco não visa a regular pautas distintas da concorrencial, sendo seu foco a regulação da concorrência do setor, permitindo a dispensa somente em casos justificados pelo CNPE, não caracterizando, portanto, o modo não concorrencial já mencionado. Também não há a intensa participação de grupos marginalizados, para que se pudesse caracterizar tal modo.

Dessa maneira, observa-se que a nova regulação dos setores de exploração e produção da indústria do petróleo não se insere em nenhum dos modos concorrências descritos por Marques Neto (2005, p. 69-88).

Com isso, o presente estudo sugere um novo modo distinto dos já apresentados: a regulação inter-concorrencial, estando em uma posição intermediária entre a total ausência de concorrência com a prevalência do monopólio e a existência da livre concorrência, havendo o estímulo à igualdade de condições competitivas entre os concorrentes. Em tal modelo de regulação, portanto, o Estado não institui diretamente o monopólio, mas estabelece normas que reduzam o estímulo à livre concorrência, de forma que essa seja mitigada.

Isto é, o Estado, ao introduzir o novo marco regulatório, mantém-se em uma posição ativa quanto à regulação concorrencial (diferentemente do que ocorre no modelo não concorrencial), mas não cria mecanismos para estimular a competição entre os concorrentes e impulsionar o desenvolvimento da livre concorrência (contrariando, assim, o modo pró-concorrencial), à medida que institui normas que garantem benefícios específicos a uma só empresa.

Assim, ressalta-se que o marco regulatório instituído pela Lei nº 12.351/2010 pode ser caracterizado por uma postura estatal que, apesar de não instituir o monopólio, garantindo a ocorrência de licitações (e, assim, da concorrência), assevera expressos benefícios à determinada empresa, prejudicando a livre concorrência entre os agentes econômicos, sendo classificada, portanto, como uma regulação inter-concorrencial.

Por fim, enfatiza-se que o presente trabalho não pretendeu tecer uma crítica à nova atuação da Petrobras, nem verificar se o sistema de partilha da produção, conforme fora instituído na legislação brasileira, está ou não de acordo com a Constituição Federal, mas, somente, restringiu-se a caracterizar o novo marco regulatório quanto ao modo concorrencial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, pode-se constatar que a concorrência de um setor econômico tende a ser alterada conforme se modifica o seu marco regulador, como

tem ocorrido, por exemplo, na história da indústria do petróleo brasileiro.

Com a instituição de um novo marco regulador “pós Pré-Sal”, acredita-se que serão acarretadas significativas mudanças na concorrência dos setores de exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil, sendo iniciada, com isso, a quinta fase da história dessa indústria.

Nesse passo, o presente trabalho buscou demonstrar que, com essas significativas mudanças na regulação da indústria do petróleo, a concorrência, anteriormente caracterizada pelo modo pró-concorrencial, será miti-

gada, a partir da concessão de privilégios à Petrobras, mas não chegará a ser uma regulação não concorrência ou, até mesmo, anticoncorrencial.

Sugere-se, assim, um novo modo de classificar a concorrência de um marco regulador, com a criação do modo inter-concorrencial, o qual pode ser caracterizado pela existência de normas reguladoras, que não instituíam o completo monopólio, mas mitiguem o estímulo à livre concorrência, a partir de uma posição estatal que conceda significativos privilégios a uma dada empresa ao ponto de dificultar e, até mesmo, atenuar a livre concorrência nesse setor.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BUCHERB, 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.
- DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. **A questão do petróleo no Brasil** – Uma história da Petrobrás. Fundação Getúlio Vargas – Petróleo Brasileiro S.A, 1993, p. 2.
- FONTES, Grazielly Anjos; FONTES, Karolina Anjos. A história do petróleo no Brasil: aspectos históricos e jurídicos acerca da flexibilização do seu monopólio. **Juris Rationis**, Natal, n. 1, p.73-80, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JACQUES, Carlos et al. **Avaliação da proposta para o marco regulatório do Pré-Sal**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2009. (Texto para discussão).
- LEITE, Marcelo Lauar. **Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural**. 2008. 78 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Ufrn, Natal, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.69-88, jan./dez. 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de Melo. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PRADO, Anna Priscylla Lima. **Uma análise acerca da assimetria de informações no contexto do Pré-Sal em benefício da Petrobras**. VI Congresso Iberoamericano: Regulacion, gestión y control de los servicios públicos. Mensoza, Argentina: 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.
- TOLMASQUIN, Maurício Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Marcos Regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.