

# O Histórico da Extração e Exploração do Petróleo no Brasil e o Novo Marco Regulatório do Pré-Sal

**Viviane Alonso Alkimim**

*Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal - Nova Iguaçu*

## I – EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL DO PETRÓLEO E DO REGIME DAS CONCESSÕES DE RECURSOS MINERAIS

Inicialmente, cumpre mencionar que a exploração do petróleo no Brasil ocorreu sob a forma de livre exploração, ou seja, o proprietário do terreno onde era encontrado o petróleo poderia livremente explorá-lo ou cedê-lo. Tal modelo de exploração, também conhecido como modelo da cessão física, embora nos pareça estranho, foi largamente utilizado em vários estados dos EUA.

O regime da livre exploração ou cessão física do petróleo foi alterado no Brasil a partir da década de 50 pela Lei 2004, de 03 de outubro de 1953, com a campanha “O Petróleo é Nosso”, quando foi criada a empresa estatal PETROBRÁS, com previsão da Política Nacional do Petróleo. O Presidente da República Getúlio Vargas, na ocasião, instituiu o monopólio de exploração e do processamento do petróleo em favor da União. As jazidas de petróleo foram tornadas públicas, ou seja, estatizadas, cabendo apenas à União, por meio de sua empresa estatal Petrobrás, a exploração petrolífera.

As operações de exploração e produção de petróleo, bem como as demais atividades ligadas ao setor de petróleo, gás natural e derivados, à exceção da distribuição atacadista e da revenda no varejo pelos postos de abastecimento, foram conduzidas pela Petrobrás de 1954 a 1997. Depois de exercer por mais de 40 anos, em regime de monopólio, o trabalho de

exploração, produção, refino e transporte do petróleo no Brasil, a Petrobrás passou a competir com outras empresas estrangeiras e nacionais quando o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Esse diploma legal regulamentou a redação dada ao artigo 177, §1º, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 09 de 1995, permitindo que a União contratasse empresas privadas para exercê-lo.

Atualmente, a Petrobrás tem natureza jurídica de empresa estatal de economia mista, instituída em forma de S/A, com capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores aos acionistas privados, sendo a União a detentora da maioria das ações votantes da empresa.

Como mencionado, a exclusividade da exploração do petróleo pela empresa pública Petrobrás perdurou até o ano de 1995, ocasião em que foi editada a Emenda Constitucional nº 09/1995 e, posteriormente, sancionada a Lei Federal nº 9.478/1997 que, em tese, sem quebrar o monopólio, admitiu o regime de livre concorrência na exploração e processamento do petróleo e de outras fontes de energia. Essa lei também criou a ANP – Agência Nacional do Petróleo, e o CNPE – Conselho Nacional de Política Energética, vinculado diretamente à Presidência e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

É importante ressaltar que a Constituição da República de 1988 dispõe, em seus artigos 170 a 181, o Título VII, que regula a Ordem Econômica e Financeira. Nesses artigos constitucionais, foi instituído como corolário da nova ordem jurídica constitucional o regime da livre iniciativa por meio do “princípio fundamental da livre iniciativa”<sup>1</sup>.

Nesse sentido, afirma Gaspar Ariño Ortiz<sup>2</sup> que o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma, também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade

---

**1 JURUENA, Marcos.** Nos termos do parecer apresentado ao IBP, gentilmente cedido pelo autor – Propostas Legislativas de Novo Marco Regulatório do Pre-Sal. De acordo com o saudoso jurista Marcos Juruena, o **princípio da livre iniciativa** traz como corolários dois subprincípios, a saber: o da **abstenção**, pelo qual é defeso ao Estado explorar atividades econômicas em competição ou em substituição aos agentes privados, e o da **subsidiariedade**, por força do qual o dever de abstenção é atenuado e excepcionado, nas hipóteses de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional, definidos em lei ou na própria Constituição. No primeiro caso, tem-se um regime de intervenção concorrencial do Estado na economia; no segundo, uma intervenção monopolística.

---

**2 ORTIZ, Gaspar Ariño.** *Princípios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 212/13.

contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o livre desenvolvimento da personalidade.

Atualmente, a exploração do petróleo é regulada pela própria Constituição da República, que traça as principais diretrizes da matéria, e pelas Leis 9.478/1997, 12.304/2010 e 12.351/2010.

Acrescente-se, por fim, que o Petróleo, em regra existente no subsolo do território brasileiro (terrestre ou marítimo), pertence em última análise à União<sup>3</sup>, que deverá explorá-lo através de concessões<sup>4</sup>, tendo em vista o regime da livre iniciativa.

O monopólio está mantido nas mãos da União, cabendo ao poder central decidir abrir ou não licitações, explorar ou não jazidas, sob tal ou qual modelo. Contudo, em decidindo por iniciar tal exploração das atividades econômicas, as mesmas, por princípio, deverão ser licitadas a todos os entes privados<sup>5</sup>.

## II – EXAME CONSTITUCIONAL DO MODELO DE CONCESSÃO DO PETRÓLEO

Como visto anteriormente, o poder constituinte derivado não previu expressamente qualquer obrigatoriedade de adoção do regime de concessões para a exploração do petróleo, embora o princípio fundamental a ser adotado seja o da livre iniciativa. Caberia, em tese, ao legislador ordinário uma discricionariedade legislativa para o estabelecimento dos marcos regulatórios do setor, de acordo com o atual artigo 177, § 1º, da CR (com a redação que lhe foi dada pela EC nº 09/1995).

O questionamento que se impõe é se o legislador ordinário poderia alterar a cada momento o modelo de exploração do petróleo, ou seja, se

---

<sup>3</sup> Artigo 176 da CR/88: “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.” (grifos nossos)

Artigo 3º da Lei 9.478/1997: “Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.”

---

<sup>4</sup> Artigo 177, § 1º da CR/88: “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.”

---

<sup>5</sup> **JURUENA, Marcos.** Nos termos do parecer apresentado ao IBP: “a licitação é um instrumento que tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade, além do princípio da isonomia e da livre concorrência... O autor cita, ainda, a necessidade de observância aos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica (confiança legítima), da proporcionalidade e da autonomia da vontade”.

estaria condizente com o novo regime constitucional da liberdade econômica – livre iniciativa - a possibilidade de alteração dos marcos regulatórios de exploração de cada jazida específica.

Após o advento da Lei do Petróleo (Lei 9.487/1997), considerada como uma lei – quadro<sup>6</sup>, a União passou a explorar as jazidas de petróleo em regime de concessão, em regra.

Nesse ponto a doutrina diverge profundamente. Alguns autores entendem que, por pertencer o petróleo à União (bem público da União), será permitida à mesma sua livre exploração como bem lhe aprouver (diretamente, através de concessões ou por qualquer outro meio jurídico, como pelo meio de partilhas).

A EC nº 09/1995 permitiu em relação ao petróleo a contratação de outros agentes para exercer a atividade configurada antes como monopólio indelegável. Nesse sentido, somente a União é a proprietária da jazida, bloco ou da plataforma continental, mesmo que conceda a terceiros (privados ou não) o poder de exercer a atividade de lavra (através do contrato de concessão ou mediante outro instrumento jurídico).

O concessionário terá tão somente o direito de explorar atividade econômica decorrente do direito real outorgado à União pelo poder constituinte originário. O concessionário não tem direito real ou pessoal sobre o bloco; apenas o direito de exercer atividade econômica (artigo 5º da Lei nº 9.478/1997).

Outros autores entendem que, mesmo pertencendo à União, tendo em vista o princípio da livre iniciativa, lhe seria defesa a exploração por método diverso da concessão, pois o Estado deve abster-se da prática de atividades cabíveis aos particulares.

Em outros países, pode-se vislumbrar diversos modelos de exploração de petróleo. De um lado, identifica-se o tradicional modelo da cessão física (adotado basicamente nos EUA), o da exploração direta pelo próprio Estado (diretamente ou por meio de outorgas legais) e o modelo da pres-

---

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás”, in REDAE, 2006. De acordo com o autor: “A lei do Petróleo ... integra a categoria das lei-quadro (lois-cadre) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais os administrador deva pautar a sua atuação, conferindo à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do Legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.”

tação de serviços, também conhecido como modelo de partilhas (pode ser puro ou misto), a cessão onerosa e o modelo da concessão<sup>7</sup>.

A adoção de determinado modelo contratual pelo Estado a ser travado com o particular muitas vezes dependerá dos riscos envolvidos na exploração.

A doutrina dispõe que, nos contratos de concessão, os riscos são maiores para o particular, sendo que, na hipótese de o particular encontrar o petróleo, este ficará com o recurso natural, ao passo que, no contrato de partilha, o particular dividirá com o Estado a alocação de riscos.

### III – A MUDANÇA DOS MARCOS REGULATÓRIOS DE EXTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO DA CAMADA DO PRÉ-SAL – O NOVO MODELO CONTRATUAL PREVISTO NA LEI 12.351/2010

A Lei 12.351 de 2010 trouxe em seu bojo a alteração do marco legal para exploração do petróleo, provavelmente existente na chamada camada do pré-sal<sup>8</sup>. O artigo 5º da Lei do Petróleo – Lei nº 9.478/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.351/2010 – dispõe que:

*“as atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.”*

Diante da suposta certeza da existência do petróleo nesta camada, havendo baixíssimos riscos na exploração e considerando a alta produtividade do local, com elevado potencial de produção, a União resolveu alterar o marco legal para exploração do petróleo.

---

<sup>7</sup> JURUENA, Marcos. Parecer apresentado ao IBP. O autor cita alguns modelos de exploração de petróleo: a) concessões tradicionais, em que são transferidos os riscos para o concessionário, mas que este será o proprietário do petróleo extraído; b) *production-sharing contracts*, ou contrato de partilha, no qual o risco é integral do concessionário, que tem o direito de dividir a produção do petróleo; c) contrato de *joint-venture*, no qual o risco é do concessionário, mas há a possibilidade de divisão dos riscos da produção do petróleo, notadamente pela criação de sociedades de propósitos específicos (JOA's) ou por meio de associações (*nonincorporate joint venture*).

---

<sup>8</sup> O artigo 2º, IV da Lei 12.351/2011 dispõe que a **área do pré-sal**: “região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidos 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.”

É digna de nota a alteração da orientação política no que tange à intervenção do Estado na economia, uma vez que o governo antecessor adotava linha de maior liberdade econômica aos privados, ao passo que o governo atual retorna a uma maior intervenção estatal na economia.

Após o advento da Lei do Petróleo, o marco legal para sua exploração passou a ser o da concessão, considerando a opção do legislador, que admite, ainda, os riscos na exploração dessas riquezas.

No entanto, após descoberto o petróleo da chamada camada do Pré-Sal, o legislador pátrio, por ocasião do governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, resolveu alterar o marco legal da exploração do petróleo nessa e em outras áreas estratégicas, instituindo o modelo de partilha da exploração<sup>9</sup>, criando-se nova empresa estatal denominada Pré-Sal Petróleo S/A, também conhecida como Petro-Sal. Ressalte-se que não foram definidas em lei as áreas estratégicas para a exploração do petróleo.

Esta empresa pública foi criada através da Lei 12.304/2010 e terá como objeto principal a gestão dos contratos de partilha de produção e de comercialização de hidrocarbonetos.

No contexto da nova disciplina legal que rege a exploração da área do pré-sal, foi instituído um consórcio obrigatório entre a Petrobrás e as demais operadoras privadas que se habilitarem a explorar a região (dentre estas a própria Petrobrás), sendo que, como sublinhado, o modelo de delegação estatal será o da partilha de produção e não mais o da concessão. Dessa forma, as empresas privadas que forem vitoriosas nos certames licitatórios deverão constituir um consórcio obrigatório com a Petrobrás e com a Petro-Sal (empresa pública de que trata o artigo 8º, § 1º da Lei 12.351/10).

A Petrobrás terá participação mínima de 30% (trinta por cento) no consórcio obrigatório previsto no artigo 20 da Lei 12.351/10, conforme teor do artigo 10, “c”, criando o legislador uma reserva de mercado em favor da Petrobrás.

A referida lei prevê que a participação da Petrobrás nos consórcios obrigatórios admite dispensa de licitação, podendo ser a Petrobrás con-

---

<sup>9</sup> O artigo 2º, I, da Lei 12.351/2010 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, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

tratada diretamente pela União para a pesquisa e posterior exploração e produção dos hidrocarbonetos (artigo 12 da Lei 12.351/10).

A Petro-Sal, empresa pública integrante do consórcio obrigatório, será representante da União no contrato de partilha de produção, conferindo-lhe a lei, inclusive, poderes próprios de agência regulatória, que têm sido duramente criticados pela doutrina. A Petro-Sal tem natureza jurídica de empresa estatal, instituída em forma de S/A, de capital fechado, com todas as ações detidas pela União. A lei prevê ainda que a Petro-Sal terá, entre outras atribuições, a de representar a União nos consórcios e comitês operacionais.

Alguns doutrinadores, dentre estes Gustavo Binembojm<sup>10</sup>, vêm asseverando que, com o advento da Lei 12.351/2010, houve um *recall* do poder concedente, aumentando a politização do setor do Petróleo, com concentração das decisões estratégicas no âmbito do CNPE ou mesmo no Ministério das Minas e Energia.

A nova legislação comprimiu ainda o espaço institucional da ANP, retirando-lhe, de certa forma, poderes regulatórios. O referido autor sustenta que a mudança no marco legal na indústria do petróleo no Brasil representa incremento dos riscos políticos e regulatórios deste setor, causando instabilidade aos investidores.

Uma das principais críticas ao modelo de exploração da área do pré-sal é a criação do consórcio obrigatório com a Petrobrás sem licitação, ou seja, caberá a essa empresa uma fatia considerável da exploração destas riquezas, sem que precise submeter-se ao certame público.

#### **IV – CRÍTICAS AO NOVO MODELO DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO NO BRASIL APÓS A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS**

A doutrina vem divergindo acerca do novo modelo de exploração das prováveis e imensas jazidas de hidrocarbonetos líquidos, fluidos e gasosos descobertas na área de mar territorial brasileiro, denominada como pré-sal (área definida em lei, como evidenciado anteriormente).

---

<sup>10</sup> Nos termos da palestra conferida no VII Simpósio sobre Agências Reguladoras ocorrido no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de abril de 2011, organizado pelo IDBP.

Alguns doutrinadores, como Alexandre Aragão<sup>11</sup>, asseveram que, em última análise, o Petróleo e os demais hidrocarbonetos são propriedade da União, conforme assegurado pela Constituição da República, amparada em leis infraconstitucionais próprias e, por tal motivo, cabe à União decidir a forma de exploração destas riquezas. Dessa forma, o regime de partilha seria juridicamente amparado e consoante com o texto constitucional.

Outro posicionamento doutrinário defende que o novo modelo de partilha para a exploração da camada do pré-sal dá origem a grande insegurança no cenário econômico, principalmente quando se leva em conta as vultosas quantias e o emprego de pesquisas e tecnologias, que exigem investimentos a longo prazo.

Nessa linha de argumentação, a mudança dos marcos regulatórios para exploração de determinados setores da economia, especificamente do setor da exploração do petróleo, atentaria contra o princípio da segurança jurídica, a proibição de retrocesso, dentre outros, atingindo igualmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Mudança tão radical da legislação, sem amplo debate prévio, poderá frustrar também os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia.

As alterações legislativas, a despeito das novas pesquisas e <sup>12</sup>descobertas de jazidas neste setor, acabariam por desestimular e afastar novas pesquisas e investimentos da iniciativa privada. Os investidores não podem perder a confiança (princípio da confiança legítima) em seus investimentos em determinado setor econômico, de determinado país, especialmente quando os mesmos envolvem alta complexidade tecnológica e correspondente exigência de recursos de toda ordem.

Conforme alguns doutrinadores, em respeito aos princípios constitucionais em jogo, o modelo de exploração do petróleo não poderia ser alterado, devendo ser mantido o regime da concessão. Nessa ordem de entendimento, indica-se aumento da forma de cobrança das parcelas de contrapartida pela exploração das riquezas. Acrescente-se a esse cenário a previsão legislativa de parte da camada do pré-sal (no mínimo 30 %) ser

---

<sup>11</sup> Nos termos da palestra conferida no VII Simpósio sobre Agências Reguladoras ocorrido no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de abril de 2011, organizado pelo IDBP.

<sup>12</sup> A Lei do Petróleo ( Lei 9.478/1997) prevê, em seu artigo 45, a cobrança no contrato de concessão, que deverá ser previamente prevista no contrato de licitação das seguintes participações: I – bônus de assinatura; II – royalties; III – participação especial; IV – pagamento pela ocupação ou retenção de área.



reservada à Petrobrás sem licitação, o que atentaria diretamente contra os princípios invocados<sup>13</sup>.

Alguns críticos das novas regras de exploração do petróleo no Brasil ainda se insurgem contra a criação do consórcio obrigatório com a Petrobrás, o que ofenderia os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de associação e de iniciativa e proporcionalidade.

Por fim, ainda se ouvem críticas à criação da empresa pública Petro-Sal, e conseqüente esvaziamento da agência reguladora existente – ANP. Tal iniciativa violaria diversos princípios constitucionais, especialmente o da economicidade, que acarretará o inevitável inchaço da máquina administrativa e o da própria moralidade administrativa.

Outro ponto a ser destacado é que a Petro-Sal receberá sua participação na exploração da camada do pré-sal, sem prévia licitação e, por tais participações, não pagará royalties, bônus de assinatura ou qualquer outra contrapartida.

Dadas as atribuições legais à Petro-Sal e diante de sua natureza, criou-se verdadeiro conflito de atribuições, pois caberão à estatal atribuições reguladoras do setor, dentre outras.

Diante do exposto, nos deparamos com os fundamentos do debate existente e os inevitáveis questionamentos acerca da (in)constitucionalidade de alguns artigos da Lei 12.351/2010. Esta lei, de suma importância para o futuro do país, regulou a exploração mediante o sistema de partilha das jazidas da camada do pré-sal, criando consórcio obrigatório entre a Petrobrás e demais empresas privadas que pretendam concorrer à licitação (inclusive a própria Petrobrás), além de criar a empresa estatal Petro-Sal, que receberá parcela de participação na exploração da atividade e terá, dentre outras atribuições, o papel legal de exercer a correção do setor, como uma espécie de *longa manus* da própria União, através da Presidência da República e do Ministério das Minas e Energia. ♦

---

**13** Vide a orientação da Jurisprudência do STF ao ser declarado no voto do Min. Eros Graus que: “ a Petrobrás não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§ 1º, II, do artigo 173 da CR/88). Atua em regime de competição com as empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatório (artigo 37, XXI da CR/88), as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil.”