

## 6

---

---

**A EVOLUÇÃO DO MONOPÓLIO DO  
PETRÓLEO E O NOVO MARCO  
REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL**

Camila Rocha Cunha Viana

**RESUMO**

O objetivo deste trabalho é traçar um panorama da evolução do monopólio do petróleo e abordar as recentes controvérsias envolvendo o novo marco regulatório do pré-sal. O modelo de exploração e produção (E&P) de petróleo fixado pela EC n. 9/95 se insere no movimento amplo de desestatização da economia brasileira. Nesse contexto, interessante examinar o arranjo institucional trazido pela emenda constitucional em comento e pela Lei do Petróleo, bem como a posição jurídica da Petrobras, braço empresarial da União na pesquisa e lavra das jazidas petrolíferas. Nesse diapasão, o novo marco regulatório do pré-sal e a restauração da posição monopolista da Petrobras levantam inúmeros questionamentos e colocam em discussão a sistemática trazida pela EC n. 9/95 e a feição da indústria do petróleo.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Ordem econômica; Constituição Econômica; monopólios; Direito do Petróleo e Gás; pré-sal.

## **ABSTRACT**

This article explores the evolution of the oil monopoly and the recent controversies involving the new regulatory framework designed for the Pre-salt oil fields. The new model of exploration and production (E&P) brought by the Constitutional Amendment n. 9 of 1995 is a part of a broader movement towards economy's privatization. Thus, it is important to examine the institutional arrangement formed by the constitutional amendment and the Oil Law, as well as the juridical position of Petrobras as Brazil's State-owned company in oil exploitation. Within this moment of change in the regulatory framework, countless questions emerge in respect to the restoration of Petrobras's monopolistic position and the maintenance of the system brought by the CA n. 9/95.

## **KEYWORDS**

Economic order; Economic Constitution; monopolies; Oil and Gas Law; pre-salt.

## **Introdução: a evolução do monopólio do petróleo**

Desde 1934, o sistema constitucional brasileiro determina que a propriedade dos recursos minerais pertence ao Estado<sup>1</sup>. Segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, o petróleo era regido pela denominada *Legislação do Petróleo*, dispersa em inúmeros diplomas legais, notada-

---

1 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.

mente o Decreto-lei n. 395/38<sup>2</sup>. Além de criar o Conselho Nacional do Petróleo (art. 4º) e declarar de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo (art. 1º), o decreto em comento regulava “a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e bem assim a indústria da refinação de petróleo importado e produzido no país”. O Conselho Nacional do Petróleo, subordinado à Presidência da República, era responsável pela orientação e fiscalização do monopólio do petróleo.

No entanto, o diploma central na disciplina do petróleo foi a Lei n. 2.004/53, que instituiu o monopólio estatal sobre atividades exploratórias e de produção – E&P (art. 1º)<sup>3</sup>, a ser exercido por uma sociedade de economia mista: a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS (art. 2º, II). Com efeito, a Constituição de 1946 permitia que a União, por meio de lei especial, interviesse monopolisticamente no domínio econômico.

A Constituição de 1967, a EC n, 1/69 e a redação original da Constituição de 1988 mantiveram o monopólio das atividades de produção e exploração de petróleo.

A partir de 1976, em que pese o ambiente estatizante da época, a Petrobras passou a celebrar os denominados “contratos de risco”, por meio dos quais uma empresa petrolífera privada prestava serviços técnicos, operacionais e financeiros à estatal mediante remuneração<sup>4</sup>. Tais ajustes assemelhavam-se a contratos de serviços com cláusulas

---

2 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – as joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 294.

3 Art. 1º Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim

4 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p. 302.

de risco, transferindo todos os riscos dos investimentos para a empresa contratada. Marilda Rosado de Sá Ribeiro elenca as seguintes características dos contratos de risco: preservação da propriedade da Petrobras sobre o petróleo descoberto; exercício do controle sobre as atividades de exploração; e, desenvolvimento e a execução direta pela Petrobras da fase de produção<sup>5</sup>.

A Constituição de 1988 deu *status* constitucional ao monopólio do petróleo (art. 177), além de proibir, no art. 177, § 1<sup>o</sup>, em sua redação original, a celebração de novos contratos de risco<sup>7</sup>. O parágrafo único do art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT<sup>8</sup> ressaltou da vedação os contratos de risco em vigor na data da promulgação da Carta.

Na Carta de 1988, a União permaneceu com a propriedade dos recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, IX e 176). O art. 176 consagra o sistema dominial de propriedade das riquezas<sup>9</sup>,

5 *Ibid.* p. 303. Segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, o reembolso das despesas de exploração e avaliação realizadas por conta e risco do contratante era feito sem juros após o início da produção comercial, ao passo que no reembolso das despesas de desenvolvimento havia a incidência de juros. *Op. cit.* p. 305.

6 § 1<sup>o</sup> 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, § 1<sup>o</sup>.

7 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, p. 308.

8 Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953.

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1<sup>o</sup>, 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.

9 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.

Sobre o sistema dominial ou regaliano leciona Marilda Rosado de Sá Ribeiro: “é correlato do exercício da soberania pelo Estado, que pode dar em concessão a sua exploração visando a utilização da riqueza em benefício da coletividade. (...) o Estado detém o domínio sobre os recursos minerais, não constituindo *res nullius*, podendo explorar diretamente as minas ou conceder a sua exploração a terceiros.

adotado na ordem constitucional desde a Constituição de 1934. Separa, portanto, a *jazida* do solo, “imputando-a ao patrimônio da União, fazendo com que constitua bem público de *per se*”<sup>10</sup>. São também bens públicos da União os blocos (art. 20, V e VI), considerando que eles geralmente se localizam no mar territorial<sup>11</sup>.

A partir de 1995, a disciplina da exploração de petróleo e gás natural passa por intensas transformações. De acordo com Marilda Rosado de Sá Ribeiro, o processo de transformação da indústria do petróleo e gás se insere no contexto mais amplo de abertura da economia brasileira<sup>12</sup>.

A EC n. 9/95 operou a denominada “flexibilização” do monopólio do petróleo, prevendo a possibilidade de outorga de concessões também às empresas privadas, nos termos de lei que viesse a ser editada. Dessa forma, o § 1º do art. 177 passou a veicular a seguinte redação: “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.” Trata-se, portanto, de delegação do exercício da atividade, de concessão do direito de exploração. Vale dizer: a alteração constitucional passou a permitir o exercício indireto das atividades de E&P, executadas diretamente pela Petrobras desde a promulgação da Lei n. 2.004/53. Segundo Alexandre Santos de Aragão:

No art. 177, I, a Constituição afirma que a União, em regime de monopólio, ou seja, como a única agente legitimada a exercer a atividade no cenário econômico, pode explorar aquele bem que é seu, podendo apenas delegar o seu exercício a particulares mediante

---

Nesse sistema, também cabe ao Estado regular o aproveitamento dos recursos minerais.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, pp. 288-289.

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, fev./mar./abr. 2006, p.14.

11 *Ibid.* p.15.

12 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p. 293.

contrato de concessão (art. 176, § 1º, e 177, § 1º). Em outras palavras, o bem (a jazida) é sempre da União; a atividade de sua exploração também o é, podendo, no entanto, ser concedida a particulares<sup>13</sup>.

Nessa esteira, Nelson Eizirik acentua a existência de diversas modalidades de organização e de gestão do monopólio estatal. Isso porque alguns monopólios são geridos diretamente pelo Estado, outros por entidades autônomas ou descentralizadas, como empresas públicas e sociedades de economia mista, ou, ainda, entregues, em regime de concessão, a particulares<sup>14</sup>. Assim, para o autor, ante a *flexibilidade* na gestão do monopólio estatal, basta a *preponderância* no processo decisório para caracterizar a inserção de tal atividade econômica no setor público<sup>15</sup>.

A lei referida no § 1º do art. 177 deveria tratar das condições de contratação, da estrutura do órgão regulador do monopólio da União e da garantia de fornecimento dos derivados do petróleo em todo o território<sup>16</sup>. Em 1997, foi editada a Lei n. 9.478, a qual cria a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, traça as diretrizes das concessões e fixa o marco regulatório para o setor.

Gustavo Binenbojm elenca as principais diretrizes da Lei do Petróleo, a saber: abertura concorrencial do setor; atração do investimento privado nacional ou estrangeiro (paralelo ou consorciado à Petrobras); fixação de um modelo de regulação independente, que

13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, fev./mar./abr. 2006, p. 14.

14 EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 194, p. 63-76, out./dez 1993, p. 75.

15 *Loc. cit.*

16 § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (incluído pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995)

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (incluído pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995)

II – as condições de contratação; (incluído pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995)

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (incluído pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995)

pudesse dotar o sistema de confiabilidade e segurança jurídica<sup>17</sup>. Por um lado, as diretrizes superiores de política energética foram confiadas à tríade – Conselho Nacional de Política Energética, Presidência da República e Ministério de Minas e Energia (art. 2º, Lei n. 9.478/97). Por outro lado, à ANP foram atribuídas as competências de implementação da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, realização de licitações e gestão dos contratos, delimitação de blocos, fiscalização do setor, dentre outras (art. 8º, Lei n. 9.478/97).

A Lei do Petróleo não traz uma normatização completa da matéria; ao revés, traça parâmetros e objetivos gerais da regulamentação a ser feita pela ANP<sup>18</sup>. Trata-se de uma lei-quadro, à semelhança das demais leis instituidoras de agências reguladoras. Dessa forma, possui a ANP amplo poder para criar cláusulas dos contratos de concessão e de seus respectivos editais de licitação<sup>19</sup>.

A Lei 9.478/97 optou pelo modelo de concessão, sempre precedida de licitação. No contrato de concessão, há a outorga do direito de exercer a atividade econômica (art. 5º, Lei n. 9.478/97), e não de qualquer direito real ou pessoal sobre o bloco<sup>20</sup>. Nesse modelo contratual, a exploração é feita por conta e risco do concessionário e a ele é atribuída a propriedade do produto da lavra após extração<sup>21</sup>. A

---

17 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a partilha de competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

18 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, fev./mar./abr. 2006, p. 3.

19 *Ibid.* p.4.

20 *Ibid.*, p.16.

21 A concessão do produto da lavra ao concessionário foi alvo de questionamento na ADI n. 3.273, julgada improcedente pelo STF. Confira-se trecho do acórdão, da lavra do Min. Eros Grau: “O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’. 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento – a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação

contrapartida consiste no pagamento dos tributos, bônus de assinatura, *royalties* e participações governamentais. O concessionário paga o bônus de assinatura para explorar o bloco, sem a certeza de que ali existe petróleo. Se ele o encontra, o produto da lavra é seu. Se ele não encontrar nada, o Estado terá ganho o bônus de assinatura sem ter tido risco algum. Daí a assertiva de que o risco é integralmente alocado na esfera do particular<sup>22</sup>.

Finalmente, imperioso assentar que a Lei do Petróleo modifica o regime da Petrobras, “que deixa de ser a ‘executora do monopólio da União’ para tornar-se uma empresa em concorrência no mercado, nos termos estabelecidos no art. 62”<sup>23</sup>. Esse papel foi acentuado em trecho da ementa da ADI n. 3.273:

---

do Estado na economia. (...) 5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. 6. 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]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC n. 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. (...)”. ADI n. 3.273, relator Min. Carlos Britto, relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16.03.2005, DJ 02.03.2007.

22 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Contrato de partilha de petróleo e gás: peculiaridades do modelo brasileiro. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

23 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In: LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 434.

14. 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<sup>24</sup>.

O mote do arranjo institucional idealizado pela EC n. 9/95 e complementado pela Lei do Petróleo foi a fixação de um compromisso regulatório após a abertura do mercado de *upstream* à concorrência. Para delegar as atividades de E&P, o legislador fez a opção pelo contrato de concessão, adequado para áreas de alto risco exploratório. Dessa forma, a confiança na regulação levada a cabo por uma autoridade regulatória independente e na manutenção dos contratos de exploração era *conditio sine qua non* para a atração de investimentos privados. O objetivo foi, portanto, evitar a insegurança acerca de possíveis expropriações regulatórias.

## 1. O marco regulatório do pré-sal

### 1.1. Aspectos gerais do novo marco regulatório

Desde a promulgação da Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010, vigora no país um regime regulador misto para as atividades de E&P de petróleo e gás natural. Isso porque a Lei 12.351/2010 estabeleceu para as áreas do polígono do pré-sal<sup>25</sup> (e outras estra-

---

24 ADI n. 3.273, relator Min. Carlos Britto, relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16.03.2005, DJ 02.03.2007.

25 “O termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000 m. O termo pré é utilizado

tégicas) o regime de partilha da produção. Para todo o restante do território, permanece em vigor o regime de concessão estabelecido pela Lei n. 9.478/97<sup>26</sup>. Vale destacar algumas mudanças significativas trazidas no novo modelo:

a) a opção pelo modelo de contrato de partilha de produção<sup>27</sup> para as áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, ainda que não situadas na camada pré-sal (art. 3º), baseado no binômio baixo risco exploratório-elevado potencial produtivo. No contrato de partilha de produção, a empresa operadora do bloco entrega um percentual do óleo extraído ao Estado. Esse percentual será o critério de julgamento das licitações, nos blocos que forem licitados (art. 15, inc. III);

b) a Petrobras será a operadora única ou consorciada de todos os blocos explorados sob este regime (art. 19 e 20);

c) a União poderá contratar exclusivamente a Petrobras ou realizar licitações com livre participação das empresas;

d) nas áreas que vierem a ser licitadas, será assegurada à Petrobras participação mínima de 30% (art. 10, III, c). Se ela não tiver participado da licitação, será sócia compulsória da empresa ou do

---

porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros.” Informação extraída do sítio eletrônico da Petrobras. Disponível em: <[www.petrobras.com.br](http://www.petrobras.com.br)>. Acesso em 27 de setembro de 2011.

26 Informações extraídas do sítio eletrônico da ANP. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 27.09..2011.

27 Sobre o contrato de partilha de produção, ensina Marilda Rosado de Sá Ribeiro: “A estatal do país hospedeiro tem participação na administração e a IOC assume o risco da parte técnica e financeira da operação em uma determinada área sob contrato; a produção pertence ao país hospedeiro; após recuperação dos custos, a produção é rateada entre a estatal e a IOC, de acordo com percentual predeterminado; a renda da IOC é sujeita à tributação; os equipamentos e instalações são propriedade do país hospedeiro.” *Op. cit.* pp. 163-164. A definição legal de contrato de partilha de produção está no art. 2º, inc. I da Lei n. 12.351/2010: “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”.

consórcio que tenha vencido o certame (operadora obrigatória). A Petrobras poderá, ainda, participar dos processos licitatórios visando a aumentar sua participação nas áreas.

Além disso, outras duas leis complementam o novo marco regulatório para o setor de *upstream*: a Lei n. 12.276, de 30 de junho de 2010, e a Lei n. 12.304, de 02 de agosto de 2010.

A Lei n. 12.276/2010 autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, até o volume de cinco bilhões de barris, em áreas não concedidas do pré-sal (art. 1º)<sup>28</sup>. Em contrapartida, a União aumentou a sua participação acionária na Petrobras. Depois de um processo de venda de ações (capitalização) no mercado, em setembro de 2010, a participação total do Estado brasileiro (somando as participações acionárias da União federal, do BNDESPAR, do BNDES, do Fundo de Participação Social e Fundo Soberano) aumentou de menos de 40% para 47,8% do capital social da companhia<sup>29</sup>.

Já a Lei n. 12.304/2010 criou uma nova empresa estatal para o setor, a Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), a qual representará a União nos consórcios para exploração e produção no pré-sal (art. 4º, I, b). Nos termos do art. 2º da Lei n. 12.304/2010, a PPSA não será responsável pela “execução, direta ou indireta, das atividades de ex-

---

28 A Lei n. 12.276 está sendo questionada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4.492), proposta pelo Estado do Rio de Janeiro. O autor pretende seja conferida ao art. 5º da Lei n. 12.276/2010 interpretação conforme à Constituição para que Estados e municípios continuem a receber o pagamento da *participação especial*, na forma da Lei n. 9.478/97, sobre as atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, desenvolvidas nas áreas abrangidas pela cessão onerosa contemplada na Lei 12.276. Segundo o Governador do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento no sentido de que a ausência de previsão expressa no art. 5º das participações especiais exclui a sua incidência viola o pacto federativo, o princípio democrático e as normas contidas no art. 20, § 1º e 177, § 2º da Carta de 88 (compensação financeira para os Estados produtores).

29 Informações extraídas do sítio eletrônico da ANP. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 27.09.2011.

ploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo e gás natural.” No entanto, a nova empresa pública terá presença nos comitês operacionais que definirão as atividades dos consórcios, com direito a voto de qualidade e poder de veto nas decisões (art. 25, Lei n. 12. 351/2010).

A elaboração do novo marco inspirou-se no modelo norueguês. A Noruega possui duas grandes estatais no setor petrolífero: a *Statoil* e a *Petoro*.

Ao comentar a criação da *Statoil*, Bernard Taverne afirma que a participação estatal nas atividades petrolíferas é um importante elemento do regime norueguês<sup>30</sup>. Com efeito, a empresa tornou-se uma das grandes *National Oil Companies* – NOC da indústria do petróleo e gás. Criada em 1972 por um Decreto Real, a *Statoil* é uma empresa controlada pelo Governo e que participa das concorrências por áreas exploratórias, à semelhança da Petrobras. Já a *Petoro*, empresa de capital integralmente público, é a responsável pelo gerenciamento do portfólio do *State's direct finance interests* – SDFI, realizando investimentos em parceria com empresas privadas e a *Statoil*, mas sem atuar como operadora dos blocos<sup>31</sup>.

Estabelecido em 1985, o SDFI é o mecanismo institucional através do qual o Estado norueguês participa diretamente do setor petrolífero na qualidade de investidor. Através desse arranjo, o Estado realiza o pagamento de uma parte dos investimentos e dos custos de operação nos projetos realizados na plataforma continental norueguesa (*Norwegian Continental Shelf* – NCS). Em contrapartida, o Governo recebe uma parcela das receitas oriundas da venda da

---

30 TAVERNE, Bernard G. *Petroleum, industry and governments*. 1a ed. Londres: Kluwer Law International, 2000, p. 219.

31 Informações extraídas do informativo sobre o pré-sal, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis. Disponível em: <<http://www.ibp.org.br/main.asp?Team=%7BF400BB19-AB8B-4DD4-97F0-006C250A-46C3%7D#Modelo%20Noruegu%C3%Aas>>. Acesso em: 8.03.2012.

produção e outras fontes. Atualmente, o SDFI detém a participação em 137 licenças de produção e 14 *joint ventures* para oleodutos e instalações *onsbore*<sup>32</sup>.

Com efeito, o objetivo da *Petoro* é maximizar as receitas do SDFI. Como parceira nas *joint ventures*, a *Petoro* resguarda os interesses do Estado através da proteção de ativos e criação de valor. A estatal participa das discussões e decisões relativas à exploração, desenvolvimento e operação, além de monitorar a venda de petróleo e gás pela *Statoil*<sup>33</sup>.

Conforme amplamente anunciado na imprensa, a PPSA foi inspirada na *Petoro*, assumindo a posição de representante da União nos consórcios e responsável pela gestão dos contratos de partilha de produção. No novo modelo, contudo, a Petrobras atuará como operadora única ou consorciada dos blocos com, no mínimo, 30% de participação. Além disso, a cessão onerosa para a Petrobras implicou um aumento da participação acionária do Governo na estatal (47,8%). Tais elementos do novo modelo vão na contramão da política norueguesa em relação à *Statoil*. De fato, a perda dos privilégios da *Statoil* remonta à criação do SDFI em 1985, ocasião em que a companhia não mais teria direito a 50% de participação nos campos, mas sim 20%<sup>34</sup>. Atualmente, a *Statoil* não só não participa mais de todas as licenças, como tem de competir em igualdade de condições com as demais empresas<sup>35</sup>. Além disso, a *Statoil* foi parcialmente privatizada em 2001 e, em 2007, houve a fusão da empresa com a *Norsk Hydro*<sup>36</sup>.

---

32 Informações extraídas do sítio eletrônico do Ministério de Petróleo e Energia da Noruega. Disponível em: <<http://www.regjeringen.no>>. Acesso em: 8.03.2012.

33 Informações extraídas do sítio eletrônico da *Petoro*: <<http://www.petoro.no/>>. Acesso em: 8.03.2012.

34 TAVERNE, Bernard G. *Op. cit.*, p. 219.

35 Referências para a política industrial do setor de petróleo e gás: o caso da Noruega. Publicação oficial da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/Estudo/cadernoPEG.pdf>>. Acesso em: 9.03.2012.

36 Informações extraídas do sítio da *Statoil*. Disponível em: <[www.statoil.com](http://www.statoil.com)>.

Em 2008, a participação do Estado na nova companhia reduziu-se para 67%<sup>37</sup>.

Dessa forma, o novo modelo vem levantando inúmeros questionamentos no tocante à distribuição de competências entre as entidades públicas envolvidas no setor e às vantagens proporcionadas pela criação de uma nova estatal.

## 1.2. Críticas ao novo modelo

O marco regulatório do pré-sal foi alvo de inúmeros questionamentos por parte da doutrina especializada. Seus críticos alegam que o novo modelo para o setor de *upstream* vai na contramão daquele idealizado pelo constituinte derivado na EC n. 9/95, no sentido da pluralização de atores e regulação independente. Vejamos algumas dessas críticas.

### 1.2.1. Afrenta à proporcionalidade: desnecessidade de alteração do modelo anteriormente vigente

À época das discussões políticas envolvendo o pré-sal, Carlos Ari Sundfeld defendeu a necessidade de reforma do arcabouço jurídico implementado pela Lei do Petróleo em 1997, mas sem a perda das qualidades essenciais do modelo<sup>38</sup>. Na ocasião, o autor defendeu a manutenção do tripé institucional do modelo anterior, formado pela (i) atuação de um órgão regulador independente; (ii) realização de licitação para contratar; e (iii) celebração de contratos de concessão<sup>39</sup>. Nesse sentido, advertiu o autor sobre a reforma: “(...) penso que se deve optar por aquela que leve a fazer a transição jurídica da situação atual para a nova com o menor ônus regulatório

---

com>. Acesso em: 09.03.2012.

37 Informações extraídas do sítio da *Statoil*. Disponível em: <www.statoil.com>. Acesso em: 09.03.2012.

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

39 *Ibid.*, p. 33.

possível, preservando ao máximo conquistas importantes do setor, com a edição da Lei do Petróleo<sup>40</sup>. Concluiu, portanto, que era necessário “reformular sem destruir”<sup>41</sup>.

Porém, ao argumento do baixo risco exploratório e da imensa magnitude das reservas, o autor frisou a necessidade de alterações para que a União pudesse exercer, “de maneira mais consistente, o controle sobre produção e a receita advindas do petróleo existente no pré-sal”<sup>42</sup>. Para o autor, a participação especial<sup>43</sup> seria inadequada por ser ela também objeto de repartição de receitas, reforçando o problema da má distribuição dessas receitas entre os entes federativos. Segundo Carlos Ari Sunfeld, havendo um forte aumento da produção, em um cenário de baixo risco exploratório, os entes federativos produtores tenderão a receber recursos em escala nunca antes prevista, potencializando os riscos de aumento do desequilíbrio federativo e de dependência em relação a esses recursos<sup>44</sup>.

Assim, defendeu a modificação do regime das contrapartidas financeiras nas concessões, mediante a criação de nova espécie de participação governamental, instituída por lei, como alternativa de patrimônio ou receita: a *participação em bens*, ou em petróleo produzido ou em ações da concessionária em sociedade de propósito específico<sup>45</sup>. A exigência dessa participação em bens no edital de licitação

40 *Ibid.*, p. 32.

41 *Ibid.*, p. 31.

42 SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do Direito brasileiro do petróleo? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 29-37, jan./mar., 2010, p. 32.

43 O art. 45 da Lei do Petróleo prevê o denominado “*government take*”, composto por quatro espécies de participações governamentais: bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção da área. A lei consagra uma sistemática de compensação financeira dos entes federativos pelas atividades de E&P, consoante preconiza o art. 20, §1º da Constituição.

44 SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do Direito brasileiro do petróleo? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, p. 29-37, jan./mar., 2010, p. 34.

45 *Ibid.*, p. 30. Ao longo do artigo, o autor dá maiores indicações de como seriam as *participações em bens da União*: “A melhor solução para propiciar o aumento do controle estratégico e o incremento das receitas da União sobre a produção

de determinada concessão seria estabelecida por decreto do Poder Executivo e, dessa forma, a União manteria o controle estratégico no setor e o proveito sobre a produção de petróleo<sup>46</sup>.

Já Marcos Juruena Villela Souto, um dos grandes críticos da reforma, asseverou que a maior rentabilidade das áreas do pré-sal poderia ser submetida a um critério diferenciado de remuneração, sem a necessidade de alteração do modelo vigente<sup>47</sup>. Argumentou o autor que o próprio ordenamento já prevê uma forma de contrapartida, passível, inclusive, de ser majorada por decreto: as participações especiais. Além disso, a Lei do Petróleo permite, ainda, o estabelecimento de índices de nacionalização, que geram empregos para o país e reforçam o desenvolvimento de pesquisas e tecnologias nacionais<sup>48</sup>.

De fato, se o objetivo era o de aumentar a arrecadação, Luiz Cezar P. Quintans relembra que tanto os *royalties* quanto as participações especiais podem ser aumentados por simples decreto. Além disso, de modo a aperfeiçoar a participação do Estado, os bônus de assinatura, em rodadas futuras, poderiam ter o seu valor mínimo aumentado pelos editais de licitação<sup>49</sup>. Nota-se, portanto, que o arcabouço jurídico da Lei do Petróleo poderia ser adaptado à nova realidade do pré-sal.

---

petrolífera consistiria, a meu ver, na criação de uma nova espécie de participação governamental nos contratos de concessão petrolífera, ao lado das já previstas no art. 45 da Lei do Petróleo: a participação em bens, por uma das seguintes alternativas: a) pela propriedade de parcela do petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos fluidos produzidos, na forma e nos percentuais que, em função do edital e do resultado da licitação, forem previstos no contrato de concessão; ou b) pelo recebimento, no ato de celebração do contrato de concessão, sem qualquer ônus, de cotas ou ações representativos do capital da concessionária, organizada como sociedade de propósito específico, na forma e nos percentuais determinados pelo edital e pelo resultado na licitação.” (p. 35).

46 *Ibid.*, p. 36

47 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, p. 111-150, jan./mar., 2010, p. 130.

48 *Loc. cit.*

49 QUINTANS, Luiz Cezar P. Os desafios jurídicos no *Upstream* e o atual modelo contratual de exploração e produção de Petróleo e Gás. *Revista do Direito da Energia*, n. 9, set., 2009, p. 89.

Por tais razões, Marcos Juruena Villela Souto conclui que o novo marco não resiste ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, que exige a adoção da solução menos onerosa para os envolvidos. Para o autor, o custo da desconfiança não justificaria os benefícios que se pretende alcançar e que poderiam ser atingidos nos moldes jurídicos anteriores às leis<sup>50</sup>.

### **1.2.2. Afrenta ao espírito da EC n. 9/95: violação aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e segurança jurídica**

A EC n. 9/95 teve por objetivo a criação de ambiente progressivamente concorrencial. Isso porque o intuito da relativização do monopólio do petróleo foi o de permitir a participação de outros operadores no setor. A propósito, confira-se excerto da exposição de motivos da EC n. 9/95:

A Emenda visa flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa contratar com empresas privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural, refino de petróleo, importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meio de dutos. Assevere-se que a lei ordinária deverá regular as condições e relações contratuais concernentes. Nesta medida, a flexibilização a ser implementada em nível infraconstitucional implica a ampliação da competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política governamental voltada para o setor do petróleo. (...) Tal flexibilização permitirá

---

50 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010. p. 130.

a atração de capitais privados para determinadas atividades em que se requer a expansão dos investimentos em volume insuscetível de financiamento exclusivo por parte da Petrobras<sup>51</sup>.

De fato, tal objetivo restou prejudicado, quando não suprimido, pela nova qualidade de operadora obrigatória adquirida pela Petrobras, restaurando a sua posição monopolista. Daí a ofensa à livre iniciativa e à livre concorrência, apregoada por parte da doutrina. Confira-se, nesse sentido, contundente crítica de Gustavo Binbenojm:

O modelo de exploração e produção do petróleo instituído pela Emenda Constitucional 9/95, que deu a redação atual do artigo 177 da Constituição Federal, pressupunha a contratação de empresas estatais ou privadas para tais atividades, em um ambiente progressivamente concorrencial. Daí a previsão da criação de um órgão regulador, que viria a ser a Agência Nacional do Petróleo. Não faria sentido prever a existência de um ente regulador para um mercado de operadora única. Daí que o restabelecimento da posição monopolista da Petrobras confronta a EC 9/95 em sua letra e espírito. (...) Entendo que os projetos subvertem a sistemática de exploração e produção instituída pela Emenda Constitucional 9/95, que pressupunha algum nível de pluralização dos operadores e a existência, por isso mesmo, de um órgão regulador. Para uma alteração tão radical no modelo, entendo que seria necessária uma emenda constitucional<sup>52</sup>.

---

51 Excerto extraído de SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, pp. 111-150, Belo Horizonte, jan./mar., 2010, p. 123.

52 BINENBOJM, Gustavo. Modelo previsto faz país regredir em duas décadas. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/entrevista-gustavo-binenbojm-especialista-direito-administrativo>>.

Nesse mesmo sentido, asseverou Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

A participação da Petrobras em todos os blocos do pré-sal parece conflitante, no geral, com as reformas constitucionais iniciadas no final da década de 1990. O Estado brasileiro caminhou em direção a tornar-se o Estado Regulador, com diversas agências reguladoras criadas, entre elas, a Agência Nacional do Petróleo<sup>53</sup>.

Em defesa das alterações legislativas, um dos argumentos levantados foi o de que a EC n. 9/95 teria apenas rompido a obrigatoriedade de se realizarem concessões a empresas sob o controle do Estado, tendo em vista o vocábulo “poderá” no art. 177, § 1º da Carta Constitucional. Com base em uma interpretação meramente literal do dispositivo constitucional, concluiu-se que quem pode contratar com empresas privadas ou estatais poderá optar por fazê-lo apenas com as estatais, afastando a licitação<sup>54</sup>.

Entretanto, Marcos Juruena Villela Souto defende que a interpretação literal deve ser suplantada pela *interpretação histórica* das mudanças do texto constitucional e pela *interpretação teleológica* da flexibilização do monopólio pelo constituinte derivado<sup>55</sup>. A disciplina constitucional fixou uma orientação de admissibilidade do capital privado, num regime de competição, a ser disciplinado em lei ordinária<sup>56</sup>. Daí a ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência pelo marco legal.

---

Acesso em: 27.09.2011.

53 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/marco-regulatorio-pre-sal-reflexao-ampla-nao-urgencia>>. Acesso em: 27.09.2011.

54 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010, p.134.

55 *Loc. cit.*

56 *Ibid.*, pp. 116 e 135.

Finalmente, com espeque no princípio da segurança jurídica, o autor rechaça uma (suposta) ampla discricionariedade legislativa, invocando, para tanto, a necessidade de preservação da segurança jurídica no cenário de reformas econômicas<sup>57</sup>.

De discricionariedade legislativa se pode falar quanto à escolha da modulação contratual – por exemplo, de concessão ou de partilha e em qual formatação das características de tais contratos e quando podem ser adotados –, mas nunca de restaurar o monopólio<sup>58</sup>.

Ao argumento de afronta à segurança jurídica, sustenta, inclusive, que até uma emenda constitucional com tais mudanças seria questionável<sup>59</sup>. Destarte, seriam as reformas atentatórias à segurança jurídica, mormente em seu aspecto subjetivo, atinente à confiança dos investidores na estabilidade do modelo. Sobre a tutela da confiança, consignou Patrícia Baptista:

(...) o princípio da proteção da confiança legítima não tutela a confiança depositada no ato como se esta fosse um fim em si mesma. Seu objetivo, ao contrário, é evitar que aquele que confiou acabe em uma posição jurídica pior do que a que teria se não tivesse confia-

57 *Ibid.*, p. 124.

58 *Loc. cit.* Ressalte-se, contudo, a existência de divergências quanto à possibilidade de instituição do contrato de partilha pela via legislativa. Acerca do debate, Luiz Cezar P. Quintans teceu as seguintes considerações: “No IBP e em diversos debates, já enfrentaremos divergências de opinião a respeito do modelo de partilha da produção estar ou não ao abrigo da atual Constituição Federal. Particularmente, acompanho a opinião de alguns advogados do setor que entendem que no seu formato atual a Constituição só prevê três formas específicas de contratação: concessão, permissão ou autorização. (...) De qualquer sorte, ainda que se entenda que o modelo de partilha da produção ou PSA [*Production Sharing Agreement*] é constitucional, pelo simples uso do vocábulo ‘contratar’ no texto constitucional, isso provocaria, mesmo que possível, a necessidade de uma completa mudança estrutural na Lei do Petróleo, que está totalmente organizada e baseada no modelo de concessão.” QUINTANS, Luiz Cezar P. Os desafios jurídicos no *upstream* e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás. *Revista do Direito da Energia*, n. 9, set., 2009, p. 90.

59 *Ibid.*, p.123.

do na permanência das normas editadas pelo Poder Público. Por isso, o que se tutela não é a expectativa de prosseguir desfrutando da vantagem atribuída pela norma revogada, mas apenas a expectativa de não sofrer uma piora na sua situação jurídica por ter confiado nas normas editadas<sup>60</sup>.

Nessa linha crítica, Marilda Rosado de Sá Ribeiro invoca os princípios da boa-fé, da legítima expectativa dos investidores e da segurança jurídica, como princípios reitores das relações entre Estados hospedeiros e investidores<sup>61</sup>.

Dessa forma, uma guinada na política de Estado, fixada em sede constitucional, em prol de uma política de governo, violaria não apenas o espírito do constituinte derivado, mas a segurança jurídica dos agentes do setor<sup>62</sup>.

### **1.2.3. Criação da PPSA: esvaziamento do ente regulador e violação à economicidade**

Parte da doutrina aponta um esvaziamento das competências da ANP, ente regulador do setor, com a criação da Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e a ampliação das competências do Governo.

A partir da leitura sistemática dos dispositivos ainda remanescentes e das Leis n. 12.304 e n. 12.351, Gustavo Binbenbujm traça

---

60 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 11, jul./ago./set., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>>. Acesso em: 2.11.2011, p. 23 (grifo nosso).

61 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/marco-regulatorio-pre-sal-reflexao-ampla-nao-urgencia>>. Acesso em: 27.09.2011.

62 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010, p. 126.

um panorama de competências do Governo, do ente regulador e da nova estatal. Nesse quadro, a ANP se encontra estreitada em seu espaço institucional pela expansão das atribuições do Governo e pela criação da PPSA, na qualidade de representante da União nos contratos de partilha<sup>63</sup>. Acompanhando tal posicionamento, Marilda Rosado de Sá Ribeiro aponta um “esvaziamento do papel da ANP e logo o superdimensionamento das funções do Conselho Nacional de Política Energética”<sup>64</sup>.

Por um lado, merece destaque a ampliação dos poderes do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e do Ministério de Minas e Energia – MME como órgãos preparatórios de decisão. O Governo passa a ter a competência para propor e definir blocos, propor e definir parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha e aprovar minutas dos editais e de contratos, antes competências da ANP (como exemplo, v. art. 9º, inc. II e III, e 10, II, III e V da Lei n. 12.351/2010).

Por outro lado, o art. 2º da Lei n. 12.304/2010 prevê que a PPSA será responsável pela gestão dos contratos de partilha de produção e de comercialização de petróleo e gás natural da União, função regulatória anteriormente atribuída à ANP.

Finalmente, o art. 38 Lei n. 12.351/2010, ao prever a contratação direta da Petrobras pela ANP para realizar as atividades de avaliação de jazidas, configura nítida intervenção legislativa na autonomia e na independência política da agência reguladora. Trata-se de um *doce constrangimento* em sua liberdade de escolha dos prestadores de serviços<sup>65</sup>.

---

63 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a Partilha de Competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

64 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/marco-regulatorio-pre-sal-reflexao-ampla-nao-urgencia>>. Acesso em: 27.09.2011.

65 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco

Cumpra, por fim, tratar das atribuições da PPSA nos comitês operacionais dos consórcios. Frise-se que compete aos comitês operacionais dos consórcios avaliar e definir os planos de exploração, desenvolvimento e produção, monitorar custos e investimentos, fazer cumprir exigências locais, dentre outras atribuições (art. 24, Lei n. 12.351/2010). Na gestão desses comitês, a nova estatal indicará o seu Presidente, além da metade dos seus membros (art. 23, p.ú., Lei n. 12.351/2010). O Presidente do comitê terá poder de veto e voto de qualidade.

Dessa forma, argumenta Gustavo Binenbojm que o poder de gestão da PPSA vai muito além de interesses empresariais, pois envolve funções típicas de Poder Público (poder de império). Por tal razão, não poderiam ser exercidas por uma empresa pública<sup>66</sup>.

Nesse diapasão, Marcos Juruena Villela Souto traz, ainda, duas ponderações relevantes acerca da atribuição de funções regulatórias à nova estatal. Em primeiro lugar, a criação de uma estatal para exercer atividades anteriormente atribuídas à ANP, autarquia criada para tal finalidade, leva a um inchaço da máquina administrativa, colocando em risco o princípio da economicidade. Em segundo lugar, relembre-se que o método regulatório conta com ampla participação dos agentes regulados, além de transparência e motivação técnica. Tais exigências não são feitas a uma empresa pública. Ainda que se adéque aos ditames da Lei de Sociedades Anônimas, a concentração de competências regulatórias na estatal colocaria em risco o princípio democrático, pela supressão dos instrumentos de participação nas decisões regulatórias<sup>67</sup>.

---

regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010, p. 133.

66 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a partilha de competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

67 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010, p.143.

De fato, a PPSA é uma empresa pública, representante dos interesses do Governo, o que torna problemática a atribuição à nova empresa pública de qualquer competência decisória. Além disso, o deslocamento de tais atribuições para a estatal afasta possíveis investidores, uma vez que dificilmente os agentes irão se envolver em um empreendimento de risco, sujeito a uma gestão em comitês operacionais politizados<sup>68</sup>.

Ante todo o exposto, aponta o autor um esvaziamento do ente regulador, levando a um quadro de vulnerabilidade regulatória.

Embora a ANP continue a existir formalmente, seu papel institucional será reduzido, em termos de relevância, com a criação da Petro-Sal. Na prática, as decisões mais importantes relativas à seleção de empresas, definição de blocos e gestão da execução dos contratos ficarão a cargo da Petro-Sal, e não da ANP. A diferença importante entre uma e outra é que a ANP foi concebida como um ente regulador autônomo em relação ao governo, enquanto a Petro-Sal é um braço do próprio governo, sujeita às determinações políticas do governo. O país regride em duas décadas, em termos institucionais, com essa mudança<sup>69</sup>.

Há, nesse sentido, um *recall* de poder, o qual havia sido descentralizado na criação da ANP. Nota-se, assim, um aumento do grau de politização da gestão da indústria do petróleo, vez que antes havia um ente regulador distante dos elementos políticos e econômicos em jogo e regulando de forma técnica<sup>70</sup>.

---

68 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a partilha de competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

69 BINENBOJM, Gustavo. Modelo previsto faz país regredir em duas décadas. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/entrevista-gustavo-binenbojm-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 27.09.2011.

70 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a partilha de competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

#### 1.2.4. A Petrobras e sua nova qualidade de operadora única ou obrigatória: violação à livre concorrência, à isonomia e à autonomia da vontade

A doutrina desfere, ainda, duros golpes contra os privilégios concedidos à Petrobras pelo novo marco regulatório para o setor de *upstream* brasileiro.

No tocante ao estabelecimento da Petrobras como operadora única ou obrigatória (assegurado percentual de 30%), tal privilégio esbarraria no óbice do art. 173, § 1º da Constituição, afrontando o princípio da isonomia entre os agentes econômicos do setor e vulnerando o regime de competição fixado pela EC 9/95. Com efeito, a Carta de 88 veda a concessão de privilégios a sociedades de economia mista não extensivos ao setor privado. Vale lembrar que a atuação do Estado no domínio econômico far-se-á sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1º). Não há dúvida, portanto, que o exercício de atividade econômica sob regime de monopólio, na condição de atuação empresarial do Estado, sujeita-se ao regime privado<sup>71</sup>. A Lei do Petróleo seguiu essa tendência, reservando à Petrobras o papel de agente econômico para o setor privado<sup>72</sup>.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, “a previsão de um afastamento da competição em favor das empresas sob controle do Estado representa flagrante violação dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e, em última instância, da isonomia.”<sup>73</sup>

Ademais, a determinação afrontaria os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa. Isso porque, embora a Petrobras seja uma sociedade anônima sob controle acionário da União, a maioria do seu capital social pertence a particulares, “que foram aquinhoados pelo privilégio odioso” concedido pela lei<sup>74</sup>.

71 EIZIRIK, Nelson. *Op. cit.*, p. 70.

72 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p. 325.

73 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 111-150, jan./mar. 2010. p.132.

74 BINENBOJM, Gustavo. Modelo previsto faz país regredir em

No tocante à formação de consórcios obrigatórios, a doutrina aponta a afronta à autonomia da vontade dos licitantes vencedores e da própria Petrobras, a qual teria se tornado um instrumento de uma política de *governo*<sup>75</sup>. De fato, a imposição à licitante vencedora de formação de um consórcio com a Petrobras parece violar “o sistema constitucional de atuação das empresas estatais, a *liberdade de associação* e a *liberdade de contratar* das licitantes vencedoras”<sup>76</sup>. Com efeito, a lei não poderia intervir na formatação societária dos agentes econômicos da indústria do petróleo, tendo em vista a autonomia da vontade, na sua faceta de *affectio societatis*<sup>77</sup>.

Finalmente, no tocante à dispensa de licitação da Petrobras, sustenta Marcos Juruena Villela Souto que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não conduz a qualquer hipótese de contratação direta da estatal. Ao revés, quaisquer exceções deveriam decorrer de uma norma geral, nos termos do art. 22, XXVII da Constituição, e não de uma norma específica destinada à Petrobras<sup>78</sup>. Com efeito, a licitação seria a regra, de modo a garantir os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, além de resguardar a livre concorrência e a isonomia<sup>79</sup>.

---

duas décadas. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/entrevista-gustavo-binenbojm-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 27.09.2011.

75 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, p. 111-150, jan./mar., 2010, p.138.

76 *Ibid.*, p.137.

77 *Ibid.*, p.138.

78 *Ibid.*, p.136. O autor rechaça a tese de que o art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93 seria a norma autorizadora da contratação direta da exploração: “primeiro, porque tal norma não se aplica a este tipo de contrato; segundo, e mais importante, porque o dispositivo representa mera aplicação do princípio da descentralização administrativa – autorização para a contratação com entidades criadas para personificar funções do Estado e apenas para o seu próprio rendimento – e não para frustrar a competição no mercado”. *Op. cit.*, p. 136.

79 *Ibid.*, p.136.

### 1.2.5. O contrato de cessão onerosa para a capitalização da Petrobras

Há que se apontar, ainda, os obstáculos jurídicos à cessão onerosa de cinco bilhões de barris operada pela Lei n. 12.276/2010. A lei se justificaria pelo fato de a Petrobras ter descoberto os campos e possuir, em tese, capacidade técnica para explorá-los<sup>80</sup>.

Segundo Gustavo Binembojm, a operação encontra dois obstáculos jurídicos. O primeiro consiste na criação de um privilégio odioso em favor da Petrobras, em detrimento das demais empresas privadas atuantes no setor, violando o art. 173, § 1º da Constituição<sup>81</sup>.

O segundo óbice refere-se a um prejuízo dos demais acionistas da Petrobras, que podem ter sua posição ameaçada pelo aumento de capital, ante o aporte feito pelo governo sob a forma de cinco bilhões de barris<sup>82</sup>. De fato, o aumento da participação da União força os investidores privados a aumentarem a sua participação, sob pena de diluição de sua participação na companhia<sup>83</sup>.

Marcos Juruena Villela Souto, por sua vez, sustenta que a integralização de capital da Petrobras pela União não poderia ser feita em bens que se submetem a um regime especial de exploração e comercialização. Não se nega a possibilidade da União integralizar o capital de sua sociedade em recursos ou bens. O obstáculo encontra-se em bens como petróleo e gás, cuja exploração se dá em um regime de competição e a comercialização se submete aos ditames do Conselho Nacional de Política Energética<sup>84</sup>.

---

80 *Ibid.*, p.139.

81 BINEMBOJM, Gustavo. Modelo previsto faz país regredir em duas décadas. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/entrevista-gustavo-binembojm-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 27.09.2011.

82 *Loc. cit.*

83 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 29, Belo Horizonte, pp. 111-150, jan./mar., 2010, p. 139.

84 *Ibid.*, p.141.

Rafael Baptista Baleroni e Jorge Antônio Pedrosa Júnior também se opuseram à possível “capitalização do pré-sal na Petrobras”. Contra a dispensa de licitação, aduziram os autores:

A *priori*, a transferência direta de recursos da União para mãos privadas pré-escolhidas, em um cenário onde pode haver competição, significa desrespeito a ditames básicos de igualdade e um favoritismo contrário à ordem jurídica<sup>85</sup>.

Outro argumento da violação à isonomia foi levantado na petição inicial da ADI n. 4.492, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro em face do art. 5º da Lei n. 12.276/2010. Acerca da suposta isenção do pagamento de *participação especial* pela Petrobras nas áreas sujeitas à cessão onerosa, sustentou o Governador do Rio de Janeiro que a suposta isenção do pagamento de participação especial pela Petrobras nas áreas sujeitas à cessão onerosa fere a isonomia, pois implica favorecimento da Petrobras em face das demais companhias<sup>86</sup>.

---

85 BALERONI, Rafael Baptista; JÚNIOR, Jorge Antônio Pedrosa. Pré-sal: desafios e uma proposta de regulação. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 165. Ressalte-se, contudo, que os autores admitem a possibilidade de fixação de novo marco regulatório a partir da dicção da EC n. 9/95, apenas não o consideram necessário, ao argumento de que o modelo delineado na Lei do Petróleo se adequa às peculiaridades do pré-sal. “No Brasil, a União Federal detém não apenas a propriedade dos recursos naturais do subsolo, mas também o monopólio da exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, e de sua importação e exportação, podendo estabelecer por lei ordinária as condições para contratação da execução desse monopólio, com empresas públicas ou privadas. A Constituição Federal não estabelece, contudo, o modelo regulatório a ser usado pela União para realização das atividades de exploração e produção de petróleo e gás – esta é uma decisão política que compete ao Congresso Nacional, uma vez que a Emenda Constitucional n. 9/95 vedou a edição de medida provisória para regulamentação dessa matéria. Não há dúvidas, portanto, quanto à possibilidade de alteração do atual modelo regulatório, mediante a edição de nova lei, alterando ou mesmo revogando a Lei do Petróleo, com vistas à implementação das novas políticas públicas que se pretende atingir. Mas se questiona: são necessárias e desejáveis essas mudanças?” grifo nosso *Op. cit.*, pp. 162-163.

86 “Com efeito, não se compreende por qual razão a estatal restaria isenta do pagamento da participação especial, obtendo tratamento verdadeiramente privilegiado em face das demais empresas do setor, todas sujeitas ao referido pagamento nas explorações de grande volume ou rentabilidade. Também por esse ângulo, a propósito, restaria ferida a isonomia: não só pelo desfavorecimento do

### 1.3. Controvérsias doutrinárias e margem de conformação do legislador

Por todo o exposto na seção anterior, conclui Gustavo Binzenbojm que a mudança representa um incremento dos riscos políticos e regulatórios da indústria do petróleo no Brasil<sup>87</sup>. Sobre o novo quadro regulatório, sentenciou o autor:

Em primeiro lugar, a assunção excessiva do risco exploratório pelo Estado brasileiro, considerando o montante extraordinário dos investimentos necessários, a circunstancia de tratar-se de uma fronteira tecnológica e o custo alto da extração do óleo de blocos situado a cerca de sete quilômetros abaixo do nível do mar. Em segundo lugar, o risco de desestímulo a investimentos privados, em um quadro de vulnerabilidade regulatória gerado pelo esvaziamento da ANP e pela posição de supremacia conferida à Petro-Sal e à Petrobras. Por fim, a redução da eficiência do setor, decorrente da redução do grau de concorrência e da criação de uma nova empresa estatal<sup>88</sup>.

Entretanto, o posicionamento exposto na seção anterior não goza de unanimidade na doutrina pátria.

---

Rio de Janeiro em face dos demais Estados, mas também pelo favorecimento da Petrobras em face das demais companhias do setor.” ADI n. 4.492, petição inicial, p. 30.

87 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 12.304/2010 e a partilha de competências entre a Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional de Petróleo. Palestra proferida no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

88 BINENBOJM, Gustavo. Modelo previsto faz país regredir em duas décadas. *Conjur*, 19.10.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/entrevista-gustavo-binenbojm-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 27.09.2011.

Há corrente doutrinária no sentido de que a Constituição, após a EC n. 9/95, teria franqueado ao legislador uma faculdade de exercer o monopólio do petróleo de forma direta ou indireta. Dessa forma, a alteração constitucional não teria elidido a possibilidade de a União exercer diretamente o monopólio por meio da Petrobras. De acordo com Alexandre Santos de Aragão, há várias formas de exercício do monopólio no setor:

O fato de se fazer determinada escolha não quer dizer que é a única admissível constitucionalmente. Constituição deixou espaço ao legislador para escolher entre diversos modelos, tanto em relação aos novos modelos contratuais, como em relação a maior ou menor intervenção do Estado (...) <sup>89</sup>.

Em linha semelhante, mas sem adentrar os aspectos de constitucionalidade dos projetos ainda em tramitação, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio teceu os seguintes comentários:

A propositura de novas modalidades de contratação entre a União Federal e empresas estatais e privadas, por meio de projetos de lei, parece estar em consonância com as exigências do art. 177, § 1º, da Constituição (com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 9/95), o qual autoriza a União a contratar com a iniciativa privada, na forma da lei, a execução das parcelas do monopólio mencionadas nos incisos I a IV. A Constituição permite (mas não obriga) a contratação dessas atividades com empresas públicas e privadas, exigindo, no entanto que, quando houve decisão nesse

---

<sup>89</sup> ITO, Marina. Modelo de exploração causa controvérsias, *Conjur*, 31.10.2009. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-out-31/modelo-exploracao-areas-pre-sal-causa-controversias> >. Acesso em: 28.09.2011.

sentido, as formas dessa contratação estejam disciplinas em lei. (...) O ponto que queremos ressaltar é apenas que a Constituição Federal, após a Emenda 9/95, deixou a cargo do legislador decidir sobre a extensão das iniciativas pública e privada nas atividades constantes dos incisos I a IV do art. 177<sup>90</sup>.

Ao fim e ao cabo, a celeuma em torno do novo marco regulatório do pré-sal gira em torno do espaço de conformação deixado pelo texto constitucional pós-EC n. 9/95. Teria o constituinte derivado, ao prever que a União “poderá contratar” no art. 177, § 1º, conferido ampla margem de manobra ao legislador? O verbo “poder” daria azo à possibilidade de exploração direta do monopólio pela União, por meio da Petrobras, indo de encontro ao espírito concorrencial da EC n. 9/95?

### Conclusão

A doutrina vem debatendo a constitucionalidade das alterações operadas pelas Leis n. 12.034 e n. 12.351 no setor de *upstream* da indústria do petróleo. De fato, a opção pelo exercício direto do monopólio de exploração e produção de petróleo na camada pré-sal vai de encontro ao ambiente concorrencial delineado pela EC n. 9/95. Assim, resta saber se o texto constitucional pós-EC n. 9/95 comporta tais alterações. Vale dizer: há que se perscrutar o espaço de conformação do legislador no tocante à forma de exploração do monopólio do petróleo titularizado pela União.

Pode-se argumentar que o art. 177, § 1º, da Constituição deixou a cargo do legislador a opção pela exploração direta ou indireta do monopólio da exploração das jazidas petrolíferas. Nessa linha de

---

90 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In LANDAU, Elena (coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 435 e NR n. 41.

entendimento, as opções legislativas poderiam variar conforme as mudanças da realidade social. Com efeito, da mesma forma que a necessidade de abrir o setor a outros competidores inspirou a aprovação da EC n. 9/95, outras circunstâncias fáticas poderiam justificar um tratamento legislativo diferenciado em situações específicas. Tal posicionamento presta maior deferência ao espaço de conformação democrática que a matéria demanda, partindo-se da premissa de que a Constituição é interpretada à luz da realidade fática sobre a qual incide.

No entanto, ante as aventadas violações aos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica, igualdade, dentre outros de estatura constitucional, há grande expectativa de ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade para impugnar o novo modelo, levando a palavra final acerca da constitucionalidade da decisão do Congresso Nacional para o STF.

No entanto, ainda que a Corte venha a declarar constitucional o novo marco, em que pese a fragilidade constitucional desse arcabouço jurídico, constata-se que o Poder Legislativo privilegiou uma alteração drástica do modelo anterior, suportando um ônus regulatório altíssimo. O abandono da arquitetura jurídica vigente, com a criação de uma nova empresa pública, a adoção do contrato de partilha para as áreas do pré-sal e, finalmente, a dispensa da licitação em determinadas hipóteses, realizou a transição jurídica com o maior ônus regulatório possível. As incertezas acerca de possíveis contestações jurídicas do modelo, bem com as profundas modificações realizadas, por si só já resultaram em instabilidade do setor, “demandando um grande esforço regulatório, de resultados incertos”<sup>91</sup>.

---

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