



## **O MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL NO BRASIL**

### **The regulatory framework of the pre salt in Brazil**

MARIANA MOLIANNI

Mestranda em Direito Internacional e Europeu

#### **RESUMO**

A disciplina normativa do setor do petróleo e gás natural no Brasil tem recebido enormes críticas e tem sido objeto de muita discussão desde a descoberta dos hidrocarbonetos da camada pré-sal. As características da área e as expectativas de alta produção levou o governo a modificar o marco regulatório do setor. Neste contexto de mudança, novos entes surgiram, e outros já existentes tiveram seus papéis alterados. O presente trabalho, portanto, pretende fazer um breve percurso sobre a legislação do setor do petróleo no Brasil, definir o que é a camada pré-sal, demonstrar os principais aspectos dos contratos de concessão e partilha de produção. Por último, são apresentadas algumas críticas à mudança e novas propostas de mudança do atual marco regulatório.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Pré-sal, petróleo, gás natural, contratos de concessão e partilha de produção, marco regulatório.

## **ABSTRACT**

The oil normative discipline in Brazil has received enormous criticism and has been the subject many criticism and it is object of discussion since the discovery of hydrocarbons in the pre-sal. The characteristics of the area and the high production expectations motivated the government to modify the regulatory framework of the sector. In this context of innovation, new companies have emerged, and existing ones have changed their roles. This study therefore aims to make a brief overview of the oil industry legislation in Brazil, to define what is the pre-sal, demonstrate the most important aspects of the concession and production sharing agreements. Finally, it is presented some criticism about the changes and new proposals to change the current regulatory framework.

## **KEYWORDS**

Pre-sal, oil, natural gás, concession agreement, production sharing agreement, regulatory framework.

## Índice

1. Introdução	4
2. A província do pré-sal no Brasil: definição, breve caracterização geológica e especificidades	5
3. O marco regulatório.	
3.1. O marco regulatório vigente até 2010	8
3.2 O atual marco regulatório do pré-sal	13
4. Do contrato de concessão ao contrato de partilha	15
5. Críticas ao novo modelo	19
5.1 Afronta à liberdade de iniciativa e aos princípios constitucionais	20
5.2 A PETROBRÁS como operadora única e obrigatória: violação da livre concorrência, dos princípios da isonomia e da autonomia privado	22
5.3 ANP: esvaziamento do agente regulador e violação à economicidade	23
6. Possíveis mudanças do novo marco regulatório	24
7. Conclusão	28
Bibliografia	29

## Lista de Abreviaturas

<b>ANP</b>	Agência Nacional do Petróleo
<b>CF</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>CNPE</b>	Conselho Nacional de Política Energética
<b>EC</b>	Emenda Constitucional
<b>MME</b>	Ministério de Minas e Energia
<b>PETROBRÁS</b>	Petróleo Brasileiro S.A.
<b>PL</b>	Projeto de Lei
<b>PEN</b>	Política Energética Nacional
<b>PPSA</b>	Pré-Sal Petróleo S.A

## 1. Introdução

Como o petróleo é muito importante nos dias de hoje, todas as pessoas de uma certa maneira dependem desse produto, que é encontrado numa rocha porosa e permeável a muitos metros de profundidade.

1. O petróleo é o termo utilizado para referir hidrocarbonetos que ocorrem exclusivamente no estado líquido, constituindo o produto designado por petróleo bruto. Já os hidrocarbonetos que estão sob a forma de gás constituem o gás natural.<sup>1</sup>

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma apresentação acerca do pré-sal brasileiro, com uma breve caracterização geológica e sua importância. Além disso, em razão da importância da descoberta de uma extensa área, a camada denominada pré-sal, com potencial para grande produção de petróleo, é feita uma análise da mudança do novo marco regulatório, com críticas e novas propostas de alteração.

Assim, importante esclarecer que o trabalho terá por objeto as questões jurídicas que surgem no domínio *upstream* da indústria petrolífera. Esta encontra-se dividida em duas grandes áreas: *upstream* ou *downstream*. O primeiro termo é usado para denominar as atividades de exploração e produção de petróleo, ou um conceito mais amplo, todas as atividades levadas a cabo antes da refinação, venda e distribuição dos derivados do petróleo.<sup>2</sup>

O marco regulatório, anterior à mudança, é resultado de ambiente institucional que favorecia a baixa interferência do governo em assuntos relativos ao setor do petróleo. Todavia, com a descoberta de grandes reservas de hidrocarbonetos na área denominada de província ou camada pré-sal motivou a proposição, pelo governo, do então ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, de medidas legais visando à alteração do marco regulatório. Assim, a aprovação dos projetos de lei em 2010 criou novos agentes no setor, o que acarretou a redefinição das atribuições e do papel a serem desempenhados por cada instituição.

<sup>1</sup> GOMES, Jorge Salgado. [et. al.] - O universo da indústria petrolífera - Da Pesquisa à Refinação, p. 6.

<sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. [et. al.] - Direito do Petróleo, p. 19/20.

A segunda parte do trabalho tratará da definição da província pré-sal, para ajudar a entender suas características e o que levou a necessidade de uma mudança do marco regulatório.

A terceira parte busca fazer um breve percurso da legislação do petróleo e gás natural. Trata do marco regulatório vigente antes da descoberta do pré-sal e pós sua descoberta.

Na quarta parte, foi feita uma análise das características gerais do contrato de concessão e contrato de partilha. Além disso, foi feita uma breve análise das características desses contratos na realidade brasileira.

Na quinta parte, o trabalho busca apresentar críticas ao novo marco regulatório, apontando o papel da PETROBRÁS, a criação de nova empresa pública e aumento da ingerência do governo. E por fim, para demonstrar que a questão definitivamente não é incontroversa, são apresentados novos projetos de leis que pretendem alterar o marco regulatório atual, visando retomar a essência das alterações constitucionais realizadas na década de 90.

## **2. A província do pré-sal no Brasil: definição, breve caracterização geológica e especificidades**

Para conseguir manter a autossuficiência em petróleo, alcançada com suas plataformas na Bacia de Campos, o Brasil tinha como objetivo encontrar novas reservas.<sup>3</sup> A Bacia de Campos é uma importante área sedimentar explorada na costa brasileira, e foi onde o país conseguiu desenvolver tecnologias *offshore* em profundidades nunca antes testadas.<sup>4</sup>

Assim, em busca de novas reservas, em 2006 foram descobertos indícios de petróleo na camada ou província pré-sal em águas profundas do território brasileiro. Em 2007, a suspeita foi confirmada, sendo considerado um dos grandes acontecimentos na

<sup>3</sup> RICCOMINI, Claudio. [et. al.] - Pré-sal: geologia e exploração, p. 40.

<sup>4</sup> PETROBRAS - Bacia de Campo. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/bacias/bacia-de-campos.htm>>

indústria mundial do petróleo.<sup>5</sup> Vários campos e poços de petróleo já foram descobertos no pré-sal, o primeiro foi o campo de Tupi, e depois desta foram, Parati, Iara, Guará, Carioca, Bem-Te-Vi, Jupiter, na Bacia de Santos, logo em seguida noticiaram-se novos campos nas Bacias de Campos e Espírito Santo.<sup>6</sup>

O termo pré-sal, conceitualmente, tem um caráter geológico temporal, que significa o intervalo de rochas que foi depositado antes de camadas de sal. Assim, o que surgiu naquela camada (os hidrocarbonetos, por exemplo) pode ser considerado mais antigo que a camada de sal.<sup>7</sup>

Ademais, a província pré-sal é uma sequência de rochas sedimentares, abaixo da camada de sal, formadas há cerca de 150 milhões de anos pela separação dos atuais continentes, o americano e o africano. Entre os dois continentes formaram-se grandes lagos onde viviam algas, bactérias e outros organismos que depois de mortos, se acumulavam no fundo, que foi sendo coberto pelas águas do Oceano Atlântico que se formava. Esse processo que durou milhões de anos, formou o que hoje chamamos de província ou camada pré-sal, que atualmente pode chegar até 2 mil metros de espessura. A camada de sal depositou-se sobre a matéria orgânica acumulada ao longo de muitos anos, que foram sendo transformada em hidrocarbonetos (petróleo e gás) através de processos termoquímicos.<sup>8</sup>

No contexto brasileiro, a chamada camada pré-sal<sup>9</sup> é uma faixa a 300 quilômetros da costa brasileira, que se estende ao longo de 800 quilômetros de extensão entre os estados do Espírito Santo e Santa Catarina e com 200 quilômetros de largura, nas profundezas do oceano.

<sup>5</sup> RICCOMINI, Claudio. [et. al.], op. cit., p. 35.

<sup>6</sup> FOLHA DE S.PAULO - Entenda o que é a camada pré-sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/748802-entenda-o-que-e-a-camada-pre-sal.shtml>>

<sup>7</sup> PAPATERRA, Guilherme Eduardo Zerbinatti. *Pré-sal: conceituação geológica sobre uma nova fronteira no Brasil*, p. 40.

<sup>8</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>9</sup> O art. 2º, IV, da lei 12.351/2010, dispõe que a área do pré-sal é a "região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico".

Segundo geólogos e especialistas pode ser considerada uma extração de muito risco, um mergulho no desconhecido<sup>10</sup>, tendo em vista que o petróleo está a cerca de 7 mil metros de profundidade, abaixo de uma extensa camada de sal.

Segundo informações da PETROBRÁS<sup>11</sup>, em 2010, a produção de petróleo no pré-sal passou da média de aproximadamente 41 mil barris por dia, para cerca de 1 milhão de barris por dia, em meados de 2016. Uma realidade que coloca o Brasil em uma posição importante frente à grande demanda de energia em todo o mundo.<sup>12</sup>

Mesmo com tantos riscos ambientais e políticos e com o grande desafio para a sua extração, muitos defenderam a exploração da camada pré-sal em razão da acumulação de óleo leve, de excelente qualidade e com alto valor comercial.<sup>13</sup> Todavia, há quem questione se vale a pena gastar bilhões de dólares na exploração de uma energia não renovável e altamente poluente.<sup>14</sup>

Importante destacar ainda o protesto em diversas universidades pelo mundo que pretende a redução de investimentos em pesquisas nas universidades em energias consideradas não renováveis. Presente aí um paradoxo entre a necessidade obtenção de recursos econômicos e manutenção de produção de um dos mais importantes combustíveis que não tem ainda substituto. Entretanto, sabe-se que são importantes os impactos relacionados ao aquecimento global e a redução da camada de ozônio.

Com relação aos riscos, o desastre no Golfo do México serve de alerta para exploração do pré-sal na costa brasileira. A profundidade e a distância da costa, no caso

<sup>10</sup> FOLHA DE S.PAULO - Entenda o que é a camada pré-sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/748802-entenda-o-que-e-a-camada-pre-sal.shtml>>

<sup>11</sup> A Petrobrás é uma sociedade anônima de capital aberto que atua de forma integrada e especializada na indústria de óleo, gás natural e energia. <http://www.petrobras.com/en/home.htm>

<sup>12</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>13</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>14</sup> DISCOVERY CHANNEL - O Desafio do Pré-Sal. Mixer. 2011. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[https://www.youtube.com/watch?v=Fp2\\_kYP\\_14Y](https://www.youtube.com/watch?v=Fp2_kYP_14Y)>

brasileiro, são maiores do que a região explorada no Golfo do México, portanto é preciso estar em alerta. Não existem atividades imunes a acidentes.<sup>15</sup>

Especialistas no assunto afirmam que o Brasil pode utilizar o petróleo para gerar recursos para que se desenvolvam outras tecnologias que vão substituí-lo, pois o país precisa saber fazer a transição para as energias renováveis.<sup>16</sup>

Além disso, especialistas também afirmam que o pré-sal representa o petróleo que o Brasil usará nos próximos 30 ou 40 anos, mas não só isso, o legado da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico será muito mais relevante. Esse legado poderá posteriormente atuar em vários campos do saber.<sup>17</sup>

### 3. O marco regulatório.

#### 3.1 O marco vigente até 2010.

Importante relembrar que a exploração do petróleo no Brasil era feita sob o regime da livre exploração, ou seja, o proprietário do espaço onde era encontrado o petróleo poderia explorá-lo livremente ou cedê-lo.<sup>18</sup>

Tal regime perdeu lugar na década de 50 com a Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953<sup>19</sup>, com a campanha “O Petróleo é Nosso”<sup>20</sup>, que estabeleceu o monopólio estatal sobre atividades exploratórias e de produção, a ser exercido pela sociedade de economia mista, a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS).<sup>21</sup> Assim, as jazidas de petróleo tornaram-se públicas, cabendo ao Estado, por meio da empresa estatal PETROBRÁS, a sua exploração e produção.

<sup>15</sup> DISCOVERY CHANNEL - O Desafio do Pré-Sal. Mixer. 2011. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[https://www.youtube.com/watch?v=Fp2\\_kYP\\_14Y](https://www.youtube.com/watch?v=Fp2_kYP_14Y)>

<sup>16</sup> DISCOVERY CHANNEL - O Desafio do Pré-Sal. Mixer. 2011. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[https://www.youtube.com/watch?v=Fp2\\_kYP\\_14Y](https://www.youtube.com/watch?v=Fp2_kYP_14Y)>

<sup>17</sup> DISCOVERY CHANNEL - O Desafio do Pré-Sal. Mixer. 2011. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[https://www.youtube.com/watch?v=Fp2\\_kYP\\_14Y](https://www.youtube.com/watch?v=Fp2_kYP_14Y)>

<sup>18</sup> ALKIMIM, Viviane Alonso - O histórico da extração e exploração do petróleo no Brasil e o novo marco regulatório do pré-sal, p. 66.

<sup>19</sup> Revogada pela Lei n.º 9.478/95, Lei do Petróleo.

<sup>20</sup> ALKIMIM, Viviane Alonso, op. cit. p.66

<sup>21</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha - A evolução do monopólio do petróleo e o novo marco regulatório do pré-sal, p. 167.



Com a atual Constituição do Brasil de 1988, a União<sup>22</sup> manteve o monopólio das atividades de produção e exploração do petróleo (art. 177, da CF) e a propriedade dos recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, IX e art 176, da CF).<sup>23</sup> Além disso, o papel da PETROBRÁS não sofreu alteração e continuou a ser a empresa executora desse monopólio.<sup>24</sup>

No entanto, no final dos anos 90 perceberam que o modelo vigente no país não era eficiente para a manutenção das atividades essenciais prestadas pelo Estado. O país não tinha os recursos financeiros nem os meios materiais para arcar, sozinho, com todas as prestações exigidas pela sociedade para propiciar o bem estar geral. Assim, a ideia de que o monopólio não era eficiência estimulou a mudança do cenário jurídico voltados a instigação da competitividade.<sup>25</sup>

Portanto, para permitir a adaptação da realidade brasileira à realidade da ordem econômica mundial foi necessário estabelecer mudanças na constituição. Assim, em 1995, com a Emenda Constitucional n.º 9, a disciplina de exploração e produção de petróleo e gás natural passa por grandes transformações.<sup>26</sup> Tal alteração da Constituição Federal, não colocou fim ao monopólio da União, e possibilitou a contratação de empresas privadas ou estatais para a realização das atividades de pesquisa, refino, comercialização e transporte do petróleo e do gás natural, observadas as condições estabelecidas em lei.<sup>27</sup> Com isso, houve o que podemos chamar de flexibilização<sup>28</sup> do monopólio, com a consequente abertura do mercado à concorrência, no entanto, foram mantidos entraves à entrada de empresas para o transporte e a distribuição, que continuaram sob responsabilidade do Estado.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Forma que será utilizada para tratar a República Federativa do Brasil.

<sup>23</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit., p. 168.

<sup>24</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de - O novo marco regulatório para a exploração e produção de petróleo no Brasil, p. 35.

<sup>25</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela - Propostas legislativas de novo marco regulatório do pré-sal. p. 267.

<sup>26</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit., p. 169

<sup>27</sup> Art. 177, da CF, alterada pela EC n.º 9/95.

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de - O contrato de concessão de exploração petróleo e gás, p. 8.

<sup>29</sup> RIBEIRO, Talita Miranda - O pré-sal e as mudanças no marco regulatório do petróleo, p. 16

Dessa forma, ficou estabelecido que a União tem o monopólio da atividade petrolífera, ou seja, é a única agente legitimada a atividade no cenário econômico, podendo, delegar o seu exercício mediante contrato de concessão.<sup>30</sup>

Assim, é possível afirmar que o objetivo da EC n. 9/95, era atrair novos investimentos, incentivando a entrada de outras empresas na atividade petrolífera.

A Constituição Federal dispõe que uma lei deveria ser promulgada para regular a contratação de empresas privadas ou estatais para a realização das atividades acima mencionadas (pesquisa, refino, comercialização e transporte do petróleo e do gás natural). Tal lei deveria tratar das seguintes questões: condições da contratação da União com as empresas estatais ou privadas; a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; e, sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.<sup>31</sup>

Assim, em seguida, foi sancionada, nesse contexto de mudança, pelo ex-presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso, a Lei Federal n.º 9.478, de agosto de 1997, chamada de Lei do Petróleo, que trata sobre a política energética do país, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e cria o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)<sup>32</sup> e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Essa nova legislação estabeleceu ainda que os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional continuariam a pertencer à União, cabendo à ANP a administração das áreas exploradas por meio do sistema de concessão, precedidos de licitação na forma da lei. Nesse regime de concessão, a exploração é feita por conta e risco do concessionário e, após a extração, ele fica com a propriedade do produto da lavra.<sup>33</sup> Portanto, as reservas mantiveram-se junto à União,

<sup>30</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit., p. 169

<sup>31</sup> §§ 1 e 2 do Art. 177, da CF.

<sup>32</sup> O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, é órgão de assessoramento do Presidente da República para formulação de políticas e diretrizes de energia.

<sup>33</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit. p. 171.

mas, o produto da lavra torna-se de propriedade da empresa concessionária<sup>34</sup> (art. 176 da CF).<sup>35</sup>

A ANP, criada sob a forma de autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ficou responsável pela regulação das atividades econômicas ligadas a relevantes recursos energéticos: petróleo, gás natural e biocombustíveis.<sup>36</sup> Por esta razão, foram-lhe direcionadas diversas funções.

A agência tem como uma das funções observar a Política Energética Nacional (PEN), política essa que possui como alguns dos seus objetivos a preservação do interesse nacional, promoção do desenvolvimento, a ampliação do mercado de trabalho e a valorização dos recursos energéticos, a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (Art. 1º da Lei do Petróleo).<sup>37</sup>

Além disso, a ANP normativa, elabora editais de licitação e contratos de concessão, emite autorização para o exercício de atividades, fiscaliza os desenvolvimentos das atividades ligadas aos setores que regula, tudo com o intuito de satisfazer os princípios e objetivos inseridos no art. 1º da Lei do Petróleo<sup>38</sup>.

Importante ressaltar que a exclusividade da exploração do petróleo pela empresa estatal PETROBRÁS, perdeu até 1995. Com a Lei do Petróleo, admite-se o regime de livre concorrência na exploração e produção do petróleo e outras fontes de energia,

<sup>34</sup> RIBEIRO, Talita Miranda, op. cit., p. 16.

<sup>35</sup> O art. 176 dispõe que “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”.

<sup>36</sup> O art. 7º dispõe que “Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia”.

<sup>37</sup> SIQUEIRA, Mariana - Os desafios regulatório do pré-sal e os seus reflexos na atuação da ANP, p. 146.

<sup>38</sup> São algum deles: “I - preservar o interesse nacional; II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos; III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia; V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal; VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural; VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País; VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis; IX - promover a livre concorrência (...)”

portanto, a estatal deixa de ser a executora exclusiva do monopólio da União para tornar-se uma empresa em concorrência no mercado.

A escolha do regime regulatório é um reflexo das instituições políticas do estado, de como o estado se envolve e se relaciona com os diferentes agentes dessa indústria, do nível de abertura econômica e da importância do petróleo em sua economia.<sup>39</sup>

As características das reservas brasileiras justificam até então a escolha do regime contratual de concessão, pois apresentavam baixo volume e custos de exploração e produção muito altos. O modelo implementado, entretanto, sofreu diversas críticas, tendo em vista que reduziria o controle da União sobre os recursos energéticos e a política comercial.<sup>40</sup>

A estrutura implementada pela EC n. 9/95 e complementado pela Lei do Petróleo foi a fixação de um compromisso regulatório, especialmente com a criação da ANP, após a abertura do mercado do setor *upstream* à concorrência. O legislador optou pelo contrato de concessão, mais adequado ao tipo de exploração da época, para viabilizar a delegação das atividades de exploração e produção. O objetivo era transmitir confiança do ponto de vista regulatório e a manutenção dos contratos de exploração para atrair investimentos privados.<sup>41</sup>

No entanto, a descoberta de grandes reservas de hidrocarbonetos em águas profundas em território brasileiro mudou o rumo dessa história. Diante da nova descoberta anunciada em 2007, na província pré-sal, iniciou-se no país um processo de debate para a modificação do marco regulatório do setor para que fosse adotado um novo regime que fosse mais adequado ao perfil das novas descobertas petrolíferas no país.<sup>42</sup>

### **3.2 O atual marco regulatório do pré-sal.**

Com a descoberta dos recursos energéticos na província do pré-sal, na costa litoral brasileira, o ordenamento jurídico sofreu algumas mudanças. Em razão dos baixos riscos

<sup>39</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit., p. 43.

<sup>40</sup> RIBEIRO, Talita Miranda, op. cit., p. 16.

<sup>41</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit., p. 173.

<sup>42</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit., p. 38/39)

geológicos para a exploração (apesar do grande desafio técnico) e expectativa alta de produtividade das reservas,<sup>43</sup> os autores das alterações justificavam que este novo cenário merecia um regime mais adequado, com o intuito de proteger os interesses nacionais.

Em consideração a tal realidade, o governo brasileiro da época<sup>44</sup> (oposição ao anterior Presidente Fernando Henrique Cardoso) adotou um novo marco regulatório para a província do pré-sal.

Este novo marco regulatório para o setor *upstream* é formado pelas seguintes leis: a Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, a Lei n. 12.276, de 30 de junho de 2010, e a Lei n. 12.304, de 02 de agosto de 2010.

Desde a promulgação da Lei n.º 12.351/2010, vigora no país um regime regulador misto para as atividades de produção e exploração de petróleo e gás natural.<sup>45</sup> Essa lei estabeleceu o regime de partilha de produção para a área do pré-sal e as áreas estratégicas, mas para todo o restante do território, permanece em vigor o regime de concessão estabelecido pela Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/97).

Vale então destacar algumas mudanças significativas: a opção pelo modelo de contrato de partilha de produção para as áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, ainda que não situadas na camada pré-sal; a PETROBRÁS passa a ser a operadora única ou consorciada de todos os blocos explorados sob este regime; a União poderá contratar exclusivamente a PETROBRÁS ou realizar licitações com livre participação das empresas; nas áreas licitadas, a PETROBRÁS terá uma participação mínima de 30%.<sup>46</sup> Caso não esteja participando da licitação, será realizado um consórcio com o vencedor da licitação. Criou-se a estatal Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), com a função de gestão dos contratos de comercialização do petróleo, gás natural e hidrocarbonetos de propriedade da União; e, criou-se o Fundo Social.

<sup>43</sup> Idem. p. 92

<sup>44</sup> A mudança do marco regulatório teve início ainda durante o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

<sup>45</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit, p. 92

<sup>46</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit, p. 174

Como mencionado acima, criou-se essa nova empresa pública para o setor, a PPSA, por meio da Lei n.º 12.304<sup>47</sup>, de agosto de 2010, que é responsável por gerir todos os contratos de partilha celebrados pelo Ministério de Minas e Energia (MME). Além disso, tem a função de participar de todos os consórcios vencedores (como representante dos direitos da União), e de monitorar e auditar a execução dos projetos de exploração e os custos e investimentos relacionados aos contratos de partilha.<sup>48</sup> A empresa também deverá participar ativamente de todas as decisões do setor, pois, de acordo com o novo marco regulatório, todas as deliberações deverão passar por comitês operacionais.<sup>49</sup>

A ANP, criada pela lei do Petróleo, tinha como uma das funções elaborar os editais de licitação e contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, mas com o atual marco regulatório, foi contemplada como responsável pela elaboração dos contratos e editais de licitação que viabilizarão a exploração e produção da área. No entanto, a elaboração a ser realizada pela agência se encontra sujeita à aprovação pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE).<sup>50</sup>

Com as consequentes mudanças normativas, direcionadas às atividades do petróleo e gás natural, trazidas pelas descobertas na camada pré-sal, indaga-se como ficará definida a atuação regulatória da ANP, em que medida sofrerá mitigações, especialmente ao se considerar o surgimento do novo ente, a PPSA e, ainda, frente as novas funções dadas ao CNPE e ao MME.<sup>51</sup>

Outra importante implementação do marco regulatório foi a criação do Fundo Social constituído a partir dos recursos provenientes das atividades relacionadas ao petróleo e gás natural. Tais fundos são criados com a finalidade de constituir fonte de recurso para o desenvolvimento social, na forma de programas e projetos nas áreas de desenvolvimento e combate à pobreza<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> O art. 1º, dispõe que “É o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado”.

<sup>48</sup> Art. 4º, da Lei n. 12.304/10.

<sup>49</sup> RIBEIRO, Talita Miranda, op. cit., p. 18.

<sup>50</sup> Art. 10, da Lei 12.351/10.

<sup>51</sup> SIQUEIRA, Mariana, op. cit., p. 151.

<sup>52</sup> Art. 47, da Lei n.º 12.351/2010.

O petróleo e o gás natural são bens de caráter não-renovável fazendo com que a exploração econômica desse recurso hoje comprometa a sua utilização pelas futuras gerações. Sendo assim, o montante arrecado com a exploração deve ser utilizado para assegurar que as gerações futuras possam usufruir da renda proveniente mesmo após seu esgotamento, com a sua aplicação em prol do desenvolvimento econômico e social.<sup>53</sup>

#### **4. Do contrato de concessão ao contrato de partilha.**

Há vários tipos de contratos relacionados com o setor petrolífero. Os sistemas que regulam as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural variam conforme as necessidades de cada país e em conformidade com o relacionamento dos Estados detentores dos recursos com as corporações petrolíferas, na sua maioria, estrangeiras, interessadas no petróleo.<sup>54</sup>

A escolha dos regimes é fortemente influenciada por comportamentos políticos e econômicos do Estado em tela, levam em consideração a soberania sobre os recursos naturais do país, otimização do desenvolvimento destes recursos, satisfação do consumo energético interno, planificação do retorno financeiro e integração da mão-de-obra nacional.<sup>55</sup> Por essa razão, cada marco regulatório é diferente, com variações que comportam a adoção de um ou mais sistemas.<sup>56</sup>

Ademais, é muito comum encontrar na mesma zona, blocos com condições contratuais diferentes, em razão do potencial petrolífero, profundidade do mar, data em que os contratos foram negociados e condições econômicas do país detentor dos recursos na época da descoberta. Tais fatores estão relacionado com a evolução da legislação.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit., p. 112.

<sup>54</sup> Idem, p. 24.

<sup>55</sup> GOMES, Jorge Salgado. [et. al.], op. cit., p. 553.

<sup>56</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>57</sup> GOMES, Jorge Salgado, op.cit., p. 554.

Este tema é muito importante, pois para as companhias, a legislação e os contratos permitem uma estabilidade contratual e uma segurança jurídica, acesso a reservas e produção, compensação financeira e definição da fiscalidade aplicável.<sup>58</sup>

As formações contratuais podem ser divididas em dois planos, o plano do relacionamento vertical - quer dizer, o plano das relações que se estabelecem entre o Estado detentor do recurso e a companhia petrolífera - e depois, o plano do relacionamento horizontal - quer dizer, o das relações entre as diversas companhias petrolíferas entre si, que não serão analisadas neste trabalho.<sup>59</sup>

No plano do relacionamento vertical, há diversos modelos típicos fundamentais de contratos, dentre eles o contrato de concessão e contrato de partilha de produção.

Em primeiro lugar, este trabalho tratará do contrato de concessão, conhecido como modelo clássico de contrato petrolífero entre o Estado e a companhia petrolífera. Este modelo caracteriza-se pela concessão pelo proprietário dos hidrocarbonetos, via de regra o Estado, à uma companhia petrolífera nacional ou estrangeiro do direito de desenvolvimento da atividade correspondente ao objeto contratual (prospecção, pesquisa ou exploração).<sup>60</sup> O concessionário assume todos os riscos e investimentos da atividade de exploração e produção em troca de determinada quantia.<sup>61</sup>

Como já foi mencionada no tópico anterior, após o advento da Lei do Petróleo, a União passou a exploração as jazidas<sup>62</sup> de petróleo em regime de concessão. Assim, o concessionário tem o direito de exercer a atividade econômica, mas a proprietária da jazida, do bloco<sup>63</sup> ou da plataforma continental continua sendo a União.<sup>64</sup> Alexandre

<sup>58</sup> Idem, p. 553.

<sup>59</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. [et. al.], op. cit., p. 137/138.

<sup>60</sup> Idem, p. 140.

<sup>61</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>62</sup> Art. 6, XI, da Lei 9.478/97, dispõe que jazida é “reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção”.

<sup>63</sup> Art. 6, XIII, da Lei 9.478/97, dispõe que bloco é “parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural”.

<sup>64</sup> ALKIMIM, Viviane Alonso, op. cit. p. 69.



Aragão fala em delegação do mero exercício da atividade, tendo em vista que a atividade que é monopólio da União, é concedida para que outro ente privado a exerça.<sup>65</sup>

Portanto, podemos afirmar que o objeto do contrato de concessão é apenas o direito de exploração da atividade económica, pois não é a coisa, o bloco, a área, a jazida o que se está a conceder.

Ademais, a Lei do Petróleo, considerada como uma lei-quadro, a exemplo das demais leis instituidoras de agências reguladoras,<sup>66</sup> cria a ANP e atribui à agência a competência para elaborar os editais e promover as licitações e, em nome da União, celebrar os respectivos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás e fiscalizar a sua execução.<sup>67</sup> A licitação para concessão de áreas para exploração e produção de petróleo e gás deve obedecer às disposições da própria Lei do Petróleo e da regulamentação provida pela ANP.

No Brasil o sistema de concessão é aplicado a todas as bacias sedimentares brasileiras, com exceção das áreas do pré-sal e de áreas estratégicas. No entanto, importante frisar que as áreas do pré-sal licitadas antes da vigência do regime de partilha também são reguladas pelo modelo de concessão. Assim, podemos dizer que o sistema de concessão geriu exclusivamente as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural até 2010, quando foram promulgadas as leis que instituíram os sistemas de concessão onerosa e partilha de produção. A partir deste momento, três sistemas passaram a coexistir no país: concessão, partilha de produção e concessão onerosa.<sup>68</sup>

No caso brasileiro, se ocorrer a descoberta comercial, o concessionário deve pagar ao Estado, em dinheiro, tributos incidentes sobre a renda, além das participações

<sup>65</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit. p. 14.

<sup>66</sup> Idem, p. 4

<sup>67</sup> O art. 8º, da Lei do Petróleo dispõe que “A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades económicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (...)”

<sup>68</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

governamentais aplicáveis (royalties, participações especiais e pagamento pela ocupação ou retenção de área).<sup>69</sup>

Depois de efetuados os pagamentos ao Estado, o concessionário é proprietário exclusivo do petróleo e o gás natural extraídos de um bloco podendo dispor livremente deste, observando as regras contratuais e a legislação. É exatamente a mudança na propriedade do petróleo ou gás natural que será o diferencial deste tipo contratual do outro que será tratado a seguir.<sup>70</sup>

O outro modelo típico que trataremos neste trabalho é o contrato de partilha de produção, vulgarmente conhecido na terminologia inglesa por *production sharing agreement* (PSA) ou *production sharing contract* (PSC)<sup>71</sup> adotado pelo novo marco regulatório no Brasil, para as atividades de exploração e produção em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas.

Importante ressaltar que, antes do novo marco regulatório argumentava-se que o modelo de concessão não seria mais compatível com a natureza da área do pré-sal. Assim, acreditam que o modelo de partilha de produção seria o mais adequado, em razão dos riscos exploratórios da área serem extremamente baixos e da grande rentabilidade. Assim, tal mudança permitiria maior participação nos resultados e maior controle da riqueza pela União, em benefício de toda sociedade.<sup>72</sup>

De acordo com este modelo contratual, tanto o Estado como a empresa petrolífera acordam na distribuição entre si dos proventos da atividade, sendo esta desenvolvida exclusivamente pela companhia, sendo por sua conta e risco da atividade de exploração e produção.<sup>73</sup>

Esse contrato se caracteriza pela divisão do resultado arrecadado: o designado *cost oil*, que é o petróleo totalmente reservado à companhia petrolífera para recuperação dos custos incorridos nos investimentos, e o petróleo subsequentemente obtido, designado

<sup>69</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>70</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit, p. 46.

<sup>71</sup> GOMES, Jorge Salgado, op.cit., p. 555.

<sup>72</sup> VASCONCELOS, Romeyka Antunes de, op. cit, p. 94.

<sup>73</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. [et. al.], op. cit., p. 140.

*profit oil*, parte destinada para o lucro, repartido entre as partes, de acordo com as percentagens acordadas. Observa-se aqui um diferente e específico modo de retribuição, o qual consiste, não em prestações pecuniárias, mas (ao menos parcialmente) numa fração do próprio petróleo produzido.<sup>74</sup>

No caso brasileiro, se houver alguma descoberta comercial, a companhia ou o consórcio recebe, como ressarcimento, volumes da produção correspondentes a suas despesas na exploração (o chamado *cost oil*).<sup>75</sup> Portanto, o *cost oil* tem a função de reembolsar os custos da operação e a amortização dos investimentos durante o período estabelecido no contrato. Além do *cost oil*, há o *profit oil*, destinado ao lucro, tanto do Estado como das companhias. O *profit oil* é dividido entre o Estado e as companhias, segundo regras estabelecidas no contrato. Esta divisão pode ser feita de forma fixa ou variável.<sup>76</sup>

Todavia, se uma eventual descoberta na área sob o sistema de partilha não for economicamente viável, a companhia ou o consórcio não recebe qualquer tipo de indenização do Estado.<sup>77</sup>

## 5. Críticas ao novo modelo

O atual marco regulatório vem sendo objeto de inúmeras críticas e questionamentos por parte da doutrina especializada. Para alguns, o novo modelo implementado para o setor *upstream* vai em sentido contrário daquele instituído pela EC n. 9/95, que abriu o mercado para novos atores e para a regulação independente.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Idem, p. 141.

<sup>75</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>76</sup> GOMES, Jorge Salgado, op.cit., p. 555.

<sup>77</sup> PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

<sup>78</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit, p. 178

É importante frisar que a EC n.º 9/95 implementou um ambiente progressivamente concorrencial, com o objetivo de relativizar o monopólio do petróleo e permitir a participação de outros atores no setor.

A nova qualidade de operadora obrigatória adquirida pela PETROBRÁS, com o novo marco regulatório restaura a sua posição monopolista. Daí, parte da doutrina entender que o novo marco regulatório precisa ser avaliado à luz do fundamento da liberdade de iniciativa e de alguns princípios constitucionais, em especial, o da isonomia, da segurança jurídica, da proporcionalidade e da autonomia da vontade.

Antes de tratar da afronta aos princípios constitucionais, será empreendida uma primeira crítica à disposição da Lei 12.351/10 que implementa o regime de partilha de produção em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas. Tal referência à área estratégica pode ser considerada imprecisa, embora seja definida no inciso V, do art. 2º, da Lei 12.351/10, como “região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos”. Nota-se que tal definição apresenta grande amplitude, abrindo-se brechas para manobras políticas, sob a justificativa de melhor atendimento aos interesses para o desenvolvimento nacional.<sup>79</sup>

### **5.1 Afronta à liberdade de iniciativa e aos princípios constitucionais**

Os projetos de lei, que deram origem ao novo marco regulatório, partiram da premissa que a eventual ausência de previsão constitucional para as concessões de petróleo autorizaria implementar um novo modelo contratual, o de partilha de produção, bem como, outros mecanismos de funcionamento do setor.

O maior problema não é exatamente a introdução de um novo modelo, pois o mercado é acostumado a trabalhar em diversos cenários, com ou sem parceria de empresas estatais. O que há de mais grave na alteração do marco regulatório, é a insegurança que surge com a mudança da legislação num cenário que envolve enormes

<sup>79</sup> ROSA, Alberto Lopes - Da concessão à partilha: Análise das *joint ventures* no setor de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, p. 57.

investimentos de capital, emprego de tecnologias e pesquisas altamente complexas, com retorno a longo prazo.<sup>80</sup> Assim, o risco da insegurança jurídica não passa pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>81</sup>

A mudança de cenário, por lei ordinária, não pela mudança de modelo contratual, como já foi dito, mas pela implementação de um modelo estatizante de exploração do setor, cria um setor não muito atrativo aos investidores e vai contra a mudança realizada pelas emendas constitucionais que flexibilizaram o monopólio, quebrando as barreiras aos investimentos privados.<sup>82</sup>

Assim, importante ressaltar que a disciplina constitucional das atividades econômicas tem como fundamento o princípio da livre iniciativa<sup>83</sup>, e, portanto, os monopólios apenas se justificam em carácter excepcional.<sup>84</sup>

Para Marcos Jurueba Villela Souto, o custo da desconfiança não justificaria os benefícios que se pretende alcançar com o novo marco regulatório, que poderiam ser alcançados nos moldes jurídicos anteriores à alteração. O autor defendem que a simples mudanças da forma de remuneração do Estado em lei ordinária bastaria para alcançar os objetivos.<sup>85</sup>

Portanto, o novo contexto do pré-sal de maior rentabilidade, poderia ser submetida a um critério de remuneração diferenciado, sem a mudança do marco regulatório. Poderia ser evitada a volta de um modelo estatizante, centralizado em empresas sob o controle do Estado, que receberiam contratos sem se submeter a mecanismos constitucionalmente estabelecidos para a competição.<sup>86</sup> Nota-se, portanto, que o antigo marco regulatório poderia ser adaptado à nova realidade do pré-sal.

Logo, 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. Portanto, os novos fatores, que

<sup>80</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. 273.

<sup>81</sup> Idem, p. 280.

<sup>82</sup> Idem, p. 277.

<sup>83</sup> Art. 1º, IV, da CF.

<sup>84</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. p. 266.

<sup>85</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. 279

<sup>86</sup> Idem, p. 280.

surgiram com a descoberta da província pré-sal, e justificaram a mudança do marco regulatório, não deveriam menosprezar os princípios consagrados no âmbito do ordenamento jurídico interno.<sup>87</sup>

## **5.2 A PETROBRÁS como operadora única e obrigatória: violação da livre concorrência, dos princípios da isonomia e da autonomia privada**

A doutrina também emite grandes críticas aos privilégios conferidos à PETROBRÁS pelo novo marco regulatório para o setor *upstream*.

A PETROBRÁS, com o novo marco regulatório, ficou definida como operadora única ou obrigatória e além disso ficou assegurado percentual de 30%, como participação mínima no consórcio com o licitante. Tal vantagem vai contra o que dispõe a CF, afrontando o princípio da isonomia entre os agentes econômicos do setor.

Com efeito, a CF reprime a eliminação da concorrência, que decorre não só do princípio da livre iniciativa, como do princípio da livre concorrência.

No tocante à dispensa de licitação da PETROBRÁS, tal mecanismo deveria ser a regra, de modo a garantir os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, além de resguardar a livre concorrência e a isonomia entre os agentes econômicos.

Nesse sentido, Marilda do Rosário de Sá Ribeiro entende que “a participação da PETROBRÁS em todos os blocos do pré-sal parece conflitante, no geral, com as reformas constitucionais iniciadas no final da década de 1990”.<sup>88</sup>

## **5.3 ANP: esvaziamento do agente regulador e violação à economicidade**

Em razão das inovações normativas trazidas pelo novo marco regulatório do pré-sal, é importante frisar que a ANP, continua a ser a agente reguladora das atividades do petróleo e gás natural. A agência continua com o seu papel, devendo observar os

<sup>87</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá - Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência.

<sup>88</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá - Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência.

princípios e objetivos da Política Energética Nacional (PEN), atuando para que sejam respeitadas as melhores práticas da indústria do petróleo e gás natural.<sup>89</sup>

Parte da doutrina aponta uma redução das competências da ANP com a criação da PPSA e a ampliação das competências do Governo. Isto porque foram ampliados os poderes do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e do Ministério de Minas e Energia (MNE) como órgãos preparatórios de decisão.<sup>90</sup>

Dessa forma, o novo marco regulatório pode caracterizar uma transferência de competências. O Governo passa a ter a competência de propor e definir blocos objetos do contrato, parâmetros técnicos e económicos dos contratos de partilha e a aprovar minutas dos editais e de contratos, antes competências da ANP.<sup>91</sup>

Ademais, a Lei 12.304/10 prevê que a PPSA será responsável pela gestão dos contratos de partilha de produção e de comercialização de petróleo e gás natural da União. A PPSA não executa as atividades de produção e exploração dos recursos no pré-sal, apenas gere os contratos referentes a esta área. Apesar de ter uma função essencialmente gestora, é muito importante que se estabeleça maior detalhamento normativo sobre essa configuração<sup>92</sup>, pois em razão dessas disposições legais, criou-se verdadeiro conflito de atribuições.

Nesse contexto, vale a pena apresentar o ponto de vista do Marcos Jurueba Villela Souto acerca da atribuição de funções regularias à nova estatal. Em primeiro lugar, o autor considera a criação de uma estatal para exercer atividades anteriormente atribuídas à ANP, autarquia criada para tal finalidade, um inchaço da máquina administrativa, colocando em risco o princípio da economicidade. Isso porque algumas funções poderiam continuar sendo exercidas pela ANP, autarquia criada para fins similares.<sup>93</sup>

Pode-se dizer que o papel institucional da ANP será reduzido, mesmo que continue a existir formalmente. Na prática as decisões mais importantes relativas à seleção de empresas, definição de blocos e gestão da execução dos contratos ficarão a cargo da

<sup>89</sup> SIQUEIRA, Mariana, op. cit., p. 150

<sup>90</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit., p.185.

<sup>91</sup> Idem, p. 186.

<sup>92</sup> SIQUEIRA, Mariana, op. cit., p. 150

<sup>93</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. 291.

PPSA, e não mais da ANP. A diferença importante entre uma e outra é que a ANP foi concebida como um ente regulador autónomo em relação ao governo, enquanto a PPSA é um braço do próprio governo, sujeita à determinações políticas do governo.<sup>94</sup> 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.

Assim, nota-se um aumento do grau de politização da gestão da indústria do petróleo, pois deixou de ser regulada efetivamente por um agente técnico distante dos elementos políticos e económicos em jogo.<sup>95</sup>

Finalmente, a previsão da lei 12.351/2010 na contratação direta da PETROBRÁS pela ANP para realizar as atividades de avaliação de jazidas, pode configurar nítida intervenção legislativa na autonomia e na independência política da agência reguladora.<sup>96</sup>

## 6. Possíveis mudanças do novo o marco regulatório

O atual marco regulatório não é definitivamente um ponto incontroverso para a doutrina e para os legisladores. Para demonstrar isso, está em análise na Câmara dos Deputados, o PL n.º 4.567/2016, de autoria do senador José Serra, que retira da PETROBRÁS a obrigatoriedade de participar na exploração do petróleo e gás natural na província pré-sal, propondo alterações no marco regulatório atual.<sup>97</sup>

Além desse projeto, há também os Projetos de Lei n.º 6.726/2013 e 4.973/2013 que tramitam em conjunto na Câmara dos Deputados, atualmente apensados ao PL n.º 4.567/2016. O primeiro pretende restabelecer o regime de concessão para exploração e

<sup>94</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha, op. cit, p. 188.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS - Projeto desobriga Petrobras de participar da extração de petróleo da camada pré-sal. [Consult. 29 Set. 2016]. Disponível na internet: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/504577-PROJETO-DESOBRIGA-PETROBRAS-DE-PARTICIPAR-DA-EXTRACAO-DE-PETROLEO-DA-CAMADA-PRE-SAL.html>>



produção de petróleo e gás natural, inclusive na área do pré-sal e outras áreas estratégicas. E, por fim, o segundo, tem teor semelhante ao PL n.º 4.567/2016.<sup>98</sup>

Pela legislação atual, aprovada em 2010, como já demonstrado, a PETROBRÁS deve atuar como operadora única na província do pré-sal com uma participação de pelo menos 30%. Além disso, é a empresa responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração e produção do petróleo e gás natural.<sup>99</sup>

Pelo texto do PL n.º 4.567/2016, a Petrobras não será a operadora exclusiva responsável pela condução e execução de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção de petróleo. Assim, será permitido que outras empresas possam ser responsáveis por tais atividades. Na prática, a PETROBRÁS seria mais uma empresa petrolífera, que disputaria áreas do pré-sal, e apenas seria operadora quando conseguisse formar um consórcio vitorioso do leilão dos blocos.

O projeto de lei propõe o fim da exclusividade sem retirar da PETROBRÁS a preferência da empresa nacional, para aliviar a estatal de uma obrigação que ela não pode mais arcar, sem condições de investimento. O senador afirma que o objetivo é fortalecer a PETROBRÁS que apresenta dificuldades financeiras, com uma dívida de R\$ 500 bilhões.<sup>100</sup>

Para os defensores do projeto, a mudança atende ao interesse nacional com o propósito de atrair investimento, além disso, destacam a necessidade de estímulos à

<sup>98</sup> JOTA - A crise da indústria petrolífera e as propostas de alteração do marco regulatório .[Consult. 21 Junho. 2016]. Disponível na internet: <<http://jota.uol.com.br/a-crise-da-industria-petrolifera-e-as-propostas-de-alteracao-do-marco-regulatorio>>

<sup>99</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS - Projeto desobriga Petrobras de participar da extração de petróleo da camada pré-sal. [Consult. 29 Set. 2016]. Disponível na internet: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/504577-PROJETO-DESOBRIGA-PETROBRAS-DE-PARTICIPAR-DA-EXTRACAO-DE-PETROLEO-DA-CAMADA-PRE-SAL.html>>

<sup>100</sup> SENADO - Fim da participação obrigatória da Petrobras na exploração do pré-sal é aprovado no Senado, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/24/fim-da-participacao-obrigatoria-da-petrobras-na-exploracao-do-pre-sal-e-aprovado-no-senado>>

competitividade da PETROBRÁS que domina a tecnologia da exploração de petróleo e gás natural em águas ultraprofundas.<sup>101</sup>

Para opositores da proposta, o cenário atual do Brasil não é um momento oportuno para mudança. Há quem acredita que a PETROBRÁS tem capacidade técnica de recuperação, e acreditam que o novo projeto não está no sentido de atrair investimento estrangeiro, mas apenas de entrega das reservas brasileiras para as multinacionais.<sup>102</sup>

Por enquanto, a discussão e votação dos projetos de lei podem parecer apenas um jogo político. No entanto, há especialistas na área que defendem que tal mudança pode ser benéfica para o país.

Para advogados especialistas, o viés estatizante que retornou com o marco regulatório do pré-sal vai sendo relaxado com tais projetos, com o objetivo de se retomar o arranjo regulatório construído ao final da década de 1990, valorizando concorrência entre as empresas do setor.<sup>103</sup>

Os mesmos especialistas acreditam que para que a indústria petrolífera possa contribuir para o crescimento da produção de petróleo e gás natural no país e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do Brasil, é fundamental que as mudanças sejam efetivamente debatidas, a salvo de dogmas ideológicos, com propostas que tenham o objetivo de aperfeiçoar a regulação do setor, de modo a oferecer condições adequadas para a participação dos diversos atores do mercado e assim atrair novamente os investimentos privados necessários para impulsionar a indústria.<sup>104</sup> Portanto, os

<sup>101</sup> SENADO - Fim da participação obrigatória da Petrobras na exploração do pré-sal é aprovado no Senado, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/24/fim-da-participacao-obrigatoria-da-petrobras-na-exploracao-do-pre-sal-e-aprovado-no-senado>>

<sup>102</sup> SENADO - Fim da participação obrigatória da Petrobras na exploração do pré-sal é aprovado no Senado, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/24/fim-da-participacao-obrigatoria-da-petrobras-na-exploracao-do-pre-sal-e-aprovado-no-senado>>

<sup>103</sup> JOTA - A crise da indústria petrolífera e as propostas de alteração do marco regulatório. [Consult. 21 Junho. 2016]. Disponível na internet: <<http://jota.uol.com.br/a-crise-da-industria-petrolifera-e-as-propostas-de-alteracao-do-marco-regulatorio>>

<sup>104</sup> JOTA - A crise da indústria petrolífera e as propostas de alteração do marco regulatório. [Consult. 21 Junho. 2016]. Disponível na internet: <<http://jota.uol.com.br/a-crise-da-industria-petrolifera-e-as-propostas-de-alteracao-do-marco-regulatorio>>

projetos de lei apresentados podem representar esse impulso que a indústria precisa para que volte a contribuir para o desenvolvimento do sector e do país.

É preciso acrescentar na discussão, para a definição de novos marcos regulatório do pré-sal, ainda alguns aspectos que precisam ser analisados no contexto da regulação de petróleo. Há problemas quanto ao atual preço do petróleo no mercado internacional e que pode e irá influenciar sobremaneira eventuais alterações relacionadas aos investimentos na área. Também devem ser levados em consideração alguns importantes aspectos: a) a extração de petróleo no oriente médio e sua política de redução de preços que torna menos atrativa a ampliação de investimentos na província do pré-sal ao capital internacional; b) a pressão da nova geração para que sejam ampliados os investimentos na produção de energias renováveis e menos poluentes e reduzidas as relacionadas aos combustíveis fósseis<sup>105</sup>; c) a influência política relacionada ao *impeachment* da Presidente Dilma Roussef e ao escândalo de corrupção denominado “petrolão” que evidenciou a excessiva interferência de interesses personalistas e que conduziram a uma semi-paralisação no congresso brasileiro nas discussões relacionadas a regulação do setor de exploração do petróleo.

A redução do preço internacional do petróleo, a pressão para a redução do consumo do petróleo e a sua influência sobre o aquecimento global são fatores que tornam menos atrativos os investimentos do capital internacional e podem inviabilizar economicamente a exploração da província do pré-sal no Brasil. Assim sendo, as questões relacionadas à regulação da província do pré-sal e os contratos de exploração ficam ainda mais difícil.

---

<sup>105</sup> BBC Mundo em Washington - Os estudantes que desafiam a universidade mais rica do mundo, 2015. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150302\\_harvard\\_etica\\_protesto\\_fd](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150302_harvard_etica_protesto_fd)>

## **7. Conclusão**

A doutrina vem debatendo a viabilidade e eficiência das alterações trazidas pelo novo marco regulatório da indústria do petróleo. De fato, a opção pelo monopólio e atuação obrigatória da PETROBRÁS na exploração e produção de petróleo na camada pré-sal vai na direção contrária ao espírito das mudanças trazidas pela emenda constitucional da década de 90. O novo marco regulatório viola diretamente princípios constitucionais, como o da livre concorrência, proporcionalidade, segurança jurídica e isonomia.

Tal mudança prejudicou o ambiente de concorrência trazido pela emenda, e pode afastar novos investimentos estrangeiros para o sector.

O Poder Legislativo, com as alterações trazidas, criou novos entes para o setor, passando a suportar um ônus regulatório altíssimo. Assim, a questão regulatória do país pode passar por um enfraquecimento e insegurança, tendo em vista que deixou de ser técnico e independente, e assim gerou uma instabilidade do setor.

Com certeza, essa não é uma questão sedimentada e estável. Projetos de lei estão em tramitação na Câmara dos Deputados, que podem ser votadas a qualquer momento e mudar novamente o rumo dessa história, afetando ainda mais os investimentos no setor.

Além disso, o investimento na área de pesquisa na produção de combustíveis fósseis tem uma forte tendência a serem reduzidos em razão direta da instabilidade jurídica de modificações que oscilam conforme assumam governos com viés mais ou menos estatizado, mais ou menos influenciados pela política e pelo intervencionismo estatal. Todos esses aspectos como mencionado neste estudo, serão decisivos para a definição do futuro e da viabilidade do pré-sal como fator de desenvolvimento econômico do Brasil. Ao mesmo tempo é importante discutir que modelo jurídico/contratual de exploração do setor não colocam em risco a viabilidade econômica e os interesses nacionais.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Viera de. MARCOS, Rui de Figueiredo - Direito do Petróleo. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. ISBN 978-989-98257-0-3.

ALKIMIM, Viviane Alonso - O histórico da extração e exploração do petróleo no Brasil e o novo marco regulatório do pré-sal. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 1. VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras (2011), p. 66-74. [Consult. 23 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/1/Agencias\\_Reguladoras\\_66.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/1/Agencias_Reguladoras_66.pdf)>

ARAGÃO, Alexandre Santos de - O contrato de concessão de exploração petróleo e gás. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n.º 5 (2006). [Consult. 23 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43875>>. ISSN 2238-5177

GOMES, Jorge Salgado. ALVES, Fernando Barata - O universo da indústria petrolífera - Da Pesquisa à Refinação. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1398-3.

OLIVEIRA, Anderson Marcio de - A regulação do upstream petrolífero brasileiro: Um novo marco regulatório para as reservas do pré-sal. Recife: Repositório Institucional da Universidade Federal de Pernambuco, 2010. Tese de Mestrado.

PAPATERRA, Guilherme Eduardo Zerbinatti - Pré-sal: conceituação geológica sobre uma nova fronteira exploratória no Brasil. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro - Departamento de Geologia, 2010. Tese de Mestrado.

1. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá - Marco regulatório do pré-sal não precisa de urgência. Consultor Jurídico (2009). [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-19/marco-regulatorio-pre-sal-reflexao-ampla-nao-urgencia>>

RIBEIRO, Talita Miranda - O pré-sal e as mudanças no marco regulatório do petróleo. Boletim de Economia. n.º 5 (2011), p. 13-23. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[http://www.fundap.sp.gov.br/wp-content/uploads/2014/03/boletim\\_economia\\_5\\_setorial\\_pre-sal.pdf](http://www.fundap.sp.gov.br/wp-content/uploads/2014/03/boletim_economia_5_setorial_pre-sal.pdf)>

RICCOMINI, Claudio. SANT`ANNA, Lucy Gomes. TASSINARI, Colombo Celso Gaeta. Pré-sal: geologia e exploração. Revista USP. n.º 95 (2012), p. 35-42. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/52236>>

ROSA, Alberto Lopes - Da concessão à partilha: Análise das joint ventures no setor de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Vol. 4 (2013), p. 54-76. [Consult. 23 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rbdp/article/view/9543>>. ISSN 2317-5583

SOUTO, Marcos Juruena Villela - Propostas legislativas de novo marco regulatório do pré-sal. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (2012), p. 263-297. [Consult. 23 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/915066/DLFE-53915.pdf/REVISTAESP263.pdf>>

VASCONCELOS, Romeyka Antunes de - O novo marco regulatório para a exploração e produção de petróleo no Brasil. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2015. Tese de Mestrado.

VIANA, Camila Rocha Cunha - A evolução do monopólio do petróleo e o novo marco regulatório do pré-sal. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Vol. 3 (2012), p. 165-196. [Consult. 23 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rbdp/article/view/5788>>

2. AGÊNCIA BRASIL - Saiba o que pode mudar com o projeto de lei que altera partilha do pré-sal, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/saiba-o-que-pode-mudar-com-o-projeto-de-lei-que-altera-par>>

BBC Mundo em Washington - Os estudantes que desafiam a universidade mais rica do mundo, 2015. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150302\\_harvard\\_etica\\_protesto\\_fd](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150302_harvard_etica_protesto_fd)>

CÂMARA DOS DEPUTADOS - Projeto desobriga Petrobras de participar da extração de petróleo da camada pré-sal. [Consult. 29 Set. 2016]. Disponível na internet: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/504577-PROJETO->

DESOBRIGA-PETROBRAS-DE-PARTICIPAR-DA-EXTRACAO-DE-PETROLEO-DA-CAMADA-PRE-SAL.html>

DISCOVERY CHANNEL - O Desafio do Pré-Sal. Mixer. 2011. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <[https://www.youtube.com/watch?v=Fp2\\_kYP\\_14Y](https://www.youtube.com/watch?v=Fp2_kYP_14Y)>

FOLHA DE S.PAULO - Entenda o que é a camada pré-sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/748802-entenda-o-que-e-a-camada-pre-sal.shtml>>

3. JOTA - A crise da indústria petrolífera e as propostas de alteração do marco regulatório, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://jota.uol.com.br/a-crise-da-industria-petrolifera-e-as-propostas-de-alteracao-do-marco-regulatorio> >

PETROBRAS - Pré-Sal. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>

PETROBRAS - Marco Regulatório. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>>

PETROBRAS - Bacia de Campo. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/bacias/bacia-de-campos.htm>>

4. SENADO - Fim da participação obrigatória da Petrobras na exploração do pré-sal é aprovado no Senado, 2016. [Consult. 21 Jun. 2016]. Disponível na internet: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/24/fim-da-participacao-obrigatoria-da-petrobras-na-exploracao-do-pre-sal-e-aprovado-no-senado>>

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial n.º 191-A. Seção 1 (05/10/1988), p. 1-31.

Brasil. Lei n.º 2004. Diário Oficial da União - Seção 1 (3/10/1953), p. 16705.

Brasil. Lei n.º 9.478. Diário Oficial da União - 07/08/1997, p. 16925.

Brasil. Lei n.º 12.351. Diário Oficial da União. Seção 1 (23/12/2010), p. 1.

Brasil. Lei n.º 12.276. Diário Oficial da União. Seção 1 (30/6/2010), p. 1.

Brasil. Lei n.º 12.304. Diário Oficial da União. Seção 1 (03/08/2010), p. 1