

O marco regulatório do Pré-sal e o papel da Pré-sal Petróleo S.A no panorama de regulação da indústria de petróleo e gás

Gabriela Borba Evangelista
Mestranda em direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Rua do Hospício, 371, centro, Recife PE. CEP: 50050-050
E-mail: gabrielaborbae@gmail.com

RESUMO

O chamado marco regulatório do Pré-sal, proposto sob a justificativa de que as gigantescas bacias de petróleo e gás descobertas no litoral brasileiro necessitavam de novo tratamento legal, umas vez que alteravam o panorama de exploração e produção que se vislumbrava anteriormente trouxe várias inovações na regulação do setor. Um dos aspectos mais controversos foi a criação da Pré-sal Petróleo S/A (PPSA) pela lei 12.304/2010, com a função de gerir os futuros contratos de partilha de produção firmados pela União, possuindo, como uma de suas principais atribuições fiscalizar a partilha da produção, garantindo que o Estado teria sua parte em óleo devidamente percebida. No entanto, muitas foram as críticas a essa inovação, questionando-se, por exemplo, se a estatal não seria apenas mais uma forma de onerar o estado, podendo a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) absorver as suas atribuições, se a PPSA não poderia ser facilmente alvo de influência política ou ainda, se a mesma teria capacidade técnica para desenvolver suas atividades. Busca-se, portanto analisar os pontos controversos da estatal, inserido no cenário regulatório atual.

Palavras-chave: Direito do Petróleo; Pré-sal; Pré-sal Petróleo S/A; regulação.

1. Introdução.

A descoberta das grandes reservas de hidrocarbonetos na primeira década do século XXI impulsionou substanciais mudanças legislativas no que concerne à exploração de petróleo no país. Criou-se o que foi chamado “marco regulatório do Pré-sal”, o somatório de três leis (Leis nº 12.276/2010, nº 12.304/2010 e nº 12.351/2010) que introduziram o modelo de exploração por meio de partilha de produção, aumentando o controle governamental sobre a produção de petróleo no Brasil.

Os dispositivos legais supracitados inovaram o ambiente jurídico do setor petrolífero nos seguintes aspectos: a Lei 12.276/2010 autorizou a cessão onerosa da pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos à Petrobras viabilizando sua capitalização, a Lei 12.304/2010 criou da empresa estatal Pré-sal Petróleo S/A (PPSA) e, por fim, o regime de partilha de produção referente à exploração na região do Pré-sal e a criação do Fundo Social foram estabelecidos pelo texto da Lei 12.351/2010.

Dentre as inovações trazidas, busca-se enfatizar as consequências da inserção da PPSA na regulação do setor petrolífero uma vez que a empresa tem, segundo a lei que autoriza sua criação e define seus objetivos e competências, prerrogativas de fiscalização, monitoramento e avaliação que, em princípio, apenas a Agência Nacional do Petróleo, agência responsável pela regulação do setor de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos teria.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar as inovações trazidas no ambiente regulatório do setor de petróleo e gás pela criação da PPSA, a pertinência de sua criação e eventuais conflitos de competência que possa ter em relação à ANP, agência reguladora prevista constitucionalmente como ente regulador da indústria do petróleo e gás.

2. O marco regulatório do Pré-sal e o retomada do controle estatal sobre o setor de produção e exploração de petróleo

O setor petrolífero possui há décadas posição destacada na legislação brasileira, sendo objeto de intervenção estatal pela sua reconhecida importância política, econômica e social. O primeiro instrumento normativo no

ordenamento jurídico brasileiro criado para regulamentar a indústria do petróleo¹ foi editado na década de 30 do século passado, por meio do Decreto-lei nº 395. Em 1953 foi estabelecido o monopólio da União sobre o setor petrolífero, através da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A, a Petrobrás, que veio a ser flexibilizado apenas 42 anos depois, por meio da Emenda Constitucional nº 9/1995. A emenda dispôs que “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”².

A década de 90 foi marcada por uma onda de privatizações e desregulamentação incitadas por organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional, tendo o Brasil seguido essa tendência³. Não cabe aqui emitir um juízo de valor acerca dos possíveis benefícios ou malefícios trazidos pela adoção dessas novas políticas, o que é necessário é contextualizar um momento de profundas mudanças na área do direito do petróleo no país.

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 surge em um contexto político e econômico bastante diferente daquele vislumbrado mais de quarenta anos antes. A intensificação da globalização e integração dos mercados internacionais fez com que os Estados passassem a atuar de forma diferente na economia, não mais intervindo diretamente como um agente econômico, mas sim atuando de forma a regular os mercados. Houve uma mudança no papel estatal, que deixou uma postura regulatória operacional para assumir uma concentração regulatória normativa⁴.

Os contornos neoliberalistas que tomavam as nações pelo globo vinculavam à figura do Estado uma imagem de ineficiência, corrupção e desperdício, sendo sua atuação direta na economia vista como um atraso para a sociedade, uma vez que o mercado carecia de liberdade e agilidade, elementos característicos da iniciativa privada.

O Estado, portanto, ao flexibilizar o seu monopólio, permitiu que outras empresas, que não a Petrobrás, pudessem atuar no setor, auferindo lucros e concorrendo com a estatal. A lei mencionada no texto da emenda é a Lei nº 9.478/1997, conhecida por Lei do Petróleo, não só passou a regular o modo de atuação das concessionárias, ou seja, da iniciativa privada no setor, como também criou a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Reguladora à qual foi atribuída as funções de regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

O Brasil conseguiu alcançar, através da exploração de campos em águas profundas, uma posição confortável quanto à sua independência de importações de petróleo, ainda que suas jazidas fossem consideradas de alto risco, pelo fato das perfurações de poços não terem uma alta taxa de êxito, tampouco suas bacias se mostram altamente produtivas.

Contudo, a descoberta de grandes reservas localizadas na chamada área do Pré-sal, cujas bacias possuem altas chances de êxito na perfuração e grande potencial produtivo. Altera-se, portanto, o cenário dessa vigorosa indústria: não apenas as novas reservas de petróleo passam a ser um investimento mais seguro como o país ganha potencial para figurar entre as nações de grande potencial petrolífero.

A nova realidade do setor de exploração e produção chamaram a atenção dos agentes políticos que à época determinavam as diretrizes políticas com uma plataforma mais nacionalista, tendo sido apresentados os

¹ CASTRO, Lydia Maria Cruz de. **Contratos de concessão: uma análise jurídica na indústria do petróleo e gás do Brasil**. Orientador: Prof. Dr. Fabiano André de Souza Mendonça. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito. p. 5.

² Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60, § 3º, da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art.1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 177

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm. Acesso em 10 out. 2014.

³ SARMENTO, D. *Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional* **Anuário: direito e globalização, 1**: a soberania. MELLO, C. (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 58.

⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 202.

Projetos de Lei nº 3859/2009, 3959/2009, 4059/2009 e 4159/2009, que se complementavam, formando o que se pretendia ser o marco regulatório do Pré-sal e passaria a ser aplicado nas demais áreas de interesse. A partir destes projetos foram editadas as leis nº 12.276/2010, nº 12.304/2010 e nº 12.351/2010, que autorizam a cessão onerosa à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, permitindo sua capitalização, a criação da empresa pública Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), que tem como principal escopo gerir os contratos de partilha de produção e, por fim, alteração do modelo de contrato de concessão para contratos de partilha de produção em áreas do Pré-sal e demais áreas consideradas estratégicas.

Verifica-se uma alteração profunda nas estruturas de regulação da indústria petrolífera: há um grande aumento da interferência estatal sobre a produção de petróleo e gás, tendo em vista que uma empresa pública passa a gerir os contratos de partilha de produção firmados entre Estado e empresas exploradoras, contratos estes que determinam não apenas que o óleo extraído dos poços pertence à União (diferentemente, portanto, dos contratos de concessão), como também estabelece um consórcio necessário entre a estatal Petrobrás e qualquer empresa que venha a vencer o certame licitatório para a exploração de campos localizados no Pré-sal.

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada em razão da flexibilização da exploração do setor de petróleo e gás com o escopo de regular o mercado que passou a permitir a participação de agentes privados, foi criada com a ideia de possuir independência política e não ter suas decisões conduzidas pelos agentes públicos, buscando sempre as melhores práticas de mercado. A PPSA, novo elemento que estará envolvido em todos os contratos de partilha de produção que permitem a exploração de áreas do Pré-sal, apesar de também ter como objetivo no desenvolvimento de suas funções as melhores práticas de mercado (Lei 12.304/2010, art. 4º, parágrafo único), estará representando os interesses da União (Lei 12.304/2010, art. 4º, I).

Há uma clara retomada do poder estatal sobre o setor de exploração e produção de petróleo e gás, sendo a PPSA um elemento de controle.

3. O marco regulatório do Pré-sal: disposições legais

Atento à nova realidade trazida pelo Pré-sal, os mecanismos reguladores do setor de petróleo e gás passaram a atuar de forma a se planejar a partir da nova planície petrolífera. No ano de 2007, no mesmo em que foram divulgadas informações acerca da descoberta de jazidas de grande potencial econômico no Pré-sal, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), através da resolução CNPE Nº 6, datada de 8 de novembro de 2007, determinou a retirada de 41 blocos exploratórios que da 9ª rodada de licitações promovida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis.

Restou clara a intenção do Conselho em buscar avaliar de forma mais cuidadosa a situação dos contratos no que diz respeito à forma com que os blocos recém-descobertos seriam explorados, uma vez que, no art. 4º da referida resolução, o Ministério de Minas e Energia é chamado a avaliar mudanças no marco legal para que este passe a contemplar o novo panorama brasileiro no que concerne às novas reservas de hidrocarbonetos⁵. Já havia se percebido a necessidade de alterações na 8ª rodada de licitações, quando oito empresas petrolíferas fizeram ofertas de alto valor para obter o direito de exploração sobre dez campos localizados na Bacia de Santos. A alta competitividade e o interesse das operadoras incentivaram a edição da Resolução CNPE nº 6/2007 e chamaram a atenção para a nova realidade brasileira⁶.

O legislativo se manifestou de modo a estabelecer um novo marco regulatório para tutelar as relações entre Estado e empresas na exploração dessas jazidas de alto potencial econômico, valendo dizer que, a Lei do Petróleo e suas disposições acerca dos contratos de concessão ainda são adequadas aos contratos que regem a exploração dos demais campos brasileiros, que não apresentam a mesma viabilidade econômica que as reservas do Pré-sal.

No ano de 2010 três importantes leis referentes ao Pré-sal foram editadas: Lei 12.276/2010, Lei 12.304/2010 e Lei 12.351/2010. A primeira autoriza a cessão onerosa de áreas não concedidas do Pré-sal à Petrobras. A Lei

⁵ Resolução CNPE nº 6, 8 de novembro de 2007. Art. 4º: Determinar ao Ministério de Minas e Energia que avalie, no prazo mais curto possível, as mudanças necessárias no marco legal que contemplem um novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural, aberto pela descoberta da nova província petrolífera, respeitando os contratos em vigor.

⁶ RODRIGUEZ, Monica R.; COLELA JR., Olavo; SUSLICK, Saul B.. Os processos de licitação de áreas exploratórias e áreas inativas com acumulações marginais no Brasil. **Rev. bras. geociênc.**, São Paulo, v. 38, n. 2, jun. 2008 . Disponível em <http://papegeo.igc.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0375-75362008000400006&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 11 nov. 2013. p. 10.

12.304/2010 cria a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-sal Petróleo S.A (PPSA), uma empresa pública regida pelo regime jurídico das empresas privadas, vinculada ao Ministério de Minas e Energia que tem como escopo gerir os contratos de partilha de produção firmados pelo supracitado Ministério, assim como os demais contratos de negociação de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos da União.

Por fim temos a Lei 12.351/2010, que traz maiores inovações, como previsto na retromencionada resolução CNPE nº6 de 2007. A lei estabelece que a exploração e produção de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos da região do Pré-sal e demais áreas estratégicas serão realizadas sob o regime de partilha de produção, não mais se submetendo ao regime de concessão. Interessante ressaltar aqui a intenção do legislador em já consolidar o regime de partilha de produção em contratos de E&P para eventuais áreas de grande potencial econômico, definindo-as como áreas estratégicas⁷. A lei ainda cria e regula o Fundo Social, além de alterar o disposto na Lei 9.478 de 97.

Com o advento do novo marco regulatório, altera-se o modo com que o Estado irá auferir rendas a partir da exploração dos hidrocarbonetos. A expectativa e a intenção do legislador em estabelecer o modelo de contrato de partilha de produção é justamente aumentar os ganhos governamentais em relação às possibilidades previstas nos contratos de concessão em vigor em áreas de menor produtividade.

A Lei 12.351, sancionada em 12 de dezembro de 2010, inovou ao instituir um novo modelo de E&P de petróleo e gás natural, definindo que, no que concerne ao Pré-sal e demais áreas estratégicas, passaria a ser aplicado o modelo de partilha de produção. O Brasil, portanto, passou a ter um sistema misto, uma vez que ainda vigoram os contratos de concessão para as áreas que não são parte do Pré-sal ou não são consideradas estratégicas e para os blocos localizados na região do Pré-sal que já haviam sido licitadas antes da edição da supracitada lei.

Antes da edição da lei que representa o marco regulatório do Pré-sal foram editadas duas outras que proporcionaram grandes mudanças no setor petrolífero, mudanças essas que corroboravam com os interesses estatais relacionados à mudança regulatória no país. Em junho de 2010 foi editada a lei 12.276, que autorizou a União a ceder onerosamente o equivalente a cinco bilhões de barris de óleo equivalente à Petrobras, permitindo ainda que aquela subscrevesse ações do capital social da empresa e integralizá-las com títulos da dívida pública federal, de modo a capitalizar a Petróleo Brasileiro S/A, fazendo com que esta tivesse condições de arcar com os custos que os investimentos no Pré-sal representavam⁸.

Tratou-se da maior operação de capitalização de uma empresa já vista no mercado brasileiro. A Petrobrás aumentou consideravelmente o seu patrimônio líquido através das reservas cedidas onerosamente (sete áreas do Pré-sal foram especificadas no Contrato de Cessão Onerosa: Tupi Sul, Florim, Tupi NE, Peroba, Guará Sul, Franco e Entorno de Iara) e do aumento dos recursos em caixa, pelos seus acionistas (principalmente pelo governo brasileiro). Houve uma grande injeção artificial de recursos na Petrobrás para que a empresa pudesse participar intensamente da exploração e produção no Pré-sal, como se verá quando da análise do marco regulatório desta área.

Dando continuidade às inovações que foram moldando aos poucos o cenário de exploração do Pré-sal, foi editada em agosto de 2010 a Lei 12.304, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S/A – Pré-sal Petróleo S/A (PPSA), empresa pública sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas e vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A PPSA tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção (que não haviam sequer sido estabelecidos ainda, tendo em vista que a lei que os consagra foi sancionada apenas em dezembro de 2010) celebrados pelo ministério ao qual é vinculada e a gestão dos contratos referentes a comercialização do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos da União. É a nova estatal que passa a representar a União nos consórcios formados para executar os contratos de partilha, função que pertence à ANP nos contratos de concessão.

Nota-se que, apesar de ser uma empresa privada, a Pré-sal Petróleo S/A, tem, segundo a lei que autoriza sua criação e define seus objetivos e competências, prerrogativas de fiscalização, monitoramento e avaliação que,

⁷ O artigo 2º, V, da Lei 12.305/2010 define área estratégica como: “região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos”.

⁸ FERREIRA NETO, Antônio Primo. **Uma análise econômica das mudanças regulatórias no setor de petróleo no Brasil**. 2013. 61 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia, Escola de Pós-graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. p. 42.

em princípio, apenas a Agência Nacional do Petróleo, agência responsável pela regulação do setor de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos teria. É tanto que a Lei 12.304/2010 estabelece que, na prática dos atos necessários à gestão do contrato de partilha de produção, a PPSA deverá observar as melhores práticas para a indústria do petróleo⁹.

A Lei 12.351, sancionada em dezembro de 2010, inovou ao estabelecer o modelo de contrato de partilha de produção para a exploração e produção de petróleo e gás natural, criou o Novo Fundo Social e alterou dispositivos da Lei do Petróleo. A nova lei manteve a União dissociada de qualquer risco decorrente das atividades de E&P empreendidas pelo contratado, os quais assumem todos os riscos envolvidos nessas operações.

O contrato de partilha de produção, assim como o contrato de concessão, é, claramente, um contrato administrativo, apresentando as mesmas características já apresentadas anteriormente quando foi analisado o contrato de concessão. No entanto, os contratos de partilha de produção delimitados pela Lei 12.351/2010 diferem em vários aspectos dos contratos descritos na Lei do petróleo.

Nos contratos de concessão o produto da produção no campo passava a ser propriedade do concessionário a partir da “boca do poço”, deixando de ser propriedade na União no momento em que era extraído da jazida. Já o novo marco legal determina que o óleo e gás produzidos pelo contratante são de propriedade da União, mesmo após ter sido retirado da rocha reservatório.

É essencial ter esta noção de que os hidrocarbonetos extraídos não são propriedade do contratante, não podendo este, portanto, dispor sobre sua comercialização como bem lhe aprouver. O art. 2, I, da Lei 12.351/2010 define o modelo de partilha de produção como um regime no qual o contratado exerce as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção por sua conta e risco, adquirindo, em caso de sucesso, o direito à apropriação do custo em óleo (e não o direito à apropriação do óleo), do volume da produção correspondente aos royalties devidos e também a parcela do excedente em óleo, estando as condições, prazos e proporções previamente estabelecidas no contrato.

O mesmo artigo ainda traz duas importantes definições. Em seu inciso II estabelece que o custo em óleo é a parcela da produção de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto fluido equivalente em valores monetários aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução de suas atividades, sendo exigível

⁹ Lei 12.304 de 2010, Art. 4º: Compete à PPSA:

I - praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia, especialmente:

- a) representar a União nos consórcios formados para a execução dos contratos de partilha de produção;
- b) defender os interesses da União nos comitês operacionais;
- c) **avaliar**, técnica e economicamente, **planos de exploração, de avaliação, de desenvolvimento e de produção** de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como fazer cumprir as exigências contratuais referentes ao conteúdo local;
- d) **monitorar e auditar** a execução de projetos de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;
- e) **monitorar e auditar** os custos e investimentos relacionados aos contratos de partilha de produção; e
- f) fornecer à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) as informações necessárias às suas funções regulatórias;

II - praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, especialmente:

- a) celebrar os contratos com agentes comercializadores, representando a União;
- b) **verificar o cumprimento, pelos contratados, da política de comercialização de petróleo e gás natural da União** resultante de contratos de partilha de produção; e
- c) monitorar e auditar as operações, os custos e os preços de venda de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;

III - analisar dados sísmicos fornecidos pela ANP e pelos contratados sob o regime de partilha de produção;

IV - representar a União nos procedimentos de individualização da produção e nos acordos decorrentes, nos casos em que as jazidas da área do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por áreas não concedidas ou não contratadas sob o regime de partilha de produção; e

V - exercer outras atividades necessárias ao cumprimento de seu objeto social, conforme definido no seu estatuto.

Parágrafo único. **No desempenho das competências previstas no inciso I, a PPSA observará, nos contratos de partilha de produção, as melhores práticas da indústria do petróleo. (Grifos nossos).**

unicamente em caso de descoberta comercial e sujeita a limites, prazos e condições estabelecidas em contrato. O excedente em óleo, descrito no inciso III, equivale à parcela da produção de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto fluido que é objeto de partilha entre a União e o contratado, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e à obrigação de pagamento de participação de até 1% da produção, quando o bloco se localizar em terra, aos proprietários da área onde este estiver localizado.

As rodadas de licitação para que as empresas interessadas em operar na área do Pré-sal foram mantidas, apesar da Lei 12.351/2010 prever a possibilidade da Administração Pública contratar com a Petrobras sem a necessidade de licitação. O critério para julgamento da licitação que identifica a proposta mais vantajosa é a que oferece o maior excedente em óleo para a União, devendo-se respeitar o percentual mínimo do excedente em óleo da união¹⁰.

Segundo os termos da nova legislação, a Petrobras passa a ter um papel proeminente na exploração do Pré-sal. Isso porquanto ficou estabelecido que a empresa participará como operadora em todos os contratos de partilha de produção firmados. O art. 10, III, alínea “c” da lei em debate estabelece que a Petrobras terá participação mínima de 30% em todos os consórcios firmados, isso quando não for a única petrolífera a participar das atividades de E&P no campo licitado.

A lei impõe consórcio obrigatório para a exploração do Pré-sal, mesmo quando a Petrobrás for contratada diretamente ou for a única vencedora na licitação, casos em que deve constituir consórcio com a PPSA. Vale frisar que a estatal não assume nenhum dos riscos inerentes às atividades desenvolvidas pelas empresas petrolíferas. Caso uma empresa privada seja a vencedora da licitação, o consórcio será firmado entre a vencedora do certame, a Petrobrás, respeitando-se a porcentagem no consórcio previamente mencionada, e a Pré-sal Petróleo S/A. A Petrobras terá que se submeter às regras do edital e à proposta apresentada pela vencedora, sendo seus direitos e obrigações patrimoniais proporcionais à sua participação no contrato.

Constará no contrato de partilha de produção a Petrobras como responsável pela execução, sem prejuízo para a responsabilidade solidária, ressalvando-se a impossibilidade de se atribuir qualquer responsabilidade para a PPSA. A sociedade de economia mista poderá ceder a participação nos contratos que obtiver como vencedora da licitação, o que implica dizer que poderá ceder a porcentagem que excede os 30% fixado em lei, sem poder ceder uma parcela que a deixe com uma participação inferior a essa porcentagem no consórcio. O contrato deverá discriminar duas etapas: a fase de exploração, na qual se avalia a eventual descoberta de hidrocarbonetos, para assim se concluir sobre sua comercialidade e a fase de produção, que abrange as atividades de desenvolvimento.

Como se pode observar, resta clara a necessidade de injetar capital na Petrobrás de modo para que a empresa pudesse investir no Pré-sal de forma a possibilitar sua participação em todos os consórcios atuantes na área. Sem a prévia capitalização da Petrobras, o modelo de partilha, da forma com que foi moldado pela Lei 12.351 de 2010, não seria possível.

Com relação aos casos em que a jazida se estende para além do bloco licitado, o contratado ou concessionário deverá informar a ANP acerca do contrato de individualização de produção do qual a jazida será objeto, contrato no qual fica estabelecida a participação de cada parte na jazida individualizada.

Uma vez perpassados os aspectos gerais do marco regulatório que estabelece as normas jurídicas aplicadas aos contratos de exploração do Pré-sal e demais áreas estratégicas (que não foram definidas por lei), passamos a tratar especificamente da PPSA, inovação que, apesar da sua alegada necessidade, causa dúvidas e desconfianças em relação à sua atuação.

3. A atuação da Pré-sal Petróleo S/A no panorama regulatório do setor de petróleo e gás

A regulação no setor de petróleo e gás refletiu a perda do poder que o Estado detinha no início da segunda metade do século XX, e que sofreu mitigações especialmente no final daquele mesmo século¹¹, através da flexibilização do monopólio estabelecido pelos incisos I a IV do artigo 177 da Constituição Federal de 1988. O novo marco regulatório dá novamente maior controle ao Estado sobre as atividades de produção e exploração de petróleo e gás natural. Resta saber, no entanto, se os novos instrumentos normativos e institucionais serão

¹⁰ Lei 12.351 de 2010. Art. 18.

¹¹ CAVALCANTI, Francisco. Reflexões sobre a atividade do estado frente à atividade econômica. In Revista Trimestral de Direito Público, no. 20 p. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 74.

adequados para encontrar o tenuous equilíbrio entre eficiência econômica e o máximo atendimento de interesses públicos.

Nota-se o caráter regulador da empresa pública também quando a Lei nº 12.304/2010 estabelece que, na prática dos atos necessários à gestão do contrato de partilha de produção, a PPSA deverá observar as melhores práticas para a indústria do petróleo, disposição essa inexistente no Projeto de Lei que lhe deu origem e foi adicionado no curso do processo legislativo.

A exposição de motivos que fundamentou a Proposta de Lei 5939/2009, que, emendada e aprovada, foi convertida na Lei 12.304/2010, afirma a empresa ser “fundamental e indispensável à necessidade de gerir adequadamente as reservas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do Pré-Sal e em áreas estratégicas”.

Apesar da sua alegada necessidade, a criação da PPSA não é uma inovação trazida sem críticas. Ao longo das discussões legislativas acerca do marco regulatório do Pré-sal, apresentado na Câmara dos Deputados como os Projetos de Lei nº 3859/2009, 3959/2009, 4059/2009 e 4159/2009, foram levantados veementes questionamentos contra a nova estatal, qual seria a real necessidade de sua criação, se a mesma não poderia ser alvo de um loteamento político, sua capacidade técnica de gestão, sua relação com a Agência Nacional de Petróleo - ANP, ente regulador que atua no setor de petróleo e gás.

No relatório de avaliação da proposta para o marco Regulatório do Pré-sal a atuação da Pré-sal elaborado pelo Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal foi apontado como principal falha dos projetos de Lei a atuação da PPSA¹². Os autores do relatório avaliam que a fiscalização interna dos contratos, ainda que fossem indispensáveis para o bom funcionamento e gestão dos contratos de partilha de produção, poderiam ser realizados pela ANP, órgão regulador com infra-estrutura e *know-how* acumulados necessários para desempenhar tal tarefa.

Duas das atribuições da PPSA são: a fiscalização da parcela de óleo excedente a ser repassada para a união e o controle do ritmo de produção, que exigem grande capacidade técnica. No mesmo texto, os autores afirmam que há a possibilidade da estatal, caso seja capturada por interesses políticos, ser “loteada” politicamente e ter suas funções comprometidas¹³. Ademais, a própria criação da empresa exigiria um robusto corpo técnico, corpo este que ainda está em formação, não possuindo a empresa “independência” nas pesquisas e desenvolvimento.

Essa imaturidade de seu corpo técnico pode ser apontado como uma possível chance da empresa não atingir seus objetivos, por estar formada por pessoal advindo de outras empresas de petróleo, especialmente a Petrobrás, e superpondo interesses particulares aos da empresa pública.

Alex Vasconcellos Prisco expõe que, na doutrina, discute-se qual é o aspecto preponderante na atuação da estatal, se prevalece seu aspecto empresarial ou regulador. O autor se filia aos que compartilham do pensamento que a PPSA tem função meramente empresarial, não possuindo poder de polícia que é atribuído à ANP e outros órgão de caráter eminentemente regulatórios. A doutrina que vislumbra a natureza regulatória da empresa, apontando que haveria, inclusive conflito de competência com a agência reguladora do setor, aponta que muitas das atribuições da estatal são típicas de ente regulador, como já citado anteriormente¹⁴.

A Lei 12.304/2010 foi sancionada em agosto de 2010, no entanto, apenas três anos depois foi criada a empresa através do Decreto nº 8.063 de primeiro de agosto de 2013. A PPSA deve emitir semestralmente um relatório

¹² CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho et al. **Análise da proposta para o marco regulatório do Pré-sal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/ CONLEG/ Senado, Outubro/2009 (Texto para Discussão nº 64). Disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em 30 abr. 2015. p. 57.

¹³ Idem. pp. 60-61.

¹⁴ PRISCO, Alex Vsconcellos. Atuação da empresa brasileira de administração de petróleo e gás natural S.A. - Pré-sal Petróleo S.A (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção, **Revista de Direito Público da Economia**, vol. 34, abril/junho 2011.p. 32-33.

de atividades relacionadas aos contratos de partilha de produção, segundo disposto no § 1º do art. 10 da Lei 12.351/2010. Atualmente, segundo o relatório emitido sobre o segundo semestre de 2014, a empresa tem atuado no contrato de partilha de produção do campo de Libra, em quatro contratos em negociação referentes a excedentes da cessão onerosa e 20 Acordos de Individualização da Produção que dizem respeito a áreas não licitadas no polígono do Pré-sal.

É difícil avaliar a atuação da estatal, se seu desempenho corresponde às expectativas, sejam elas positivas ou negativas, pelo que foi feito até o presente momento, uma vez que apenas um contrato de partilha de produção está em vigor, ainda não foi iniciado o período de produção, momento em que efetivamente será prospectado petróleo e gás natural dos poços perfurados sob o regime de produção recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

4. Conclusão.

Muitas são as críticas feitas à criação de uma empresa estatal para gerenciar os contratos de partilha de produção firmados entre a União e empresas exploradoras, sejam elas de ordem econômica ou política. Muitos acreditam que os benefícios trazidos pelo fomento de uma estrutura física e de pessoal para desempenhar as atividades atribuídas à PPSA não justificam os gastos envolvidos, devendo essas atribuições serem acumuladas pela ANP. Ademais, ainda aponta-se o risco de ter a empresa influenciada por fatores políticos, o que comprometeria o desempenho da empresa e, conseqüentemente, o interesse público em ter os contratos de partilha sob gestão competente, de modo a maximizar os ganhos financeiros como também garantir o abastecimento interno.

Há pouco o que se criticar no que foi efetivamente desenvolvido pela empresa até então. A PPSA está atuando há menos de dois anos no mercado, tendo divulgado os resultados de sua atividade no sítio oficial do Ministério de Minas e Energia.

Em função de ainda não ter se iniciado a fase de produção de petróleo, a empresa não efetivou a individualização da produção e não desenvolveu trabalhos referentes à unitização dos poços, que vão requerer, sem dúvida, um corpo especializado de técnicos, corpo este que precisará ser constantemente aumentado à medida em que forem sendo firmados mais contratos de concessão

A empresa tinha previsão para funcionar com 150 funcionários, no entanto, ainda não foi realizado concurso público para a contratação de seu próprio corpo técnico. Percebe-se que a empresa ainda está se consolidando para atingir os objetivos ansiados pelo legislador.

Referências Bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006v

CASTRO, Lydia Maria Cruz de. **Contratos de concessão: uma análise jurídica na indústria do petróleo e gás do Brasil**. Orientador: Prof. Dr. Fabiano André de Souza Mendonça. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito

CAVALCANTI, Francisco. Reflexões sobre a atividade do estado frente à atividade econômica. In *Revista Trimestral de Direito Público*, no. 20 p. São Paulo, Malheiros, 1997.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho et al. **Análise da proposta para o marco regulatório do Pré-sal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/ CONLEG/ Senado, Outubro/2009 (Texto para Discussão nº 64). Disponível em: http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em 30 abr. 2015.

FERREIRA NETO, Antônio Primo. **Uma análise econômica das mudanças regulatórias no setor de petróleo no Brasil**. 2013. 61 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia, Escola de Pós-graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013.

PRISCO, Alex Vsconcellos. Atuação da empresa brasileira de administração de petróleo e gás natural S.A. - Pré-sal Petróleo S.A (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção, **Revista de Direito Público da Economia**, vol. 34, abril/junho 2011.

RODRIGUEZ, Monica R.; COLELA JR., Olavo; SUSLICK, Saul B.. Os processos de licitação de áreas exploratórias e áreas inativas com acumulações marginais no Brasil. **Rev. bras. geociênc.**, São Paulo, v. 38, n. 2, jun. 2008 . Disponível em <http://ppegeo.igc.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0375-75362008000400006&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 11 nov. 2013.

SARMENTO, D. *Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional* **Anuário: direito e globalização, 1**: a soberania. MELLO, C. (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.