Nº 30 – abril/maio/junho de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O PRÉ-SAL E AS MUDANÇAS DA REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL: UMA VISÃO INSTITUCIONAL

Bruno Conde Caselli
Especialista em Regulação de Petróleo e Derivativos Álcool Combustível e Gás Natural (ANP). Mestrando em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (PPED/UFRJ).

1. Introdução

Durante a década de 90, diferentes setores da economia mundial, particularmente como verificado em diversos países da América Latina, passaram por intensas reformas institucionais, as quais se destacam aquelas associadas às atividades da indústria de energia (petróleo, gás natural e energia elétrica), telecomunicações, petroquímica. Tais reformas tinham o objetivo de alterar a configuração produtiva até então dominante, caracterizada pela forte participação direta do Estado nas atividades econômicas por meio de empresas estatais. O cenário vivenciado à época, com grandes dificuldades em nível macroeconômico (crises fiscal e da dívida externa), que repercutiam na incapacidade do Estado de dar continuidade aos investimentos antes realizados, criou o ambiente propício e estimulou a adoção de reformas estruturais na economia e em diversos setores produtivos que ainda tinham forte participação estatal direta.

Assim, na segunda metade dos anos 90, foi implementado no Brasil um modelo de liberalização econômica, por meio de medidas que objetivaram aumentar a participação brasileira no comércio internacional, com a extinção de políticas protecionistas à indústria, assim como através da promoção de reformas voltadas para o mercado, em sua maioria em conformidade com as propostas oriundas das agências internacionais, como o Banco Mundial. Vale destacar que este movimento reformista, com a revisão de políticas protecionistas e a redução da participação direta do Estado na economia, ocorreu em diversos países da América Latina.

Como resultado, então, no escopo deste processo de reforma vivenciado na economia brasileira, foram criadas as agências reguladoras setoriais, que se diferenciavam dos órgãos de governo até então existentes, principalmente em unção da instituição de uma série de regras e normas de funcionamento previstas em lei,

de modo que se assegurasse, dentre outros, autonomia decisória, deliberação em regime de colegiado, competência para a edição de normas e especificidade técnica. Neste novo modelo de atuação e organização do Estado, em concomitância com as políticas de privatização de diversas empresas estatais, as agências reguladoras, dotadas de elevada autonomia, passaram a desempenhar um papel crucial na regulamentação das atividades setoriais, bem como na fiscalização dos agentes regulados e na execução das políticas públicas. Visto de outra forma, em função da incapacidade dos Estados nacionais (enfraquecimento político e econômico) em darem continuidade ao modelo adotado em anos anteriores, caracterizada por elevados investimentos diretos setoriais, a criação das agências remodelou o aparato institucional, alterando o papel e o peso dos diferentes agentes da economia.

Todavia, tendo em vista as consequências tanto negativas quanto positivas verificadas após as reformas liberalizantes, assim como considerando o contexto positivo do ponto de vista econômico vivenciado no Brasil e internacionalmente, mais claramente até meados de 2008, é possível afirmar que a questão regulatória, atualmente, passa por um processo de reflexão e reconfiguração política e institucional no país. Nas atividades voltadas ao setor de energia, como petróleo, gás natural, biocombustíveis e energia elétrica, pode-se perceber que as políticas públicas de energia têm se tornado mais ativas, com maior participação direta dos ministérios, por exemplo, em assuntos relativos à segurança do abastecimento e dependência energética. No caso brasileiro, paralelamente a esta revisão do processo de elaboração, execução e implementação de políticas públicas, inclusive com a proposição de revisões legais, como a que se seguiu à descoberta de petróleo na camada denominada pré-sal, altera-se também o papel de cada agente no contexto institucional e reconfigura-se o ambiente regulatório. Como veremos a seguir, a visão teórica institucional contribui para análise do ambiente da regulação da indústria de petróleo e gás no Brasil a partir da reformulação de competências e das relações entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e as demais instituições atuantes no setor, as quais foram modificadas após a descoberta de hidrocarbonetos no pré-sal, repercutindo nos mecanismos de coordenação institucional e nas formas de organização e de atuação de cada órgão. Nas seções seguintes, abordaremos algumas questões conceituais que se aplicam às instituições e apresentaremos tanto o processo que resultou na criação da ANP, quanto as mudanças verificadas após o novo marco regulatório instituído no ano de 2010 em função das recentes descobertas petrolíferas.

2. A visão institucional

As contribuições teóricas que examinam as sociedades sob a ótica institucional procuram, de um modo geral, relacionar os diferentes padrões de desenvolvimento econômico dos países, com o nível de desenvolvimento de suas instituições internas, estas compreendendo elementos políticos, econômicos e sociais. Neste sentido, os trabalhos de Douglass North, como um dos principais representantes da escola institucionalista, pretendem analisar compreensivamente a evolução das sociedades, mostrando as possíveis origens das desigualdades entre as diversas economias.

O autor conceitua as instituições (NORTH, 1991) como sendo restrições (normas) construídas pelos seres humanos de forma a estruturar as interações sociais, econômicas e políticas. Tais restrições podem constituir-se de regras informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) ou regras formais (constituições, leis e direitos de propriedade). A função precípua das instituições, ao longo do tempo, seria a de ordenar e reduzir as incertezas nas relações entre os agentes, provendo uma determinada estrutura de incentivos na economia, que se desenvolve de modo a direcionar as mudanças econômicas para o crescimento, estagnação ou declínio. Em outras palavras, na visão de North (1991), o principal papel das instituições seria o de reduzir as incertezas existentes no ambiente, criando estruturas estáveis e capazes de regular e controlar a interação entre os indivíduos. Por conseguinte, os diferentes padrões de desenvolvimento dos países seriam explicados pelos processos de evolução das respectivas instituições, os quais conduziriam a desempenhos mais ou menos favoráveis, a depender de cada arranjo institucional (TOYOSHIMA, 1999).

Neste contexto, todavia, tanto a existência de instituições quanto a efetividade de sua imposição (enforcement) são determinantes para reduzir e definir os custos de transação, os quais, em conjunto com os custos de produção, permitem aumentar os ganhos provenientes das relações de troca. A matriz institucional tem em sua essência, portanto, instituições de caráter político e econômico, as quais, contrapondo-se com a teoria neoclássica, não são variáveis exógenas à análise econômica, e sim endógenas ao sistema, criando uma relação direta entre a história do desenvolvimento econômico das sociedades e a evolução das respectivas instituições políticas e econômicas.

North (1991) compara diferentes tipos de sociedades, cada uma com distintos graus de complexidade e níveis de atividade comercial. Segundo sua abordagem, na medida em que as sociedades tornam-se mais urbanas, com maior divisão do trabalho e produção em larga escala, o nível de organização também aumenta, criando uma complexa rede de relacionamentos e de oferta de produtos e de serviços demandados pelos indivíduos. Esta especialização cada vez mais avançada (no comércio, bancos, seguros e na própria coordenação econômica) reflete-se em crescimento da participação do setor de transações na economia como um todo e, consequentemente, tal especialização e a divisão do trabalho passam a requerer instituições e organizações que garantam os direitos de propriedade, reduzam os riscos, as incertezas e as assimetrias de informações existentes no mercado. É importante destacar que esta dinâmica institucional é intrinsecamente inovativa, guardando relação com o passado e representando um processo de desenvolvimento e evolução dos correspondentes
arranjos institucionais.

No tocante ao Estado, o autor salienta que este teve um papel de destaque em todo o processo de evolução institucional, garantindo a credibilidade das relações entre os indivíduos da sociedade. Além disso, as políticas de Estado foram fundamentais para assegurar os direitos de propriedade, eliminando eventuais riscos associados ao confisco de bens e incertezas relacionadas ao correspondente poder coercitivo, limitando os comportamentos arbitrários por parte de governantes e desenvolvendo normas e regras de caráter impessoal.

Ainda no que concerne à evolução das instituições, a interferência da dependência da trajetória é mais do que um processo adicional, na medida em que o quadro institucional anterior cria as oportunidades a serem aproveitadas no momento seguinte. Assim, os elementos trazidos por North (1991) demonstram que a análise do papel e da evolução das instituições representa uma abordagem capaz de permitir uma melhor compreensão do desempenho e das mudanças econômicas. Todavia, embora a estrutura institucional crie incentivos e oportunidades para a evolução das organizações, a direção de cada desenvolvimento dependerá dos interesses e objetivos dos indivíduos e organizações dominantes em cada sociedade.

Ainda com relação ao conceito de instituições é interessante destacar as considerações mais recentes feitas por Rodrik (2004) acerca do papel das instituições no desenvolvimento das economias. De acordo com este autor, é consenso entre os economistas que uma elevada qualidade institucional está relacionada com padrões de sucesso e de prosperidade econômica ao redor do mundo. Todavia, embora haja uma relação de causalidade entre instituições, desenvolvimento e história econômica, política e social das nações, os resultados de uma análise visando entender o progresso econômico pode não ser determinada pela variável história e, mais do que isso, pode não ser replicável entre diferentes nações.

Para Rodrik (2004), o desafio para a literatura empírica sobre as instituições é explorar determinados padrões, como a geografia e a disponibilidade de recursos naturais, sem cair na armadilha do reducionismo ou do determinismo histórico e geográfico. O entendimento das instituições desta forma determinística caracterizaria as transformações (ou formações) institucionais como fortemente resultantes de variáveis exógenas, quando, na verdade, os processos através do quais os países constituíram instituições de qualidade é, geralmente, bastante idiossincrático e correlacionado a contextos específicos.

De forma abrangente, não há apenas um tipo de caminho a ser seguido com vistas a alcançar resultados institucionais desejáveis. Em outras palavras, os resultados institucionais eficazes não estão vinculados a tipos pré-definidos de desenhos institucionais, o que nos permite concluir que não é satisfatório tentar identificar regularidades empíricas que estejam correlacionadas a determinado regime jurídico pra os resultados econômicos. Adicionalmente, é relevante destacar que somente o aspecto formal do ambiente institucional pode não ser capaz de garantir bons resultados e que as características locais e as oportunidades possuem importante papel na eficácia do desenho institucional. Assim, alcançar o crescimento econômico sustentado, embora exija a formação de uma boa qualidade institucional, dificilmente depende de grandes transformações institucionais. Rodrik (2004) defende que um surto inicial de crescimento pode ser alcançado com mudanças mínimas nos arranjos institucionais, ou seja, é importante distinguir o estímulo ao crescimento econômico de sua sustentação. A solidez e a maturidade das instituições correlacionam-se mais com o crescimento de longo prazo do que com o estímulo ao crescimento, de modo que uma vez que o crescimento é colocado em movimento, torna-se mais fácil manter um ciclo virtuoso de crescimento elevado e transformação institucional, que se reforçam mutuamente.

Portanto, é relevante a abordagem do autor no sentido de atribuir a mudanças de menor porte, como alterações nas atitudes de dirigentes políticos, sem a necessidade de grandes transformações legais e institucionais, um papel tão significativo quanto uma ampla reforma política. Isto sugere que os países não precisam de uma longa lista de reformas institucionais e de governança para iniciar o crescimento e que movimentos moderados na direção certa podem produzir um positivo crescimento econômico, eliminando a exigência de reformas ambiciosas e permitindo maior liberdade às decisões políticas, permanecendo, entretanto, a necessidade de identificar, em momento relevante do tempo, qual é a restrição para o crescimento econômico.

Nelson e Sampat (2001), apresentando as visões de diferentes autores acerca do conceito de instituições, destacam que estas atuam como importante fator de regulação do desenvolvimento econômico. Neste sentido, é feita a proposição de que o conceito de instituições seja compreendido como formas padronizadas e esperadas de interação entre os agentes econômicos visando alcançar determinado objetivo, ou seja, as instituições são entendidas como fator capaz de regular o comportamento humano[1] e interferir no processo de interação humana na vida econômica. O conceito de atividade econômica, além de considerar os fatores de produção, passa a incluir a interação entre todas as partes envolvidas no funcionamento das estruturas de produção, com processo de interação ocorrendo tanto dentro das unidades econômicas quanto entre elas.

Os autores salientam que as instituições estão associadas, também, às “tecnologias sociais” que um determinado grupo relevante considera como padrão em um contexto particular. De modo resumido, tais “tecnologias sociais” refletem o modo pelo qual os indivíduos atuam e interagem objetivando a coordenação efetiva no processo de interação, sendo consideradas instituições quando transformadas em padrões esperados, dados o contexto e os objetivos. Deste modo, a evolução institucional pode ser compreendida como um processo de aprendizado constante, com erros e acertos, que envolve interação, reflexão, planejamento e ações deliberadas dos indivíduos, organizações e grupos coletivos (NELSON; SAMPAT, 2001).

A análise das instituições formulada por Goodin (1996), por sua vez, destaca que o desenho institucional deve considerar uma multiplicidade de fatores sociais, assim como a natureza das interações entre os indivíduos no ambiente social, especialmente entre aqueles que mais influenciam a formulação de políticas tanto na esfera pública quanto na esfera privada. As instituições não podem se abster de observar a realidade local sobre a qual terão impacto, sob pena de não atingirem o objetivo esperado. Isto fica ainda mais evidente quando consideramos os efeitos da racionalidade limitada e das assimetrias de informação, de poder e de interesses no processo de interação entre os indivíduos da sociedade, de modo que a participação dos envolvidos (agentes locais ou setoriais) no processo de evolução institucional, por meio de negociação, por exemplo, é capaz de minimizar eventuais discrepâncias ou assimetrias e equilibrar possíveis conflitos de interesse.

Deste modo, embora de forma resumida, a visão institucional trazida pelos autores mencionados tem papel relevante na análise do ambiente institucional associado ao

[1] Como exemplo, os autores citam: “regras do jogo”, estruturas de governança e valores culturais gerais.

processo de regulação econômica, uma vez que este está intimamente ligado a forças políticas que interagem constantemente, tendo por base os interesses, configuração de poderes e demais instituições, no conceito apresentado por North, intrínsecas àquele espaço econômico. São, portanto, atores neste curso de mudança institucional, no que tange à regulação da indústria de petróleo e gás natural no país, o governo, as empresas estatais e privadas, o legislativo e a própria agência reguladora, no caso a ANP.

3. As reformas da década de 1990 e a criação da ANP

No que tange à abordagem das agências reguladoras criadas no Brasil no final da década de 1990, é importante observar que a mudança no desenho institucional a partir da criação de novos agentes com novas atribuições e competências foi resultado da política econômica adotada pelo governo, na época, a qual buscava a menor intervenção direta do estado na economia, o aumento da competição interna e da competitividade das empresas brasileiras e a abertura do país à entrada de capital internacional. Para tanto, tal qual os modelos regulatórios adotados em diversos países, como Estados Unidos da América (EUA) e Inglaterra, os órgãos reguladores então constituídos deveriam refletir credibilidade e segurança ao investidor, especialmente nos mercados intensivos em capitais, como energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás natural. Gilardi (2004), estudando a abordagem institucionalista numa perspectiva da rational choice, explicita que a delegação de poderes às agências reguladoras setoriais teria a finalidade de assegurar credibilidade aos compromissos assumidos, bem como de minimizar os efeitos das incertezas políticas nos direitos de propriedade. Isto se justifica pelo fato de que a atração do capital privado, especialmente em setores intensivos em capital e com longos períodos de maturação dos investimentos, passa pela redução dos riscos políticos e regulatórios associados à possibilidade, por exemplo, de interferência dos governos nos termos contratuais. A delegação de poderes, neste contexto, garantiria maior credibilidade a normas, regulamentos e compromissos, atenuando a capacidade de interferência política direta nos setores regulados.

Assim, conforme abordado por Bresser-Pereira (2004), as reformas promovidas pelo governo naquele período estavam baseadas em dois princípios básicos: conceder maior autonomia e responsabilidade aos administradores ou gestores públicos e limitar ao Estado a execução direta de tarefas exclusivas ao próprio Estado, relacionadas ao seu poder e dispêndio de recursos.

Ainda, de acordo com Oliveira & Araújo (2005, p.208), as medidas adotadas demonstravam que "... o papel do governo na economia não [seria] o de produzir bens e serviços, mas sim reforçar políticas e produzir regulações que [pudessem] induzir investidores privados a atender consumidores de forma justa e eficiente". Assim, as ações realizadas resultaram em uma redefinição do papel do Estado, reduzindo a interferência direta do governo na economia, permitindo o controle social do poder público e aumentando a participação das forças de mercado na atividade econômica. Ou seja, o processo de reforma aboliu a ideia do Estado interventor ou executor, aplicando-se o princípio do Estado regulador do mercado, voltado para a necessidade imediata de se regulamentar as diversas atividades que estavam sendo privatizadas, muitas delas relacionadas a setores de infra-estrutura, como no caso do petróleo, com a criação da ANP e a flexibilização do monopólio estatal.

É interessante observar, no entanto, que esse processo de reforma política e econômica vivenciado no Brasil durante a década de 1909, o qual alterou significativamente e de forma brusca o ambiente institucional brasileiro de alguns setores da economia, trazia também grande conteúdo histórico. Neste sentido, Bresser-Pereira (2004) enfatiza que a transferência de um conjunto de decisões políticas para as agências reguladoras só foi possível no contexto de uma sociedade dotada de imprensa livre e munida de organizações públicas não-estatais com capacidade para exercer o controle social. Todavia, era importante distinguir as tarefas centralizadas de formulação e controle das políticas públicas e as previstas em Lei, das tarefas de execução, as quais deveriam ser descentralizadas e transferidas para agências executivas e agências reguladoras autônomas.

Nunes (2007), analisando o processo de formação das principais agências reguladoras no Brasil, constatou que, por exemplo, no caso da Agência Nacional do Petróleo[2] (ANP), foi bastante conturbada a definição das atribuições e da forma de organização do novo órgão representante do Estado que surgia naquele momento. O próprio governo não tinha plena definição de qual seria o papel da Agência frente à força política e econômica ainda detida pela Petrobras, empresa controlada pelo governo e que detinha até antão o monopólio da indústria petrolífera brasileira.

Embora estivesse claro que, diante da flexibilização, havia necessidade de fortalecer o poder regulador do Estado no setor de petróleo e gás e que tal fortalecimento deveria ser feito por meio de alteração legislativa no Congresso Nacional, Nunes (2007) expõe ainda que era nebuloso como este poder se materializaria.

Neste contexto de implementação de reformas no Estado brasileiro, tanto administrativas quanto econômicas, a alteração da legislação vigente foi o ponto de partida formal para redesenho do ambiente institucional de cada setor de atividade.

Assim, a partir da ótica da indústria do petróleo e gás natural brasileira, o fato mais relevante foi, certamente, a aprovação da Emenda Constitucional (EC) n° 09, promulgada em 09 de novembro de 1995, que dava nova redação ao parágrafo 1° do artigo 177 da Constituição Federal, permitindo que as atividades da indústria do petróleo, de monopólio da União, até então desenvolvidas exclusivamente pela Petrobras, pudessem ser realizadas por empresas estatais e privadas. Em seu texto original, o parágrafo único do artigo 177º dispunha:

"Art. 177. Constituem monopólio da União:
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o

[2] A Lei n° 11.097/2005 alterou alguns dispositivos da "Lei do Petróleo" ampliando as atribuições da ANP para todos os chamados biocombustíveis, que passou também a regular, normatizar e fiscalizar as atividades relativas à produção, estocagem, distribuição e revenda de biodiesel. A Agência passou a ser chamar, então, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.
*§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas**, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural**, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º."* (BRASIL, 1988, grifo meu).

Todavia, com a promulgação EC nº 09, de 1995, alterou-se o parágrafo primeiro deste artigo, quebrando o monopólio da União quanto ao exercício das atividades da indústria do petróleo, bem como incluiu-se o parágrafo segundo, dando como nova redação:

"§ 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.
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
II - as condições de contratação;
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União"
(BRASIL, 1995, grifo meu).

Cumpre notar que o inciso terceiro do parágrafo segundo incluído ao artigo 177 da Constituição de 1988 pela EC nº 09/95 torna bem explícita esta intenção do governo de garantir maior dinamismo nas atividades antes exercidas por empresas estatais e estimular a participação do capital privado com a criação de órgãos reguladores independentes, uma vez que, pelo menos quanto ao setor de petróleo e gás, previu a criação de dispositivo legal específico para definição do órgão regulador do monopólio mantido no mencionado artigo 177.

Assim, visando regulamentar as alterações promovidas pela respectiva EC, foi promulgada, em 06 de agosto de 1997, a Lei n° 9.478, conhecida como "Lei do Petróleo", que concebeu um novo desenho institucional para o setor, criando não apenas a ANP, mas também o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). Este último tinha a missão de prestar assessoria e consulta à Presidência da República, cabendo à Agência, como órgão regulador da indústria do petróleo, promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da respectiva indústria.

No entanto, é importante salientar que, embora a nova lei mantivesse o monopólio da União sobre os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, por um lado esclarecia que a Petrobrás não era mais operadora única da atividade de exploração e produção e, por outro, preservava o controle acionário da empresa com a União, que manteve a "... propriedade e posse de, no mínimo, cinqüenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante", conforme disposto no artigo 62° (BRASIL, 1997).

A concepção do CNPE com um órgão de caráter consultivo e não executor foi relevante para sinalizar a intenção do governo em reduzir as possibilidades de interferências políticas no processo de regulação econômica da indústria de petróleo e gás. A leitura do artigo 2º da Lei n.º 9.478/97 demonstra que suas deliberações possuíam apenas um caráter propositivo, por exemplo, sugerindo a adoção de políticas ao Presidente da República, estabelecendo diretrizes para o uso e

comercialização de derivados e submetendo medidas ao Congresso Nacional, neste caso quando da necessidade da criação de subsídios para a garantia do suprimento de insumos energéticos a diferentes regiões.

A participação do Ministério de Minas e Energia (MME) no modelo então criado ficou restrita à presidência do CNPE, conforme estipulado no artigo 2º do Decreto n.º 3.520/2000. Deste modo, o Ministério passou a ter uma função apenas administrativa, limitando-se à questão orçamentária da Agência, sem qualquer atribuição de execução ou atuação direta no setor. A ANP passou a centralizar as deliberações e a elaboração de normas correspondentes a indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis no país, cabendo a ela, ainda, implementar as políticas energéticas definidas pelo governo.

Do ponto de vista da hierarquia administrativa, embora a ANP tenha sido criada mantendo o vínculo com o MME, tal como o órgão que a antecedeu[3], foi instituída sob o regime jurídico de autarquia especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, assegurando relativa independência decisória, mesmo tendo que seguir as diretrizes do CNPE. Tal vinculação com o MME, embora obrigatória na formação do Estado Brasileiro, criou certa dependência no que concerne à liberação de verbas para a contratação de funcionários ou realização de estudos e pesquisas, já que tais recursos podem vir a ser contingenciados a critério do MME, que possuiu poder de decisão sobre a liberação total ou parcial dos recursos aprovados no Orçamento da União. A despeito disso, sob a ótica regulatória, esta nova concepção foi bastante positiva para sinalizar ao mercado as intenções da política econômica do governo e transmitir um ambiente de maior credibilidade e segurança institucional.

A estrutura organizacional da ANP ficou dividida em três áreas principais: a Diretoria Colegiada, composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores, todos nomeados pelo presidente da república com aprovação posterior pelo senado federal, sendo os respectivos mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução; a uma Procuradoria-Geral; e as Superintendências de Processos Organizacionais. As fontes de custeio e receitas foram estipuladas no artigo 15° da Lei n° 9.478/97, visando garantir que os recursos do órgão fossem oriundos das atividades por ele reguladas sem a necessidade de transferências de outras áreas do poder executivo.

As questões relativas à estrutura regimental, efetiva implantação, recursos humanos e infra-estrutura foram disciplinadas e regulamentadas através do Decreto n° 2.455, de 14 de janeiro de 1998. O respectivo decreto definiu, também, as atribuições e competências da diretoria colegiada, da procuradoria-geral e das superintendências.

Além disso, transferiu para a Agência todas as atividades, receitas, acervo técnico e patrimonial e obrigações do DNC, ao mesmo tempo em que estipulou que a ANP deveria ajustar, no que coubesse, o normas em vigor, haja vista a instalação do novo modelo e as alterações da legislação vigente. No que tange às atribuições da Agência, vale destacar que o princípio do Estado regulador estava ratificado nos termos da lei, especialmente no inciso primeiro do artigo 8°, o qual definiu a Agência como responsável pela implantação, em sua esfera de atribuições, da política

[3] O Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), criado por meio do decreto nº 99.180, de 15 de março de 1990, antecedeu a ANP na regulação do setor. O órgão foi extinto com a criação da ANP, em 1997.

energética nacional, devendo enfatizar a "... garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional..." e a "... proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos..." (BRASIL, 1997). Por outro lado, o inciso nove do mesmo artigo conferiu à ANP a preocupação com o cumprimento das boas práticas de conservação e uso racional de energia e preservação do meio ambiente. Assim, pela primeira vez, a lei atribuía mais claramente ao regulador o papel de mediador de conflitos e zelador dos interesses da sociedade, do que de interventor na atividade econômica.

O novo marco preocupou-se em manter com o Estado os poderes de anuir sobre as atividades integrantes da indústria do petróleo, devendo os agentes econômicos públicos e privados se submeterem aos regulamentos publicados pelo órgão regulador então criado. Portanto, embora a redefinição de atribuições tenha introduzido elementos que garantissem menor intervenção direta do Estado na economia e proporcionassem um ambiente mais estável à atração do investimento privado, o Estado, por meio da ANP, continuou com a atribuição de autorizar e fiscalizar o exercício das atividades da indústria e do abastecimento nacional de combustíveis, assim como de aplicar as sanções administrativas cabíveis e de elaborar os editais e licitar as concessões de blocos exploratórios.

Conforme explicitado anteriormente, a Lei do Petróleo ratificou que os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, incluindo a parte em mar, continuavam pertencendo à União, assim como a atividades descritas nos incisos de I a IV do artigo 177 da Constituição Federal permaneciam sendo monopólios do Estado Brasileiro. O artigo 5ºda Lei, no entanto, regulamentava o modelo de contratação das empresas interessadas em exercer tais atividades, instituindo o regime de concessão ou autorização, conforme transcrição a seguir:

"Art. 5º As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País." (BRASIL, 1997).

Mais especificamente nos casos de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, a Lei dispôs em seu artigo 23 que:

"Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei.
Parágrafo único. A ANP definirá os blocos a serem objeto de contratos de concessão." (BRASIL, 1997, grifo meu).

É interessante observar, portanto, que nesta nova concepção, a ANP tornou-se não apenas a única entidade responsável por todas as atividades correlacionadas a gestão, regulação e fiscalização dos contratos assinados entre as empresas concessionários e a União, representada pela Agência nos contratos de exploração de petróleo e gás natural, mas também o órgão responsável pela definição dos blocos que seriam objeto de licitação com vistas à concessão. Ou seja, ainda que polêmico e sujeito a questionamentos jurídicos, de acordo com texto da lei, o poder de outorgar estava delegado à Agência, o que retirava do Ministério a atribuição de

definição dos blocos e áreas a serem licitadas e invertendo, por completo, a política setorial, antes plenamente controlada pelo governo.

Além de toda a regulação da indústria de petróleo e gás passar a ser executada por uma agência independente e dotada de atribuições claramente definidas em lei, o próprio regime de exploração dos blocos por meio de contratos de concessão assegurava maior estabilidade e criava fortes incentivos ao investimento privado, ainda que os riscos da atividade fossem totalmente assumidos pelo concessionário, pois, na hipótese de sucesso, o produto da lavra seria de sua propriedade. O Artigo 26 da lei explicita esta definição:

"Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com 15 os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes." (BRASIL, 1997).

À luz do exposto, portanto, notamos que o novo aparato legal modificava de forma significativa o desenho institucional e o modelo regulatório anteriormente vigentes. O novo órgão criado pelo governo federal, a ANP, fora concebido como uma autarquia federal, dotado de uma direção colegiada e tendo por atribuições: a garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, a elaboração de editais e a promoção de licitações para as concessões na área de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, além da fiscalização e regulamentação das atividades de todas as atividades da indústria do petróleo, seus derivados, gás natural e álcool combustível.

O novo ambiente institucional passou a ser compatível com a estabilidade necessária à atração do capital privado e à minimização dos riscos de interferência política ou de mudanças constantes de regras e, neste cerne, a ANP detinha as condições requeridas para a essencial harmonia entre o modelo regulatório brasileiro e a liberalização econômica então implementada no país. A figura abaixo ilustra os atores setoriais e a relação entre eles:

Figura 1 – Atores do ambiente regulatório após a Lei do Petróleo



Fonte: Elaboração Própria.

3.1 A Lei do Gás: uma primeira mudança

A observação da configuração institucional estabelecida pela Lei n.º 9.478/97, conforme avaliado anteriormente, demonstra que o peso do Ministério de Minas e Energia na regulamentação do setor de petróleo e gás no Brasil era muito inferior, senão irrisório, ao modelo existente antes da promulgação da EC n.º 09/95, quando havia forte centralização no Estado e as políticas eram implementadas diretamente pela ação da Petrobras, empresa estatal então detentora de monopólio assegurado por lei.

No entanto, com a mudança de governo a partir da posse do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, em 2003, as políticas públicas voltadas para o setor de energia tomam um novo direcionamento em prol da maior participação ativa do governo nas ações e medidas de impacto no setor. Com este novo direcionamento, o governo, em março de 2006, envia para o Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 6.673/06[4] visando a alterar a legislação que disciplina a atividade de transporte de gás natural no país, nos termos da Lei n.º 9.478/97. Após grande discussão envolvendo toda a sociedade que durou cerca de três anos e meio, em 04/03/2009, é promulgada a Lei n.º 11.909, denominada Lei do Gás, alterando artigos da Lei do Petróleo e criando nova regulamentação para o exercício das atividades relacionadas ao transporte de gás natural no país, envolvendo também tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de respectivo produto.

Com isso, é concedida uma participação mais ativa ao MME e, portanto, ao governo. Enquanto na legislação anterior todas as atividades de transporte do gás natural estavam sujeitas ao regime de autorização, com preços livres e de acordo com o interesse de construção ou ampliação de cada empresa atuante, pela nova legislação, os novos gasodutos passam a não estar mais submetidos ao regime de autorização, e sim passam a ser regidos pelo regime de concessão, devendo ser precedidos de licitações públicas, promovidas pela ANP, destinadas à contratação das empresas operadoras, cabendo ao Ministério a definição do período de exclusividade, nos termos do artigo 3º da Lei 11.909/2009, a seguir transcrito:

"Art. 3º A atividade de transporte de gás natural será exercida por sociedade ou consórcio cuja constituição seja regida pelas leis brasileiras, com sede e administração no País, por conta e risco do empreendedor, mediante os regimes de:
I - concessão, precedida de licitação; ou
II - autorização.
§ 1º O regime de autorização de que trata o inciso II do caput deste artigo aplicar-se-á aos gasodutos de transporte que envolvam acordos internacionais, enquanto o regime de concessão aplicar-se-á a todos os gasodutos de transporte considerados de interesse geral.
§ 2º Caberá ao Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP, fixar o período de exclusividade que terão os carregadores iniciais para exploração da capacidade contratada dos novos gasodutos de transporte." (BRASIL, 2009).

[4] Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=314950. Acesso em: 25 mar 2011.

Assim, a Lei do Gás redefiniu as atribuições, trazendo para o Estado, na figura do MME e não da ANP, o poder de definir o modelo de contratação, bem como as demais políticas para o transporte de gás natural, conforme pode ser observado pelo disposto no artigo 4º da citada lei:

"Art. 4º Caberá ao Ministério de Minas e Energia:
I - propor, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, os gasodutos de transporte que deverão ser construídos ou ampliados;
II - estabelecer as diretrizes para o processo de contratação de capacidade de transporte;
III - definir o regime de concessão ou autorização, observado o disposto no § 1o do art. 3o desta Lei". (BRASIL, 2009).

A ANP passou a ter como atribuição a promoção do processo de licitação da atividade de concessão de gás natural, bem como a elaboração dos respectivos editais e dos contratos de construção e ampliação baseados na nova legislação. Além disso, sob o regime de concessão, a Agência passa a ser responsável pela fixação das tarifas de transporte e pela celebração dos contratos, desde que delegados pelo MME. Desta forma, a correspondente alteração do marco regulatório então criado em 1997, pode ser considerada a primeira movimentação no sentido de conceder ao MME um papel mais significativo na definição de diretrizes a serem seguidas pelo órgão regulador. Tal afirmação fica ainda mais evidente a partir da análise dos incisos incluídos no artigo 8º da Lei n.º 9.478/1997, que define as atribuições da ANP, conforme destacado abaixo:

"Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)
(...)
XX - promover, direta ou indiretamente, as chamadas públicas para a contratação de capacidade de transporte de gás natural, conforme as diretrizes do Ministério de Minas e Energia;
(...)
XXII - informar a origem ou a caracterização das reservas do gás natural contratado e a ser contratado entre os agentes de mercado;
XXIII - regular e fiscalizar o exercício da atividade de estocagem de gás natural, inclusive no que se refere ao direito de acesso de terceiros às instalações concedidas;
XXIV - elaborar os editais e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários para a exploração das atividades de transporte e de estocagem de gás natural;)
XXV - celebrar, mediante delegação do Ministério de Minas e Energia, os contratos de concessão para a exploração das atividades de transporte e estocagem de gás natural sujeitas ao regime de concessão;" (BRASIL, 1997, grifo meu).

Notamos, assim, que em 2009 foi alterado o marco regulatório do setor de gás natural, especialmente no que tange à modalidade do regime à qual estaria submetida a atividade de transporte do combustível. No bojo de tal redefinição, o Ministério adquiriu um papel mais central na definição de diretrizes das políticas

setoriais e das áreas a serem licitadas. À ANP coube a implementação da política pública, mantendo a competência para regular e fiscalizar as empresas do setor, tanto quando sob o regime de concessão, quanto sob o regime de autorização, válidos para as atividades em execução antes da promulgação da Lei. Embora esta mudança seja relevante do ponto de vista institucional, será a partir da descoberta de hidrocarbonetos na camada denominada de pré-sal, no entanto, que verificaremos uma significativa mudança na regulação de petróleo e gás no Brasil, com a criação de novos atores e a redefinição das atribuições. Na seção a seguir, então, apresentaremos o novo ambiente institucional resultante do processo de revisão da legislação.

4. O pré-sal e a reconfiguração institucional da regulação do P & G no Brasil

A partir do surgimento, em 2007, das primeiras informações acerca das potenciais descobertas de óleo e gás nas regiões localizadas abaixo da camada de sal, próximo à Bacia de Santos e em águas ultraprofundas, a mais de 7000 metros de profundidade (FRANÇA, 2007), de acordo com as descobertas realizadas pela Petrobras, o governo brasileiro optou por dar início ao processo de revisão do marco regulatório de petróleo e gás no país. A primeira medida foi a publicação da Resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), que retirou da 9ª Rodada de Licitações de Blocos Exploratórios a ser promovida pela ANP todos os blocos relacionados "... às possíveis acumulações em reservatórios do Pré-sal" (CNPE, 2007).

De acordo com o entendimento daquele Conselho, a possibilidade de existência de uma nova e significativa província petrolífera no Brasil, com grandes volumes recuperáveis estimados de óleo e gás, capazes de elevar substancialmente as reservas provadas do Brasil, bem como os indícios inicias de que a especificação do óleo corresponderia a aqueles de alto valor comercial justificaram a decisão tomada, a qual resultou na oferta, pela ANP, de blocos localizados somente em áreas terrestres. É interessante notar que a citada resolução, além de retirar os blocos em mar, emitiu determinação ao MME no sentido de iniciar os estudos necessários à revisão do modelo de exploração de petróleo e gás, até então orientado pela Lei do Petróleo de 1997. Neste contexto, destacamos que o artigo 4º da norma dispôs o seguinte:

"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." (CNPE, 2007).

Em função deste novo cenário que se constitui e após quase dois anos da primeira descoberta de óleo na camada pré-sal feita pela Petrobras, o governo elaborou e enviou ao Congresso Nacional, em 01/09/2009, quatro projetos de lei objetivando alterar a legislação até então vigente para exploração de áreas potencialmente produtoras de petróleo e gás. A Tabela a seguir apresenta os quatro projetos:

Tabela 1 – Descrição dos Projetos de Lei apresentados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional

Nº do Projeto de Lei	Objetivo
5938/2009	Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências.
5939/2009	Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – PETRO-SAL, e dá outras providências.
5940/2009	Cria o Fundo Social - FS, e dá outras providências.
5941/2009	Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, e dá outras providências.

Fonte: Câmara do Depurados – Elaboração Própria.

As referidas propostas foram objeto de forte discussão junto ao legislativo e aos segmentos especializados da sociedade civil organizada, tendo em vista os possíveis impactos das mudanças legais sobre a segurança jurídica e regulatória do setor, bem como os efeitos sobre os incentivos ao investimento privado e sobre a arrecadação tributária da União, dos estados e dos municípios. Percebe-se que, de acordo com a descrição dos projetos, o governo tinha como foco não apenas alterar a modalidade de contratação de empresas quando da exploração em áreas do pré-sal (PL n.º 5938/2009), mas também criar uma empresa pública dedicada exclusivamente à gestão dos contratos destas áreas (PL n.º 5939/2009), instituir um Fundo Social independente que pudesse garantir que o grande volume de recursos tributários obtidos com a exploração das áreas fossem também usufruídos pelas gerações futuras (PL n.º 5940/2009) e assegurar à Petrobras, por meio de uma cessão onerosa, as condições financeiras necessárias à superação dos custos e da necessidade de investimento relativa ao desafio exploratório da nova fronteira de produção de petróleo e gás no país (PL n.º 5941/2009).

O primeiro projeto aprovado foi o de cessão onerosa, transformado na Lei n.º 12.276, de 30 de junho de 2010, a qual autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras, em áreas ainda não concedidas localizadas no pré-sal e em regime de dispensa de licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, ficando a citada empresa controlada pelo governo com a titularidade dos recursos petrolíferos encontrados e produzidos. A efetivação de tal cessão de direitos de exploração e produção dar-se-á por meio de um contrato específico de cessão a ser assinado com a União, previamente submetido à aprovação do CNPE, limitando em cinco bilhões de barris equivalentes o volume

total de óleo produzido a ser de propriedade da Petrobras. Nesta modalidade específica de contratação, à ANP foi atribuída a responsabilidade de obter laudo técnico com vistas a avaliar os volumes e valores dos barris de óleo equivalentes a serem potencialmente produzidos pela Petrobras nas respectivas áreas do pré-sal, bem como de regular e fiscalizar as atividades realizadas no âmbito do contrato de cessão onerosa.

É interessante notar que a referida legislação promulgada em junho de 2010 pode ser compreendida como uma alteração inicial do modelo até então vigente, uma vez que, diferentemente dos ditames da Lei do Petróleo, a exploração de petróleo em determinada área definida pelo governo, mesmo sendo feita pela Petrobras, poderá ocorrer sem prévia licitação a ser promovida pela ANP, nos termos do artigo 23 então em vigor da Lei n.º 9.478/97. A nova modalidade de contratação, não sujeita ao regime de concessão, tem como objetivo permitir a capitalização da Petrobras, criando as condições necessárias ao financiamento do elevado volume de investimentos requeridos para a superação do desafio tecnológico de exploração e produção de hidrocarbonetos em áreas abaixo da camada de sal.

Dos projetos de lei enviados ao Legislativo, o de n.º 5939/2009, foi o segundo a ser aprovado, convertendo-se na Lei n.º 12.304, de 2 de agosto de 2010, e autorizando o Executivo a criar a denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A (Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA). A empresa então instituída fica vinculada ao MME e tem como objeto a gestão tanto dos contratos de partilha de produção quanto dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. De acordo com o artigo 4º da lei e considerando o escopo dos atos necessários à gestão dos contratos de produção sob regime de partilha, a empresa ficou com a atribuição representar a União nos consórcios, fazer cumprir as exigências de conteúdo local[5], avaliar os critérios técnicos e econômicos dos planos relacionados às atividades exploratórias desenvolvidas pelas empresas contratadas sob o regime de partilha, bem como auditar e monitorar a sua execução e os custos e investimentos a elas relacionados. No que tange aos contratos de comercialização do óleo, a PPSA tem a responsabilidade de celebrar os contratos com os comercializadores, representando a União, verificar o cumprimento da política de comercialização disposta no contrato de partilha, monitorar e auditar as operações, custos e preços, assim como examinar os dados sísmicos fornecidos pelos contratados.

Adicionalmente, a empresa pública criada, nas hipóteses em que jazidas de petróleo venham a se estender para áreas não concedidas ou não contratadas sob o regime de partilha de produção, fica responsável por representar a União nos procedimentos de individualização da produção. Sobre este aspecto, é relevante explicitar que esta competência era anteriormente exercida exclusivamente pela ANP, de acordo com o artigo 27 da Lei do Petróleo, sendo agora executada pela PPSA quando se tratar de áreas no pré-sal ou consideradas estratégicas. A relação com a ANP ficará restrita ao fornecimento de dados necessários a função regulatória e à análise dos dados sísmicos disponibilizados pela Agência.

[5] Regra a partir da qual a empresa contratada deve assegurar preferência à contratação de fornecedores brasileiros sempre que suas ofertas apresentem condições de preço, prazo e qualidade equivalentes às de outros fornecedores convidados a apresentar propostas. Este dispositivo tem o objetivo de incrementar a participação da indústria nacional de bens e serviços, em bases competitivas, nos projetos de exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e gás natural. Disponível em: http://www.anp.gov.br/?id=554. Acesso em: 27 fev 2011.

No que concerne ao processo decisório da PPSA, a direção dar-se-á por meio de um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva, ambos com cinco integrantes[6], sendo que no primeiro o mandato terá duração de quatro anos e haverá a possibilidade de uma recondução. Em todos os casos, os nomes serão indicados pelo Presidente da República, sem a necessidade de aprovação pelo Senado Federal. As atribuições de cada membro da Diretoria Executiva serão definidas por estatuto aprovado por ato do Poder Executivo e suas deliberações ocorrerão por maioria absoluta, ou seja, 3/5 dos diretores. A empresa estará sujeita à supervisão do MME e à fiscalização da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 17 da lei. Neste contexto, portanto, cumpre ressaltar que tanto os critérios de nomeação quanto o nível de independência institucional, especialmente no que tange ao processo decisório, diferem daqueles aplicáveis à ANP.

A partir de tal configuração, fica ratificado que a nova legislação, ao inserir um novo agente no ambiente regulatório, com atribuições antes exercidas exclusivamente pela ANP e com novas competências de caráter técnico e econômico, reconfigura o desenho institucional da regulação de petróleo e gás no país. Como veremos adiante, é interessante observar também que esta lei apresenta uma série de conceitos que serão definidos somente quando da aprovação do texto do PL n.º 5938/2009, que instituiu o regime de partilha e definiu, por exemplo, a "área do pré-sal", as "áreas estratégicas", o próprio "regime de partilha" e o "consórcio" a ser formado para o contrato de partilha.

A terceira lei sancionada pelo Presidente da República e resultante dos projetos enviados ao Congresso Nacional foi a mais importante e consolidou o novo modelo a ser aplicado à exploração de petróleo e gás natural no Brasil, alterando, por conseguinte, o marco regulatório anteriormente criado pela Lei 9.478/97. Na realidade, o texto final da lei então aprovada aglutinou o conteúdo dos Projetos de Lei n.º 5938/2009 e n.º 5940/2009, de modo que, além de modificar a Lei do Petróleo, dispôs tanto sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, quanto sobre a criação do Fundo Social.

Pelo regime de partilha, nos termos do artigo 2º da Lei n.º 12.351/2010, o contratado exercerá, por sua conta e risco, as atividades de exploração e produção dos hidrocarbonetos, tendo direito, na hipótese de descoberta comercial, à apropriação do custo em óleo[7], do volume da produção correspondente aos royalties[8] devidos,

---

[6] No caso do Conselho de Administração, nos termos do artigo 10 da Lei 13.304/2010, a composição será a seguinte: 1 (um) conselheiro indicado pelo Ministério de Minas e Energia, que o presidirá; 1 (um) conselheiro indicado pelo Ministério da Fazenda; 1 (um) conselheiro indicado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; 1 (um) conselheiro indicado pela Casa Civil da Presidência da República; e pelo diretor-presidente da PPSA.

[7] Conforme inciso II do artigo 2º: "*... parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato*". (BRASIL, 2010c).

[8] De acordo com o inciso XIII do artigo 2º, tal pagamento corresponde à "*... compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1o do art. 20 da Constituição Federal.*" (BRASIL, 2010c).

bem como de parcela do excedente em óleo[9], na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato. O artigo 3º define a que área se aplica o novo regime de contratação:

"Art. 3º A exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção, na forma desta Lei." (BRASIL, 2010c, grifo meu).

Neste sentido, a delimitação das respectivas áreas, aplicável também à atuação da PPSA, conforme mencionado anteriormente, ficou definida nos incisos IV e V do artigo 2º, como a seguir transcrito:

"IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices 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;
V - área estratégica: 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;" (BRASIL, 2010c).

Outrossim, nos blocos sob o regime de partilha, a Petrobras passará a atuar como operadora única, sendo-lhe garantida a participação mínima de 30% nos casos em que a licitação venha a ser ganha por outra empresa ou conjunto de empresas. Deste modo, a empresa controlada pelo governo, embora passe a ser a única responsável pela execução dos serviços de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e gás nas áreas descritas nos incisos IV e V do artigo 2º, fica a obriga a acatar as regras do edital de licitação e a proposta vencedora[10].

Todavia, as alterações mais significativas que geraram impacto na regulação da indústria nacional de petróleo e gás deram-se por meio das novas competências definidas para o MME, o CNPE e a ANP, as quais fortaleceram o papel dos órgãos de governo, como o Ministério, e, em contrapartida, retiraram algumas das atribuições anteriormente exercidas pela a Agência. Como exemplo, vele destacar que os novos contratos sob o regime de partilha passam a ser celebrados pela União, por intermédio do MME, e não pela ANP, como ocorre com os contratos de concessão regidos pela Lei do Petróleo. Ao mesmo tempo, a contratação poderá ser feita diretamente com a Petrobras, dispensada a licitação ou mediante licitação na modalidade leilão, cabendo à PPSA a gestão dos respectivos contratos, sem que, com isso, incorra nos custos e riscos referentes às atividades.

O CNPE, embora tenha mantido seu papel de propor ao Presidente as políticas setoriais, estendeu seu escopo de atuação para os assuntos relacionados

---

[9] Nos termos do inciso III do artigo 2º, o excedente em óleo refere-se ao valor da "*... parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos* royalties *devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43*" da Lei 12.351/2010 (BRASIL, 2010c).

[10] De acordo com artigo 18 da Lei 12.351/2010, será considerada vencedora a proposta mais vantajosa segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União.

diretamente com os contratos de partilha de produção, harmonizando-se com a nova legislação em vigor. O artigo 9º da lei 12.351/2010 definiu que compete ao Conselho propor:

"I - o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha de produção, observando-se a política energética e o desenvolvimento e a capacidade da indústria nacional para o fornecimento de bens e serviços;
II - os blocos que serão destinados à contratação direta com a Petrobras sob o regime de partilha de produção;
III - os blocos que serão objeto de leilão para contratação sob o regime de partilha de produção;
IV - os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção;
V - a delimitação de outras regiões a serem classificadas como área do pré-sal e áreas a serem classificadas como estratégicas, conforme a evolução do conhecimento geológico;
VI - a política de comercialização do petróleo destinado à União nos contratos de partilha de produção; e
VII - a política de comercialização do gás natural proveniente dos contratos de partilha de produção, observada a prioridade de abastecimento do mercado nacional." (BRASIL, 2010c, grifo meu).

Além disso, as alterações promovidas pela nova norma na Lei 9.478/97 no que tange ao CNPE são ainda mais enfáticas em assegurar a participação efetiva do Conselho na definição dos blocos, uma vez que inclui os seguintes incisos ao artigo segundo da lei de 1997:

"VIII - definir os blocos a serem objeto de concessão ou partilha de produção;
IX - definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como da sua cadeia de suprimento;
X - induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX." (BRASIL, 2010c, grifo meu).

O MME, por sua vez, assumiu uma série de competências antes sequer mencionadas na Lei 9.478/97, de acordo com o artigo 10º da Lei 12.351/2010, aumentando a participação direta do governo na definição de blocos a serem licitados nas duas modalidades de contratação (partilha e produção), bem como no estabelecimento dos parâmetros técnicos e econômicos a serem aplicados aos contratos de partilha de produção e das diretrizes a serem observadas pela ANP para a promoção das licitações e na elaboração dos editais e dos contratos relativos ao novo regime, os quais também ficaram sujeitos à aprovação do MME. As alterações na Lei do Petróleo também retrataram esta maior centralidade do Ministério, garantindo ao órgão acesso irrestrito e gratuito ao acervo técnico constituído de dados e informações das bacias sedimentares brasileiras[11].

No novo modelo de contratação, embora a gestão dos contratos tenha sido delegada à PPSA, representando a União na figura jurídica de uma empresa pública, a fiscalização e a regulação das atividades realizadas sob o regime de partilha de produção ficaram a cargo da ANP, bem como a promoção das licitações, tal qual

[11] Conforme inclusão do parágrafo 3º do artigo 22 da Lei n.º 9.478/97.

ocorre com os contratos sob o regime de concessão. Todavia, atividades que anteriormente eram exercidas sem a necessidade de submissão ao MME, agora devem ser encaminhadas para avaliação e deliberação daquele órgão do governo, conforme disposto nos incisos I e II do artigo 11:

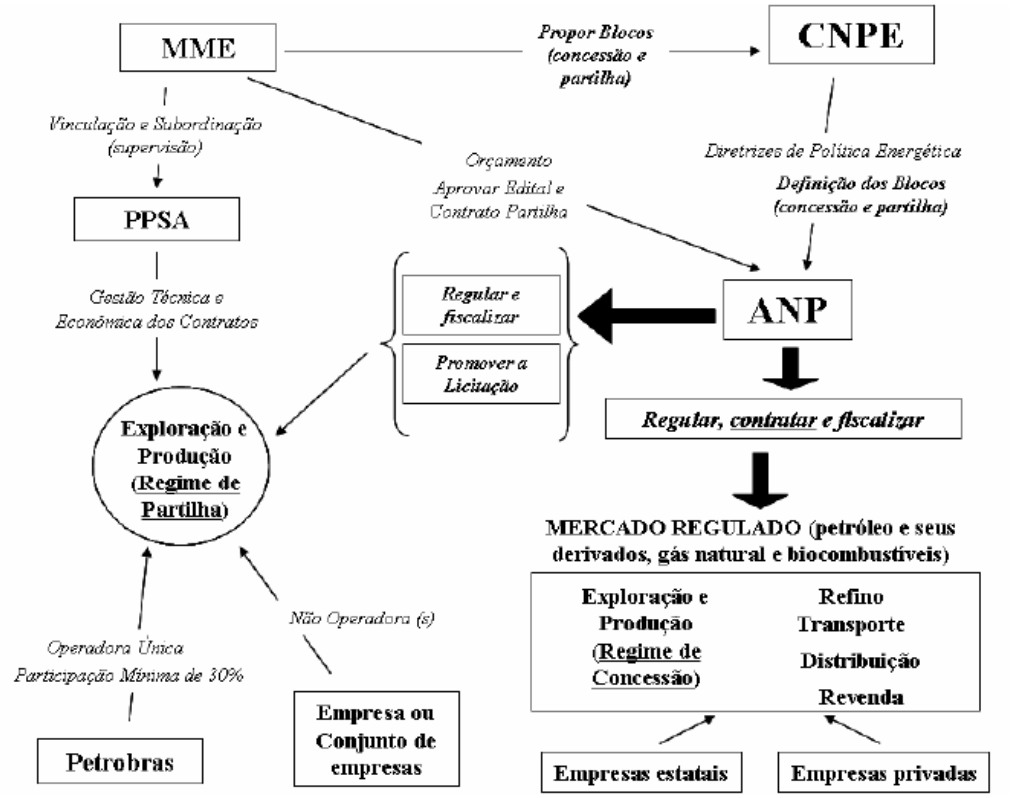
"Art. 11. Caberá à ANP, entre outras competências definidas em lei:
I - promover estudos técnicos para subsidiar o Ministério de Minas e Energia na delimitação dos blocos que serão objeto de contrato de partilha de produção;
II - elaborar e submeter à aprovação do Ministério de Minas e Energia as minutas dos contratos de partilha de produção e dos editais, no caso de licitação;"
(BRASIL, 2010c, grifo meu).

Deste modo, é possível concluir que tais definições refletiram-se em uma reorganização do regime de competências dos atores integrantes da regulação de petróleo e gás natural no Brasil. Do ponto de vista das atividades exploratórias, a partir da definição das áreas consideradas estratégicas e do pré-sal, o exercício da atividade de exploração de petróleo e gás no Brasil passou a poder ser exercido de duas maneiras distintas: por meio de contratos de concessão ou por contratos da modalidade de partilha de produção. A nova redação dada ao artigo 23 da Lei do Petróleo deixa clara a convivência entre as duas modalidades de contratação:

"Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica."
(BRASIL, 2010c).

A figura a seguir procura ilustrar os atores presentes no novo desenho institucional da regulação da indústria de petróleo e gás n Brasil, a partir das mudanças trazidas pelo conjunto de lei aprovados em 2010 o Congresso Nacional, que foram resultantes das propostas enviadas pelo Executivo:

Figura 2 – Ambiente regulatório após legislação do pré-sal e contratos de partilha



Fonte: Elaboração Própria.

Assim, o novo marco instituído pelo conjunto de leis aprovadas no ano de 2010 alterou o papel das instituições atuantes na regulação da indústria de petróleo e gás no Brasil, reconfigurando o ambiente de interação entre empresas, governo e agência reguladora. Este novo cenário apresenta-se como um desafio importante para a coordenação entre as diferentes instituições, o que está intimamente associado a potencial assimetria de poderes e de interesses entre elas.

5. Conclusões

À luz do exposto nas seções anteriores, notamos que foram promovidas significativas mudanças na legislação aplicável à indústria de petróleo e gás natural no Brasil que se refletiram no desenho institucional da regulação econômica setorial. Na realidade, com a descoberta de fontes antes desconhecidas de hidrocarbonetos na região localizada na camada denominada pré-sal, o governo optou por reformular o marco vigente de modo a permitir e garantir maior participação direta do Executivo nas políticas públicas e decisões acerca dos contratos de exploração de petróleo e gás natural.

Neste sentido, no caso do regime de contratação de empresas por meio de concessão, permaneceram as regras anteriores dispostas pela Lei 9.478/97, com regulação sendo feita estritamente pela ANP e com contratação, precedida de licitação pública, podendo ser feita a qualquer empresa qualificada de acordo com as regras do Edital. No entanto, a despeito da manutenção de tal regime de contratação por meio de concessão para áreas consideradas não estratégicas, a nova legislação

alterou dispositivos importantes da Lei do Petróleo, refletindo uma mudança nas competências dos atores atuantes no ambiente regulatório e, consequentemente, no desenho institucional. Como exemplo, isto ficou evidente com a retirada da ANP da atribuição de definir os blocos a serem objeto de licitação, conforme revogação do parágrafo primeiro do artigo 23 da Lei 9.478/97, transferido tal competência ao CNPE.

Além disso, para os casos sujeitos ao regime de partilha de produção, foi criada a figura de um novo agente representante do Estado, a PPSA, com funções de atuar na gestão dos contratos de partilha de produção. Tal agente, por sua vez, na figura de uma empresa pública, integralmente controlada pela União, passará a atuar também no monitoramento e auditoria dos elementos técnicos e econômicos relativos à execução dos serviços pelo contratado, atuando em paralelo à ANP. É interessante notar também que a estrutura deliberativa da PPSA difere daquela aplicável à Agência, especialmente com relação ao processo de seleção e aprovação dos integrantes do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva. A relação de subordinação em relação ao MME também é distinta à da ANP, a qual possui maior autonomia administrativa e financeira.

Cumpre destacar que, ao tempo em que na Lei 9.478/97 o MME não tinha atribuição específica, a partir da Lei 12.351/2010, o Ministério passou a obter desta que maior na formulação e implementação das políticas e diretrizes relacionadas à indústria do petróleo e gás, assumindo a responsabilidade de, dentre outros, propor os blocos a serem licitados tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, bem como definir das diretrizes a serem seguidas pela ANP.

No que concerne à Petrobras, o novo modelo regulatório também deixa de considerá-la apenas mais uma empresa passível de participação em licitações de blocos exploratórios, passando a ser protagonista do regime de partilha de produção, tornandose, compulsoriamente, a única empresa operadora com participação mínima de 30%.

Assim, este novo cenário implica o desafio de buscar a coordenação interinstitucional vis a vis as novas competências e, eventualmente, as sobreposições de atribuições que venham a afetar a prática regulatória. Será necessário o exercício prático da regulação, em todas as suas esferas e considerando o ambiente institucional aplicável, para a avaliação e identificação dos requisitos institucionais capazes de assegurar a harmonia entre os diferentes órgãos e, consequentemente, permitir que sejam atingidos os objetivos esperados com a nova legislação. Fatores políticos, sociais e econômicos interferem diretamente na evolução e na modificação institucional, na medida em que as instituições são resultantes do processo de interação mútua e representam não apenas as relações formais entre os agentes, mas também as relações de natureza informal. Ambos os tipos de relações, portanto, ao mesmo tempo em que devem estar no escopo de delimitação deste novo modelo, devem também ser consideradas pelas entidades privadas e públicas participantes do processo de interação, que no caso, se refletem na agência reguladora setorial, no ministério, no CNPE, na PPSA, na Petrobras e no próprio setor privado, o qual possui papel importante no financiamento dos projetos destinados à exploração e produção de petróleo e gás natural nas áreas do pré-sal.

6. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

_____. Emenda Constitucional n.° 09, de 09 de novembro de 1995. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 10 nov. 1995.

_____. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 07 ago. 1997.

_____. Lei n.º 11.909, de 4 de março de 2009. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 05 mar. 2009.

_____. Lei n.º 12.276, de 30 de junho de 2010. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil – Edição Extra. Brasília, 30 jun. 2010.

_____. Lei n.º 12.304, de 2 de agosto de 2010. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 03 ago. 2010.

_____. Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 23 dez. 2010.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública. In:

BIDERMAN, C.; e ARVATE, P. (Orgs.) Economia do Setor Público no Brasil. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE. Resolução n.º 6, de 8 de novembro de 2007. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 14 nov. 2007.

FRANÇA, R. É só teste... mas dá para comemorar. Revista VEJA. São Paulo, n. 2034,

14 nov. 2007. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/141107/p_080.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2011

GILARDI, F. Institutional Change in Regulatory Policies: regulation through independent agencies and the three new institutionalisms. In: JORDANA, J; LEVIFAUR,

D. The Politics of Regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. The CRC series on competition, regulation and development. Cheltenham/UK, Northampton/USA: Edward Elgar Publising, 2004.

GOODIN, R. The Theory of Institutional Design. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

NELSON, R.; SAMPAT, B. Las instituciones como factor que regula El desempeñoeconómico. Revista de Economía Institucional. Bogotá: n. 5, jul./dez. 2001.

NORTH, D. Institutions. Journal of Economic Perspectives. Vol. 5, n. 1, winter, p. 97-112, 1991.

NUNES, E. Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional. 1ª Edição, Ed. Garamond Universitaria, Rio de Janeiro, 2007.

OLIVEIRA, A; ARAÚJO, J. L. A Privatização da Indústria Brasileira de Energia: o desafio regulatório. In: ARAÚJO, J. L. (Org) Diálogos de Energia: reflexões sobre a última década 1994-2004. Rio de Janeiro: Editora 7Letras, p. 197-225, 2005.

RODRIK, D. Getting Institutions Right. April, 2004. TOYOSHIMA, S. H. Instituições e desenvolvimento econômico: uma análise crítica das idéias de Douglass North. Estudos Econômicos. São Paulo: v. 29, n. 1, p. 95-112, 1999.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CASALI, Bruno Conde. O PRÉ-SAL E AS MUDANÇAS DA REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL: UMA VISÃO INSTITUCIONAL. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, abril/maio/junho de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-30-ABRIL-2012-BRUNO-CONDE-CASALI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: