

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS



TÍTULO DO TRABALHO:

Regulação do Pré-sal: novas fronteiras, novos desafios

AUTOR:

Leonardo Oliveira da Silva

INSTITUIÇÃO:

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Este Trabalho foi preparado para apresentação no 6º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás- 6º PDPETRO, realizado pela Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás-ABPG, no período de 09 a 13 de outubro de 2011, em Florianópolis-SC. Esse Trabalho foi selecionado pelo Comitê Científico do evento para apresentação, seguindo as informações contidas no documento submetido pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pela ABPG. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões da Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás. O(s) autor(es) tem conhecimento e aprovação de que este Trabalho seja publicado nos Anais do 6ºPDPETRO.

REGULAÇÃO DO PRÉ-SAL: NOVAS FRONTEIRAS, NOVOS DESAFIOS

Abstract

This paper aims to expose the controversial questions concerning the new regulatory model approved by the Brazilian National Congress in 2010 in order to adapt the system to the new reservoirs in pre-salt layers, pointing the main discussions about the subject. Furthermore, it aims to deal with the constitutionality of the changes in the regulatory sector of oil and gas, the boundaries of the new sharing contract and the new functions of the Brazilian Agency of Petroleum, including the recently incorporated Petrosal.

Introdução

Quando o polonês Ignacy Łukasiewicz obteve sucesso na destilação do petróleo cru em querosene, substituindo o antigo e caro óleo de baleia das lamparinas pelo novíssimo e barato querosene, talvez não tivesse consciência do que sua descoberta representaria para o restante do mundo nos anos que estavam por vir. Sua experiência é, pois, o substrato de toda a indústria petroquímica moderna, uma vez que a proliferação dos combustíveis fósseis depende, ainda que em escalas diversas de refino, do mesmo processo básico desenvolvido pelo farmacêutico em 1853. O petróleo, em razão desta sua pluralidade de usos e destinações é, desde então, o sangue negro que corre nas veias da economia mundial: iluminou continentes, modificou a indústria, *plastificou* o mundo e permitiu inovações inimagináveis.

Por conseguinte, haja vista sua importância e seu valor econômico, o petróleo tornou-se alvo de constante interesse dos setores público e privado; o próprio Estado passou a ter vital interesse em manter sob sua proteção aquele bem valioso, o *ouro negro*. No Brasil não foi diferente, e a discussão – que ainda se repete, atualmente, nas bancadas do Congresso Nacional – girava em torno do nível de controle Estatal sobre a atividade petrolífera. Por conseguinte, o aumento do consumo nacional do combustível – importado, à época, de Europa e Estados Unidos; a perfuração, em Salvador-BA, do primeiro poço economicamente viável no país; e a campanha governista “*O Petróleo é Nosso!*” contribuíram exaustivamente para a consolidação do monopólio estatal das atividades de exploração e produção de petróleo (“E&P”) na forma da Lei. 2.004, promulgada em 3 de outubro de 1953.

Contudo, esse sistema legal de E&P sofreu uma grande modificação nos anos 90: o novo detalhamento constitucional da matéria, a estabilização da economia brasileira e a reorganização da máquina pública culminaram com a flexibilização do monopólio estatal, que se consubstanciou na aprovação da Emenda Constitucional nº. 9 de novembro de 1995 e da Lei nº. 9.478 de 6 de agosto de 1997. Os anos seguintes foram marcados por dois fatos importantes: a consolidação da regulação do setor, promovida pela então recém criada Agência Nacional do Petróleo; e as rodadas de licitação organizadas por esta. Em resumo o sistema criado obteve êxito sem igual: os investimentos privados aumentaram, a Petrobras consagrou-se como exemplo brasileiro de empresa transnacional, além de líder no segmento e o país saiu ganhando de maneira geral.

Entretanto, em meados do ano de 2006, a Petrobras passou a pesquisar a possível existência de campos de petróleo em uma profunda camada geológica chamada pré-sal (localizada a 7 mil metros abaixo do

leito do mar, a camada pré-sal se estende 800 quilômetros pela costa brasileira, da bacia do Espírito Santo até a bacia de Santos). Sendo assim, uma confirmação de campos de petróleo nesta área, em águas ultraprofundas, veio em 2007, com o anúncio do megacampo de Tupi. Restavam, porém, dúvidas quanto à viabilidade econômica das jazidas recentes. Contudo, já em 2008, para euforia geral, foi realizada a primeira extração de petróleo da referida camada pré-sal, na Bacia de Campos (sul do Espírito Santo), extirpando-se, de vez, a dúvida sobre a viabilidade econômica destes novos campos.

Estimativas apontaram que as jazidas sob a referida camada, no total, podem abrigar uma reserva de aproximadamente 100 bilhões de barris de óleo equivalente ("boe"), cujo potencial econômico modifica, na mais pessimista das projeções, a situação brasileira diante do mercado internacional de petróleo e gás, trazendo, desta forma, um sem número de questionamentos acerca do modelo de exploração a ser adotado para as novas reservas e das possibilidades de alteração do marco regulatório das atividades de E&P (exploração e produção de petróleo). Caso as projeções se confirmem, as novas reservas colocariam o Brasil entre os dez maiores produtores de petróleo do mundo. Contudo, o anúncio de dois poços secos perfurados por empresas estrangeiras reacendeu as dúvidas sobre o propalado “risco zero” das novas reservas.

Sob essa ótica, após meses de discussões, o projeto de modificação do atual marco regulatório da exploração e produção de petróleo no país foi enviado para votação no Congresso Nacional em agosto de 2009. Tramitado e aprovado nas duas Casas – diga-se, com diversas emendas ao texto original, incluindo a controversa emenda de alteração na repartição dos *royalties* – o novo pacote regulatório, ao fim de 2010, entrou, finalmente, em vigor. Sinteticamente, as modificações em comento não são resultado de um único ato normativo, mas decorrem de um conjunto legislativo novo, pois que foram enviados quatro projetos de lei para votação: o primeiro projeto de lei, que de fato **modifica o atual marco regulatório**, institui para os campos de petróleo encontrados sob a camada pré-sal o regime contratual de partilha, em que o contratado assume os riscos da exploração comercial e que, caso obtenha êxito, adquire o direito à restituição em óleo, ressalvada a parcela destinada à União; o segundo dispõe sobre a **cessão onerosa, pela União à Petrobras, das atividades de pesquisa e lavra de petróleo** nas áreas concedidas do pré-sal no limite de 5 bilhões de *boe*, uma vez que a estatal figura como operadora de todos os blocos dessa área; já o terceiro projeto, em razão do vasto potencial econômico dos novos campos, cria o **Fundo Social** com o intuito de gerir os recursos provenientes da exploração do petróleo na camada pré-sal; e, por fim, o quarto projeto de lei autoriza a **criação da Petrosal**, empresa pública que objetiva à gestão dos futuros contratos de partilha, bem como das atividades para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de propriedade da União.

Metodologia

Haja vista a novidade que o tema trouxe para o ambiente acadêmico nacional, foi necessária pesquisa bibliográfica de **livros** e, necessariamente, de **periódicos** sobre os ramos da ciência jurídica pertinente ao Direito do Petróleo; ao Direito Administrativo, incluindo-se a temática de contratos administrativos, de concessões públicas e, principalmente, da intervenção do Estado na economia. Nesse sentido, pesquisa às bibliotecas jurídicas da cidade do Rio de Janeiro, incluindo as bibliotecas do Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e da Procuradoria Geral do Estado foram necessárias.

Ademais, com intuito de traçar um panorama, mostrando os dois lados dessa discussão (regulador e regulados), **entrevistas** foram realizadas para delinear os *(des)*contentamentos de ambas as partes com o novo marco regulatório implementado.

Resultados e Discussão

A descoberta das reservas petrolíferas sob as camadas do pré-sal e o novo modelo regulatório em implementação são fatos que, salvo engano, **modificarão permanentemente o cenário econômico brasileiro**: o Brasil tornar-se-á um dos maiores produtores de petróleo do mundo, a exploração do recurso mineral preencherá porcentagem significativa do PIB nacional e, com a criação do Fundo Social, grande volume de dinheiro será colocado à disposição da Administração Pública para investimento em áreas críticas como saúde, educação e cultura.

Contudo, a justificativa que levou a cabo a modificação do marco regulatório nacional para a exploração e produção de petróleo na camada pré-sal não é fruto de uma decisão arbitrária e aleatória do poder público; pelo contrário. Embora o pacote legislativo tenha sido aprovado pelo Congresso em tempo recorde, não se pode afirmar que alternativas não foram consideradas.

Inicialmente, havia vozes na doutrina e no próprio Congresso que defendiam a manutenção do modelo instituído pela antiga lei 9.478 posto que, durante sua vigência, a regulação do setor petrolífero no país obtivera sucesso em um tripé de conquistas: a atuação e um órgão regulador independente, a realização de licitação para se contratar os operadores da exploração e a existência de segurança jurídica para os investidores. É o que sustenta SUNDFELD em artigo publicado no início de 2010, quando o novo pacote legislativo em vigor era apenas um projeto.

Contudo, conforme é possível depreender da exposição de motivos que precede o novo marco regulatório, bem como do periódico publicado pelo Conselho de Altos Estudos da Câmara dos Deputados, o risco envolvido na exploração da camada pré-sal é completamente distinto do risco que se enfrentava nos demais campos do pós-sal: enquanto que a antiga lei do petróleo tem por substrato fático a incerteza de viabilidade econômica na perfuração de poços de petróleo, ao que indicam pesquisas e recentes perfurações na camada pré-sal, o risco exploratório nessas novas áreas tende a zero e a probabilidade de encontrar petróleo comercialmente explorável é extremamente alta.

Portanto, levando em consideração a baixo risco e a alta rentabilidade dessas áreas, nada mais natural que o Estado tentar exercer sua *puissance publique* no intuito de assegurar o interesse nacional. Por certo que a evolução histórica do Estado nos mostra, de forma clara, que a instituição vive um constante ciclo, oscilando entre períodos de maior ou menor intervenção na economia. A própria noção de regulação é fruto dessa oscilação, a qual remonta à velha divisão do direito administrativo francês entre serviços públicos administrativos (SPA) e os serviços públicos industriais e comerciais (SPIC). A modificação do marco regulatório é manifestação clara dessa oscilação finalística do Estado, que na atual conjuntura tende visivelmente para uma maior intervenção do Estado no domínio econômico.

De modo semelhante, ao se deparar com a descoberta de grande volume de petróleo cujo risco exploratório era deveras reduzido, o governo da Noruega também optou pelo regime de partilha de

produção. Contudo, o modelo adotado ao fim de 2010 pelo governo brasileiro possui peculiaridades que divergem do modelo norueguês: enquanto o mínimo excedente em óleo a ser recebido pelo governo é, geralmente, fixado por lei, a partilha brasileira deixa a questão em aberto; no mesmo sentido, porém às avessas, os royalties não são fixados por lei o que já fica expresso na lei brasileira. Dentre outras inovações no modelo exploratório, os contratos de partilha brasileiros terão como parte a própria Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis o que nos parece, no mínimo, uma excrescência intervencionista.

Ressalte-se, de pronto, que as diversas questões que envolvem as recentes modificações na regulação petrolífera do país a doutrina não é unânime quanto aos seus reais limites. Há questões muitíssimo controversas como a defesa da inconstitucionalidade da integralidade do pacote normativo, ou mais moderadamente, da questão da repartição federal dos royalties do petróleo. O saudoso Marcos JURUENA Villela Souto desenvolveu amplo parecer defendendo a inconstitucionalidade dos projetos propostos ao Congresso, por crer que o real objetivo das modificações é retornar ao já extinto monopólio do setor de petróleo e gás, contrariando norma constitucional já cristalizada. De modo menos incisivo, BARROSO questiona-se a constitucionalidade da repartição dos royalties que, como contraprestação aos danos advindos da exploração de petróleo no local, não poderiam ser extensíveis aos entes da federação sem qualquer relação com as atividades de P&D, pois haveria violação à isonomia entre os entes produtores e não produtores (igualdade material) e consequente mácula à segurança jurídica.

Discute-se ainda qual seria o novo papel da ANP diante do novo modelo regulatório, pois que de acordo com este, além de se tornar parte dos contratos de partilha, estará submetida ao controle de gestão da então criada empresa pública Petrosal cujas funções vão de análises técnicas e econômicas dos planos de exploração e desenvolvimento de petróleo e gás natural, bem como monitoramento e auditoria da execução dos referidos projetos, além dos custos e investimento vinculados aos contratos de partilha de produção.

Há, de fato, um sem número de questões a serem respondidas nos próximos anos, sejam de caráter mais genérico: o impacto da modificação do modelo regulatório será realmente benéfico para a economia brasileira? A modificação do tripé de sucesso da regulação realizada de 1997 até 2009 não gera uma insegurança para os investidores estrangeiros no setor? Os rendimentos e riscos distribuídos entre a União e os novos concessionários, se colocados na balança, serão compensatórios para a população brasileira?; sejam de caráter mais técnico: a unitização da exploração de blocos já concedidos fora do regime de partilha, qual a regra lhe será aplicada? Omissa a antiga lei do petróleo sobre essa situação, qual tratamento lhe é destinado no novo modelo regulatório? Recebido pela União o excedente em óleo, como gerenciar a venda dessa riqueza em espécie adquirida pela União? Ela possui know-how suficiente para efetuar as operações com eficiência e economicidade? As discussões são inúmeras e não se pretende, aqui, esgotá-las com exaustão...

Conclusões

A descoberta das reservas petrolíferas sob as camadas do pré-sal e o novo modelo regulatório em implementação são fatos que, salvo engano, **modificarão permanentemente o cenário econômico brasileiro**: o Brasil será um dos maiores produtores de petróleo do mundo, a exploração do recurso mineral preencherá porcentagem significativa do PIB nacional e, com a criação do Fundo Social,

grande volume de dinheiro será colocado à disposição da Administração Pública para investimento em áreas como saúde, educação e cultura.

O caminho é longo e estamos apenas dando os primeiros passos. Pesquisar os alcances econômicos e sociais de vultosa modificação na estrutura regulatória do país não é tarefa simples, cujas soluções para os problemas levantados sejam facilmente encontradas. As questões são muitas, as respostas escassas e contraditórias. Entretanto, pouco a pouco se cristalizam os novos conceitos e noções inerentes a esse novo mundo de possibilidades que se esconde a centenas de metros abaixo do mar. São novas fronteiras econômicas, políticas e sociais para nosso país, que, contudo, não se reduziram, mas apenas aumentaram os desafios os quais deve o Brasil enfrentar no alcance dessa fronteira

Agradecimentos

Agradeço o apoio e compreensão de todos os incentivadores deste meu projeto de pesquisa, especialmente minha professora orientadora, o professor coordenador do PRH-33 e a própria ANP pelos incentivos que possibilitam o desenvolvimento da pesquisa atual.

Referências Bibliográficas

Livros:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

BUCHÉB, José Alberto. *Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2007.

Revistas e Periódicos:

BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, insonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações distribuição de royalties do petróleo*. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2010

LAVORATTI, Lilliana. *Marco regulatório: debate salgado*. **Revista Conjuntura Econômica**, mar. 2010. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS

SOUTO, Marco Juruena Villela. *Propostas legislativas de novo marco regulatório do pré-sal*. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 8, n. 29, jan./mar. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo?* **Revista de Direito Público da Economia**, ano 8, n. 29, jan./mar. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PETRÓLEO: o novo marco regulatório. **Revista Banco de Idéias**, ano 14, n. 51, Rio de Janeiro, jun./jul./ago. 2010.