ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

OS DESAFIOS REGULATÓRIOS DO PRÉ-SAL E OS SEUS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DA ANP

REGULATORY CHALLENGES OF PRE-SAL AND ITS REFLECTIONS ON THE ROLE OF ANP

Mariana de Siqueira*

RESUMO: A disciplina normativa do setor de petróleo no Brasil tem recebido atenções especiais desde a veiculação de notícias em torno da camada pré-sal. As elevadas expectativas de produção na área ensejaram discursos de modificação do marco normativo do setor, no caso a Lei n.º 9.478 de 1997. Neste contexto de inovação novos entes surgiram, competências foram modificadas, a ANP terá que se adaptar a presença de novo ente gestor, cujas atribuições parecem se encontrar, em alguns aspectos, com aquelas que lhe pertencem. O presente artigo, diante da conjuntura descrita, se propõe a analisar as restrições e possíveis conflitos de competência gerados na atuação da ANP a partir da disciplina normativa direcionada ao petróleo e ao gás natural em decorrência das descobertas na camada pré-sal.
Palavras-chave: Regulamentação do Petróleo. Pré-sal. Agência Nacional do Petróleo.

ABSTRACT: The normative discipline in the oil sector in Brazil has received special attention from the news-reporting around the pre-sal. The high production expectations in the area enabled the rise of the discussion of the normative changes in the industry. In this context of innovation new entities have emerged, skills have been modified, the ANP will have to adapt to the presence of the new entity manager, whose duties seem to find, in some aspects to those who belong to it. This article is to analyze the limitations and possible conflicts of jurisdiction in actions of ANP generated from the normative discipline directed to oil and natural gas as a result of discoveries in the pre-sal.
Keywords: Regulation of oil. Pre-sal. National Petroleum Agency.

* Doutoranda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Universidade Estácio de Sá, Faculdade Maurício de Nassau e da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogada. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A disciplina normativa do setor energético brasileiro tem recebido atenções especiais desde a veiculação de notícias em torno da camada pré-sal. As elevadas expectativas de produção na área ensejaram discursos de modificação do marco normativo do setor, no caso a "Lei do Petróleo". Hoje, algumas das inovações sugeridas se encontram efetuadas, a exemplo da autorização para criação de nova pessoa jurídica gestora dos contratos de partilha de produção e dos contratos de comercialização referentes à área do pré-sal, a Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) terá que se adaptar a presença de novo agente gestor, cujas atribuições parecem se encontrar, em alguns aspectos, com aquelas que lhes pertencem. Não apenas o surgimento da PPSA aparenta atingir a atuação da ANP, as atribuições hoje direcionadas ao CNPE também se inserem nesse contexto.

O presente trabalho, diante da conjuntura descrita, se propõe a analisar as possíveis restrições na atuação da ANP a partir da disciplina normativa direcionada ao petróleo e ao gás natural em decorrência das descobertas na camada pré-sal. Destacam-se, neste contexto, a autorização de criação da Pré-Sal Petróleo S.A. (Lei Federal 12.304, de 02 de agosto de 2010), as ampliações de competências do CNPE e a disciplina para exploração e produção nas áreas do pré-sal (Lei Federal 12.351, de 22 de dezembro de 2010).

2 A REGULAÇÃO DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL E A ATUAÇÃO DA ANP

Após processos históricos de modificação, o Estado brasileiro se caracteriza, no que tange à sua atuação econômica, como Estado Normativo e Regulador da Economia[1]. Esta caracterização faz com que o Estado não atue, como regra geral, de forma

1 Com base no conteúdo do art. 174, *caput*, do texto constitucional, são considerados distintos os termos regulação e normatização. Expõe a Constituição ser o Estado agente normativo e regulador da economia. Se sinônimos fossem tais termos, não haveria a necessidade de repetí-los no âmbito da atuação econômica estatal; se regular e normatizar fossem sinônimos, bastaria ser feita menção, no *caput* do artigo mencionado, a apenas um dos termos. A regulação será aqui entendida como atividade abrangente da normatização, mas a ela não restrita. Neste mesmo sentido ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04. nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2007. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica

direta sobre a seara econômica, salvo em situações excepcionais de relevante interesse coletivo e por imperativos de segurança nacional. A regra geral, conforme expõe a Constituição, é a da normatização e regulação da seara econômica pelo Estado[2].

O termo "regulação" conquistou espaço considerável no direito brasileiro com o movimento de reforma do Estado[3], com a saída do ente estatal do exercício direto, como regra geral, das atividades econômicas, consolidando-se a partir de sua inserção no texto constitucional[4]. A regulação[5] é instrumento utilizado pelos Estados que abandonaram a regra geral da intervenção econômica direta e que não vêem na generalidade de seu poder de polícia um mecanismo eficaz para o controle e organização da seara econômica[6]. Para organização da área econômica faz-se necessária atuação dotada de especialidade. Faz-se necessária atuação especificamente direcionada à seara econômica, às suas problemáticas e complexidade.

No âmbito do exercício da função regulatória estatal destacam-se as agências reguladoras, entes da Administração Indireta dotados de autonomia, autarquias sob regime especial[7]. O Brasil, inspirando-se especialmente

e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 16 jun. 2007.

2 MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila. MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos **de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 97.

3 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 65.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. In. Direito Regulatório. Temas polêmicos. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella (org.). 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum 2004. p. 20.

5 Não se pretende aqui discorrer de forma exaustiva sobre o conceito e sobre os limites da atividade regulatória do Estado. A ideia de regulação é temática por demais complexa, alvo de inúmeros debates e polêmicas, demandando trabalho específico a abordando. Como bem expõe MOREIRA NETO: "a *regulação tampouco é um conceito acabado*, mas ainda um *conceito em construção*, mas que, de tão carregado conteúdo inovativo, já prenuncia a emergência de um novo modelo de Estado e quiçá de uma nova concepção do Direito, que terão amplas condições de amadurecer neste século, certamente na linha da *democracia material*, da *consensualidade*, da *subsidiariedade* e da *participação*, entre outros vetores evolutivos envolvidos no processo." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2003. p. 209.

6 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 20.

7 "No que respeita às agências, soma-se à personalidade jurídica própria uma significativa independência e autonomia, "definida sempre na lei que as instituiu, com poderes de supervisão, fiscalização e normatização..." "A independência vai se caracterizar pela existência de procedimentos específicos para nomeação e demissão de dirigentes, com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral (independência decisória). Há ainda significativa independência em sua atuação, seja na fixação de objetivos, seja na escolha dos instrumentos. BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado Regulador. In: **Agências de regulação do mercado**. MOEL, Luiza Helena (Org.). Porto Alegre: Editora UFRGS, 2002. p. 80 - 81.

na experiência internacional norte-americana, adotou o modelo das agências independentes para fins de exteriorização do exercício da atividade reguladora estatal[8]. A criação das agências[9] como entes independentes deu-se durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso e hoje, apesar das críticas, em especial àquelas atinentes à captura, mantém-se em vigência[10].

Hoje[11], inúmeras são as atribuições e prerrogativas conferidas às agências, fato este visto como consequência da atuação indireta do Estado sobre a economia. Se as atividades objeto de intervenção indireta se mantêm relevantes, nada mais razoável que estabelecer formas eficazes de exteriorização desta intervenção indireta. Sendo as agências entes de destaque no âmbito da intervenção indireta via regulação, nada mais razoável que lhes atribuir amplas funções[12].

8 É importante que se diga que autarquias com funções semelhantes (normativa, administrativa [...] àquelas atribuídas às agências são antigas no Direito Brasileiro. A diferença entre estas autarquias e as agências reguladoras reside nas peculiaridades atinentes a estas últimas, como suas características institucionais e os elementos fáticos e teóricos que levaram à sua criação. Neste sentido ver: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulamentação econômica e democracia**: contexto e perspectivas na compreensão das agencias de regulação no Brasil. In Regulação, direito e democracia. FARIA, José Eduardo (Organizador) São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 57-58. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** São Paulo: Editora Manole, 2003. p. 12 - 16.

9 "O aparecimento dessas agências ocorre em um momento de redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento [...]. BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado Regulador. In: MOEL, Luiza Helena (Org.). **Agências de regulação do mercado**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2002, p. 78.

10 "As normas elaboradas pelas agências muitas vezes geram custos aos entes regulados, ensejando amplas interações e contatos destes com as agências e a possibilidade de capturas para tutela de interesses específicos." "Não existe, portanto, regulação neutra, nem regulação inocente." Os entes regulados buscam regras que os beneficiem, valendo-se, muitas vezes, da captura, desvirtuando a regulação da tutela do interesse público e da adequada estruturação do mercado. É dentro deste contexto que surge a temática do controle dos atos das agências. Entende-se aqui por adequada estruturação do mercado aquela que se dá, dentre outros elementos, com o pleno combate aos abusos de poder. NUNES, Edson. RIBEIRO, Leandro Molhano. PEIXOTO, Vitor. **Agências reguladoras no Brasil**. In. Sistema político brasileiro: uma introdução. AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antonio Octávio. São Paulo: Editora UNESP. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 183. Ainda sobre a captura ver: AZEVÊDO, Pedro Pontes de. **Problemas jurídico-constitucionais do modelo de regulação no Brasil:** análise do atual marco regulatório e das propostas de lei-quadro da regulação. Paraíba. 2008. 106 p. (Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico). p. 35.

11 Indispensável se faz mencionar a existência, na atualidade, de debates em torno de projeto de lei responsável por disciplinar as mais variadas agências reguladoras nacionais; é o que hoje se denomina de "Lei Geral das Agências Reguladoras."

12 BATISTA, Rosangela. BORGES, Ricardo. COSTA, Ana Paula Lima da. A Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: MOEL, Luiza Helena. (Org.). **Agências reguladoras do mercado**. Porto Alegre: UFRGS Editora. 2002. p. 291. Em sentido contrário ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado. (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 17. jan. /mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-CELSO%20ANTONIO.pdf >. Acesso em: 06 fev. 2009. p. 10 - 11.

É importante que se ressalte que a amplitude de atuação conferida às agências não é sinônimo de ilimitada possibilidade de ação. As variadas ações das agências devem, impreterivelmente, atentar para o sistema jurídico estabelecido pela Constituição de 1988[13]. Não se deve esquecer jamais que a regulação estatal da economia, seja efetuada pelas agências ou por outros entes públicos, deverá limitar-se pelos dispositivos constitucionais[14].

Em se tratando especificamente da ANP, há de se dizer que o seu surgimento ocorreu no contexto de abertura do setor energético nacional. Com o advento da EC n.º 09, de 1995, a estruturação da área energética nacional sofreu alterações. A partir deste ato, foi admitida a entrada de novos agentes nas atividades do petróleo e do gás natural, deixando a Petrobras de atuar com exclusividade. Dois anos depois, por meio da chamada "Lei do Petróleo", foi estabelecida disciplina para a realidade energética nacional recém-consolidada, sendo criados o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE [15] e a ANP.

Criada [16] sob a forma de autarquia especial [17], vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais no Rio de Janeiro, a ANP ficou responsável pela regulação de atividades econômicas ligadas a relevantes recursos energéticos: petróleo, gás natural e biocombustíveis[18]. Por ter-lhe sido direcionada a regulação de tão relevantes

13 Neste sentido ver: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agencias de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 59. TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia.** Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2004. p. 228 - 229.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 22 – 30.

15 "Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável; II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios [...]."BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

16 A ANP foi criada pela "Lei do Petróleo" (Lei Federal n.º 9.478, de 1997) e instituída e disciplinada em maiores detalhes pelo Decreto n.º 2.455, de 14 de janeiro de 1998.

17 A ANP, ente com personalidade jurídica de Direito Público, autarquia sob regime especial, tem a sua especialidade exteriorizada, dentre outros elementos, em sua autonomia administrativa e financeira e na impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes.

18 BATISTA, Rosangela. BORGES, Ricardo. COSTA, Ana Paula Lima da. A Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: MOEL, Luiza Helena. (Org.). **Agências reguladoras do mercado.** Porto Alegre: UFRGS Editora, 2002. p. 291 - 292.

atividades econômicas, também lhe foram direcionadas variadas funções.

A ANP, conforme estabelece a "Lei do Petróleo" em seu art. 8º, tem por "finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis"[19].

A Política Energética Nacional - PEN, política esta a ser necessariamente observada pela Agência, possui como alguns dos seus objetivos a preservação do interesse nacional, a promoção do desenvolvimento, a ampliação do mercado de trabalho e a valorização dos recursos energéticos, a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos[20].

A partir da análise dos dispositivos legais mencionados, é possível notar a amplitude da atuação da ANP dentro dos temas do petróleo, gás natural e biocombustíveis. A Agência normatiza, elabora editais de licitação e contratos de concessão, emite autorizações para o exercício de atividades, fiscaliza o desenvolvimento das atividades atinentes aos setores que regula, tudo com vistas a satisfazer os princípios e objetivos inseridos no art. 1º da "Lei do Petróleo". O fato de alguns dos objetivos em questão se estruturarem em signos linguísticos flexíveis reforça a ideia de ampla atuação da ANP na regulação do setor.

Com as descobertas na camada pré-sal e as consequentes mudanças normativas direcionadas às atividades do petróleo e gás natural, questiona-se como restará caracterizada a atuação regulatória da ANP, em que medida sofrerá mitigações, especialmente ao se considerar o surgimento de novo ente, no caso, a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e, ainda, frente aos novos direcionamentos dados ao CNPE e ao MME.

19 Vê-se, nitidamente, o uso da expressão "regulação" em sua acepção estrita, como sinônimo de apenas normatização. BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

20 Art. 1º, incisos I, II e III. BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

3 O PRÉ-SAL E A EMPRESA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL S.A. - PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. (PPSA)

No ano de 2007, a descoberta da camada pré-sal começa a conquistar espaço considerável nos meios de comunicação de massa, variadas são as notícias veiculadas em torno da descoberta, de suas elevadas expectativas de produção e necessidade de revisão da disciplina normativa do setor de petróleo e de gás natural. A camada em questão, situada no âmbito *off shore*, se estende do Espírito Santo a Santa Catarina e envolve expectativas de produção de aproximadamente 50 bilhões de barris[21]. De acordo com a normatização hoje direcionada ao tema, o pré-sal corresponde à região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo da Lei 12.351 de 2010, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.

Dados coletados até a data de 31 de dezembro de 2009 e disponibilizados pela ANP em seu anuário estatístico de 2010, mencionam haver no Brasil reservas de petróleo da ordem de 12, 9 bilhões de barris, referindo-se grande parte deste valor às reservas do tipo *offshore* (em mar). Efetivamente comprovadas as reservas do pré-sal, o país subirá algumas posições no *ranking* dos produtores mundiais de petróleo, passando a ocupar posição de destaque. Há quem cogite, neste contexto, a inserção do Brasil na OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo).

Diante de tão elevado potencial econômico, o Presidente Lula determinou a organização de Comissão com o foco de propor mudanças normativas para a área do petróleo e do gás natural[22]. Os *royalties*, contratos para exploração e produção na área e gestão das atividades no local foram as temáticas que receberam atenções especiais no sentido de modificação de sua atual situação normativa. Aqui, interessam as inovações referentes à criação de pessoa jurídica gestora dos contratos do pré-sal.

21 Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2009/10_outubro/Cartilha_prx-sal.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

22 Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2009/10_outubro/Cartilha_prx-sal.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

Noticiada a intenção de criar empresa gestora dos contratos do pré-sal, discussões em torno do assunto se acentuaram. Houve quem mencionasse a intenção Presidencial de extinguir a abertura do setor de exploração e produção de petróleo no Brasil, as tendências estatizantes do Presidente e a necessidade de respeito ao conteúdo do art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no contexto de criação deste novo ente[23].

No dia 02 de agosto de 2010, adentra no ordenamento jurídico nacional lei responsável por autorizar a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

De acordo com esta lei, a PPSA é empresa pública, submetida a regime jurídico típico das empresas privadas, estruturada sob a forma de sociedade anônima, devendo funcionar de forma vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, e cujas atribuições envolvem a gestão de duas espécies contratuais: contratos de partilha de produção e contratos de comercialização de petróleo e gás natural. (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei Federal 12.304, de 02 de agosto de 2010).

É importante mencionar aqui, ainda que de forma breve, que as concessões tradicionalmente utilizadas para o exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no país perderam espaço na área referente ao pré-sal, nascendo e se destacando em sede nacional as duas modalidades contratuais referidas no parágrafo anterior (contratos de partilha de produção e contratos de comercialização de petróleo e gás natural). As concessões são mantidas apenas para as áreas de exploração e produção não inseridas no pré-sal.

Percebe-se, a partir do exposto, que a PPSA é a responsável por realizar a gestão dos contratos específicos da área do pré-sal, tanto daqueles que envolvem a retirada dos recursos naturais do subsolo, como dos que se referem à compra e venda destes recursos. Responsável pela gestão dos contratos em questão, não atuará a PPSA na execução das atividades de E & P no pré-sal, sua atuação é essencialmente gestora.

A lei responsável por tratar da PPSA enumerou competências específicas para esta pessoa jurídica, intencionando viabilizar uma eficiente gestão

23 Neste sentido ver: MARTINS, Ives Gandra. **A Constituição e a possível Empresa Pré-Sal**. Disponível em: <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=8311>. Acesso em: 21 abr. 2011.

dos contratos que lhe dizem respeito.

No que tange aos contratos de partilha de produção celebrados pelo MME, compete à empresa representar a União e defender os seus interesses; avaliar os planos de exploração, de avaliação, de desenvolvimento e produção de recursos energéticos e monitorar e auditar a execução destes; fazer cumprir as obrigações referentes ao conteúdo local; monitorar e auditar custos e investimentos ligados aos contratos e fornecer à ANP informações para que bem exerça o seu papel regulador. Aqui, cabe ressaltar que a lei em questão, diferentemente da "Lei do Petróleo" em seu art. 8º, *caput*, se referiu à função regulatória da Agência em sua ampla concepção e não apenas no que diz respeito à edição de atos normativos.

No que concerne aos contratos de comercialização de petróleo e de gás natural, caberá à PPSA celebrá-los representando a União; verificar se os contratados cumprem com a política de comercialização aplicável ao caso e monitorar e auditar as operações, os custos e os preços de venda dos recursos naturais energéticos.

A lei aqui analisada apenas se refere expressamente ao dever de respeito às melhores práticas da indústria do petróleo no que tange à gestão dos contratos de partilha de produção, acredita-se, contudo, diante da disciplina normativa tradicionalmente direcionada ao setor, que a observância destas práticas deva permear as mais variadas atuações da empresa e não apenas a gestão dos contratos de partilha de produção.

Variados outros artigos constam da lei responsável por disciplinar a PPSA, aqui, todavia, finalizamos a exposição destes, posto que a escolha foi a de se referir aos que de modo mais intenso se relacionam com a atuação da ANP no contexto do pré-sal.

4 A ATUAÇÃO DA ANP NO PRÉ-SAL: ANÁLISE DAS POSSÍVEIS RESTRIÇÕES E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

De início, é importante mencionar que a ANP, mesmo diante das inovações normativas atinentes ao pré-sal, se mantém como ente regulador das atividades do petróleo e do gás natural. A Agência continua com esse papel, devendo atentar para os princípios e objetivos da PEN e para o res-

peito às melhores práticas da indústria do petróleo e do gás natural.

A autorização de criação da PPSA não colocou abaixo a função regulatória da ANP, a redação mais atual da "Lei do Petróleo" faz clara essa conclusão. Mesmo após as últimas modificações sofridas pela lei em questão em 2010 foi mantido intacto o art. 7º, *caput,* responsável por caracterizar a ANP como ente regulador do setor.

A instituição da PPSA gera preocupações não no que diz respeito à extinção da função regulatória da ANP, mas sim no que tange às possíveis mitigações desta atuação no âmbito do pré-sal. Não apenas a lei responsável por tratar da PPSA faz nascer questionamentos a respeito da atuação da ANP no contexto do pré-sal, o ato normativo responsável por disciplinar as atividades de exploração e produção no pré-sal e por tratar do contrato de partilha de produção (Lei Federal 12.351, de 22 de dezembro de 2010) igualmente gera tais reflexos, especialmente por ampliar a atuação do CNPE e do MME e por modificar competências dadas pela "Lei do Petróleo" à ANP. A seguir, são tecidas observações específicas sobre os reflexos restritivos e aparentes conflitos de competências aqui expostos:

a) *Da função essencialmente gestora da PPSA*

Em linhas anteriores foi dito que a PPSA é a responsável por realizar a gestão dos contratos da área do pré-sal, tanto daqueles que envolvem a retirada dos recursos naturais do subsolo, como dos que se referem à compra e venda destes recursos. A PPSA não executa as atividades de E & P no pré-sal, mas apenas gere os contratos referentes a esta área. Sua função é, assim, essencialmente gestora.

Indispensável se faz refletir, no contexto de surgimento da PPSA, a que se refere a sua função essencialmente gestora. Dúvidas podem surgir quanto aos limites e possibilidades dessa atuação de gestão, se esta se assemelha à ideia de regulação, se possui viés essencialmente empresarial.

O ideal é que se estabeleça o maior detalhamento normativo possível de sua configuração, com vistas a evitar insegurança jurídica e aparentes conflitos de competência entre a empresa e a ANP. Importante se faz perceber, neste contexto de definição de gestão,

que a pessoa jurídica em questão é empresa pública sob a forma de sociedade anônima, sujeita a regime jurídico privado, devendo atuar dentro dos limites e possibilidades que o ordenamento confere a esta espécie de ente;

b) *Do envio de informações pela PPSA à ANP*

A partir da análise do art. 4º, inciso I, alínea "f", da Lei Federal 12.304 de 2010, é possível notar a necessidade de se estabelecer comunicação eficaz entre a PPSA e a ANP, para que a Agência possa bem desempenhar a sua função regulatória no âmbito do pré-sal.

O dispositivo em questão expõe caber à PPSA repassar à ANP as informações a respeito da gestão dos contratos de partilha de produção que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções regulatórias. Resta saber que informações são essas, em que medida será possível à PPSA se negar a oferecer eventual informação requisitada pela Agência e se não seria prudente estabelecer rol normativo com algumas hipóteses vinculadas de conteúdos a serem enviados pela PPSA à ANP para atender ao que determina o dispositivo aqui analisado. A expressão "informações necessárias" faz do enunciado normativo em questão conceito jurídico indeterminado a ter seu conteúdo preenchido a partir do caso concreto;

c) *Da elaboração pela ANP e da aprovação dos Contratos de Partilha de Produção pelo CNPE*

A ANP, hoje responsável por elaborar os editais de licitação e contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, foi contemplada na atual legislação do pré-sal (Lei Federal n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010) como responsável pela elaboração dos contratos e editais de licitação que viabilizarão a exploração e produção da área. Acontece que a elaboração de tais documentos a ser realizada pela Agência se encontra sujeita à aprovação pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, é o que dispõe o art. 10, inciso V, da Lei que disciplina dos contratos de partilha de produção.

Percebe-se, ainda que de forma sutil, uma tendência de restringir a atuação da Agência em tal contexto, na medida em que os

documentos por ela elaborados demandam aprovação do CNPE. A "Lei do Petróleo", ao tratar das concessões de E & P e de suas licitações, não condiciona a elaboração destes pela Agência à aprovação do CNPE;

d) *Da realização de estudos e delimitação dos blocos em licitações*

A "Lei do Petróleo", em seu art. 23, § 1º, direcionava à ANP competência para definir os blocos objeto da concessão. O dispositivo em questão foi expressamente revogado pela Lei Federal n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, fato este que bem revela mais uma mitigação à atuação da ANP fruto das inovações normativas do pré-sal.

A partir das mudanças efetuadas na legislação do setor nasce uma dupla realidade para a definição de blocos: i) realidade das concessões de áreas estranhas ao pré-sal; ii) realidade dos contratos de partilha de produção do pré-sal.

i) Realidade das concessões de áreas estranhas ao pré-sal

A ANP, conforme a atual redação do inciso II, do art. 8º, da "Lei do Petróleo", possui a competência de promover estudos para auxiliar a definição dos blocos a serem licitados, competindo ao CNPE efetivamente defini-los (art.2º, inciso VIII, da "Lei do Petróleo"). A Agência, que outrora realizava tal definição, agora se limita a auxiliar, via estudos, este ato.

ii) Realidade dos contratos de partilha de produção do pré-sal

A ANP, no que tange ao pré-sal, igualmente se limita a realizar estudos, dessa vez auxiliando o MME na determinação de blocos para as licitações do pré-sal (art. 11, inciso I, Lei Federal n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010).

A ANP realiza estudos, auxilia o MME e este propõe as áreas para exploração e produção ao CNPE. O CNPE, por sua vez, é o responsável por propor ao Presidente da República os blocos que serão objeto de leilão para contratação via partilha de produção. Isso é o que nos diz o art. 9º, inciso III, da Lei Federal n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

A "Lei do Petróleo", ao tratar do assunto em seu art.2º, inciso

VIII, expõe competir ao CNPE a definição dos blocos da partilha de produção. Assim, a "Lei do Petróleo", através de recente modificação sofrida, parece ir um pouco além do que determina a lei da exploração e produção nas áreas do pré-sal. Aquela diz competir ao CNPE efetivamente definir os blocos e essa diz competir ao CNPE propor ao Presidente os blocos objeto do leilão. É importante que se diga aqui que definir e propor são ações distintas e que a interpretação destes dispositivos deverá ser feita de forma a minimizar conflitos práticos;

e) *Atuação da ANP e União no contexto de não criação da PPSA*
A PPSA, de criação já autorizada, ainda não foi efetivamente criada. A Lei n.º 12.351 de 2010, disciplinando a fase de transição atinente a tal questão, determinou, em seu art. 63, que as competências desta empresa serão ser exercidas pela União, por intermédio da ANP, até que ocorra a sua criação. Aqui deve se questionar se há ou não amparo jurídico a esta atuação empresarial da Agência, ainda que temporária, e se há compatibilidade entre esta e a essência de sua função regulatória.

5 CONCLUSÃO

A "Lei do Petróleo", em sua redação original, buscou, através da atribuição de amplas possibilidades de atuação, permitir à ANP o adequado desempenho de suas funções regulatórias. Hoje, as inovações normativas direcionadas ao setor do petróleo e do gás natural em decorrência da camada pré-sal parecem caminhar no sentido de restringir a amplitude de atuação tradicionalmente dada à ANP. O fortalecimento da atuação do MME e do CNPE apontam para uma possível politização da regulação da Indústria do Petróleo e do Gás Natural no Brasil.

A relevância do papel da Agência no âmbito das atividades reguladas reforça a necessidade de se viabilizar a eficiência na sua atuação. Restrições não são vedadas, mas é preciso que sejam muito bem delineadas, tudo com a intenção de minimizar os conflitos práticos que possam vir a acontecer e de manter a viabilidade e essência do exercício da regulação pela ANP.

As normatizações direcionadas ao setor devem se preocupar com a clareza de seus dizeres, com a clareza na repartição de competências entre cada um dos entes envolvidos (MME, CNPE e ANP), devendo viabilizar a concretização fática dos princípios e objetivos da PEN a partir da atuação de cada um dos atores públicos do setor.

À ANP deve ser resguardada a possibilidade de bem cumprir com a essência da sua atividade regulatória, administrando de forma equilibrada os interesses do mercado, consumidores e poder público.

É preciso bem analisar as inovações direcionadas ao pré-sal, corrigir imperfeições já notadas, especificar conteúdos vagos na medida do possível e esclarecer elementos dúbios. Tais aspectos são necessários à segurança jurídica, a diminuição dos riscos políticos e regulatórios e consequente atração de investimentos externos para o setor.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

AZEVÊDO, Pedro Pontes de. **Problemas jurídico-constitucionais do modelo de regulação no Brasil:** análise do atual marco regulatório e das propostas de lei-quadro da regulação. Paraíba. 2008. 106 p. (Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico).

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 16 jun. 2007.

BATISTA, Rosangela. BORGES, Ricardo. COSTA, Ana Paula Lima da. A Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: **Agências reguladoras do mercado.** MOEL, Luiza Helena (Org.). Porto Alegre: UFRGS Editora, 2002.

BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado Regulador. In: MOEL, Luiza Helena (Org.). **Agências de regulação do mercado**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: Temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo**.** Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2011.

MARTINS, Ives Gandra. **A Constituição e a possível Empresa Pré-Sal**. Disponível em: <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=8311>. Acesso em: 21 abr. 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: **Regulação, direito e democracia.** FARIA, José Eduardo (Org.) São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 17, jan. / mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-CELSO%20ANTONIO.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: **Estudos de Direito Econômico.** CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** São Paulo: Manole, 2003.

NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. Agências reguladoras no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio Octávio. **Sistema político brasileiro**: uma introdução. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia.** Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2004.

Correspondência | Correspondence:

Mariana de Siqueira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: marianadesiqueira@gmail.com

Autora convidada.