



A MANUTENÇÃO DAS COMPETÊNCIAS REGULATÓRIAS DA ANP NO NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL DO PRÉ-SAL

THE MAINTENANCE OF ANP REGULATORY ASSIGNMENT IN THE NEW INSTITUTIONAL PRE-SAL ARRANGEMENT

Leonardo Oliveira da Silva | leonardo.olslv@yahoo.com.br

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Direito do Petróleo pelo Programa de Recursos Humanos da ANP nº 33 MCT/UERJ. Atualmente atua como Assessor Jurídico no Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

O presente trabalho expõe, em um primeiro momento, as modificações ocorridas no arranjo regulatório institucional do setor de petróleo e gás brasileiro com o advento da Lei do Pré-sal, Lei 12.351/10, e a consequente transferência de competências administrativo-regulatórias, da Agência Nacional do Petróleo para órgãos políticos como o Conselho Nacional de Política Energética e o Ministério de Minas e Energia. Em um segundo momento, analisa-se, por meio de um paradigma, de que forma a transferência efetivamente impactaria sobre a regulação exercida pela ANP, apresentando, por fim, propostas teóricas que refutam a ideia de um esvaziamento das competências da ANP pelos referidos órgãos políticos.

Palavras-chave

petróleo, pré-sal, regulação, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, ANP, arranjo institucional

Abstract

This paper presents, at first, the changes made upon the regulatory and institutional arrangement of the Oil and Gas industry with the advent of the Brazilian Pre-Salt Law, Law 12.351/10, and the subsequent transfer of administrative and regulatory assignments from the National Petroleum Agency (ANP) for political departments such as the National Energy Policy Council and the Mines and Energy Ministry. Therefore, by using a paradigm example, the paper analyzes the real impact of this new legal framework on the National Petroleum Agency regulation, presenting, at last, theoretical proposals which deny the idea of emptying the ANP regulatory assignments by the mentioned political bodies.

Keywords

oil, pre-salt, regulation, Brazilian National Petroleum Agency, ANP, institutional arrangement

Submetido: 22/10/2013 | Aceito: 02/02/2014

Introdução

Ao longo dos últimos anos, o foco da indústria do petróleo se voltou para o Brasil e para as promessas que se encontravam sob oito quilômetros verticais de extensão, abaixo de uma dura e resistente camada de sal. A magnitude das promessas que ensejaram a descoberta do petróleo brasileiro sob a camada pré-sal foi proporcional às dúvidas que foram levantadas por três anos, quando finalmente, em 2010, o governo decidiu a questão: o marco regulatório do setor de petróleo foi alterado e uma nova modalidade contratual foi instituída para o setor, o contrato de partilha de produção.

Logo após a promulgação da Lei 12.351/2010, que formalizou a entrada do Contrato de Partilha de Produção (internacionalmente conhecido por sua sigla inglesa, “PSA”, de *production sharing agreement*) no quadro normativo do setor de Petróleo e Gás (“P&G”), a constatação do problema (ou da solução) da temática do pré-sal pode ser evidenciada pelo comentário tecida por GUSTAVO BINENBOJM em conferência ministrada no II Seminário do Pré-sal, em maio de 2011: as leis foram aprovadas pelo Congresso Nacional, promulgadas pela Presidência e estão em vigor, pouco importando o juízo que delas se faça; o que resta agora é enxergar um meio de operacionalizar esse novo modelo proposto¹.

Todavia, não concerne à presente proposta exaurir o tema em todas as suas facetas. Restringir-se-á à análise e à discussão ao novo arranjo institucional proposto pela Lei 12.351/10, dando especial enfoque às alterações das atribuições administrativas da Agência Nacional do Petróleo em contraste com o aumento das competências do Conselho Nacional de Política Energética (o “CNPE”) e do Ministério de Minas e Energia (o “MME”). Afinal, há que se questionar até que ponto a descoberta do Pré-sal põe em risco as conquistas regulatórias e a independência institucional obtidas ao longo de quinze anos pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a “ANP”.

1. Um ponto de partida: a regulação exercida pela Agência Nacional do Petróleo

Inicialmente pode-se afirmar, correndo o risco

da simplificação excessiva, que o setor de P&G no Brasil passou por três grandes momentos²: uma fase inicial, tendo como protagonista das grandes decisões do mercado a Petrobras, sociedade de economia mista, então detentora do exercício do monopólio estatal; uma segunda fase protagonizada pela Agência Nacional do Petróleo, durante o período compreendido entre a relativização do monopólio com a Emenda Constitucional nº 09 de 1995 (a “EC 09/95”) e o momento atual, marcado pelas inovações legislativas de 2010; e, por fim, a fase que se iniciou com o primeiro leilão do Pré-sal, em que o grande protagonista na tomada de decisões do setor será a Presidência da República, por meio de ingerências políticas exercidas pelo CNPE, pelo MME e por sua mais nova empresa pública, a PPSA³.

Assim sendo, considerando as mudanças pelas quais passa o setor de petróleo e gás brasileiro, daremos enfoque apenas a esses dois últimos momentos, com especial destaque para a transição entre o protagonismo da ANP e a modificação do marco regulatório decorrente das adaptações necessárias aos campos do pré-sal.

Nesse intuito, interessante relembrar que a EC 09/95 mudou o curso da indústria do petróleo nacional, tendo como norte a relativização do sentimento nacionalista construído pela antiga campanha do “o petróleo é nosso!”. Além disso, em conjunto com outras emendas constitucionais do mesmo período, a reforma da Administração Pública foi levada a cabo, definindo, então, a eficiência como um vetor de atuação.

A exploração do petróleo, contudo, continuou a ser uma hipótese constitucional de monopólio estatal e, sendo uma atividade econômica *stricto sensu*, seu exercício pressupõe, naturalmente, como qualquer atividade comercial, um risco⁴. Portanto, com a relativização do monopólio estatal sobre o petróleo, engendrou-se a possibilidade de compartilhamento de riscos entre Estado e particulares, permitindo a abertura do mercado a uma concorrência, com a consequente atração de novos capitais para a indústria, que pode finalmente sair de um estado de latência para assumir seu real potencial econômico.

Para se adequar a essa concorrência – uma con-

corrência instrumental, porque, em verdade, as atividades de exploração e produção de petróleo permanecem sob a titularidade pública, transferindo-se apenas a execução dos contratos para os particulares – foi instituído em 6 de agosto de 1997, o marco regulatório do Petróleo por meio da Lei 9.478, que viria a ser conhecida, posteriormente, como a “Lei do Petróleo”.

Uma pequena digressão parece pertinente. Ao longo dos últimos anos, ativistas e entidades vinculadas ao setor manifestam-se às vésperas das Rodadas de Licitação e, contemporaneamente, no dia do Leilão do Pré-sal acusando a ANP e o Governo Federal de venderem a soberania nacional e roubarem o petróleo do povo. As críticas podem ser válidas e o debate é crucial em uma democracia. Contudo, faz-se imperiosa a desconstrução dessas ideias, já amalgamadas no imaginário leigo e popular.

Como acima indicado, mesmo após a EC 09/95 e a famosa “quebra do monopólio”, a exploração e produção de petróleo continua a ser uma atividade econômica monopolizada pelo Estado, mais especificamente, pela União. Exatamente por isso, não se é permitido que qualquer particular perfure campos à busca de petróleo, no exercício de sua *livre iniciativa privada*, apenas podendo fazê-lo quando autorizado o exercício pelo detentor constitucional do monopólio, a União, por meio dos contratos de concessão e do novo contrato de partilha. Demais disso a execução desses contratos é monitorada, ou seja, *regulada* pela ANP, que exerce suas funções como um contrapeso aos interesses puramente econômicos dos operadores do bloco em concessão/partilha.

Nesse sentido, a criação de um marco regulatório não se justifica apenas na proteção do regulador-consumidor, mas também para salvaguarda do regulado-agente econômico. Isto porque a regulação, dentre outros objetivos, visa à estabilidade das regras de operação dentro do mercado relevante em questão, sendo útil tanto ao Estado regulador da atividade, como aos particulares que investem nesse setor econômico tradicionalmente monopolista.

Essa estabilidade das regras do jogo cria (e criou) um cenário favorável para se instituir uma *go-*

vernança regulatória autônoma – sem ingerências políticas ou corporativas – que faça valer não só as obrigações, mas também os direitos dos operadores do setor regulado⁵.

Para tanto, a Lei do Petróleo, além de escolher o modelo contratual de concessão, criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP), agência reguladora independente com vistas a uma **regulação independente e afastada** dos agentes econômicos do setor. De maneira conjunta, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) foi criado para tomar as **decisões políticas** inerentes ao setor. Esse arranjo institucional inaugurou uma nova era na indústria de petróleo brasileira: estavam por vir as famosas e bem sucedidas Rodadas de Licitação da ANP, a expansão da Petrobras, a autossuficiência nacional em petróleo e a descoberta das jazidas do Pré-sal.

Autorizada sua criação em 1997, a ANP apenas entrou em efetiva operação em janeiro do ano seguinte e, nesses anos iniciais, assumiu a regulação econômica de todos os setores da indústria, tanto no *upstream* como no *downstream*, englobando assim toda a cadeia produtiva, desde as atividades de exploração e produção, até o refino e a distribuição dos produtos da extração. Além disso, a ANP passou a coletar e sistematizar os dados e informações técnicos que, até então, estavam sob a guarda da Petrobras.⁶

A Lei do Petróleo arquitetou um arranjo institucional para o mercado de petróleo e gás no país dividindo e equilibrando as competências técnicas e políticas, pois ao lado da ANP, o mesmo instrumento legal instituiu o CNPE, órgão de assessoramento do Presidente da República cuja função essencial é a determinação da política energética nacional. Assim, ANP e CNPE devem articular-se entre si e com outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum. Essa interação tornou-se mais evidente quando foi incorporada às atribuições da ANP, a regulação dos setores de gás natural e de biocombustíveis.

ALEXANDRE ARAGÃO afirma que esse compartilhamento de competências entre agência reguladora e o poder executivo central faz parte do arcabouço institucional das agências reguladoras; além disso, “o principal mecanismo de direção

é, na maioria dos casos, a atribuição de poder ao Chefe do Executivo ou aos Conselhos setoriais a ele hierarquicamente subordinados para estabelecer as políticas públicas e diretrizes gerais do setor, a serem implementadas pelas agências”⁷.

Esse modelo funcionou: as diversas rodadas de licitações promovidas pela ANP, pautadas sempre pelo diálogo entre regulador e regulados (audiências públicas, seminários, palestras, sessões públicas de ofertas, fóruns de discussões técnicas em diversos locais do país), gerou um alto nível de confiança nos investidores do setor. Conjugado a isto, houve inúmeros fatores que contribuíram para essa sensação de confiança que rondou o mercado brasileiro de petróleo e gás até 2010: o marco regulatório era estável e, durante anos não se observava nenhuma mudança brusca que afugentasse os investidores; além disso, não há guerras ou risco de conflitos no Brasil, tampouco um histórico de casos de pirataria marítima, fazendo com que o Brasil acumulasse o que os investidores chamam de o “*best track record*” ou, em português, o melhor histórico de desempenho.⁸

Como consequência desse excelente desempenho brasileiro, temos a produção e os lucros recordes da Petrobras, o que permitiu ao país alcançar sua autossuficiência em 2006 com a produção de 1,8 milhões de barris/dia, elevando o Brasil à 13ª posição entre os maiores produtores de petróleo do mundo⁹. Entre outras inúmeras consequências positivas para o Brasil, aquela que recebeu mais destaque foi, naturalmente, a descoberta dos campos de petróleo na camada do Pré-sal, em águas ultraprofundas na costa brasileira.

Ao longo dos anos, o rol de competências da ANP sofreu inúmeras alterações, inclusões e, mais recentemente com as leis do Pré-sal, algumas exclusões. Todavia, dentre suas atribuições originais, exemplificativamente, listamos (i) o desenvolvimento de estudos visando à delimitação da área dos blocos; (ii) a condução das licitações para concessão do blocos aos interessados; (iii) a regulamentação do setor por meio de normas técnicas e especializadas sobre o mercado e sobre o setor; (iv) o exercício do poder de polícia regulatória autorizando (ou não) a prática das atividades de refinação, processamento, impor-

tação e exportação; (v) fiscalização direta das atividades integrantes da indústria do petróleo; (vi) o cumprimento das melhores práticas da indústria do petróleo; e, por fim, mas não menos importante (vii) a aplicação de recursos no estímulo da pesquisa e desenvolvimento científico do setor.

2. Novos elementos institucionais na regulação do petróleo e gás no Brasil

Uma grande (senão a principal) consequência das novas leis do Pré-sal é o novo arranjo institucional proposto para o setor regulado de P&G no país. De maneira geral, os poderes do CNPE e, consequentemente, do próprio Presidente da República foram ampliados; as decisões do Ministério de Minas e Energia imiscuir-se-ão em questões técnicas, dando matizes políticas a decisões, tradicionalmente, regulatórias. Ademais, autorizou-se a criação de uma nova empresa pública para realizar a gestão dos novos contratos oriundos da província do Pré-sal. Como este novo modelo proposto ainda não entrou efetivamente em operação, não se afigura segura qualquer previsão acerca do (in)sucesso do modelo adotado.

Em novembro de 2013 foi realizado o primeiro leilão no Pré-sal, do bloco único de Libra e, muito embora a arrecadação financeira de recursos tenha sido extremamente positiva, a concorrência e, de maneira geral, o êxito do novo modelo regulatório proposto foram postos em xeque ante a participação de apenas um consórcio no processo licitatório. O fato é que, de qualquer forma, serão precisos sucessivos ajustes os quais apenas a prática poderá indicar.

CARLOS ARI SUNDFELD aponta o fato de que, diante da limitação de poderes da Petrobras e da própria União em razão das reformas constitucionais de flexibilização do monopólio em meados dos anos 90, as alterações encartadas por esse novo pacote legislativo do Pré-sal seriam uma resposta a essa perda de poder formal pela Petrobras e, principalmente, pelo Poder Executivo.¹⁰

Não à toa, as futuras decisões da empresa pública PPSA poderão adquirir um caráter mais político e menos negocial, uma vez que seguirão um *iter* burocrático que envolve o Ministé-

rio das Minas e Energia, o Conselho Nacional de Política Energética e a própria Presidência da República. Ressaltando esse novo caráter, as leis do Pré-sal foram minuciosas ao descrever as atribuições específicas de cada ente na tomada de decisões sobre o Pré-sal.¹¹ Nesse turbilhão de mudanças, a ANP viu-se acuada, pressionada de todos os lados por outros entes públicos, antigos ou novos, em competição pelas atribuições administrativas e, principalmente, regulatórias que lhe pertenciam única e exclusivamente, antes do Pré-sal.

Com humor, GUSTAVO BINENBOJM, questionando-se sobre qual o papel da ANP nesse novo arranjo institucional, afirmou, citando Cazusa, que para a ANP *raspas e restos* interessam. Entretanto, embora bastante se fale nessa redução das competências da ANP ante a promulgação da Lei 12.351/10, é interessante notar que, efetivamente, apenas a competência para definir os blocos que serão objeto de *contratos de concessão* foi transferida para o Conselho Nacional de Política Energética, o CNPE.

O que a leitura isolada deixa passar é que, enquanto a Lei do Petróleo e, por extensão, as competências originais da ANP, foram mantidas formalmente intactas, a promulgação da Lei 12.351/10 – com especial destaque para seus arts. 8º, 9º e 10 os quais, respectivamente, definem as competências do CNPE, do Ministério de Minas e Energia e da ANP – reduziu drasticamente a atuação da Agência nos futuros contratos de partilha de produção.

O Brasil passaria então a conviver com um marco regulatório dúplice no setor de P&G: um arquétipo regulatório institucional próprio para as áreas sob o regime de concessão e outro para as áreas sob o regime de partilha. Esse cenário parece estar definido, pondo o futuro da ANP enterrado em incertezas a sete palmos de sal. Todavia, acredita-se que seria possível encampar, dentro dos novos limites legais, um arranjo institucional que mantenha resguardada a independência da ANP e as novas competências dadas ao MME e ao CNPE.

2.1. A Politização da Regulação no Pré-sal: as novas atribuições do MME,

do CNPE e da Presidência da República frente à independência das agências reguladoras

Pondo em perspectiva, a Lei do Petróleo de 1997 reservava ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) a competência para elaboração de políticas públicas – articulando os interesses do Estado com os do mercado e os da sociedade civil – com objetivos amplos, muito mais relacionados a questões energéticas nacionais do que especificamente ligadas ao setor petrolífero. Além disso, quanto ao poder normativo do CNPE, sempre houve “*uma preocupação no sentido de que não [fossem] emitidas normas demasiadamente específicas, mas diretrizes a serem seguidas nas normas das agências reguladoras*”¹².

O menos genérico dentre seu rol de atribuições referia-se ao objetivo de garantir o fornecimento de derivados do petróleo, nos termos do § 2º do art. 177 da CRFB. Nesse mesmo intuito – distinguir e separar as funções políticas das funções regulatórias – as atribuições do Ministério de Minas e Energia (MME) nem ao menos foram tratadas na Lei 9.478/97. Nada que se compare ao grau de especialização a que descem os arts. 9º e 10, ambos da Lei 12.351/10.

O modelo contratual de partilha de produção, exclusivo para blocos da província do pré-sal e de outras áreas estratégicas delimitadas por ato do Executivo (v. art. 2º, inciso V), prevê, em resumo, que as atividades serão realizadas a risco da contratada (ou do consórcio contratado), que deverá obrigatoriamente consorciar-se com a Petrobras para tanto (detendo essa, no mínimo, 30% de participação); além disso, os custos serão pagos em óleo e o excedente, também em óleo, será partilhado entre os envolvidos, em proporção fixada de acordo com os termos do contrato.

Nesse novo cenário, o CNPE, como órgão consultivo da Presidência da República, proporá o ritmo de contratação dos blocos (inclusive propondo quais blocos serão destinados à contratação direta e quais serão submetidos a leilão) sob o regime de partilha, observando-se a capacidade da indústria nacional de fornecer os bens e serviços necessários para desenvolvimento destas atividades de Exploração e Produção

(“E&P”). O CNPE ainda proporá a política de comercialização do petróleo destinado à União a título de *profit oil*, bem como do gás natural produzido, dando prioridade ao abastecimento do mercado nacional.

Por sua vez, caberá ao MME auxiliar o CNPE e a ANP em diversas questões, como, por exemplo, na elaboração da minuta dos editais e dos contratos de partilha de produção além de *aprovar as versões finais dos respectivos documentos*. O MME ainda proporá quais os parâmetros técnicos e econômicos que deverão ser utilizados nos contratos de partilha de produção, incluídos os critérios de cálculo do *profit oil* e qual seu percentual mínimo, além de definir a participação mínima da Petrobras nos consórcios previstos para operacionalização dos contratos de partilha de produção, nunca inferior aos 30% definidos por lei.

Como se pode observar, de maneira semelhante ao que fez com o CNPE, a Lei do Pré-sal ampliou as competências administrativas do MME que, anteriormente, conforme o decreto regulamentador de sua estrutura e organização (Decreto 5.267 de 9 de novembro de 2004) limitava-se *e.g.* ao monitoramento do setor de P&G, propondo políticas de incentivo à indústria nacional e atuando como facilitador entre os agentes econômicos e outros órgãos da Administração Pública, como, por exemplo, o IBAMA e o CONAMA (v. art. 17, Anexo I, do referido Decreto).

Não obstante isto, o MME mantém competências semelhantes às quais já detinha anteriormente, como, por exemplo, estabelecer as diretrizes a serem observadas pela ANP para realização das licitações dos blocos, no caso presente, dos blocos na província do Pré-sal, e auxiliar o CNPE, por meio de estudos técnicos¹³, na definição de quais os blocos serão objeto de concessão ou de partilha de produção.

Delineado, superficialmente, os novos contornos que a Lei do Pré-sal conferiu aos órgãos auxiliares da Regulação do setor, cabe aqui crítica, no sentido de que interferências políticas em órgãos reguladores afastam-se do modelo original de agências reguladoras in-

dependentes, exatamente por não serem, completamente, *independentes*.

Desta feita, segundo explica GWELTAZ EVEILLARD, as autoridades administrativas independentes ou, como designadas no Brasil, agências reguladoras independentes nascem, diante do crescimento e consolidação da Regulação econômica, em resposta a duas falhas apresentadas pelos instrumentos clássicos de intervenção do Estado na economia: a falta de imparcialidade das decisões, uma vez que por diversas vezes o poder público era, *simultaneamente*, regulador e regulado; e a falta do tecnicismo e da rapidez que se exige na economia, demonstrando uma incongruência com o dinâmico funcionamento do mercado.

Vale lembrar que uma das características das agências reguladoras é sua independência funcional e institucional, que afastam a tradicional discricionariedade política e trazem a lúmen a discricionariedade técnica para aquelas decisões cujos reflexos afetam diretamente o setor econômico regulado. Demais disso, além da legitimação em função do grau de especialização que as diferem do administrador ordinário, a independência das agências reflete uma autonomia frente aos poderes políticos momentâneos que governam o país.

Sobre a independência das agências reguladoras, DIOGO DE FIGUEIREDO questiona-se sobre qual seria o alcance de sua autonomia e de sua imparcialidade, elementos essenciais da independência das agências. Aponta, portanto, que a autonomia comporta uma dimensão mais ampla de autodeterminação das agências em um espaço decisório deslegalizado, ou seja, ausente de qualquer definição legal de um interesse público específico, de modo que não havendo um objeto político a ser perseguido, a função regulatória torna-se livre e neutra de interferências externas que poderiam interferir em seu processo decisório.¹⁴

Não se trata, contudo, de afirmar que as agências constituem um novo poder político dentro do Estado. Nesse sentido, vejamos:

A ideia de “independência” não quer dizer que a agência é hermética ao controle do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário,

mas, sim, que ela tem imunidade em relação às interferências de critérios políticos na produção das suas manifestações de vontade. A independência é técnica, no sentido de que as autoridades políticas não devem interferir no normal funcionamento da agência.¹⁵

Logo, podemos afirmar que a atuação das agências deve acontecer livre das amarras que, tradicionalmente, os entes da Administração Pública possuem, com destaque para o controle hierárquico superior. Para aquelas, não há uma subordinação ao ministério a que se vinculam, mas apenas uma relação de coordenação para que atuem em conjunto no cumprimento de metas e programas governamentais para o setor¹⁶.

Em contrapartida, ALEXANDRE ARAGÃO conclui que serão outros os instrumentos de “manutenção e potencialização das entidades independentes”¹⁷, como “os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados envolvidos nos ordenamentos setoriais”¹⁸, visto que ingerências políticas indevidas “contrariam todo o arcabouço institucional autônomo [...] que caracteriza essas entidades”¹⁹ levando a um “lamentável retorno à administração pública unitária, hierarquizada e, [como] já a conhecemos, ineficiente”²⁰.

Desse modo, as alterações formuladas pela Lei 12.351/10 contrariam todo um conceito desenvolvido ao longo de anos pela doutrina em torno das agências reguladoras independentes, uma vez que **coordenar metas e objetivos não se confunde com emitir decisões especializadas sobre exploração e produção de petróleo**. Como se pode observar a partir da leitura dos artigos 9º e 10 da respectiva Lei, as novas competências administrativas do CNPE e do MME esbarram em antigas competências exclusivas da ANP, como por exemplo, a definição dos parâmetros e critérios econômicos dos futuros contratos de E&P.

3. Uma proposta de manutenção das competências regulatórias e da independência institucional da ANP

Usando como paradigma a competência regulatória atribuída à Agência Nacional do Petróleo

para “promover estudos visando à delimitação de blocos, *para efeito de concessão ou contratação sob o regime de partilha de produção* das atividades de exploração, desenvolvimento e produção”²¹ pretende-se demonstrar que, mesmo diante da aparente modificação drástica no arranjo institucional regulatório do setor de P&G, a Agência Nacional do Petróleo continuará a exercer papel fundamental na regulação do setor, com a devida independência que lhe é necessária.

Originalmente, a Lei do Petróleo criou uma intrincada lógica na definição dos blocos que seriam submetidos ao processo licitatório que instituiu: em um primeiro momento a ANP ficaria responsável pelos estudos preliminares da área e depois, embasada nesses estudos e análises, escolheria quais os blocos seriam ofertados nas já conhecidas rodadas de licitação.

Essa repartição de competências técnicas não foi alterada com o advento das leis do pré-sal, tampouco com a transferência da competência para definição dos blocos para o CNPE. Explica-se: a competência “definição de blocos” não é um processo simplório que pode ser feito ao acaso e guiado *puramente* por questões políticas. O procedimento de delimitação dos blocos que serão leiloados pela Agência passa por longas etapas até a decisão final.

Inicialmente, uma resolução do CNPE é publicada com as diretrizes para a rodada de licitação seguinte, ou no caso do regime de partilha, das áreas que se deseja leiloar. Delimitando-se o interesse público em, por exemplo, explorar bacias de novas fronteiras (como ocorreu na 11ª Rodada de Licitações) ou submeter apenas um grande bloco do polígono do pré-sal para testar o novo modelo (como ocorreu no 1º Leilão do Pré-sal).

Desta feita, a ANP realiza estudos preliminares das bacias sedimentares tendo por base dados geofísicos e geoquímicos coletados especificamente para tanto ou já disponíveis no Banco de Dados de Exploração e Produção da ANP²². Explorar petróleo não é a mesma coisa que vender pão, de forma que o risco é uma especificidade inconveniente do setor de P&G, principalmente no Brasil cujas reservas petrolíferas encontram-se, em sua maioria, em águas ultraprofundas.

Após esse exercício empírico-científico ser analisado, todos os dados levantados e processados²³, a ANP sugere determinadas áreas, com base em um *grid* cartográfico pré-definido, ao futuro leilão. Esses estudos preliminares dos blocos que eventualmente serão licitados pela ANP são etapa essencial para o sucesso da licitação que antevê. Isto porque os potenciais licitantes realizam severo escrutínio técnico e financeiro destes dados antes de descerem milhares de quilômetros abaixo d'água.

Assim, a decisão final sobre quais blocos irão integrar o procedimento licitatório é apenas o início de um longo procedimento cujo fim coincide com o arremate do bloco licitado. A real decisão não se resume à definição dos blocos, mas decorre de critérios empíricos, técnicos sem quais não haveria sequer a cogitação de exploração. Pode-se assim concluir que a transferência da competência de definir os blocos para o CNPE não esvazia a competência da Agência Nacional do Petróleo como alguns afirmam, mesmo diante dos novos contratos de partilha de produção.

O exemplo acima é paradigmático e representativo do peso inegável que as competências técnicas das agências produzem sobre as decisões políticas. O medo de que o CNPE e o MME usurpem e aleijem a ANP é natural, visto que a ideia de controle político sobre a administração pública domina nosso entendimento sobre o que o direito administrativo faz e deixa de fazer²⁴.

Em instigante artigo publicado no blog da Faculdade de Direito de Yale, DANIEL WALTERS propõe uma nova maneira de se enxergar o controle político exercido sobre as agências. Para tanto, partindo da teoria regulatória do principal-agente²⁵, em que, tradicionalmente, o governo assume a função do principal, monitorando as decisões do agente, segundo ele, caberia ao pessoal técnico das agências assumir o papel do principal, monitorando o agente, desta vez o governo, e conformando a agenda e a política regulatória prevista pelo governo aos interesses técnicos e mais legítimos das agências²⁶. Nesse sentido, caberia à agência oferecer resistência quando sua vontade fosse contrariada, no que ele denomina *litigation-fostered bureaucratic au-*

tonomy, algo como autonomia administrativa conquistada por litígio.

Em outras palavras, a proposta de uma autonomia administrativa conquistada por litígio, sugere uma mudança de foco, escapando ao modelo do controle político sobre a discricionariedade; WALTER²⁷ afirma que essa concepção tradicional sobre controle da discricionariedade domina nosso entendimento sobre o que o Direito Administrativo faz e o que deveria fazer. A mudança, portanto, se faz necessária diante da incompletude deste modelo tradicional de controle e poderia ser implementada pelos próprios membros de carreira, *in casu* membros efetivos do quadro técnico da ANP, que deveriam *tomar as rédeas do processo decisório*, substituindo-se ao controle político tradicional.

Assumir o processo decisório, mais do que uma aspiração acadêmica, poder-se-ia tornar concreta mediante recurso ao poder judiciário. O artigo propõe, por exemplo, que em um processo decisório administrativo, o resultado final é fruto de um forte controle político – matizes políticas a decisões tradicionalmente técnicas e a decisão, portanto, contrariaria o entendimento de membro de carreira, causando uma dissonância interna, anterior ao processo decisório. Essa dissonância prejudicaria a credibilidade das decisões administrativas proferidas e, mais do que isso, a exposição destas dissonâncias, na instrução de processo judicial, deixaria o juiz do caso mais confortável para (i) decidir pela irrazoabilidade da decisão tomada, em verdade, pelo controle político; e (ii) implementar o ponto de vista perdedor, defendido inicialmente pelos membros da carreira.

Nesse diapasão, faz-se interessante destacar a discricionariedade técnica conferida às agências reguladoras, “no âmbito da qual se atribui à Administração o poder de fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes²⁸”. Essa é a justificativa apresentada por SABINO CASSESE à instituição das agências reguladoras independentes, porque “suas funções não poderiam ser conferidas aos juízes *jack of all maters and masters of none*, porque não podiam garantir ações eficazes em matérias tão técnicas²⁹”.

A transferência, portanto, de competências supostamente regulatórias da ANP para o CNPE e para o MME se torna inócua quando unimos a essencialidade dos trabalhos técnicos realizados pela ANP ao modelo de autonomia administrativa conquistada por litígio proposto acima. Os referidos órgãos políticos, embora tenham um rol positivado de competências maior do que originalmente definido pela Lei do Petróleo, exercerão suas novas funções sempre em dependência dos dados técnicos fornecidos pela agência.

Demais disso, em algumas situações nas quais o controle político sobre a agência se torne mais evidente, como parece ser o caso da futura regulação do pré-sal, mostra-se pertinente a proposta de uma resistência técnica com a inversão da teoria do agente-principal. Ressalve-se, porém, que no atual cenário nacional, considerando que, desde sua criação, as agências reguladoras, de modo geral e ao contrário do desejado, vêm perdendo autonomia e não o contrário, algumas adaptações seriam necessárias, pois, como afirmado acima, o modelo de resistência técnica tem por vocação ser mais do que uma mera aspiração acadêmica.

Ainda assim, se analisado por este prisma, o novo arranjo regulatório-institucional do pré-sal parece menos assustador: os órgãos tradicionalmente políticos, como o MME e o CNPE, manteriam suas atribuições políticas e tão somente chancelariam as opções técnicas apresentadas pela ANP, representando o ponto final de um procedimento de tomada de decisão que não pode ser reduzido ao seu último ato, sob pena de se afastar do interesse público legitimador de suas ações.

Por fim, quanto aos possíveis conflitos de competência entre a ANP e a PPSA, opta-se por não adotar uma concepção hobbesiana que levaria à conclusão precipitada de que, em algum momento, a ação da PPSA extrapolaria as funções de *gestão* para a qual foi criada. Demais disso, escapa ao objetivo principal desse estudo, considerando que as eventuais ingerências políticas da PPSA ocorreriam dentro do contrato de partilha de produção e não no processo de regulação que o permeia. E, em última análise, antes de qualquer coisa, a PPSA é uma empresa do setor

de petróleo, submetida, portanto, à regulação da própria ANP o que também ameniza os temores de que a PPSA fagocitaria a ANP, levando-a à extinção. Todavia, as ideias acima apresentadas aplicar-se-iam, com facilidade, a eventuais conjunturas envolvendo conflitos entre a ANP e a PPSA.

Considerações finais

Não é possível receber o marco regulatório do Pré-sal com paus e pedras. Cabe agora aos operadores do direito fazer um esforço intelectual de interpretar as novas regras de maneira compatível para com o ambiente regulatório no país e esperar que o tempo e as vicissitudes do ambiente regulado conformem as novas disposições às necessidades que a indústria do petróleo demandará nos próximos anos. 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 respostas para questionamentos dessa gama não são certas ou fáceis, em verdade, eventuais soluções talvez sequer existam e estejam sendo construídas nesse exato momento, considerando que a revisão final deste artigo ocorre no mesmo momento em que, na cidade do Rio de Janeiro, aconteceu o primeiro leilão de blocos (no caso apenas um bloco, o de Libra) do Pré-sal, arrematado por um consórcio formado pela Petrobras, pelas chinesas CNOOC (*China National Offshore Oil Corporation*), pela CNPC (*China National Petroleum Corporation*), pela anglo-holandesa Shell (*Royal Dutch Shell*) e pela francesa Total³⁰. É aguardar o porvir.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 10 maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 17 de outubro de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *A Disciplina Constitucional do*

Petróleo. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

BNDES. *Relatório I - Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo*. São Paulo: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados, 2009. Disponível em <www.bndes.gov.br>. Acessado em 19 de outubro de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas: Saberes Editores, 2010.

LINS, Falcon. *O Pré-sal no contexto mundial*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

MOTTA, Ronaldo Seroa da. Princípios de regulação econômica. in RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

ROSADO, Marilda. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Agências Reguladoras e Entidade Similares*. in CARDOSO, J.E.M, et al. (org.) *Curso de Direito Administrativo Público Econômico*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O arranjo institucional do Pré-sal: CNPE, MME, ANP e PPSA*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

WALTERS, Daniel E. Litigation-Fostered Bureaucratic Autonomy: Administrative Law Against Political Control. in *Journal of Law and Politics*. vol. XXVIII. p. 129-184. Yale Law School Blogs. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2230564>. Acessado em 19 de outubro de 2013.

Referências

1. BINENBOJM, Gustavo. *A Disciplina Constitucional do Petróleo*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.
2. SUNDFELD, Carlos Ari. *O arranjo institucional do Pré-sal: CNPE, MME, ANP e PPSA*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.
3. "Art. 1º Fica criada a empresa pública denominada

Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, empresa pública federal, sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, vinculada ao Ministério de Minas e Energia." in BRASIL. *Decreto nº 8.063 de 1º de agosto de 2013*.

4. Sobre a alocação de riscos como princípio da regulação econômica, ver: MOTTA, Ronaldo Seroa da. Princípios de regulação econômica. in RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 95-96.

5. MOTTA, Ronaldo Seroa da. Princípios de regulação econômica. in RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 88.

6. ROSADO, Marilda. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.374.

7. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 366-7.

8. LINS, Falcon. *O Pré-sal no contexto mundial*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

9. BINENBOJM, Gustavo. *A Disciplina Constitucional do Petróleo*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

10. SUNDFELD, Carlos Ari. *O arranjo institucional do Pré-sal: CNPE, MME, ANP e PPSA*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

11. SUNDFELD, Carlos Ari. *O arranjo institucional do Pré-sal: CNPE, MME, ANP e PPSA*. Conferência ministrada em maio de 2011 no II Seminário Brasileiro do Pré-sal, no Rio de Janeiro.

12. BNDES. *Relatório I - Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo*. São Paulo: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados, 2009. p.50. Disponível em <www.bndes.gov.br>. Acessado em 19 de outubro de 2011.

13. "Em 2004 foi também criada a Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético". in BNDES. *Relatório I - Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo*. São Paulo: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados, 2009. p.51. Disponível em <www.bndes.gov.br>. Acessado em 19 de outubro de 2011.

14. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-160.
15. SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Agências Reguladoras e Entidade Similares*. in CARDOSO, J.E.M., et al. (org.) *Curso de Direito Administrativo Público Econômico*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 397.
16. MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002. p.76.
17. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10 maio/junho/julho, 2007. p. 49. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 17 de outubro de 2013.
18. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10 maio/junho/julho, 2007. p. 49. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 17 de outubro de 2013.
19. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 366.
20. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10 maio/junho/julho, 2007. p. 49. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 17 de outubro de 2013.
21. BRASIL. Art. 8º, inciso II da Lei 9.478 de 6 de agosto de 1997.
22. Para maiores informações acerca do BDEP, cujos dados são abertos a qualquer interessado, visite: <www.bdep.gov.br>.
23. São esses estudos que formam o pacote de dados disponibilizado com antecedência para compra pelos interessados no *bid*.
24. WALTERS, Daniel E. Litigation-Fostered Bureaucratic Autonomy: Administrative Law Against Political Control. in *Journal of Law and Politics*. vol. XXVIII. p. 130. Yale Law School Blogs. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2230564>. Acessado em 19 de outubro de 2013.
25. A teoria do principal-agente discute os problemas decorrentes da assimetria de informações quando o principal contrata o agente para agir em seu interesse, contudo os interesses próprios do agente influem na tomada final de decisão em prol do principal.
26. WALTERS, Daniel E. Litigation-Fostered Bureaucratic Autonomy: Administrative Law Against Political Control. in *Journal of Law and Politics*. vol. XXVIII. p. 129-184. Yale Law School Blogs. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2230564>. Acessado em 19 de outubro de 2013.
27. WALTERS, Daniel E. Litigation-Fostered Bureaucratic Autonomy: Administrative Law Against Political Control. in *Journal of Law and Politics*. vol. XXVIII. p. 129-184. Yale Law School Blogs. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2230564>. Acessado em 19 de outubro de 2013.
28. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52-53.
29. CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas: Saberes Editores, 2010. p. 40.
30. *Ações da Petrobras disparam após leilão de Libra e Bolsa firma alta*. Folha de São Paulo, edição do dia 21 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/10/1359878-acoes-da-petrobras-disparam-apos-leilao-de-libra-e-bolsa-firma-alta.shtml>. Acessado em 21 de outubro de 2013.