

Sistemas licitatórios para outorga de contratos de E&P

O caso brasileiro e a experiência internacional

As descobertas de petróleo e gás no pré-sal impulsionaram a discussão de possíveis mudanças no marco regulatório brasileiro. Foram várias as manifestações de representantes de diversas instâncias do Executivo, do Ministério de Minas e Energia (MME), da Petrobras e do Congresso Nacional.

A diversidade de posicionamentos e a riqueza e natureza multifacetada do tema eclipsaram as diretrizes técnicas emanadas do órgão regulador, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que se esperava, originalmente, seria o condutor da discussão sobre regulação. Mais recentemente, por Decreto de 18 de julho de 2008, o presidente desta agência criou uma comissão interministerial, cujo objeto é “estudar e propor as alterações necessárias à legislação, no que se refere à exploração e à produção de petróleo e gás natural nas novas províncias petrolíferas descobertas”. Esta comissão é composta pelos ministérios de Minas e Energia, da Casa Civil, do Planejamento e da Fazenda, pela Petrobras, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e pela ANP. Novamente, de acordo com as declarações proferidas após sua primeira reunião, a comissão deixa no ar algumas indagações e perplexidades.

Partindo do escopo do trabalho comparativo a que se propõe a comissão, vemos no programa de estudo alusão aos arcabouços regulatórios de países como Rússia, Venezuela, Estados Unidos, Irã e Noruega. A análise comparativa tem grande relevância, pois o arcabouço institucional do setor de petróleo e gás envolve questões de direito internacional e de direito do petróleo, que também devem incorporar as boas práticas da indústria do petróleo, sedimentadas na tradição da indústria internacional deste insumo.

No Brasil, já se empreendeu estudos comparativos dessa natureza no passado. A evolução de nosso marco legal foi centrada, como se verá adiante, nos conhecimentos alicerçados nessa visão comparatista. O primeiro estudo comparativo incluiu a primeira geração dos contratos de serviço, notadamente o do Irã, quando foi elaborada a minuta básica do contrato de prestação de serviços com cláusula de risco (o contrato de risco) adotado pela Petrobras, do final da década de 1970 até o advento da Constituição de 1988. Antes da edição da Lei do Petróleo, novos estudos comparativos foram feitos, tanto pelas empresas, pelo IBP (Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), quanto pelo MME, antes mesmo da criação da ANP. Na oportunidade, foram examinados o sistema norte-americano, o norueguês e o do Reino Unido, entre outros.

Não fica clara a opção pelo caso da Venezuela que é *sui generis*, pois o sistema ali adotado evoluiu em uma direção muito distinta da prática internacional, mesclando-se contratos de serviços e empresas mistas. No caso da América Latina, faria mais sentido o estudo de outros países, como a Colômbia e o Peru, que apresentam amadurecimento maior na evolução

Marilda Rosado é professora de Direito Internacional da Uerj, doutora em Direito Internacional pela USP e sócia do escritório Doria, Jacobina, Rosado e Gondinho Advogados Associados. Este texto contou com a colaboração de Juliana Lima, mestranda em Direito Internacional da Uerj e advogada no citado escritório.





de seu marco regulatório, contemplando, inclusive, distintos modelos contratuais. A Rússia parece figurar como representante do contrato de partilha de produção, embora outros países, mais próximos de nossa cultura jurídica, como Angola, talvez devessem merecer esta posição.

Nosso foco neste momento é a importância no âmbito da política petrolífera, do sistema adotado por cada ordenamento jurídico quanto à outorga de direitos de exploração e produção a empresas privadas. Embora na prática internacional ainda existam países que mantêm a negociação direta, é oportuno realçar os avanços nos modelos de licitação utilizados internacionalmente. De início, cabe ressaltar que a continuidade das atividades de exploração de petróleo e gás natural no marco legal preexistente, sem solução de continuidade da organização de licitações periódicas, é um pré-requisito não somente para a credibilidade do país como alvo de investimentos, como para a própria manutenção e incremento das reservas de um país. Um exemplo dessa coerência é a Noruega, onde já se concluiu com sucesso a décima nona rodada, estando em tramitação a vigésima. Já nos EUA o calendário de *leasings* é aprovado em planos quinquenais, que dão mais previsibilidade ao processo.

Os Estados hospedeiros, no exercício de sua soberania sobre os recursos naturais, podem reavaliar ciclicamente o aprimoramento de seu sistema. Diversos fatores podem desencadear alterações nos procedimentos licitatórios de um país: preço do petróleo, aumento do consumo interno, descoberta de novas fronteiras exploratórias, etc. Todavia, esses fatores não podem desprezar os princípios que regem as relações entre Estados hospedeiros e investidores. A boa-fé, a legítima expectativa dos investidores, a segurança jurídica são exemplos de princípios consagrados no direito internacional e também no âmbito do ordenamento jurídico

interno dos Estados que integram a sociedade internacional. A soberania dos Estados não é ilimitada, mas deve compatibilizar-se e estar conforme aos ditames de convivência dessa sociedade internacional.

Outro aspecto importante na sinalização para os investidores é a clareza quanto ao processo decisório, no contexto mais amplo, no qual se inserem as licitações. A definição clara das competências dos agentes envolvidos na regulação do setor constitui um fator de estabilidade na atração de investimentos.

Na Noruega, país no qual o setor de petróleo e gás natural constitui 25% do PIB, o marco regulatório é bem estruturado no que tange à distribuição de competências. O Parlamento é responsável por estabelecer o marco legal para as atividades de exploração e produção. O NPD (Norwegian Petroleum Directorate), equivalente à ANP brasileira, é entidade administrativa independente vinculada ao Ministério de Petróleo e Energia, com a função precípua de estímulo à gestão dos recursos petrolíferos de forma sustentável.

Nos Estados Unidos, a base de comparação possível é somente com as áreas *offshore*, nas quais os direitos não são dos proprietários privados e sim do Estado. O sistema de *leasing* das áreas da plataforma continental (do Alasca, do Golfo do México, da Costa do Atlântico e do Pacífico) está previsto no referido plano quinquenal, que contém diversas etapas até a realização da licitação (identificação das áreas, audiência com todas as partes interessadas no procedimento, convite aos potenciais investidores). Tais etapas permitem um maior dinamismo e previsibilidade quanto à periodicidade da realização dos *leasings*. Por outro lado, a credibilidade do Minerals Management Service (MMS), na esfera federal, pela interlocução constante e edição de regras aplicáveis ao Golfo do México, serve como referência internacional de paradigma de atuação do órgão regulador.



No Brasil, a definição das atribuições do Ministério das Minas e Energia, do Conselho Nacional de Política Energética, da ANP e também da Empresa de Pesquisa Energética (CNPE) estão previstas na legislação. Verifica-se, no entanto, uma progressiva exacerbação de poderes do CNPE e do próprio Ministério, erodindo-se o espaço deliberativo do órgão regulador. Tal percepção se materializa a partir da crescente importância e ingerência por parte do CNPE na definição dos blocos das últimas rodadas e no trancamento ou impedimento sem fundamento jurídico claro para a continuação do processo licitatório pela ANP, no exercício de sua competência prevista em lei, o que nos leva a questionar: as competências previstas na legislação estão sendo respeitadas? A nosso ver, a criação de uma comissão por decreto rompe com o feixe de competências previsto no ordenamento constitucional e infraconstitucional em matéria de regulação petrolífera.

As propostas ora em discussão parecem se dividir, *grosso modo*, em duas perspectivas: há quem sustente que as áreas de pré-sal deveriam ser submetidas ao modelo de partilha de produção ao invés do atual modelo de concessões. Esse novo modelo de contratação abre nova polêmica, em torno da necessidade de cria-

ção de uma empresa estatal para gerir a exploração do pré-sal. Por outro lado, das bases estaduais no Congresso, delineia-se a defesa de uma alteração nas participações governamentais, sobretudo nos *royalties*. Tais alterações implicam em duas alternativas distintas para o governo, seja a revisão da Lei do Petróleo, seja uma ação direcionada para alteração apenas do Decreto 2.705/98, que cuida da cobrança das participações governamentais sobre a produção de petróleo e gás natural. Aqui fica clara a posição mais técnica adotada pela ANP e apoiada pela indústria, com base nos estudos de consultorias internacionais que demonstraram que há espaço para o aumento da alíquota da participação especial, sem alteração da Lei do Petróleo.

A adoção do modelo de partilha de produção não traria ganhos reais na arrecadação do governo, porque a simples mudança de modelos contratuais não tem o condão de aumentar tal participação governamental (*government take*). Por outro lado, há uma série de críticas aplicáveis à gerência dos contratos de partilha de produção.

A continuidade das rodadas garante a proteção dos interesses públicos, primários e secundários, pois o aporte de tecnologia e capital diversificado é feito no interesse de toda a sociedade. Os altos riscos financeiros e tecnológicos do horizonte de águas profundas e das peculiaridades da produção na área do pré-sal requerem consideráveis aportes financeiros que dependerão da atração de investimentos estrangeiros.

Desta forma, sustenta-se que qualquer alteração do modelo institucional deverá ser feita no longo prazo, com a aprovação do Congresso Nacional. O Governo e os licitantes investiram na realização da Oitava Rodada. Por tal razão, a revogação da mesma, bem como a falta de previsibilidade sobre a realização das próximas, consistiria em um atraso de vários anos em todo o processo, até que fosse retomado o esforço exploratório dos blocos previstos na Oitava Rodada.

A Constituição de 1988, e no mesmo sentido o ordenamento jurídico brasileiro, consagram os princípios que regem as relações internacionais do Brasil, ajustando-se à ordem jurídica internacional. Desta forma, o Brasil deve zelar pela estabilidade de suas relações com os investidores no interesse da sociedade e da conservação da tão propalada auto-suficiência.

A discussão de possíveis alterações do modelo institucional brasileiro poderia ser feita sem se congelar o processo de rodadas de licitação implementado com sucesso no Brasil ao longo de dez anos. O ano de 2008 poderia passar para a história como um marco na evolução da indústria petrolífera do país. Não se pode, entretanto, plantar o futuro em bases sólidas fazendo tábula rasa das conquistas desse decênio. Os benefícios desse novo patamar se farão sentir, ainda mais se preservadas as nossas conquistas no plano jurídico. ■