

Consulta Pública MME nº 31

Conteúdo do relatório do REATE (Programa de Revitalização das atividades de E&P em áreas terrestres).

Igor de Souza Tostes, inscrito na OAB sob o nº 179.343-RJ, Yvilla Diniz Gonzalez, membros do Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, inscrito na OAB sob o nº 1979, vem, respeitosamente, apresentar suas contribuições à Consulta Pública referente ao relatório do Programa REATE (Programa de Revitalização das atividades de E&P em áreas terrestres), de 03 de maio de 2017.

Afim de colaborar e agregar à política para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural em áreas terrestres, seguem abaixo nossos comentários e sugestões.

Esta contribuição tem como objetivo propor uma alternativa ao modelo regulatório do regime de outorga de exploração e produção *onshore*, sob a égide da área temática de Gestão Regulatória de Áreas Terrestres apresentada no relatório do Grupo de Trabalho do Programa REATE

1. ANÁLISE DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO NO REGIME DE OUTORGA DE DIREITOS DE E&P EM ÁREAS TERRESTRES

A partir da compreensão de que (i) o modelo de concessão é fruto de uma escolha do legislador, que optou por tal regime jurídico-regulatório para exploração e produção de hidrocarbonetos como forma de ordenar as suas atividades petrolíferas caracterizadas essencialmente pelas campanhas *offshore*; e de que (ii) barreiras regulatórias obstruem o desenvolvimento da exploração *onshore*, onde se verifica a complexa burocracia e elevados custos de transação associados ao processo de outorga dos direitos e no licenciamento para exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil, incluindo indistintamente as áreas em terra, cumpre discutir alternativas para a remodelagem jurídica dos direitos de exploração e produção em regiões *onshore* que, em nosso entender, podem oferecer incentivos positivos à sua exploração e produção.

Desde já deve-se reforçar que existe um extenso leque de opções que poderiam ser utilizadas para alcançar o mesmo objetivo regulatório. A proposta que se pretende ora abordar reside na **flexibilização do atual regime** de concessão precedido de licitação e sua substituição por um novo mecanismo de outorga que imprima maior pressão competitiva no mercado.

É certo que já foram identificadas contribuições por parte da indústria no mesmo sentido; entretanto, nossa proposta pretende ir além e afirmar que a partir de uma mudança mais radical no regime jurídico, suprimindo a realização das rodadas de licitação na forma em que são conduzidas hoje, seria possível reduzir barreiras regulatórias de forma mais eficaz, contribuindo para a entrada de investimentos e novos *players* no setor.

A premissa ora adotada propõe que, respeitadas determinadas circunstâncias (principalmente o atendimento às questões ambientais), o regime jurídico-regulatório de **autorização** seja adotado para a exploração de hidrocarbonetos *onshore*. Sendo o racional por trás da mudança a atração de um maior número de operadores capaz de aumentar os investimentos na exploração e produção *onshore*, a ideia é a eliminação das barreiras indevidas impostas pela concessão, mediante sua substituição por **um regime de outorga bifásico**, que contaria com uma etapa para a pesquisa e outra para a lavra de hidrocarbonetos.

Em linhas gerais, em se tratando de reservas situadas *onshore*, as etapas definidas hoje para a concessão seriam substituídas por um mecanismo bifásico de requerimento de outorga de autorização para pesquisa (exploração) e lavra (produção). Tal mecanismo se iniciaria mediante provocação do agente interessado em realizar a pesquisa de hidrocarbonetos em determinadas regiões ou pelo próprio MME (ouvido o CNPE). Dessa forma, os agentes estariam dispensados de participar dos extensos processos inerentes às rodadas de licitação conduzidas pela ANP para as áreas *offshore*. Assim, os custos de transação do processo de outorga são reduzidos, conferindo dinamismo para exploração de regiões que possuam reservas provadas (porém desinteressantes para as petroleiras de maior porte) ou mesmo servindo como um incentivo para a pesquisa em locais de novas fronteiras no quais, no entender do agente autorizado, possui potenciais reservas.

A presente proposta é consubstanciada na dissertação de mestrado "ASPECTOS DA EXPLORAÇÃO *ONSHORE* DE HIDROCARBONETOS NO BRASIL: Análise Jurídica da Proposta de Mudança do Marco Regulatório de Outorga de Direitos de Exploração e Produção em Terra", de Igor de Souza Tostes (disponível em <http://hdl.handle.net/10438/18248>).

2. ADERÊNCIA DO REGIME PROPOSTO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da modelagem jurídico-regulatória proposta para o novo regime, o questionamento a ser enfrentado se refere à possibilidade jurídica de substituir o modelo de outorga de concessão pelo de autorização. Sendo assim, cumpre-se enquadrar conceitualmente o regime proposto na respectiva

segmentação constitucional imposta às atividades econômicas monopolizadas, atividades econômicas *stricto sensu* e aos serviços públicos.

As atividades econômicas monopolizadas de petróleo e gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos podem ser atribuídas a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio, sendo este o posicionamento do STF¹. Isto porque a redação conferida pela EC/09 ao §1º do artigo 177 flexibilizou o monopólio sobre as atividades de exploração de jazidas de gás natural, autorizando a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades elencadas no *caput* deste artigo. O dispositivo em questão determina a possibilidade de contratação, outorgando ao legislador a competência para definir como se daria tal forma de contratação.

A interpretação sistemática, tanto do artigo 177 mencionado acima quanto do artigo 176 (que cuida de atividades econômicas para lavra de recursos minerais que o constituinte alocou à condição de atividade econômica em sentido estrito), sugere que a Constituição Federal não criou qualquer distinção sobre a forma instrumental a partir da qual contratação será feita em **ambas** modalidades, desde que o exercício da atividade monopolizada pela União, por parte do particular, seja feita via **autorização** ou **contratação**. Neste sentido, a própria ementa da ADI 3.273/DF destaca que "(...) *No entanto, conforme disposto no §1º do art. 176, a forma com que tal contratação realizar-se-á somente poderá ser feita mediante autorização ou concessão da União*".

Por conta disso, é facultado ao Poder Público uma atuação regulatória dinâmica, podendo optar por dado arcabouço regulatório conforme conveniência socioeconômica e de acordo com a política pública adotada para o setor pela Lei do Petróleo². Isto reforça a hipótese de que é dado ao modelo de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos ser mais ou menos interventivo e que os instrumentos jurídicos que irão reger tal opção estão a cargo do legislador, como de fato ocorreu com a Lei do Petróleo. Contudo, deve-se destacar que o modelo de concessão precedido de licitação para as atividades de E&P decorre de uma opção do legislador conferida pela CF-88, estando o mesmo legislador apto a mudar a modelagem jurídica de outorga desses direitos, como se pretende com o novo regime sugerido.

Cumprido destacar que a opção inicial pelo regime de autorização para tais segmentos da indústria nunca foi questionada quanto à sua conformidade com relação aos artigos 176 e 177 da Constituição Federal, o que reforça que a intenção do Constituinte é deixar a cargo do legislador a opção política de transitar entre tais institutos conforme conveniências estratégicas para a indústria.

¹ STF. ADI 3.273, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2005, Plenário, DJ de 2-3-2007.

² A suposta universalidade da licitação não encontra amparo na Constituição Federal, muito menos tem o condão de vincular toda a Administração Pública. Filiamo-nos à corrente de Carlos Ari Sundfeld que em ensaio intitulado "Onde está o Princípio Universal da Licitação?" dedica-se a análise do referido princípio, destacando que suposta universalidade é equivocada, seja por assumir que a ausência de licitação necessariamente levaria à "barbárie"², seja porque pressupõe que a licitação é a única forma de alcançar os fins públicos², ou ainda porque atribui excessivo peso e importância a palavra licitação, que não mais possui sentido unívoco.

Além disso, este mesmo regime já é utilizado pela ANP para outras atividades reguladas, a exemplo da atividade de importação de gás natural, sujeita à autorização ao particular por parte da ANP e do MME.

Como não se pode presumir que o silêncio do constituinte ao não impor o dever de licitar teria sido, na verdade, omissão, é forçoso reconhecer que a mudança ora proposta não encontra qualquer restrição de raiz constitucional à possibilidade de outorga dos direitos de exploração (e produção) de hidrocarbonetos, ao particular, sem prévia licitação. Logo, o art. 176 da Constituição Federal não só prevê a possibilidade de outorga destes direitos ocorrer via autorização ou concessão – conforme decisão do legislador infraconstitucional – como também não estabelece qualquer imposição de submeter tal outorga ao procedimento de licitação já que, se assim quisesse, o teria feito expressamente.

Por fim, agradecemos a oportunidade de apresentar suas contribuições à Consulta Pública MME nº 31 e esperamos que nossas contribuições possam ser úteis. Nos colocamos à disposição para sermos contatados diretamente para discutir quaisquer dos tópicos acima.