

PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PETROLÍFERA*
(COMENTÁRIO À PRETENDIDA ALTERAÇÃO DA LEI-QUADRO DAS RECEITAS PETROLÍFERAS)

Introdução

Tendo tomado conhecimento da intenção dos órgãos legislativos santomenses (ao que tudo indica, por iniciativa do Governo) de procederem à revisão da *Lei-Quadro das Receitas Petrolíferas* (adiante também LRP), penso ser pertinente tecer algumas considerações de cautela em relação ao assunto. Com efeito, a intenção de rever a lei não é nova: há cerca de três anos (um pouco depois da mesma ter sido aprovada), tive oportunidade de me pronunciar – por escrito e verbalmente – relativamente ao assunto. Então, o tema era *aparentemente* o mesmo que motiva as revisões ora pretendidas: alterar o disposto no artigo 22.º, ou mais concretamente: permitir adjudicações directas de contratos petrolíferos. Numa palavra: abrir uma excepção ao mecanismo geral – e essencial à promoção da transparência e eficiência económica – do concurso público. Nessa altura, as aparências levaram-me a crer estar em causa a possibilidade de se adjudicarem blocos ao consórcio liderado pela brasileira Petrobrás (alegadamente tal visava dar satisfação a um Acordo de Cooperação, tanto quanto percebi, muito parecido com os famosos acordos celebrados com a ERHC ou com a Esso, hoje Exxon Mobil). Perguntava-se se a lei permite a adjudicação directa ou antes seria necessário proceder a uma alteração circunstancial da mesma. Respondi e mantenho hoje que a lei permite o ajuste directo, sendo redundante a alteração da lei. Vejamos porquê.

O Artigo 22.º

Para percebermos o nosso raciocínio, comecemos por lembrar que o referido artigo 22.º, epígrafado *Concurso Público*, reza o seguinte:

«1 – *Todos os Contratos Petrolíferos ou outros instrumentos negociais a celebrar com a Administração do Estado, que tenham por objecto Recursos Petrolíferos ou Receitas Petrolíferas, a prestação de serviços referentes aos Recursos Petrolíferos ou que de qualquer forma estejam relacionados ao sector petrolífero ou a actividades que lhe*

sejam afins, devem ser precedidos de concurso público, nos termos da lei geral.

2 – *Na ausência de legislação vigente sobre concursos públicos, os Contratos Petrolíferos ou outros instrumentos negociais referidos no número anterior, devem, antes da sua assinatura, ser previamente aprovados pela Comissão de Fiscalização do Petróleo.*

3 – *Todos os Contratos Petrolíferos ou outros instrumentos negociais referidos nos números anteriores devem ser tornados públicos pelo Estado ou por qualquer Pessoa que seja parte, com antecedência mínima de dez dias antes da sua assinatura, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 20.º.*

4 – *Os Contratos Petrolíferos ou outros instrumentos negociais celebrados com violação do disposto no presente artigo são considerados nulos e não produzem nenhum efeito, sem prejuízo da responsabilidade dos Agentes e Pessoas a que houver lugar.*

5 – *As disposições deste artigo não eximem qualquer Pessoa ou Agente da Administração de qualquer obrigação legal, salvo aquelas que sejam incompatíveis com o disposto no presente artigo.»*

Atento ao disposto, logo somos assaltados por duas ideias matriciais: 1.ª: O princípio geral é o da submissão dos contratos (e outros instrumentos de natureza negocial) a concurso público, nos termos da lei geral; 2.ª: Quando não exista *lei geral* (e esta ideia é importante), os contratos devem ser previamente sujeitos à aprovação (entenda-se parecer favorável, com carácter vinculativo e definitivo) da Comissão de Fiscalização do Petróleo.

Princípios da contratação pública petrolífera

Aprofundando cada uma das ideias enunciadas, logo se conclui que os contratos devem, em princípio e em obediência à lei vigente sobre contratação pública (petrolífera), ser sujeitos a concurso público. Face a essa sujeição, que nos remete para a *lei geral*, cumpre deslindar o que seja esse normativo e em que medida tal se aplica

aos ditos contratos. Em primeiro lugar, e tanto quanto sei, retenha-se a ideia da não existência de uma lei geral sobre a contratação pública em São Tome: existem leis sectoriais – que reputo como especiais, por terem o seu objecto claramente recortado – que se referem à contratação pública, designadamente ao concurso público. Citemos, por exemplo: o *Regime das Empreitadas de Obras Públicas*. Este regime, cujo *corpus operandi* remonta ainda ao período pré-independência (em esforço de memória: 1972), elege como princípio geral e subsidiário – i.e.: aplicável na falta de indicação – o concurso público. O mesmo resulta de um outro regime que carrego a título de exemplo complementar: o *Regime das Aquisições e Fornecimentos de Materiais e Equipamentos pelo Estado* (da mesma época). Dizer que estes regimes são sectoriais e não gerais significa dizer que *per sí* não se aplicam ao sector petrolífero, atentos às especificidades exigíveis nesse sector. Não obsta isto a dizer que ficamos impedidos a recorrer à analogia ou à sua aplicação por remissão expressa da lei: quando a lei expressa e nominalmente lhe mande aplicar.

Assim, numa primeira pesquisa não encontramos uma lei geral aplicável a todos e quaisquer contratos do Estado. Resta saber se numa pesquisa em águas mais profundas não encontraremos esse regime, não encontraremos uma lei específica do sector que: a) contenha o regime concursal; ou b) mande aplicar um regime legal (ainda que *com as devidas adaptações*, como é costume o legislador ditar nessas situações). Esse regime – a existir e tanto quanto sabemos – só podia estar na *Lei-Quadro das Actividades Petrolíferas* (de 2000). Quando analisada a citada lei-Quadro sou levado a concluir que o legislador nada diz sobre processos de adjudicação. Melhor, o legislador até diz: os contratos – que infelizmente o legislador reduz aos Contratos de Partilha de Produção – são negociados entre o proponente e a empresa estatal, a quem o Estado pode conceder o direito de concessionária nacional a quem os estrangeiros se devem obrigatoriamente associar para efeitos de operações petrolíferas: isto é, são directamente ajustados entre a dita empresa e o interessado. Diz mais: podem os interessados apresentar propostas e pedidos de autorização a qualquer momento; isto é: pela negativa, não há um procedimento público de chamada a apresentação de propostas. Bem vistas as coisas,

parece não haver um procedimento concursal para os contratos petrolíferos. Nem penso que o facto desta Lei-Quadro estipular que os empreiteiros ficam sujeitos à legislação santomense prejudica este entendimento. A lei apenas quer dizer que o facto de estar sujeito àquela lei, não afasta a aplicação das demais leis do país.

Se percorri todo o caminho que acabo de expor é para que não restassem dúvidas de que presentemente, estamos em condições de plena aplicabilidade da 2.^a ideia atrás enunciada: *de jure*, não existe uma lei geral transversal ou geral sectorial de concursos públicos aplicáveis aos contratos petrolíferos. Assim, não nos resta outra alternativa que não a de explorar o que significa esta 2.^a ideia e concluirmos que ela se justifica (ou pelo menos assim se justificou ao tempo da feitura da Lei-quadro das Receitas Petrolíferas) com a preocupação que subjaz à ideia de concurso público: a transparência e a eficiência económica. Expliquemos, resumidamente. Em primeiro lugar, na ausência da lei geral (ou geral sectorial para as operações petrolíferas) o mais natural seria que o Governo lançasse mão da autorização legal geral sectorial: a negociação pela empresa estatal mandatada para o efeito. Este mecanismo não se coadunaria com as preocupações da LRP: a melhor e transparente gestão dos recursos e receitas petrolíferas. Ora, o *Artigo 22/1* da LRP visa salvaguardar essas ideias: assegura-se a transparência pelo processo que é público; e assegura-se a melhor proposta porque resulta de um concurso: vence o melhor, a melhor proposta é a economicamente mais eficiente! No entanto, e atento a um eventual vazio legal quanto a existência de mecanismos bastantes para o efeito: a inexistência de leis que regulem o concurso, o legislador da LRP não deixou de considerar uma solução alternativa que menos prejudicasse e melhor se compatibilizasse com a ideia do interesse público. Diríamos popularmente: onde o sistema jurídico fecha a porta, o legislador não deixou de considerar a janela.

Da excepção ao regime: adjudicação directa

E é precisamente pela janela que entra a possibilidade de adjudicação directa. Assim, ela não entra pela porta, porque imediatamente e sem mais, o sistema jurídico repudia esse mecanismo. No entanto, mesmo se nos reportamos ao anteriormente citado regime das empreitadas de

obras públicas, concluímos que o legislador não é absolutista: ele admite o *ajuste directo* em casos contados, em casos excepcionais, ou tomadas as devidas cautelas. Também me parece ser este o caso do *Artigo 22/2*: ele só faz sentido se: i) não existir um mecanismo de concurso público que assegure as regras do concurso. Renda-se à evidência: o Estado só pode lançar concursos onde haja e nos estritos limites e termos da lei habilitante; a isso o prende o *princípio da legalidade*; e ii) não for afastada a possibilidade do ajuste directo, isto é: da negociação com o proponente. Como vimos, essa possibilidade existe nos termos da *Lei-Quadro das Actividades Petrolíferas*. Ou seja, bem vistas as coisas, a Lei-Quadro admite que possa haver ajustes directos com potenciais interessados em negociar a exploração de recursos petrolíferos santomenses. Contudo, a lei fê-lo com cautelas, impondo duas condições *sine qua non*: é preciso que previamente se conclua que não há lei que obrigue ao concurso público e antes da conclusão do negócio, o contrato deve ser sujeito ao controlo da Comissão de Fiscalização do Petróleo.

Aqui chegados, penso que é preciso fazer a *prova dos nove* quanto à razão que assiste a essa solução alternativa e demonstrar que desta forma fica salvaguardado o interesse público (não deixamos de dizer que a salvaguarda é a possível na ausência de um verdadeiro concurso). Essa prova faz-se atendendo à natureza, competência e publicidade do órgão em causa. Nos termos da *Lei-Quadro das Receitas Petrolíferas*, a Comissão de Fiscalização do Petróleo «*assegura a fiscalização permanente de todas as actividades de pagamento, gestão e utilização das Receitas Petrolíferas e Recursos Petrolíferos*» (assumo que a Comissão seja, seria ou venha a ser formada por quadros de mérito e qualificações reconhecidas que procurassem mitigar os efeitos de uma negociação sem concurso), sendo que a publicidade ficaria assegurada através da obrigatoriedade de publicação tanto do contrato como do próprio relatório anual da Comissão (nos termos da LPR assim o é), que certamente apresentaria os motivos justificativos da aprovação da proposta, ou das eventuais rejeições e/ou reservas/sugestões. Numa palavra e para reter: o mecanismo de aprovação pela Comissão assegura a publicidade e simula uma maior eficácia

económica da que resultaria da negociação directa sem aquela intervenção.

As razões da rejeição

Finalmente: porque é que desaconselho a – legítima – possibilidade de alteração da lei? Em primeiro lugar, registo que pese embora a redacção original da lei tenha sido aprovada por unanimidade, ela foi aprovada em circunstâncias de grande e compreensíveis pressões externas: daí o compromisso, insuficiências ou rigidez de algumas soluções. No entanto, a lei entrou em vigor a ainda não foi nem testada nem totalmente regulamentada. Diga-se em rigor: ainda não há um inventário racional e sistematizado das insuficiências da Lei-Quadro. Fazer uma alteração a lei como mero expediente para se obter um contrato – ainda que alegadamente estejam em causa várias centenas de milhões de euros/dólares americanos – não me parece social e politicamente fundamentado: não se altera uma lei de um país soberano para acomodar interesses de companhias estrangeiras que algum motivo terão para não quererem submeter-se a um concurso público. Assim, começamos por retalhar a manta onde a coerência, o rigor e o interesse público se perderia por falta de pensamento sistemático.

Depois: se é de interesse do país que se trata, então elabore-se uma lei de contratação petrolífera, na qual fiquem plasmadas para o futuro as modalidades de contratação por concurso público, concurso limitado e, nos casos contados, digo: excepcionais, o ajuste directo. Em terceiro lugar, mal se compreende que depois de três experiências nacionais que revelaram a pouca maturidade dos quadros nacionais, as insuficiências técnicas e negociais, o país se prepare para ajustar directamente um contrato petrolífero: depois do leite derramado, lamenta-se e continue-se a derramar, escorrendo sobre a maldição do passado e nele mergulhando culpas repetidas *ad aeternum*?

Por último: mesmo com a “ajuda” da Nigéria, o país não demonstrou saber salvaguardar a eficiência económica dos seus interesses. Creio que alterar a lei para permitir o ajuste directo sem a intervenção da instância de fiscalização (para não falar na intervenção do Tribunal de Contas, nos termos da lei) seria um erro do ponto de vista comunicacional: é preciso que o Governo e a Assembleia Nacional

justifiquem o porquê desta medida potencialmente lesadora do interesse público. O público não entenderia isso de outro modo. Pergunte-se ainda: porque é que o ajuste directo – feito, por um lado, com quadros inexperientes de um Estado frágil e exíguo e, por outro lado, uma das mais poderosas companhias petrolíferas nacionais, para não dizer internacional, do mundo – seria melhor do que o concurso público?

De tudo isto, não se conclua que não defendo uma alteração da LRP. Antes pelo contrário, penso que esta padece de algumas opções pouco acertadas mas a alteração deve ser sistémica: devemos olhar para todo o edifício e melhora-lo dentro de um enquadramento racionalmente imposto e não com as pressões, desta vez do imediatismo económico: é que a pressa é como o barato: sai caro! Obviamente: a cautela aconselha a prudência e o debate público para que se encontrem as situações que merecem ser melhoradas e subtraídas ao escrutínio concursal.

Kiluanje Tiny

Lisboa, 12 Abril de 2008

(*Artigo com base em parecer elaborado para a organização não governamental Webeto em 24 de Janeiro de 2008.)