



MECANISMO DE ISENÇÃO

Comentários para a Consulta Pública ANP 03/2017, que tem por objetivo recolher subsídios para a edição de ato regulatório que decidirá sobre pedido apresentado pela Petrobras S.A., na condição de Operadora do Consórcio Libra, de isenção de cumprimento de conteúdo local da Unidade Estacionária de Produção – UEP Piloto de Libra.

Revisão	Descrição	Data
0	Emissão do documento	17/03/2017

ASSUNTO: Comentários do IBP para a Consulta Pública ANP 03/2017, que tem por objetivo recolher subsídios para a edição de ato regulatório que decidirá sobre pedido apresentado pela Petrobras S.A., na condição de Operadora do Consórcio Libra, de isenção de cumprimento de conteúdo local da Unidade Estacionária de Produção – UEP Piloto de Libra.

1. INTRODUÇÃO

O mecanismo de exoneração, isenção ou dispensa (*waiver*) previsto nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural tem como objetivo reconhecer situações de indisponibilidade ou impossibilidade de fornecimento local dentro dos requisitos de preço, prazo, tecnologia e inexistência de fornecedor nacional.

Apesar de sua extrema relevância para a política de Conteúdo Local, tal instrumento não possui regulamentação para que possa ser utilizado com a segurança jurídica que um mercado regulado demanda. Diante deste cenário de incertezas, o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP), tem se debruçado sobre o tema para contribuir com o debate e melhorar o ambiente jurídico-regulatório do setor.

No que diz respeito especificamente ao Contrato de Partilha de Produção objeto da consulta, cabe ressaltar que o percentual de Conteúdo Local previsto não compôs a oferta dos licitantes, tendo sido apresentado em iguais condições para todos os participantes no Edital de Licitação.

Assim, o IBP apresenta suas considerações a seguir, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento do mecanismo de isenção e com uma solução adequada do pedido objeto da consulta pública, de forma que se torne um precedente apropriado para toda indústria de E&P.

2. FORMA DE CONTRATAÇÃO

As melhores práticas de mercado de contratação asseguram maior produtividade e eficiência do processo de compra. Dessa forma não se pode esperar que os investidores adotem modelos de contratação diversos que prejudiquem tais pressupostos, como a construção e aquisição direta de materiais e serviços pela empresa de E&P ao invés de afretamento e contratos EPC, desagregando suas compras, perdendo eficiência e aumentando custos, pois isso implicará em retrocesso nas práticas de gestão com impactos significativos nos fluxos de caixa dos projetos, causando onerosidade excessiva quando comparados a outros projetos do portfólio das empresas no restante do mundo.

Dessa forma, a segmentação da Unidade de Produção em diversos itens constante da tabela de obrigações de Conteúdo Local dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural não reflete o perfil de contratação comumente mais adotado pela indústria de petróleo, que o faz através de afretamento, o que gera distorções na apuração das obrigações de conteúdo local. Uma das razões para os problemas atuais na aferição do conteúdo local é exatamente o pressuposto e a exigência de modelos incompatíveis com as melhores práticas da indústria de E&P em termos de sistemas e estratégias de contratação.

Convém também ressaltar que a escolha da forma de contratação é uma decisão comercial que cabe exclusivamente às empresas de E&P.

Assim, o IBP acredita que uma solução adequada para pedidos de isenção relacionados a Unidades de Produção deva ser a análise agregada e a concessão, quando preenchidos os requisitos, para todos os itens e subitens do Subsistema UEP das tabelas de obrigações de Conteúdo Local sempre que a empresa de E&P optar pela contratação por afretamento.

3. FORMA DE CONTABILIZAÇÃO

O IBP entende que a forma de contabilização cumpre com a finalidade contratual da cláusula de isenção é considerar cumprido o percentual estabelecido no Contrato de Partilha de Produção, assim como refletir seu respectivo impacto consequente no cômputo do conteúdo local global para o respectivo módulo da Etapa de Desenvolvimento.

Além disso, entende-se que a isenção deve ser considerada e concedida por contrato, e não por itens ou subitens. Esse entendimento tem por base as disposições contratuais, que mencionam que a ANP “poderá exonerá-lo do cumprimento dos percentuais de Conteúdo Local comprometido em relação à contratação de um determinado bem ou serviço”.

Ressaltamos ainda que parecer jurídico elaborado pelo professor Alexandre Santos de Aragão, alinhado com entendimento da Procuradoria Federal, concluiu que a exoneração deve ser relativa ao compromisso de Conteúdo Local assumido pelas empresas operadoras. A seguir, destacamos um trecho de tal parecer que externa o entendimento abordado:

“(...) não se pode penalizar ou dar qualquer tipo de tratamento mais gravoso ao concessionário em virtude da inexistência de fornecedores locais aptos a atender a sua demanda em tempo e valor equivalente ao do mercado internacional. Ele não tem escolha quanto à existência ou não de fornecedores nacionais. Estes simplesmente existem ou não, cabendo aos concessionários apenas verificar a sua existência, comunicar-lhes a intenção de contratar e efetuar o contrato caso apresentem propostas em condições competitivas.

Também por isso a opção interpretativa que deve prevalecer é aquela que, apesar de não alterar o percentual de conteúdo global a que o concessionário se comprometeu na licitação, considera, na sua apuração, como cumprido o percentual do item para o qual o waiver foi concedido. Caso contrário, estar-se-ia onerando o concessionário, por vias transversas, pela inexistência de fornecedores, o que, como visto, não lhe pode ser imputado.

*Como bem reconheceu a Procuradoria alguns anos depois, ao emitir o **Parecer nº 109/2014/PF-ANP/AGU**, já mencionado acima, “recorrendo mais uma vez a uma interpretação evolutiva, podemos verificar na redação do contrato da 11ª e 12ª rodadas que a exoneração outorgada pelo waiver é relativa ao conteúdo oferecido”.*

Com base no exposto, é importante notar que nos **contratos** para os quais for deferida a isenção, considerar-se-á, para fins de apuração, como nacional o valor relativo ao percentual de compromisso

contratado para o item/subitem/subsistema em que o referido contrato é alocado, contribuindo, portanto, com esse valor para os cálculos de cumprimento das obrigações.

A mesma razão que há para a isenção de um item específico – a inexistência fática de similares nacionais, preço excessivo, prazo excessivo –, existe quando a mesma circunstância se verificar para o percentual global. Nessas hipóteses, liberar do cumprimento do item específico sem que o mesmo tenha igual efeito em relação à **apuração** do percentual global equivale a não ter havido liberação nenhuma e a se **sancionar pelo descumprimento de uma obrigação impossível**.

Vale destacar que não haveria alterações do Conteúdo Local Global comprometido em contrato e sim uma adequação ao real cumprimento das obrigações de conteúdo local pelo mercado. Assim, conforme estabelecido em contrato, não ocorrerá pedidos de isenção para o compromisso de Conteúdo Local global, apenas reflexos das isenções de itens/subitens/subsistemas.

A finalidade de toda norma sobre conteúdo local é impor o maior esforço possível para fomentar indústria nacional, mas sem comprometer o objetivo principal do contrato de exploração e produção que é a produção de petróleo e gás natural, o que ocorreria caso os Contratados e Concessionários comessem a ser punidos por obrigações de impossível cumprimento.

4. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PREÇO OU PRAZO EXCESSIVO

O Contrato de Partilha dispõe que os pedidos de isenção são cabíveis nos seguintes casos:

- (i) Inexistência de Fornecedor Brasileiro para o bem adquirido ou serviço contratado;
- (ii) Prazo de entrega excessivo em relação a congêneres não brasileiros;
- (iii) Preços excessivos em relação a congêneres não brasileiros; ou
- (iv) Substituição de dada tecnologia para a qual não haja oferta com Conteúdo Local. Nesse caso a isenção do cumprimento de Conteúdo Local aplica-se somente aos bens e serviços substituídos pela nova tecnologia.

Com base no exposto, entendemos que o termo “excessivo” é um conceito jurídico indeterminado. Por essa razão, citamos a conclusão do professor Aragão com relação a tal questão, que julga bastante adequado considerar o termo “excessivo” como sinônimo de maior. Em sua análise jurídica, o professor cita ainda a necessidade de uma interpretação sistemática e evolutiva dos contratos, descrevendo o seguinte:

- É exigível dos concessionários a aceitação preferencial de propostas de fornecedores nacionais que apresentem condições equivalentes ou mais favoráveis àquelas oferecidas pelos concorrentes internacionais.
- Diz-se que o concessionário poderá solicitar o *waiver* não porque, naturalmente, é dado à ANP negá-lo quando configurada a hipótese de dispensa/inexigibilidade de cumprimento do conteúdo local, mas sim porque o concessionário pode optar por assumir o ônus da contratação desfavorável por uma questão de estratégia negocial.
- Ao contrário do que uma primeira análise meramente literal poderia dar a impressão, a obrigação de contratação de conteúdo local prevista nos contratos de concessão consiste em

uma obrigação de preferência à indústria e serviços nacionais, e não uma obrigação de contratá-los de qualquer maneira.

No caso específico de uma Unidade de Produção, o IBP entende que mesmo margens pequenas de preço excessivo são muito sensíveis para um projeto de Desenvolvimento, pois trata-se de um item de custo extremamente relevante em relação ao projeto.

O IBP defende que ao verificar excedente de preço, qualquer que seja ele, caracteriza-se a aplicabilidade do mecanismo de isenção.

Cabe aqui reforçar que Fornecedor Brasileiro, nos termos do Contrato de Partilha de Produção de Libra é "qualquer fabricante ou fornecedor de bens produzidos ou serviços prestados no Brasil, através de sociedades empresárias constituídas sob as leis brasileiras ou aquelas que façam uso de bens fabricados no país sob regimes aduaneiros especiais e incentivos fiscais aplicáveis. "

5. ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA DECISÃO DA AGÊNCIA

Um grande problema vivido pelo setor é a demora na avaliação dos pedidos de isenção apresentados pelas empresas operadoras e a ausência de prazo definido para que tal avaliação seja realizada pela agência reguladora. Releva notar que esta demora impacta tanto no desempenho das atividades de exploração e produção de petróleo pelos investidores como na obtenção dos resultados (participações governamentais, dentre outras receitas) pelo Estado. Assim sendo, entendemos ser necessária a definição de um prazo para que os pedidos de isenção sejam analisados de forma a permitir a continuidade dos investimentos dos projetos de E&P.

Para tal questão, fazemos referência novamente ao parecer jurídico elaborado pelo professor Alexandre Aragão no qual a importância do princípio da segurança jurídica é ressaltada. Segue trecho abaixo:

" O direito à decisão em prazo razoável é garantido pela Constituição Federal e amplamente reconhecido pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. A fixação do que é um prazo razoável, logicamente, variará a depender da complexidade do processo administrativo, mas é certo que deverá haver um limite, pautado no princípio da eficiência e da proporcionalidade, não podendo a Administração Pública postergar indefinidamente a análise do pleito do administrado, muito menos justificar o atraso em eventual desfalque de seu quadro de pessoal.

(...)

A Lei Federal nº. 9.784/99 prevê, em seus arts. 48 e 49, que a 'Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência' e que, para tanto, 'tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada'.

Essa lei se aplica de forma subsidiária a todos os processos administrativos federais, de forma que, não havendo cominação em sentido diverso, o prazo de 30 (trinta) dias deve ser necessariamente observado pela ANP na análise dos pedidos de waiver.

A fim de evitar questionamentos com fundamento na Lei nº. 9.784/99, de um lado, e permitir a fixação de um prazo que seja condizente com a natureza da análise que é esperada da ANP com relação aos pedidos de waiver, é importante que a regulamentação a ser editada o fixe expressamente. "

A partir da definição de tal necessidade, defendemos que o prazo para decisão da Agência seja de 90 dias.

Assim sendo, reforçamos a necessidade de que um regulamento específico seja editado por parte da agência reguladora do setor para que tais pontos que necessitam de esclarecimentos sejam enfim definidos.

6. DISTORÇÕES DA CLÁUSULA DE CONTEÚDO LOCAL E IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO – ANÁLISE DO TCU

No de 2016 o Tribunal de Contas da União (TCU) desenvolveu uma profunda avaliação da cláusula de conteúdo local dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural a partir da 7ª rodada de licitação de blocos para concessão, inclusive o leilão de partilha da produção, na qual identificou e apontou diversos aspectos que levam à impossibilidade de cumprimento das cláusulas, bem como a necessidade de regulamentação do mecanismo de isenção.

Abaixo, destacamos alguns trechos da referida avaliação, publicada em dezembro de 2016, que aponta análises da própria ANP, expressas em notas técnicas citadas no trabalho, que reconhecem as distorções presentes nas obrigações de conteúdo local, com a existência de obrigações de impossível cumprimento, que justificam a aplicação do mecanismo de isenção (grifos nossos):

“85. A dissociação da PCL de uma política industrial, a estipulação de objetivos genéricos e a ausência de indicadores e métricas hábeis a mensurar objetivamente os resultados e que podem ser utilizados para reavaliar a política de forma dinâmica se mostram como uma falha grave.

86. Nessa esteira de raciocínio, análises custo x benefício são fundamentais para avaliações mais abrangentes, de forma que seria imperativo que o formulador da política as realizasse. A imposição de custos à sociedade sem a aferição da representatividade destes frente aos benefícios auferidos representa uma escolha pública arbitrária, incompatível com os princípios que regem a Administração Pública.

87. Ao impor exigências de CL nos editais, o poder público está onerando os projetos de exploração e produção de petróleo e gás natural (vide item 4.4). Ao se escolher quais setores devem ser ‘protegidos’ de forma dissociada de uma política industrial ampla, aliada a uma sistemática despida de instrumentos hábeis a mensurar a efetividade e eficiência dos seus resultados, a PCL está onerando a cadeia produtiva arbitrariamente.

(...)

119. Na esteira desse raciocínio, pode-se avaliar que a definição de índices mínimos de conteúdo local, sem previsões de metas de competitividade, nem prazo determinado, e pautada exclusivamente em consultas junto aos principais interessados em assegurar ‘privilégios’ conferidos por uma política de subsídio produtivo poderiam também incentivar a própria indústria a sobreavaliar a sua capacidade de atendimento e garantir sua ‘reserva de mercado’.

120. A fragilidade metodológica acima descrita também foi alvo de considerações por parte do órgão regulador, responsável pela fiscalização das obrigações de conteúdo local. Segue trecho da **Nota Técnica 002/2009/CCL da ANP** (Peça 83) em que a agência trata desses problemas:

'1. Exigências muito elevadas para a fase de exploração

A fase de exploração é caracterizada pela presença de elevado nível de risco e por atividades de natureza específica que devem ser executadas em prazo exíguo, limitando a disponibilidade de fornecedores de bens e serviços a qualquer momento.

Os atuais níveis de exigência para esta fase encontram-se, em geral, acima daqueles passíveis de atendimento pela oferta local, e são alvo de constantes críticas de concessionários e outros agentes do mercado.

(...)

6. Falta de dados confiáveis e atualizados para justificar os índices mínimos estabelecidos.

Não há nenhuma pesquisa recente que embase os níveis de exigência de conteúdo local, que em muitos casos é alvo de severas críticas de concessionários e outros agentes da indústria nacional.

Dados os níveis, em geral, elevados de oferta mínima, e considerando-se a previsão de mecanismos para dispensa de atendimento de CL ofertado para itens (cláusulas de exceção por preço, prazo ou tecnologia), pode-se apontar um outro problema resultante de tais índices, que é a exposição da agência a situações não recomendáveis de relacionamento entre regulador-regulado, devido à previsão de uma demanda crescente pela utilização desses mecanismos por parte dos concessionários.

(...)

8. Incapacidade da indústria nacional de suprir a demanda por determinados itens.

A falta de dados confiáveis e atualizados que justifiquem os índices mínimos exigidos pode gerar demandas que a indústria nacional, seja por problemas de escala, seja por problemas de tecnologia, não é capaz de suprir. A previsão contratual de liberação de cumprimento de conteúdo local para itens e subitens tenta resolver esse problema, mas tende a gerar outros, sobretudo se a prática de recurso à agência com solicitação de liberação de cumprimento [waiver] se generalizar. Na medida em que cresce o número de isenções, fica mais difícil de se compensar nos demais itens da fase ou etapa em questão, de modo a manter o conteúdo local global. Esse efeito pode colocar em xeque o resultado do leilão, já que o resultado gerado, antes atrelado a itens e subitens específicos, perde seu papel de referencial das atividades industriais que se pretende incentivar.' (Grifos nossos)

121. Dessa forma, percebe-se que o próprio ente regulador já alertava o Ministério para a metodologia utilizada, apontando para o fato de que os níveis de exigência encontravam-se, em geral, acima daqueles passíveis de atendimento pela oferta local. Conforme mencionado pela ANP, não foram feitas pesquisas que embasassem os níveis mínimos de exigência e a definição dos índices gerou constantes críticas por parte dos concessionários e agentes do mercado. Interessante notar que a ANP alertava para isso desde 2009, mas, como se verá mais adiante, a metodologia não se alterou.

122. Indo além, a percepção colhida a partir de entrevistas realizadas na auditoria com agentes do setor foi de que, em nome de uma rigidez da PCL, as alegações da indústria local de fornecimento tiveram maior peso na definição dos índices do que indicações dos operadores acerca das dificuldades encontradas na certificação de vários itens constantes da planilha de conteúdo local.

(...)

126. Ante todo o cenário exposto, reforça-se a conclusão da fragilidade metodológica dos índices mínimos de conteúdo local e a ausência de estudos amplos que correlacionem os índices exigidos pelos editais com a real capacidade da indústria em atender a demanda em bases razoavelmente competitivas. Da forma como está, a PCL está onerando o setor produtivo de petróleo arbitrariamente.

(...)

134. Ao se exigir o mesmo nível mínimo de conteúdo local e a mesma estrutura da planilha de ofertas durante todo o período analisado (8 anos), existe risco de que os índices e a própria estrutura da planilha não reflitam de maneira adequada a realidade do mercado em que a indústria está inserida. Interessante notar, todavia, que análises nesse sentido já vinham sendo feitas pela ANP e por outros agentes do mercado, incluindo setores da própria indústria.

(...)

137. Vê-se, portanto, que os índices para o **leilão de Libra (1ª licitação do modelo de partilha de produção, ocorrido em 2013)** também foram definidos por meio de reuniões com entidades participantes do Promimp. O mesmo ocorreu para a definição dos índices da 13ª rodada, ocorrida recentemente no final de 2015. Ou seja, a mesma base metodológica de definição de índices a partir de indicações da indústria de capacidade de atendimento da demanda continuou a ser utilizada, mesmo após 10 anos da introdução da cartilha de conteúdo local.

138. Tantos anos após a definição da estrutura da tabela e dos índices mínimos exigidos, **abriuse mão de analisar dados concretos e objetivos dos resultados das avaliações até então realizadas pela ANP**, bem como de demandas das empresas operadoras dos blocos acerca da dificuldade da certificação de vários itens exigidos na planilha, para se 'aperfeiçoar' o modelo a partir de reuniões com as entidades participantes do Promimp.

(...)

145. Dado esse cenário, com base nas informações obtidas até o momento, conclui-se que a PCL está fundamentada em uma metodologia frágil, que se sustenta em índices mínimos fixados com base em reuniões de envolvidos no setor e não em estudos sólidos acerca da capacidade da indústria local de atender às demandas dos operadores dos blocos exploratórios.

(...)

149. Sendo assim, caso os índices se mostrem inexequíveis, os operadores deverão recorrer ao mercado internacional para viabilizar a consecução de seus projetos, incorrendo no risco de terem que pagar multas por descumprimento das exigências de CL. Alternativamente, recorrerão de maneira constante ao instrumento de **waiver**, fazendo com que a ANP, possivelmente, se transforme num balcão de negociação de isenção de cumprimentos.

150. Além do mais, apesar de ter se mostrado deficiente para alcançar os objetivos propostos, a metodologia inicial de definição dos índices se manteve inalterada, o que significa que, **em mais de 10 anos de PCL, não houve um acompanhamento sistemático por parte do MME com o intuito de otimizar e aperfeiçoar a política.**

(...)

161. Como pode ser visto, a elevada exigência de itens e subitens na planilha pode ter como consequências um aumento considerável do número de pedidos de **waiver** pleiteado junto à ANP. Dado o grande número de pedidos que a agência recebeu nos últimos anos, como citado anteriormente nesse relatório, percebe-se que as consequências apresentadas nesse tópico têm se tornado realidade no setor.

162. Interessante registrar trecho da **Nota Técnica 02/2012/CCL (peça 83), da ANP**, que reforça as análises supra:

‘O anexo XXX do Contrato de Concessão traz a planilha que contém os sistemas, subsistemas, itens e subitens para os quais os licitantes devem apresentar percentual de investimento em CL a fim de arrematar determinado bloco. Isso significa que, para participar do certame, os licitantes devem ter prévio conhecimento do montante do investimento total a ser realizado tanto na fase de exploração como na etapa de desenvolvimento, anos antes desses investimentos serem efetivados. Além desse conhecimento, os concessionários devem ter uma boa ideia de como se dará o arranjo de todas as variáveis que possam interferir na conjuntura econômica futura (taxa de câmbio, tecnologias, preços de bens e serviços, estratégia de desenvolvimento do campo, etc.) quando os investimentos assumidos forem de fato efetivados.

*Com tamanha incerteza envolvida, é de se esperar que ocorram mudanças no plano de negócio da concessionária que interfiram significativamente nos percentuais de conteúdo local, fato que aumenta a probabilidade de solicitação de uso da dispensa contratual conhecida por **waiver**. As incertezas envolvidas também apontam para um indicativo de alta incidência de multa, dada a alta probabilidade de os concessionários não conseguirem cumprir os percentuais para as rubricas de CL, já que estes foram estabelecidos de forma prévia e sem base estratégica sólida.*

A argumentação acima por si só é suficiente para a proposição de alterações na planilha de oferta de CL, no entanto, a ela devem-se somar outros argumentos acumulados ao longo de quatro anos de experiência da Coordenadoria de conteúdo local, que incluem informações acerca dos bens e serviços certificados pelos operadores.’

163. *Percebe-se, portanto, preocupação do órgão regulador em relação ao alto nível de detalhamento da planilha de exigências. Além do já exposto anteriormente, adiciona-se o argumento de que, ao se incrementar o detalhamento do CL em mais itens e subitens, torna-se ainda mais pungente a necessidade de se atrelar a PCL a uma política industrial.*

(...)

176. *Por fim, recomenda-se a leitura da conclusão da **NT 002/2009/CCL da ANP** (Peça 83) que resume as percepções da agência já no ano de 2009:*

‘Pelos problemas apresentados anteriormente, pode-se argumentar que a manutenção da sistemática vigente de conteúdo local compromete de maneira substancial não apenas a fiscalização do compromisso contratual dos concessionários, mas, principalmente, o objetivo primeiro da incorporação dos compromissos de conteúdo local aos contratos de concessão, que é o incentivo à indústria nacional de petróleo e gás.

Vale destacar que nos tempos atuais, em que a concorrência se dá em termos globais, incentivar a indústria requer medidas bastante amplas, e o fomento de mecanismos que possam criar reservas de mercado não parece ser o caminho mais indicado para tal fim. A flexibilização das regras de conteúdo local pode estimular a formação de parcerias entre fornecedores e concessionários, aproveitando eficiências competitivas nacionais, e criando os encadeamentos necessários para a continuidade do processo.

Seja pela inadequação do mecanismo a sua finalidade, seja pelas distorções e dificuldades que gera no processo de fiscalização, esta Coordenadoria defende uma revisão profunda das regras relativas ao conteúdo local.’ (grifos nossos)

177. *Percebe-se a preocupação da agência, já em Nota Técnica de 2009, com a sistemática da PCL, **a ponto de defender uma revisão profunda das suas regras.***

(...)

268. A isenção pode ser concedida em função de preço ou prazo excessivo, ou tecnologia não prevista no momento da licitação. A ausência de regulamentação sobre tais questões tem o potencial de trazer insegurança jurídica para o setor.

(...)

273. Indo além, a definição de uma regra geral de enquadramento de preço excessivo, considerando a ausência de estímulos de competitividade na PCL em vigor, **poderia contribuir para mais uma ineficiência, já que a indústria brasileira poderia se acomodar com o 'delta' de referência.** Caso se entendesse que até 25% de diferença de custos não seria enquadrado como preço excessivo e, por conseguinte, não passível de concessão de isenção, a indústria saberia o 'plus' que poderia cobrar em relação ao mercado internacional.

274. No entanto, a ausência de qualquer definição ou regulação é uma situação ainda pior, pois tem o condão de gerar insegurança para todo o setor.

275. O mesmo raciocínio exposto acima se aplica para a regulamentação de 'prazo excessivo', e, como visto no item 4.4.2, sabe-se que o país não consegue competir com os prazos internacionais.

276. A rigidez e complexidade da PCL já tratada nesse relatório é refletida no instrumento de **waiver, complicando a aplicação de um mecanismo que deveria ser a válvula de escape para os casos em que a indústria nacional não fosse razoavelmente competitiva.** Além disso, a **ANP (Nota Técnica CCL/ANP 05/2015 e Nota Técnica CCL/ANP 07/2015 – peça 44) tem registrado que, para alguns itens, há uma incoerência entre a prática de contratação e a estrutura da tabela, o que dificulta mais ainda as suas análises de solicitação de isenção e de cumprimento de CL.**

(...)

284. Dessa forma, percebe-se que ainda existem várias lacunas pendentes de solução quanto ao instrumento de **waiver.**

4.6.1 4.5.1 Efeitos do deferimento do **waiver** sobre o cálculo do conteúdo local global

285. Merece importância ainda a questão tratada no item 'd' da relação de lacunas destacadas anteriormente. A Nota Técnica 005/2015/CCL da ANP tratou do tema e estabeleceu os procedimentos para a contabilização da parcela receptora nos casos em que há deferimento de dispensa, exoneração ou isenção de conteúdo local. Caso o **waiver** seja concedido para um determinado item, a parcela que deveria ser realizada nacionalmente será 'substituída' pelo valor que for gasto neste item no mercado internacional, feitas as devidas conversões cambiais.

(...)

291. Ainda que seja uma expressa previsão contratual, mostra-se salutar que estudos específicos e aprofundados sejam realizados nesse sentido. **Se o deferimento do pedido de waiver, nos estritos termos contratuais, implicar a impossibilidade de cumprimento do conteúdo local global, ele acabará por se tornar um instrumento inócuo, tornando-se mais uma grave inconsistência da PCL em curso no Brasil.**

(...)

429. Interessante notar, ademais, que a fragilidade metodológica em tela foi alvo de considerações por parte da agência reguladora já em 2009, destacando exigências muito elevadas para a fase de exploração, falta de dados confiáveis e atualizados que justificassem os índices mínimos estabelecidos, além da incapacidade da indústria nacional de suprir a demanda por determinados itens (item 4.2.2 deste relatório).

430. Em suma, como já exposto no relatório, pode-se avaliar que a definição de índices mínimos de conteúdo local, sem previsões de metas de competitividade, nem prazo determinado, e

pautada exclusivamente em consultas junto aos principais interessados em assegurar 'privilégios' conferidos por uma política de subsídio produtivo poderiam também incentivar a própria indústria a sobreavaliar a sua capacidade de atendimento e garantir sua 'reserva de mercado'.

431. Considerando a **ausência de uma base de dados confiáveis** e que, em um momento inicial decidiu-se que a metodologia de definição dos índices fosse baseada em informações trazidas por determinados agentes do setor, essa metodologia deveria ter sido revista e acompanhada de forma a monitorar os efeitos no mercado e na indústria de petróleo e gás. Nesse particular, como exposto no relatório (item 4.2.3), não houve monitoramento ou atualização sistemática dos índices (e da própria estrutura da tabela) de modo a refletir de maneira dinâmica a realidade do setor, corroborando, portanto, a conclusão pela fragilidade metodológica da definição e acompanhamento dos índices mínimos de CL.

(...)

456. Por fim, verifica-se que o MME pensa em solicitar à ANP a realização de um estudo detalhado para identificar se os pedidos de isenção se concentram sobre determinados segmentos da indústria, de modo a balizar eventuais aperfeiçoamentos na PCL, no âmbito do Pedefor. Mais uma vez, repisa-se que já decorreram 11 anos da Rodada 7 (2005) e, apesar de recomendações recorrentes por parte da indústria, agentes do setor **e da própria ANP (por meio de diversas notas técnicas ao longo dos anos)**, somente recentemente, em 2016, o MME buscou uma alternativa de aperfeiçoamento da sistemática da PCL. É de se espantar que ainda não existam análises, ainda que superficiais, da relação dos pedidos de **waiver** apresentados e os setores envolvidos da indústria.

(...)

466. Além da fragilidade metodológica na definição dos índices, percebe-se a estaticidade desses índices desde 2005. A estrutura da planilha também se manteve praticamente inalterada nesse período, dividida, em suma, nos mesmos itens e subitens. Ao se exigir, em termos gerais, os mesmos níveis mínimos de conteúdo local e a mesma estrutura da planilha de ofertas desde 2005, existe risco de que os índices e a própria estrutura da planilha não reflitam de maneira adequada a realidade do mercado em que a indústria está inserida.

467. A planilha de conteúdo local é complexa e estabelece exigências mínimas em mais de 60 itens e subitens. O alto nível de detalhamento das exigências engessa sobremaneira a oferta a bens e serviços que podem mudar ao longo do tempo, dada a dinâmica do mercado e a evolução da tecnologia. Ademais, cria ambiente para protecionismos injustificados.

468. Outro problema relativo ao elevado detalhamento das exigências refere-se à falta de previsibilidade em relação a investimentos que serão concretizados anos após a realização das ofertas no leilão. O proponente se compromete com um detalhamento em itens e subitens, muitas vezes em bens e serviços específicos que só serão adquiridos anos depois, sem saber, por exemplo, que tipo de óleo será encontrado, se existe gás associado ou não, enfim, inúmeras variáveis que influenciarão diretamente no projeto a ser executado e nos investimentos a serem realizados. Como consequência, os concessionários tendem a utilizar, de forma recorrente, as cláusulas de exceção por preço, prazo ou tecnologia (**waiver**). De fato, desde julho de 2011 até setembro de 2015, 117 pedidos de exoneração do cumprimento das obrigações de CL tinham sido protocolados na ANP.

(...)

473. Em suma, descolada de uma política industrial ampla, ao se exigir conteúdo local para um número extenso de itens e subitens, muitas vezes em produtos e serviços que não são intrínsecos ao setor de petróleo e não representam alto valor agregado, corre-se o risco de não conseguir desenvolver competitivamente a indústria fornecedora local. Ainda, ao se exigir um nível muito

*detalhado de itens e subitens, limita-se a opção dos concessionários de compras de produtos criando uma possível situação geradora de multas ou um ambiente propício para a ampliação de efetivação das cláusulas de isenção, podendo fazer com que a ANP tenha que lidar com um número expressivo de pedidos de **waiver** de forma desnecessária.*

(...)

*482. Por fim, importante destacar a ausência de regulamentação que estabeleça os procedimentos necessários para a aplicação do instrumento de **waiver**, apesar de decorridos onze anos da introdução das referidas cláusulas nos contratos de concessão, em 2005. Após mais de quatro anos da data de protocolo do primeiro pedido de **waiver** na ANP, somente uma solicitação foi totalmente analisada e efetivamente decidida, em dezembro de 2015.*

*483. Nesse sentido, mostra-se imperativa a edição, em caráter de urgência, de regulamentos claros sobre a aplicabilidade do instrumento de **waiver**. A despeito da complexidade da questão, é premente a necessidade de que a ANP, juntamente com o MME, apresente proposições objetivas acerca da aplicabilidade do instrumento, fundamentados em estudos e cientes dos impactos que a regulamentação pode causar no setor. O contexto atual de vácuo regulatório tem o condão de gerar insegurança jurídica para todo o setor.*

484. Ainda que a regulamentação do instrumento seja de competência da ANP, a participação do MME é fundamental, pois os problemas intrínsecos à regulamentação do tema são inerentes à complexidade e rigidez, em termos gerais, da Política de Conteúdo Local em vigor no país.

*485. Além disso, se o deferimento do pedido de **waiver**, nos estritos termos contratuais e em consonância com a interpretação dada pela agência, **implicar a impossibilidade de cumprimento do conteúdo local global, ele acaba por se tornar um instrumento inócuo, implicando mais uma grave inconsistência da política.***

486. Por fim, merecem registro iniciativas em curso com o objetivo de sanar algumas das inconsistências tratadas nesse relatório. Em consonância com diretriz emanada pelo MME, a ANP vem tentando buscar meios de neutralizar a variação dos pesos relativos indicados no momento da geração da oferta no leilão, destacando-se como iniciativa a recente promulgação da Resolução 20/1016.”

7. PERTINÊNCIA DO INSTRUMENTO DE CONSULTA PÚBLICA PARA ANÁLISE DE PREÇO EXCESSIVO

O processo de consulta pública pode ser pertinente para identificação da existência ou não de potenciais fabricantes nacionais, porém não é para o caso em questão, de análise de preço excessivo.

O IBP entende que a realização de uma Consulta e Audiência pública não é instrumento adequado para subsidiar a decisão da ANP na concessão da isenção dos percentuais de conteúdo local por preço excessivo pelos seguintes motivos:

- A declaração de disponibilidade de capacidade não atende os objetivos do processo, pois não se está questionando a existência ou não de fornecedores nacionais – a documentação apresentada já demonstrou que os há, mas cuja oferta apresentou preço excessivo;
- Ainda que os fornecedores locais apresentem suas condições comerciais em consulta/audiência pública, não é possível realizar por meio desse instrumento uma nova tomada de preços em nome do consórcio operador;

- A resposta necessária ao pleito é, pura e simplesmente, se está ou não caracterizada a hipótese de preço excessivo, conforme previsto em contrato. Se sim, considerando os parâmetros apresentados, a isenção deve ser deferida;
- Ao se misturar aspectos da análise de mérito do caso concreto com a pressão de suprir a lacuna regulatória, o instrumento de consulta pública se torna uma armadilha que, ao invés de trazer elementos concretos para análise da hipótese de preço excessivo, apenas abrirá o espaço para um debate desconectado do objetivo concreto da análise do pleito (se há ou não preço excessivo na oferta dos fornecedores locais) que deveria ocorrer no ambiente de formulação de uma nova política industrial para o setor.

8. CONCLUSÃO

O IBP analisou diversos aspectos relacionados ao tema. Dentre os principais tópicos abordados, ressaltamos a importância de definição da forma de contabilização dos pedidos de isenção deferidos e normatização da aplicação do dispositivo contratual.

Reforçamos ainda a extrema relevância da edição de um regulamento específico pela ANP para que o tema seja devidamente normatizado, com regras e procedimentos bem definidos. O objetivo de tal medida é garantir a previsibilidade e segurança jurídica aos investidores do setor, criando um ambiente de negócios mais atrativo.

Por fim, a realização de audiências públicas como condição para deferimento do pedido de isenção em momento posterior e diferente do mercado, além de descolado da realidade da concorrência feita pelo consórcio contratado, na grande maioria dos casos, mostra-se não só ineficiente na busca de informações relevantes para a análise do pleito de isenção específico, como também é desproporcional ao alcance de tal objetivo.