



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS
CONSULTORIA DE MATÉRIA FINALÍSTICA NO RIO DE JANEIRO

PARECER n. 00312/2017/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.002325/2012-17

INTERESSADOS: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS - ANP

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

REF: PA 162/2017

EMENTA: I. MINUTA DE ATO NORMATIVO. RESOLUÇÃO ANP. REGULAÇÃO DOS INSTITUTOS DA ISENÇÃO E DO AJUSTE DE CONTEÚDO LOCAL.
II. CLÁUSULA QUE POSSIBILITA ADITIVOS CONTRATUAIS PARA ADOÇÃO DAS REGRAS DE CONTEÚDO LOCAL DA 14ª RODADA DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE ADITIVO CONTRATUAL POR INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADAS AS DIRETRIZES DE POLÍTICA PÚBLICA ATUALMENTE EM VIGOR.
III. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE AJUSTES DE TEXTO E OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral da ANP,

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Proposta de Ação da Coordenadoria de Conteúdo Local (CCL) sobre proposta de Resolução da ANP regulamentando o instituto da isenção de conteúdo local ("waiver").

2. A Procuradoria já se manifestou sobre o tema através do Parecer 125/2017/PFANP/PGF/AGU e respectivo despacho de aprovação (fls. 480 a 486) no qual a redação inicialmente submetida à apreciação jurídica restou aprovada, ressalvada a necessidade de alguns ajustes, após os quais a minuta poderia seguir diretamente para apreciação da Diretoria Colegiada.

3. Não foi, contudo, o que ocorreu, pois durante a sua tramitação dois outros pontos passaram a ser debatidos:

- o a) a possibilidade de que a isenção de conteúdo local dada para um determinado item pudesse ser abatida do valor total da obrigação global de conteúdo local, proposta sobre a qual a CCL manifestou-se de forma desfavorável; e
- o b) a possibilidade de que os contratos assinados sejam aditados para permitir que seja incorporada a mais recente cláusula de conteúdo local da ANP, referente à 14ª Rodada de Licitações, aos contratos anteriores em vigor.

4. O primeiro ponto acima em que pese autorizadas opiniões favoráveis - como o Parecer nº 30/2016/CJ-PPSA, citado no item 30 das fls. 588 - não foi incorporado na minuta de resolução ora incorporada. Do que pudemos notar, tal fato se deve à própria CCL entender que tal interpretação é "bastante disruptiva em relação às cláusulas contratuais e aos objetivos de política que elas representam" e teriam, em sua opinião, "grande fragilidade jurídica" (fls. 530v). Além disso, o próprio MME afirma que "com base nos princípios que nortearam a Política de Conteúdo Local em sua fase inicial, entendia-se que a exoneração do CL em determinado item ou subitem teria de ser compensada em outros itens ou subitens, de forma a manter o valor do CL Global comprometido inalterado", assinalando que entendiam que apenas em "caso excepcionais e devidamente justificados, isenções e ajustes no cumprimento de CL eventualmente concedidos pela ANP possam vir a ser reconhecidos como obrigações cumpridas, não ensejando compensação para fins de apuração do CL Global" (fls. 593 e 593v).

5. Diante disso, entendemos que tal questão encontra-se afastada, ao menos por hora, de modo que o foco da presente manifestação jurídica será a proposta do item b do parágrafo 3 acima.

6. O processo encontra-se instruído, no que interessa à presente análise, com os seguintes documentos:

- o a) Nota Técnica CCL 01/CCL/2017, sobre a proposta de minuta de resolução como um todo, em sua versão original (fls. 455 e ss.); revisão nº 1 incorporando alterações recomendadas do citado parecer da Procuradoria (fls. 494 e ss.); revisão nº 2, incluindo as alterações explicitadas na Nota Técnica CCL 06/CCL/2017 (fls. 533 e ss.); e revisão nº 3, com uma pequena alteração no artigo 34 da minuta (fls. 34 e ss.);
- o b) Ofício nº 43/2017/DG-ANP do Diretor Geral da ANP para o Ministério de Minas e Energia (MME), solicitando manifestação daquele órgão quanto à interpretação da cláusula de waiver; (fls. 526 e ss.);
- o c) Nota Técnica 06/2017/CCL, que trata especificamente da proposta de adoção das novas

- diretrizes relativas ao Conteúdo Local nos contratos das Rodadas Anteriores (fls. 559 e ss.);
- o d) Ofício 47/2017/SPG-MME, em resposta ao Ofício nº 43/2017/DG-ANP, encaminhando nota técnica e parecer jurídico com considerações sobre os pedidos de waiver (fls. 584);
 - o e) Parecer n. 00374/2017/CONJUR-MME/CGU/AGU (fls. 585 e ss.);
 - o f) Nota Técnica 21/2017/DEPG/SPG (fls. 590 e ss.); e
 - o g) Acórdão nº 3072/2016 - TCU - Plenário em seu inteiro teor (fls. 597 a 661).

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Escopo da análise jurídica

7. Inicialmente, cabe destacar que não compete a este órgão jurídico proceder a auditoria em todos os atos praticados ao longo da instrução processual dos presentes autos, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos. Do mesmo modo, não é da atribuição desta Procuradoria apreciar as questões de interesse e oportunidade dos atos que se pretende praticar, visto que estão na esfera da conveniência e oportunidade da Administração Pública, nem avaliar questões técnicas como justiça ou eficiência da política de conteúdo local ao longo do tempo e outras questões correlatas.

8. Cabe-nos, entretanto, alertar para a necessidade de atender os requisitos legais e seguir os entendimentos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais consolidados sobre a matéria, incluindo-se os do Tribunal de Contas da União, quando for o caso. Contudo, diante necessidade de posterior interpretação jurídica das normas regulatórias a serem editadas, não nos furtamos a fazer recomendações que, ainda que de caráter não exclusivamente jurídico, possam repercutir na clareza e segurança jurídica da futura interpretação e aplicação do ato normativo proposto, de modo a melhor atender o interesse público e os princípios que regem a atividade administrativa.

2.2 Da posição da área técnica em relação à sistemática de conteúdo local vigente da 7ª à 13ª Rodadas de Licitação

9. Em sua bem fundamentada Nota Técnica 06/2017, a CCL inicialmente traça um histórico das regras de conteúdo local, desde as primeiras rodadas de licitação, quando a ANP colocou tal obrigação nos editais licitatórios por iniciativa própria, passando pela Resolução CNPE 08/2003, que elevou o conteúdo local à condição de "política nacional" com percentuais a serem fixados pela ANP - mas que na prática, desde a 7ª Rodada de Licitações, passaram a ser centralizados no Ministério de Minas e Energia (MME), como afirmado no parágrafo 14 - chegando às regras atuais, fixadas no âmbito do comitê do Programa de Estímulo à Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do Setor de Petróleo e Gás Natural (Pedefor), instituído pelo Decreto 8.637, de 15 de janeiro de 2016.

10. Destaca também que, especialmente a partir da 7ª Rodada de Licitações, o modelo foi se tornando demasiadamente complexo e sujeito a inúmeros questionamentos, inclusive por parte da própria ANP, conforme notas técnicas enviadas na época ao MME, detalhadas no parágrafo 22.

11. Dentre as peculiaridades desse modelo, vigente em linhas gerais da 7ª à 13ª Rodadas, está a criação de um modelo de certificação do índice efetivo de conteúdo local por uma terceira parte, em oposição às rodadas anteriores, que o índice era aferido a partir de declarações dos próprios concessionários.

12. Uma característica marcante desse modelo, sempre criticada pelos concessionários e em certos momentos pela própria ANP, foi o grande detalhamento dos compromissos de conteúdo local, que além de terem um percentual global e um percentual de subgrupo, tinham também obrigações específicas referentes a itens e subitens nominalmente detalhados, inclusive com a menção à tecnologia a ser empregada (p. ex. "compressor parafuso") e a forma de contratação ("afretamento de sonda"). Segundo a CCL, isso conferia ao sistema uma rigidez incompatível com a dinâmica da indústria, no qual os projetos variam enormemente em função de variáveis como o ambiente da exploração, características do reservatório e do petróleo e gás a serem extraídos, mudanças tecnológicas e condições de mercado. Ademais, no momento da fixação de tais índices seria praticamente impossível que as instituições governamentais envolvidas pudessem antever com precisão quais seriam os projetos a serem empregados na exploração futura dos diversos blocos a serem licitados. Nesse sentido, a CCL destaca que a própria ANP recomendou ao Pedefor a alteração dessa característica - parágrafo 55.

13. Outro ponto levantado pela CCL é a falta de flexibilidade em relação à forma de contratação. Em casos de produtos complexos como plataformas de produção (chamadas, no jargão técnico, de UEP - unidades estacionárias de produção), o concessionário dispõe, em tese, da liberdade de optar por construir e operar ele mesmo tais estruturas, comprando cada item do projeto a ser instalado; ou terceirizar esse elemento, contratando o fornecimento do navio-plataforma inteiro junto a uma empresa especializada que constrói a unidade conforme as necessidades da contratante (*built-to-suit*) e a aluga para a concessionária por um valor periódico.

14. O modelo de itens e subitens vigente no período mencionado supunha a adoção da primeira opção, contudo questões técnicas, contratuais, tributárias e de obtenção de financiamento conspiram a favor da segunda opção, que acaba sendo a escolhida na grande maioria dos casos. Isso, contudo, torna muito difícil - senão impossível - que a concessionária informe e a ANP fiscalize o cumprimento do conteúdo local. A esse respeito, vale a pena transcrever a seguinte passagem da Nota Técnica 06/2017/CCL:

68. Outro ponto importante é que as tabelas vigentes da 7ª à 13ª Rodada não apresentam um compromisso para a UEP em si, mas para vários compromissos individuais, divididos em grande número de itens e subitens que compõem a Unidade. São de 34 a 46 linhas, contemplando equipamentos tais como tanques, válvulas, vasos de pressão, motores, compressores e trocadores de calor.

69. Mesmo que a UEP seja construída no Brasil e que a concessionária tenha acesso aos custos de construção, ainda assim a informação não estará disponível nos moldes da tabela atual, uma vez que a construção da UEP não envolve a aquisição de equipamentos individualmente, mas sim de módulos, sendo alguns nacionais e outros estrangeiros. Os módulos ou pacotes têm preços fixos que, por sua vez, são compostos por diversos equipamentos listados na tabela, como vasos de pressão e válvulas. É muito difícil, assim, acessar o valor ou o conteúdo local de cada componente destes módulos ou pacotes.

15. Nesse ponto a CCL destaca que foram feitos inúmeros questionamentos ao MME, mas que a relevante questão apontada não foi tratada de forma explícita - vide parágrafo 66 da Nota Técnica em questão.

16. Além disso, a CCL aponta mais uma série de críticas ao modelo em questão, como a falta de pesquisa empírica para definição dos índices (apontado inclusive em acórdão do TCU, a ser tratado em tópico específico); previsão da oferta de conteúdo local como critério para a julgamento das propostas na licitação, num momento em que os concessionários não têm condições de saber quais projetos serão usados nem a capacidade da indústria local dali a alguns anos; grande incidência de aplicação de penalidades contratuais, gerando incertezas na atração de investimento; possibilidade de desequilíbrio entre oferta e demanda de bens e serviços com conteúdo local certificado; insegurança quanto a aplicação dos mecanismos contratuais de isenção e ajuste, previstos em bases vagas e com elementos discricionários de avaliação, bem como dificuldades institucionais da ANP para avaliação e julgamento de cada um dos pedidos, com possibilidade de judicialização; possibilidade de descasamento entre os índices globais e específicos; dificuldades em caso de unitização de campos; e a própria dificuldade de medição por parte dos agentes certificadores.

2.3 Do Acórdão 3072/2016 do Plenário do TCU

17. No contexto de críticas ao modelo de conteúdo local vigente até a 13ª Rodada, uma questão que merece uma análise mais detida é o Acórdão 3072/2016 do TCU, que teve como Relator o Ministro José Múcio Monteiro, e foi aprovado por unanimidade em plenário tendo como base a auditoria operacional conduzida pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural - SeinfraPetróleo, daquela Corte de Contas. Para os fins do presente parecer, vale a pena transcrever os seguintes achados da auditoria, em especial as partes por nós grifadas:

4.1 A Política de conteúdo local não está inserida no contexto de uma política industrial, não tem prazo de vigência determinado e não possui métricas ou indicadores que possam mensurar objetivamente seus resultados 4.1.1A PCL não está atrelada a uma política industrial ampla, possui objetivos genéricos, sem metas e métricas que possam mensurar objetivamente seus resultados (...)

73. Todavia, no âmbito da auditoria, descobriu-se que não existe um objetivo maior, atrelado a uma política industrial sólida. Em termos objetivos, segundo informou o MME, o que existe são obrigações contratuais assumidas pelos operadores de canalizarem parte dos investimentos exigíveis para a exploração dos blocos em produtos e serviços nacionais.

74. A PCL deveria ser uma ferramenta acessória integrante da política industrial e não a própria política. A ausência de claras estratégias de incremento de competitividade visando alinhamento ao mercado internacional cria o risco de que as indústrias 'protegidas' percam mercado quando houver diminuição da demanda interna, pois não conseguem competir internacionalmente. (...)

79. Questionado em entrevista, o MME, órgão responsável pela formulação da política, afirmou que as metas propostas para a política são os índices percentuais mínimos de CL firmados nos editais e que devem ser atingidos pelos operadores. Nesse esboço, mister destacar que o cumprimento dos índices não mensura os resultados esperados, ainda que genericamente definidos. A meta indicada pelo MME não tem o condão de auferir objetivamente os objetivos explicitados para a PCL. (...)

80. A formulação e implementação de políticas públicas são escolhas de governo, cabendo ao órgão formulador, dentro de sua discricionariedade, criar e executar as políticas que julga serem benéficas para o país.

81. No entanto, espera-se que haja um objetivo para cada decisão tomada, e por meio de mecanismos de acompanhamento, o desenvolvimento da política implementada seja monitorada de forma a avaliar se os objetivos estão sendo alcançados no decorrer do tempo e também qual o custo imposto pela política. No caso da política de CL, os custos decorrem do maior preço que os operadores têm que arcar para explorar e produzir petróleo no Brasil, tendo em vista que devem concentrar parte (significativa) dos seus investimentos em produtos e serviços nacionais. (...)

97. Dessa forma, ao contrário do que seria indicado, uma das premissas da PCL é induzir o incremento dos índices mínimos de CL. Essa mentalidade incorre no risco de se criar uma reserva de mercado permanente para os setores beneficiados, pois, cientes da proteção oferecida pelas obrigações de aquisições de bens e serviços nacionais, a indústria pode se acomodar ao invés de investir em novas tecnologias e métodos mais eficientes de produção, fazendo com que não atinjam a competitividade esperada. (...)

109. Percebe-se, de pronto, que a definição dos índices mínimos no leilão é de suma importância para as rodadas de licitação, pois buscam espelhar os investimentos mínimos em bens e serviços nacionais que deverão ser realizados nos blocos outorgados.

110. Sendo assim, eles devem refletir, da melhor maneira possível, a capacidade/realidade da indústria nacional fornecedora de materiais e serviços de atender a demanda, em bases razoavelmente competitivas. (...)

114. Segundo apurado na auditoria, a avaliação do MME em 2005 era de que havia uma

capacidade ociosa na indústria e de que obrigações contratuais de preferência de aquisição de bens e serviços nacionais poderiam resolver a questão dessa ociosidade pela indução da demanda. O que poderia ser fabricado no Brasil deveria ser fabricado no Brasil e a indústria nacional seria capaz de atender a demanda então prevista.

115. De início, deve-se ressaltar que a ausência de uma base de dados confiável demonstra a fragilidade do ponto de vista metodológico para a definição dos índices. Algumas situações poderiam prejudicar essa definição, tais como uma superavaliação (propositiva ou não) da capacidade da indústria e/ou uma subavaliação da demanda a ser suprida.

116. Conforme os números coletados durante a presente auditoria, há indícios de que, quando da definição dos índices mínimos, em 2005, houve uma subavaliação da demanda. De fato, houve um incremento substancial dos investimentos no setor de petróleo e gás no período pós 2005, especialmente após a descoberta da província petrolífera do Pré-Sal. De acordo com o IBP (peça 55), a indústria do petróleo tem hoje um papel preponderante na economia brasileira, sendo responsável por 50% dos investimentos industriais e 10% de toda a formação bruta de capital fixo do país. (...)

118. Além disso, não basta a indústria declarar ter a capacidade para atender os percentuais de CL a serem exigidos. Para não onerar de forma desarrazoada a produção, é vital que, além da capacidade, a indústria atenda à demanda com prazos e preços competitivos, do contrário as cláusulas de isenção serão sempre pleiteadas pelos compradores.

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 (...).

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.

127. Nessa esteira de raciocínio, entende-se profícuo determinar ao MME que, previamente à próxima rodada de licitações da ANP, justifique os índices mínimos a serem exigidos a título de conteúdo local com fundamento em dados concretos gerados, por exemplo, a partir dos certificados emitidos pelas certificadoras credenciadas pela ANP, a partir de dados reais acerca da capacidade da indústria (capacidade instalada, encomendas feitas, produtos entregues, prazos praticados, previsão de demanda, previsão de expansão da capacidade, etc), ou quaisquer outras bases de dados, desde que possam ser consultadas objetivamente e, independente da metodologia e da base de dados escolhida, que sejam submetidas a escrutínio público (consultas/audiências públicas), com vistas a colher a percepção dos stakeholders e da sociedade acerca da razoabilidade dos índices mínimos exigidos.

128. Ademais, como será exposto a seguir, percebe-se uma clara estaticidade dos índices mínimos exigidos em edital, bem como da própria estrutura da planilha de conteúdo local, demonstrando uma devoção aos ditames iniciais da política, apesar de fortes indícios de problemas estruturais graves na própria sistemática dessa, demonstrados a partir de dados objetivos colhidos ao longo da última década. (...)

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. (...)

142. Percebe-se novamente que, ao invés de atualizar os índices a partir de dados concretos de monitoramento da política, o Ministério decidiu reutilizar os índices usados tanto na 11ª Rodada quanto na Partilha, que igualmente foram definidos com base em declarações fornecidas pela indústria fornecedora, como visto anteriormente. (...)

149. Sendo assim, caso os índices se mostrem inexecutáveis, 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. (...)

4.3 **A sistemática atual da PCL apresenta distorções graves.** (...)

4.3.1 Exigências com elevado nível de detalhamento para itens e subitens (...)

4.3.2 Descolamento entre a oferta global proposta no leilão e o investimento global efetivamente realizado em face dos pesos relativos atribuídos. (...)

173. Assim, conforme ilustra o didático exemplo narrado acima, pelas regras vigentes, mesmo cumprindo seu compromisso contratual em itens e subitens, é possível que o concessionário não consiga atingir o CL global e seja multado. Analogamente, ele pode atingir o percentual global sem ter atendido seus compromissos de CL para itens e subitens. Como visto no exemplo, o concessionário que, após realizar sísmica no bloco, decidir não perfurar poços (situação usual na indústria de exploração de petróleo e gás), será multado pois não cumpriu com o CL acordado para essa atividade. (...)

4.4 A PCL impõe elevados custos ao setor de Petróleo e Gás. (...)

234. Percebe-se que, para muitos itens, houve um grande descompasso entre os compromissos assumidos com aqueles que os concessionários conseguiram cumprir. A consequência disso foi o aumento da quantidade de multas aplicadas. (...)

236. Nada obstante, certo é que tem havido uma grande dificuldade por parte dos operadores em cumprir os índices acordados, bem como uma incapacidade da indústria nacional em atender, eficientemente, com preços e prazos razoavelmente competitivos, as demandas por bens e serviços. Ante o cenário, prevê-se uma indústria de multas associadas à Política de Conteúdo Local, o que se traduz em um contrassenso. O objetivo da política é desenvolver a indústria nacional, gerar emprego, renda e não arrecadar por meio de apenações pecuniárias. (...)

242. Vê-se pelo gráfico que os valores de multas estimadas a serem pagas podem alcançar um acumulado de 25 bilhões de dólares até 2025 para os projetos em desenvolvimento mostrados. Em um mercado onde os investimentos e os riscos do negócio são extremamente elevados, as possíveis multas a serem pagas se tornam mais um fator a ser considerado pelos interessados em explorar e produzir petróleo no Brasil. (...)

244. O gráfico acima mostra que quanto maior o índice de CL alcançado em um projeto, menor será a multa que deverá ser recolhida. No entanto, quanto maior for o índice atingido, maiores serão os custos incorridos naquele projeto.

245. O levantamento do IHS revela, portanto, que o ponto de indiferença entre as multas a serem pagas por ocasião de não atingimento dos índices de CL e o custo de oportunidade da perda de produção por ocasião de não cumprimento do cronograma (atraso de receitas) se situa entre 32-35% de CL.

246. Esse resultado sugere que, acima desse intervalo de conteúdo local, faz mais sentido economicamente evitar atrasos no cronograma dos projetos e consequentemente construir no exterior ou alterar a estratégia das aquisições, do que investir mais recursos para se tentar atingir o conteúdo local pactuado no contrato de outorga. (...)

249. Considerando a possibilidade (real) de aplicação de elevadas multas, mesmo em função de índices mínimos de conteúdo local inalcançáveis, o valor da multa será acrescido aos custos dos projetos a serem desenvolvidos. Caso elas se tornem frequentes e inevitáveis, como parece ser o caso, uma provável consequência é o desinteresse por parte de empresas que irão preferir direcionar seus investimentos para lugares mais atrativos. (...)

256. Nessa esteira desse raciocínio, não é equivocado intuir que a PCL impõe custos à própria União, por meio da Petrobras. Ademais, encarece e atrasa a produção e, por conseguinte, 'atrasa' receitas à União e outros entes federativos, que seriam colhidas em termos de royalties e participações especiais. Sem que existam dados concretos sobre os benefícios angariados pelo país por meio da atual política de subsídio, há risco de que a PCL tenha sido responsável por deliberadamente canalizar recursos das operadoras (especialmente da Petrobras) para determinados segmentos beneficiados pelas regras de proteção vigentes. (...)

426. Pode-se observar, portanto, que a metodologia do MME para definição dos itens consistiu, sim, tão somente, em reuniões com os agentes do setor e não estava embasada em estudos técnicos a respeito da situação do mercado nacional ou capacidade técnica da indústria.

427. O principal suporte para se afirmar a fragilidade da metodologia refere-se à ausência de uma base de dados confiáveis para a definição dos índices mínimos exigidos.

428. Além do mais, em entrevistas com agentes do setor, incluindo a Petrobras, foi afirmado que os índices eram definidos com base em informações trazidas principalmente pela indústria fornecedora e que a opinião de agentes como a própria Petrobras, quando confrontadas com opiniões divergentes por parte da indústria fornecedora, o MME recorrentemente levava em consideração a alegada capacidade de fornecimento da indústria.

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.

18. O voto do Ministro Relator abraçou o entendimento da auditoria operacional em tela, chegando ao acórdão, aprovado por unanimidade, que faz as seguintes determinações:

9.1. determinar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) que normatize, em 180 (cento e oitenta) dias, critérios claros e objetivos sobre a aplicabilidade do instrumento de waiver, fundamentado em estudos que esclareçam os impactos da regulamentação, inclusive sobre os pedidos já protocolados na agência;

9.2. determinar ao Ministério de Minas e Energia (MME), em atenção aos princípios da eficiência e motivação administrativa, que, previamente à próxima rodada de licitações da ANP:

9.2.1. justifique os índices mínimos a serem exigidos a título de conteúdo local com fundamento em dados concretos gerados, por exemplo, a partir dos certificados emitidos pelas certificadoras credenciadas pela ANP, ou de dados reais acerca da capacidade da indústria (capacidade instalada, encomendas feitas, produtos entregues, prazos praticados, previsão de demanda, previsão de expansão da capacidade instalada, etc), ou quaisquer outras bases de dados, desde que possam ser consultadas objetivamente;

9.2.2. independentemente da metodologia e da base de dados escolhida, submeta a escrutínio público (consultas/audiências públicas) os índices mínimos mencionados no item anterior, com vistas a colher a percepção dos stakeholders e da sociedade acerca da razoabilidade dos percentuais objetivamente delimitados;

9.3. determinar ao Ministério de Minas e Energia, em atenção aos princípios da eficiência e motivação administrativa, que, em 180 (cento e oitenta) dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União plano de ação indicando prazo, responsáveis e ações necessárias para:

9.3.1. realizar análises custos versus benefícios da Política de Conteúdo Local, de sorte a obter insumo relevante para monitorar se esses custos são proporcionais aos benefícios auferidos;

9.3.2. estabelecer objetivos específicos para a Política de Conteúdo Local, estipulando indicadores e métricas hábeis a mensurar objetivamente os resultados esperados, delimitando, inclusive, marcos temporais para avaliação e monitoramento dos resultados atingidos;

9.4. recomendar ao MME que:

9.4.1. busque maior aproximação com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com o fito de avaliar a pertinência e a conveniência de inserir a Política de Conteúdo Local dentro do contexto mais amplo de uma política industrial, em especial como forma de delimitar, em termos de estratégias industriais para o país, quais devem ser os setores da cadeia produtiva local que devem ser fomentados por essa política;

9.4.2. dentro de sua discricionariedade técnica, avalie a plausibilidade de estipular prazo de vigência para a Política de Conteúdo Local, inclusive a partir do estabelecimento de curvas de aprendizado ou de marcos temporais de revisão dos níveis de proteção, justificando, em todo caso, a escolha pela delimitação ou não de prazos de vigência;

9.4.3. dentro de sua discricionariedade técnica, reavalie a sistemática vigente da Política de Conteúdo Local, de sorte a buscar maior adaptabilidade dela ao dinamismo inerente ao setor de petróleo e gás natural, submetendo eventuais propostas de alteração a escrutínio público (consultas/audiências públicas);

19. Cumpre notar que todas as determinações acima são voltadas ao futuro, inclusive a 9.1 relativa à regulamentação do *wavier*, destinada à ANP, que está sendo levada a cabo justamente no presente processo. Entretanto, não foi objeto de determinação específica a questão da gestão dos índices de conteúdo local de contratos oriundos de rodadas de licitação realizadas - índices esses que, nas palavras do TCU, seriam "inalcançáveis" (parágrafo 249 do relatório parcial transcrito acima), sem base de dados confiável, definidas unilateralmente pelos fornecedores, e num contexto de incapacidade de atendimento pela indústria.

2.4 Manifestação do MME

20. Nos presentes autos, o MME foi instado a falar especificamente sobre a questão do *wavier* de conteúdo local, o que foi feito através do Ofício 47/2017/SPG-MME, que encaminhou o Parecer n. 00374/2017/CONJUR-MME/CGU/AGU e a Nota Técnica 21/2017/DEPG/SPG. Como explicitamos acima, a questão do *wavier* de conteúdo local não é o foco do presente parecer, mas sim a proposta de aplicação das novas regras de conteúdo local aos contratos já assinados pela ANP.

21. Entretanto, a manifestação do MME - em especial a Nota Técnica 21/2017/DEPG/SPG - fazem considerações importantes sobre o entendimento do ministério a respeito dos índices de conteúdo local fixados anteriormente à instauração do PEDEFOR e os índices estabelecidos já no âmbito desse programa. Ainda que tais considerações tenham sido feitas com foco nos contratos de partilha, aplicam-se perfeitamente às rodadas de concessão, uma vez que nessas últimas houve índices de conteúdo local até mais elevados do que a da 1ª Rodada de Partilha, a única realizada sob a sistemática anterior. Desse modo, é salutar a transcrição de alguns trechos da referida Nota Técnica:

3.8 Essa sistemática, em vista dos inúmeros problemas que vem apresentando, será mudada a partir da 14ª Rodada de Concessão [...] onde o CL deixará de ser adotado como critério de julgamento das ofertas na Licitação (exigência diretamente no contrato), adotando-se ainda percentuais globais e/ou por macrogrupos (e não mais por itens e subitens das tabelas de compromisso), sendo vedado o "waiver" (vide Resolução CNPE nº 7, de 11/04/2017, publicada no D.O.U de 09/05/2017). Essa mudança busca evitar os problemas advindos das ofertas para itens e subitens e para os respectivos pesos nas tabelas de compromissos, durante as licitações, simplificando o processo em prol da necessidade de retomada de investimentos no setor, da atratividade dos leilões, da capacidade de fornecimento da indústria nacional e da geração de empregos no setor produtivo. (...)

3.12 No caso da 1ª Partilha, [...] foram estabelecidos percentuais mínimos de Conteúdo Local para as Fases de Exploração e de Desenvolvimento da Produção condizentes com a perspectiva almejada à época em relação à capacidade da indústria nacional e os preços do petróleo na ocasião. Hoje percebe-se que os percentuais estabelecidos à época são muito acima dos possíveis de serem realizados atualmente, conforme pode ser verificados nos percentuais estabelecidos para as rodadas a serem realizadas em 2017. O contrato da área de Libra prevê CL mínimo global de 37% na Fase de Exploração e de 55% [a] 59% na Etapa de Desenvolvimento da Produção, além de valores mínimos (bastante desafiadores) para inúmeros itens e subitens das tabelas de compromisso [...]

3.13 Numa comparação rápida, observa-se que os valores de CL estabelecidos à época para a área de Libra **são muito superiores àqueles das rodadas planejadas para 2017**[grifo original]. Os valores para a 3ª Partilha (globais e por macrogrupos, sem itens e subitens) foram obtidos a partir de discussões no âmbito do PEDEFOR, quando foram ouvidas as partes interessadas e a sociedade como um todo. Tais discussões permitiram aos Comitês do Programa, por consenso, definir essas exigências de CL que trabalhassem em prol da retomada de investimentos almejadas [sic] pelo País no momento atual, além do aumento da atratividade dos leilões e da geração de empregos no setor produtivo, levando em consideração a **capacidade de fornecimento atual da indústria nacional** [grifo original]. [...]

3.15 Esses percentuais elevados, que a indústria nacional não consegue atingir [...] não é o único problema associado às tabelas de CL utilizadas nas rodadas de concessão anteriores e naquelas da 1ª Partilha: **os itens e subitens que compõem essas tabelas de compromisso não contemplam todos os bens e serviços dos diferentes subsistemas de exploração e produção de petróleo e gás natural** [grifo original], de modo que a obtenção dos valores de CL globais, a partir desses itens e subitens, não é tarefa simples.

3.16 Existem simulações feitas pela indústria que demonstram que, mesmo que sejam atingidos todos os percentuais mínimos de CL exigidos nos itens e subitens, poderia haver multa em relação ao global, causada por essa não abrangência dos itens e subitens e pelos diferentes pesos dos investimentos, a eles associados, nos diferentes contratos, dado que parcela significativa dos bens e serviços são classificados como "outros". Esse problema foi identificado há tempos pela ANP, mas não quis ser enfrentado pelas administrações anteriores [grifo original], que criaram tais tabelas de exigências de CL.

3.17 Esse problema é mais gritante na concessão, onde a oferta de percentuais de CL mínimo para itens e subitens, no momento da licitação (muito antes, portanto, da aquisição dos bens e serviços), ocorre associada aos seus respectivos pesos, com vistas a se obter o valor global de CL, mas não é exclusiva dessa modalidade. A diferença de peso que pode existir entre os dois momentos (licitação e apuração do CL pela Agência) amplifica o problema, que vem a se somar àquele dos itens e subitens não abrangerem todos os bens e serviços dos subsistemas de E&P (lembra-se que, na apuração do CL, o contratado apresenta à ANP os comprovantes de todas as aquisições, acompanhadas de certificados de CL, cujos bens e serviços extrapolam normalmente os itens e subitens das tabelas e cujo peso real, são utilizados para se calcular o CL global). [...]

3.20 Outro problema associado às antigas tabelas de CL, refere-se à forma de contratação atual da indústria operadora, incluindo a Petrobras, que deixaram de comprar diretamente os sistemas (somatórios de bens e serviços), como são as unidades estacionárias de produção (UEPs), passando a afretá-las. Essa forma de contratação atual é utilizada para diminuir riscos e investimentos iniciais dos projetos de desenvolvimento da produção, pois permite uma diluição dos custos das unidades produtivas ao longo da vida útil dos campos, bem como permite a empresa petrolífera focar no seu "core business", que é produzir petróleo e não construir bens e equipamentos, mas não encontra guarida nas citadas tabelas de CL.

3.21 Pelo exposto, ficam evidentes os inúmeros problemas existentes nas antigas tabelas de CL, com exigências para itens e subitens e também global da Fase de Exploração e da Etapa de Desenvolvimento da Produção, associadas aos contratos de concessão, de partilha de produção e mesmo os da Cessão Onerosa, situação que o regramento das rodadas a serem realizadas em 2017 procurou corrigir (Resolução CNPE nº 7/2017).

[grifos nossos, salvo indicação em contrário]

2.5 A proposta da CCL

22. A proposta da CCL é, então, incluir os artigos 34 e 35 na minuta de resolução proposta nos presentes autos - que trata, inclusive das isenções e ajustes de conteúdo local, de modo a atender a

determinação do TCU neste sentido - trazendo a possibilidade de que os concessionários optem por aditar seus contratos de concessão para adotarem as regras de conteúdo local da 14ª Rodada de Licitações, cujo edital está em vias de ser publicado. Do mesmo modo, propõe permitir que tal possibilidade de aditivo se estenda aos contratos de partilha da produção e cessão onerosa, nesse caso mediante concordância de todos os signatários do mesmo. Tal proposta está refletida na minuta proposta, às fls. 661-v, *verbis*:

Art. 34 Faculta-se aos Operadores a possibilidade de aditamento da cláusula de Conteúdo Local nos Contratos de Concessão anteriormente celebrados, de acordo com os termos previstos na Resolução CNPE nº 07, de 11 de abril de 2017 e na cláusula de Conteúdo Local aprovada para 14ª Rodada de Licitações.

§ 1º A possibilidade de aditamento prevista no caput não ensejará revisão das decisões administrativas transitadas em julgado nos processos de fiscalização de cumprimento do compromisso de Conteúdo Local da Fase de Exploração e da Etapa ou Módulo de Desenvolvimento.

§ 2º A celebração de aditamento contratual previsto no caput extingue a possibilidade de solicitação de Isenção de cumprimento e de Ajuste dos compromissos de Conteúdo Local da Fase de Exploração e da Etapa ou Módulo de Desenvolvimento, acarretando extinção automática e respectivo arquivamento dos pedidos anteriormente formulados.

§ 3º A solicitação de aditamento deverá ser apresentada à ANP, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação desta Resolução.

Art. 35 A previsão do art. 34 e incisos poderá ser estendida aos Contratos de Partilha e de Cessão Onerosa celebrados, mediante adesão dos signatários dos respectivos Contratos aos termos do aditamento, de acordo com a Resolução CNPE nº 07, de 11 de abril de 2017 e cláusula de Conteúdo Local aprovada para 3ª Rodada de Partilha.

23. Quanto à fundamentação, do ponto de vista técnico, as diversas opiniões colhidas nos autos e resumidas acima parecem não deixar dúvidas sobre a impropriedade da sistemática de definição da obrigação de conteúdo local vigente até o corrente ano. ANP, MME, TCU e os órgãos integrantes do PEDEFOR todos se manifestaram, de uma forma ou de outra, no sentido de que o sistema anterior era inadequado à realidade do setor de petróleo nacional.

24. Mesmo com a nova política de conteúdo local em vigor, a ANP e os Concessionários ficariam presos por muitos anos ao regime anterior, com todas as suas ineficiências, ausência de embasamento técnico e dificuldades de fiscalização e cumprimento. Tal quadro embasa a motivação da ANP para propor tal mudança, que traria de forma mais imediata os benefícios da nova política de conteúdo local, que de outra forma só surtiria efeitos práticos daqui a vários anos.

2.6 Possibilidade jurídica de aditivo contratual

25. Do ponto de vista jurídico é preciso destacar inicialmente que os contratos em questão foram outorgados em licitações organizadas nos termos da Lei 9.478/1997, e os licitantes tinham plena consciência das condições com as quais estavam concordando. Em alguns desses contratos, tal concordância foi até exacerbada pelo fato de terem sido feitas ofertas de índices de conteúdo local acima do mínimo previsto em edital como forma de aumentar a nota da oferta, como previsto nos editais.

26. Ademais, não é possível se argumentar com um mínimo de seriedade que tais licitantes, todas empresas do setor de petróleo, que estavam - ou deveriam estar - cercadas da mais avançada assessoria técnica e jurídica para elaboração de suas propostas, possam ser enquadradas como hipossuficientes de alguma forma ao tomarem a decisão de aderir às condições previstas nos editais, algumas vezes com ofertas superiores aos mínimos, que sabiam - ou deviam saber - que seriam inalcançáveis.

27. A favor da manutenção dos contratos em questão na forma atual advogam os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e *pacta sunt servanta*.

28. Contudo, não é possível inferir, de tais princípios, que o contrato seja absolutamente imutável. Pelo contrário, é amplamente reconhecida na doutrina a possibilidade de alteração contratual, seja entre partes privadas, seja envolvendo a administração pública. Na seara dos contratos de concessão - ainda que não especificamente de exploração e produção de petróleo - chega-se a falar que o contrato é essencialmente mutável, diante dos longos prazos envolvidos. Neste sentido:

Iniciamos o percurso, lembrando que a mutabilidade é da própria natureza do contrato administrativo, é imanente a ele. (...) Bom de ver que tal prerrogativa não decorre de uma condição de superioridade da Administração em relação ao contratado, mas senão de sua condição de curadora dos interesses públicos primários, também denominados interesses coletivos primários. É a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deles que fundamenta a existência do contrato administrativo e do seu traço distintivo: a mutabilidade. (TCU, DOU 21 mai. 1999, Decisão 215/1999, Rel. Min. José Antônio B. de Macedo)

A doutrina destaca como uma das características dos contratos administrativos a possibilidade de mudanças nas suas cláusulas de execução, o que é muitas vezes denominado como mutabilidade do contrato administrativo. Trata-se, a rigor, do poder-dever conferido à Administração de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que o ajuste realize da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração" (BARROSO, Luís Roberto. Parecer disponível em http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf.

29. Os textos citados acima consideram até mesmo a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, dentro de certos limites e presentes razões de interesse público. Com até mais razão, então, seria possível a alteração do contrato por mútuo consentimento das partes. Do ponto de vista do concessionário esse consentimento não apresenta maiores questões, visto que seria decorrente da própria autonomia da vontade que lhe é peculiar.

30. Nesse sentido, cumpre mencionar que a possibilidade de aditamento foi prevista expressamente nos contratos de concessão da ANP. A título de exemplo, confira-se a cláusula trigésima quarta, do contrato de concessão da 13ª Rodada de Licitações da ANP, particularmente, o subitem 34.2:

Quaisquer modificações ou aditivos a este Contrato deverão observar a Legislação Aplicável e somente terão validade se realizados formalmente e por escrito e assinados pelos representantes das partes.

31. Da leitura desse subitem, decorre que, ressalvada determinação legal em contrário, não houve limitação dos temas que podem ser tratados por meio de aditivo. Tal previsão decorre do fato de os contratos de concessão estarem sujeitos a uma longa duração, com prazos superiores a duas décadas. Como não é possível prever todas as circunstâncias que podem motivar uma alteração consensual do ajuste, o contrato de concessão teve o cuidado de não limitar a priori, por cláusulas contratuais, o objeto a ser ajustado. Desse modo, não há vedação à celebração de termo aditivo sobre o tema ora em questão.

32. Já em relação ao consentimento da Administração Pública apresentam-se questões mais complexas. É necessário, em primeiro lugar, que tal alteração esteja fundamentada, de forma concreta, no interesse público, ainda que chamado de interesse nacional, política pública, etc. Além disso, é necessário que eventual consentimento respeite os princípios jurídicos aplicados à Administração Pública, como o princípio da isonomia, vinculação ao edital, publicidade, participação popular e eficiência administrativa.

33. Quanto à efetiva existência de interesse público na alteração dos contratos, é inequívoco que se trata de uma avaliação que diz respeito ao mérito administrativo, que repousa na esfera de discricionariedade da autoridade pública competente, e não deste órgão de consultoria jurídica.

34. A bem da verdade, consideramos que não cabe a ANP decidir os índices de conteúdo local a serem exigidos dos concessionários, pois se trata, inequivocamente, de uma política pública para o setor de petróleo e gás. A ANP, na qualidade de órgão regulador do monopólio da União sobre as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural (Constituição Federal, art. 177, §2º, III) possui uma série de atribuições legais relacionadas aos contratos de E&P, previstas na Lei 9.478/1997:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

II - 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;

III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

Dentre essas atribuições, contudo, não está incluída a fixação dos índices de conteúdo local a serem exigidos. Essa é uma atribuição legal do CNPE por provocação do MME, conforme disposição expressa das Leis 9.478/1997 e 12.351/2009:

Lei 9478/1997

Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: [...]

IX - definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento; (Redação dada pela Lei nº 12490, de 2011)

X - induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX.

Lei 12.351/2009

Art. 10. Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências: [...]

III - propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção: [...]

e) o conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional;

[grifos nossos]

35. Não foi por outro motivo que a ANP, apesar de registrar suas ressalvas em relação à forma de execução da política de conteúdo local, diante das dificuldades até mesmo para aferição dos índices com base em tabelas de itens e subitens que não refletem a realidade da indústria, continuou realizando as licitações com as cláusulas de conteúdo local estabelecidas na política.

36. Nesse cenário, a edição da Resolução CNPE 07/2017 representa uma quebra desse paradigma. Ainda que a resolução não trate das rodadas anteriores, fica claro da redução de índices implementada, aliada às considerações do próprio MME mencionadas acima, que se tratou não apenas de uma mudança de política industrial com efeitos prospectivos, mas de um tácito reconhecimento de que os índices anteriores haviam sido fixados em patamares exagerados, e acompanhados de regras que tornam a própria fiscalização do contrato por demais complexa, e até mesmo inatingível. Essas dificuldades de fiscalização atingem diretamente a ANP, que na condição de gestora dos contratos de concessão, se vê obrigada a fazer cumprir as regras de conteúdo local com todos os complicadores narrados acima.

37. Surge então, para a ANP, uma legítima motivação, fundada em elementos de interesse público - cuja aferição, não custa lembrar, compete ao gestor público - na realização de alterações nos contratos anteriores. Uma decisão neste sentido deve estar devidamente fundamentada, e não pode descuidar dos princípios que regem a administração pública já mencionados anteriormente, e que serão avaliados com mais vagar a seguir.

2.7 Princípios da isonomia e da vinculação ao edital

38. Pelo princípio da vinculação ao edital, a contratação deve acontecer nos termos em que foi oferecida a todos os potenciais interessados através do procedimento licitatório, como um desdobramento do princípio da isonomia. Este princípio pode sofrer limitações pela própria mutabilidade dos contratos administrativos. Contudo, o princípio maior da isonomia deve prevalecer: as alterações posteriores não podem ser pontuais ou direcionadas a determinados licitantes, sob pena de se converterem em violações à isonomia que é a base do sistema de licitações.

39. Nesta seara agiu bem a área técnica ao propor que a prorrogação se estenda a todos os contratos em vigor de forma indistinta. Ademais, sua veiculação por meio de Resolução ANP garante um caráter de generalidade ao procedimento.

2.8 Princípios da publicidade e da participação popular

40. As alterações contratuais propostas em contratos administrativos devem receber a mais ampla publicidade. Nesse sentido, a Lei 9.478/1997 estabelece que:

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

41. Assim, a submissão da minuta de resolução é medida que se faz necessária.

2.9 Princípios da eficiência administrativa e segurança jurídica

42. Pelo princípio da eficiência - introduzido na Constituição Federal na mesma quadra histórica da reforma do marco regulatório do setor do petróleo - o administrador público deve empregar com a coisa pública o mesmo zelo dedicado a sua propriedade particular, adotando medidas de economia e eficiência com o fim de atingir o interesse público com o menor dispêndio de recursos possível. A aplicação deste princípio jurídico envolve alta dose de discricionariedade, mas existem alguns elementos objetivos que podem ser avaliados.

43. Um ponto positivo da proposta encaminhada é que existe uma clara contrapartida: junto com a redução dos índices inerentes à adoção das regras da 14ª Rodada, os concessionários que venham a aderir à proposta abrirão mão dos mecanismos de isenção do cumprimento de conteúdo local (waiver), já que esse instrumento foi abolido pela Resolução CNPE 7/2017. Assim, a ANP terá inegável redução da demanda por esse instrumento que tem se demonstrado tão complexo e que demanda tantos recursos humanos e materiais da ANP, em benefício da eficiência administrativa.

44. Outro ponto que favorece a eficiência administrativa - e também a segurança jurídica - é o dispositivo que deixa claro que não haverá revisão das decisões administrativas transitadas em julgado.

45. Aqui, aproveitamos para fazer a sugestão de que seja incluída também cláusula prevendo que os concessionários aderentes à proposta renunciarão a qualquer demanda contra a ANP por conta das regras anteriores de conteúdo local. Essa sugestão tem como objetivo justamente reforçar a eficiência e a segurança da proposta.

2.10 Comunicação da Proposta ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério de Minas e Energia

46. Como destacamos ao longo deste Parecer, um dos fundamentos para o aditivo proposto foi justamente as inconsistências do modelo anterior, apontadas pelo MME e pelo TCU.

47. No caso do MME, cumpre lembrar que um dos artigos propostos trata dos contratos de partilha e cessão onerosa, cuja assinatura é de sua competência, do mesmo modo que eventual aditativação.

48. Especificamente em relação à corte de contas, a Instrução Normativa TCU 27/1998 estabelece que

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes

49. Os contratos de concessão para exploração e produção da ANP não são, tecnicamente, concessões de serviço público, e, portanto, não estariam enquadradas no dispositivo em questão. Contudo, em função da competência do TCU para o controle externo de todas as unidades da Administração Federal, a ANP tem submetido voluntariamente seus procedimentos licitatórios ao TCU de forma prévia, garantindo maior segurança jurídica no seu atuar. Desse modo, por conta do princípio do paralelismo de formas e também como forma de garantir segurança jurídica, é altamente recomendável que se faça o mesmo nesse procedimento de aditativação contratual.

50. Nada mais justo portanto, que no procedimento de consulta e audiência pública essas duas instituições sejam formalmente convidadas a participar e apresentar suas contribuições, de modo a garantir a ampliação do debate. É importante ainda que tal comunicação se dê o quanto antes, para que os referidos órgãos tenham, no mínimo, o período de consulta e audiência pública para tomar conhecimento dos principais pontos dos aditivos propostos.

2.11 Ajustes pontuais na redação do termo aditivo

51. Como forma de incorporar as sugestões do presente parecer, bem como proceder a alguns ajustes pontuais e de redação, propomos a seguinte redação para os dispositivos propostos:

Art. 34 Faculta-se aos Concessionários a possibilidade de aditivo aos Contratos de Concessão atualmente em vigor, de acordo com os termos previstos na Resolução CNPE nº 07, de 11 de abril de 2017 para que seja adotada a cláusula de Conteúdo Local aprovada para 14ª Rodada de Licitações em substituição à cláusula de conteúdo local do contrato em questão.

§ 1º O aditivo em questão conterá também as seguintes cláusulas:

"A celebração do presente aditivo não ensejará revisão das decisões administrativas transitadas em julgado nos processos de fiscalização de cumprimento do compromisso de Conteúdo Local da Fase de Exploração e da Etapa ou Módulo de Desenvolvimento. O Concessionário renuncia a qualquer pleito que possa ter contra a ANP em função de multas já pagas por descumprimento da obrigação de conteúdo local.

A celebração do aditivo contratual previsto no caput extingue a possibilidade de solicitação de Isenção de cumprimento e de Ajuste dos compromissos de Conteúdo Local da Fase de Exploração e da Etapa ou Módulo de Desenvolvimento, acarretando extinção automática e respectivo arquivamento dos pedidos anteriormente formulados."

§ 2º A solicitação de aditamento deverá ser apresentada à ANP, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação desta Resolução.

Art. 35 A previsão do art. 34 e incisos poderá ser estendida aos Contratos de Partilha e de Cessão Onerosa nos quais a ANP constou como reguladora e fiscalizadora, mediante concordância de todos os signatários dos respectivos Contratos, aplicando-se nesse caso a cláusula de Conteúdo Local aprovada para 3ª Rodada de Partilha.

3. CONCLUSÃO

52. Diante de todo o exposto, e ressalvadas as questões referentes ao mérito administrativo das medidas propostas, cuja avaliação final compete à Diretoria Colegiada da ANP, consideramos que juridicamente viável que a ANP, valendo-se da fundamentação aqui exposta e dos patamares trazidos pela Resolução CNPE 07/2017, faça a proposta de aditivo para incorporação aos contratos em vigor das disposições de conteúdo local da 14ª Rodada de Licitações, nos termos detalhados no item 49 deste Parecer.

53. No que toca à redação da minuta de resolução como um todo, fazemos referência ao Parecer 125/2017/PFANP/PGF/AGU e respectivo despacho de aprovação. Uma vez atendidas as recomendações ali lançadas, bem com as deste Parecer, não verificamos óbice jurídico ao encaminhamento da presente proposta de ação a consulta e audiência pública.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2017.

ARTUR WATT NETO

Procurador Federal
Procurador-Geral Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610002325201217 e da chave de acesso 026b84b2

Documento assinado eletronicamente por ARTUR WATT NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 59061791 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTUR WATT NETO. Data e Hora: 17-07-2017 14:00. Número de Série: 13898499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

DESPACHO n. 00407/2017/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.002325/2012-17

INTERESSADOS: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS - ANP

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Aprovo o **PARECER n. 00312/2017/PFANP/PGF/AGU.**
2. Encaminhe-se à CCL.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2017.

EVANDRO PEREIRA CALDAS
PROCURADOR-GERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À ANP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610002325201217 e da chave de acesso 026b84b2

Documento assinado eletronicamente por EVANDRO PEREIRA CALDAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 59918769 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EVANDRO PEREIRA CALDAS. Data e Hora: 17-07-2017 14:05. Número de Série: 8453823778070658731. Emissor: AC CAIXA PF v2.
