



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

PARECER n. 00135/2018/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.012420/2017-33

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO**

EMENTA: ANÁLISE DE MINUTA DE RESOLUÇÃO TRATANDO DA REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE ROYALTIES SOBRE A PRODUÇÃO INCREMENTAL EM CAMPOS MADUROS PARA ATÉ 5%, COM APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO EM VIGOR. COMPATIBILIDADE COM RESOLUÇÕES DO CNPE E COM A LEI 9.478/97. ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO E DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA CERTIFICADOS POR MANIFESTAÇÕES DE VÁRIOS SETORES DA AGÊNCIA. RESPOSTA A QUESTIONAMENTOS DA ÁREA TÉCNICA E APROVAÇÃO COM RESSALVA ÚNICA NO ITEM "55" DO PARECER.

1. RELATÓRIO

Trata-se de Proposta de Ação 14/2018, oriunda da Superintendência de Desenvolvimento e Produção (SDP), que trata da redução do percentual de royalties sobre a produção incremental em campos maduros para até 5%. Tal providência seria cabível em todos os contratos de concessão em vigor, de acordo com o art. 1º, parágrafo único da minuta de Resolução ANP, e foi prevista no item 6.12 da Agenda Regulatória para o biênio 2017/2018.

1. Inicialmente, houve provocação desta PRG para resposta a quatro questionamentos:

(i) a previsão legal e editalícia da possibilidade de redução dos royalties em razão de "outros fatores pertinentes" sugere que os fatores de redução sejam exemplificativos? Caso positivo, é possível à ANP fixar outros fatores em regulação própria?

(ii) é possível aplicar o art. 3º, XII da Resolução CNPE nº 17/2017 aos contratos que não necessitarão de prorrogação?

(iii) ante lacuna existente, é possível estender a previsão de redução dos royalties nos editais de Rodadas de Concessão aos contratos em curso provenientes da Rodada Zero, Décima Primeira, Décima Segunda e Décima Terceira Rodada? Quais seriam os mecanismos a serem utilizados neste caso?

(iv) é possível realizar a prorrogação contratual para contratos de concessão não oriundos da Rodada Zero, considerando o art. 1º da Resolução CNPE nº 02/2016?

2. Foi exarado o Parecer 00512/2017/UED/PGF/AGU, que restou não aprovado, nos termos do Despacho 00938/2017/PFANP/PGF/AGU, sobretudo por não terem sido indicados pela área técnica da ANP "i) o ato a ser praticado; ii) o fundamento para sua prática e o objetivo a ser perseguido; iii) o benefício esperado pela medida para o mercado e a sociedade; iv) o interesse público tutelado; v) os riscos envolvidos; vi) análise comparativa entre as alternativas existentes". Nesse contexto, mesmo com a ressalva expressa pela discordância com aspectos teóricos do Parecer nº 512/2017, a consulta foi devolvida à área técnica, para fins de complementação da instrução administrativa e melhor delineamento do objeto da consulta.

3. Tomadas tais providências pela área técnica da Agência, com o envolvimento e manifestação de diversos setores, chegou-se à minuta de Resolução acostada às fls. 182/183v do processo administrativo, a respeito da qual foi solicitada, novamente, manifestação desta Procuradoria acerca dos questionamentos supracitados.

4. De acordo com a Nota Técnica 004/2018/SDP, o objetivo perseguido pela medida " diz respeito à implementação de uma estratégia para fomentar a produção em campos maduros, permitindo a realização de investimentos que levem à redução do declínio de produção dos campos e a extensão da vida útil".

5. Eis o delineamento da consulta.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Compatibilização das atribuições da Agência Nacional do Petróleo-ANP e do Conselho Nacional de Política Energética-CNPE

6. Antes de mais nada, é de suma importância situar institucionalmente a relação entre a ANP e o CNPE, já que a presente consulta passa pela análise da atuação de ambos.

7. Concretizando o art. 177, §2º, inciso III da Constituição Federal, a Lei 9478/1998 criou a ANP como autarquia responsável pela regulação da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, utilizando o formato americano das "agências reguladoras" - conseqüentemente,

concedendo maior independência funcional e técnica. O amplo rol de atribuições constante dos arts. 8º a 10 exige, por outro lado, uma gama de poderes que seja adequada e suficiente para sua consecução, o que justifica a atuação ao mesmo tempo normativa, administrativa, reguladora e, para alguns doutrinadores, judicante da Agência.

8. Já o CNPE veio criado pelo art. 2º como órgão superior de assessoramento da Presidência da República, possuindo atribuições sobretudo propositivas e dependentes de execução por entes públicos e privados do setor energético.

9. Sem maiores delongas, é possível dizer que as diretrizes e as políticas públicas energéticas são traçadas pelo CNPE, enquanto à ANP incumbe a execução de tais políticas e a regulação do setor petrolífero, de acordo com os parâmetros fixados na Constituição Federal e nas leis incidentes.

2.2 Normas específicas sobre o tema da consulta

10. Sobre os pontos analisados neste Parecer, há incidência, principalmente, de Resoluções do CNPE e da Lei 9478/98.

11. A Resolução nº 17/2017 do CNPE direciona à ANP as seguintes orientações, no que toca à redução de royalties para contratos de concessão em vigor:

Art. 3º A ANP, no cumprimento de suas atribuições para a implementação da Política de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, deverá observar as diretrizes estabelecidas no art. 1º, bem como as indicadas a seguir:

(...)

VIII - estimular a extensão de vida útil dos campos, promovendo, simultaneamente, a cultura de preservação das condições de segurança e respeito ao meio ambiente;

(...)

XII - conceder, com base em critérios preestabelecidos e desde que comprovado o benefício econômico para a União, no âmbito das prorrogações dos prazos de vigência dos contratos existentes, uma redução de royalties, para até 5% (cinco por cento), sobre a produção incremental gerada pelo novo plano de investimentos a ser executado, de modo a viabilizar a extensão da vida útil, maximizando o fator de recuperação dos campos. Parágrafo único. A produção incremental, de que trata o inciso XII, será calculada considerando o declínio histórico do campo.

12. Já a Resolução CNPE nº 02/2016 se refere à possibilidade de prorrogação das concessões objeto da Rodada Zero, realizada em 1998:

Art. 1º Autorizar a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP a prorrogar os prazos de vigência dos Contratos de Concessão firmados por ocasião da Rodada Zero, em 1998, considerando as seguintes diretrizes:

I - a prorrogação deverá ser efetuada apenas para os campos cuja extensão do prazo de produção se mostre viável para além do período contratual original;

II - as concessionárias interessadas na prorrogação de que trata o caput deverão submeter à aprovação da ANP o novo Plano de Desenvolvimento, indicando os investimentos a serem realizados; e

III - o prazo de prorrogação deverá ser compatível com as expectativas de produção decorrentes do novo Plano de Desenvolvimento e dos novos investimentos, limitado a vinte e sete anos.

Parágrafo único. O descumprimento dos compromissos de investimento e produção, após análise da ANP, ensejará o início de processo visando a perda de eficácia da prorrogação;

13. Por sua vez, a Lei 9478/97 arrola as cláusulas básicas do contrato de concessão:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

I - a definição do bloco objeto da concessão;

II - o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação;

III - o programa de trabalho e o volume do investimento previsto;

IV - as obrigações do concessionário quanto às participações, conforme o disposto na Seção VI;

V - a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase;

VI - a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens;

VII - os procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato;

VIII - a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;

IX - os procedimentos relacionados com a transferência do contrato, conforme o disposto no art. 29;

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução,

inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

XI - os casos de rescisão e extinção do contrato;

XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

Parágrafo único. As condições contratuais para prorrogação do prazo de exploração, referidas no inciso II deste artigo, serão estabelecidas de modo a assegurar a devolução de um percentual do bloco, a critério da ANP, e o aumento do valor do pagamento pela ocupação da área, conforme disposto no parágrafo único do art. 51.

14. Ademais, a lei também traz dispositivo expresso sobre a possibilidade de redução dos royalties de 10% para até 5%, conforme previsão editalícia:

Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

§ 2º Os critérios para o cálculo do valor dos *royalties* serão estabelecidos por decreto do Presidente da República, em função dos preços de mercado do petróleo, gás natural ou condensado, das especificações do produto e da localização do campo.

§ 3º A queima de gás em *flares*, em prejuízo de sua comercialização, e a perda de produto ocorrida sob a responsabilidade do concessionário serão incluídas no volume total da produção a ser computada para cálculo dos *royalties* devidos.

15. Por fim, não custa esclarecer que a Lei 8.666/93, diploma básico das licitações e contratos administrativos, prevê aplicação subsidiária ("no que couber") para os contratos da Administração - ou seja, com predominante regime de Direito Privado:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3o Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e **aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;**

16. Esse é o caso do contrato de concessão para exploração e produção de campos de petróleo, de acordo com a doutrina mais moderna e com o entendimento sedimentado nesta PRG. Por essa razão, eventuais menções à Lei 8666/93 tem meros fins argumentativos.

2.3 Premissas teóricas e doutrinárias

17. Consoante adiantado acima, a doutrina administrativista majoritária atribui à concessão de área pública para exploração de petróleo a natureza de "contrato privado da Administração".

18. Mesmo para os defensores desta corrente, não se cuida, por óbvio, do enquadramento total no regime privatista. Na lição de Alexandre Aragão, "*tais contratos, como não visam à delegação de serviços públicos, são, em linhas gerais, de Direito Privado, o que não impede, e, ao revés, impõe, que possuam cláusulas de ordem pública e de dirigimos estatal, não apenas quando da sua celebração, como também ao longo da sua execução*"^[1].

19. De todo modo, a implicação real disso, para os fins deste Parecer, é que a figura jurídica da concessão possui um regramento próprio à parte da Lei 8666/93, mas recebe o influxo de institutos tanto do direito público quanto do direito privado.

20. Especificamente quanto aos contratos de concessão, a Lei 9478/97 traz para a ANP atribuições que vão desde a elaboração da minuta de contratos até a fiscalização de seu efetivo cumprimento. Longe de se limitar a aspectos individuais e concretos dos contratos, também incumbe à Agência a edição de normas gerais e abstratas sobre todo o procedimento de contratação. Em suma, pode-se dizer que "*há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações*"^[2].

21. Não custa lembrar que a concepção das agências reguladoras no Brasil ocorreu em um momento de transição do Estado interventor/burocrático para o Estado regulador/gerencial, tendo sido justificada pela impossibilidade de a obsoleta estrutura administrativa centralizada lidar com as demandas e problemas cada vez mais complexos de setores estratégicos como o petrolífero, energético, telefônico etc. Essas áreas evoluem com extrema rapidez e demandam respostas estatais urgentes, o que a Administração Pública planejada pelo Decreto-Lei 200/1967 já não conseguia prestar, ainda mais considerando a elevada influência política em seus quadros, a impedir uma adequada atuação técnica e eficiente.

22. A busca por eficiência na Administração foi, inclusive, alçada a princípio constitucional

expresso pela EC nº18/1998 (art. 37, caput), podendo ser resumida no objetivo de "*obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere. Os agentes públicos têm o dever-poder de desempenhar a função pública de forma eficiente*"^[3]. Muito se fala, nessa linha de raciocínio, de uma "Administração Pública de resultados", guiada mais pelos efeitos práticos de suas decisões que por preocupações de ordem formal. Em paralelo a isso, realiza-se uma releitura do tradicional princípio da legalidade, com dois pontos relevantes: de um lado, afasta-se da tese de que à Administração cumpre executar apenas o que venha expressamente previsto na lei, para conferir ao gestor público uma margem maior de "liberdade" de atuação; de outro, a vinculação estrita à letra da lei é substituída pelas noções de juridicidade e legitimidade - conceitos estes que prestam maior deferência às normas, princípios e objetivos constitucionais como balizadores dos atos administrativos, afastando-se do puro positivismo.

23. Essa nova visão baseia-se justamente na mesma premissa fática que ensejou a criação de agências reguladoras para determinados setores estratégicos: a exigência prática de uma atuação mais rápida e mais eficiente pela Administração, diante de uma sociedade globalizada, heterogênea e constantemente em mudança.

24. Não à toa, quando a doutrina trata da "crise" dos paradigmas clássicos do Direito Administrativo, arrolam-se, lado a lado, como expressões da mesma evolução, a vinculação jurídica à juridicidade (e não mais à legalidade estrita) e a descentralização da Administração Pública através do surgimento de agências reguladoras independentes^[4].

25. Voltando o foco para os temas analisados neste Parecer, pode-se dizer que a releitura administrativa traz consigo dois novos conceitos relacionados entre si e que importam a matéria sob Consulta: a mutabilidade dos contratos firmados pela Administração e a consensualidade.

26. A possibilidade de mudança em cláusulas dos contratos administrativos é entendimento sedimentado nesta PRG (Pareceres 204/2017 e 312/2017). Muitos doutrinadores sustentam que a mutabilidade é característica intrínseca a tais negócios, especialmente em se tratando de contratos de longo prazo, como é o caso das concessões de exploração e produção de petróleo, que via de regra possuem prazo de 27 anos apenas para a fase de produção.

27. Assim entende Flávio Amaral Garcia^[5]:

"O engessamento na execução do contrato, mormente tratando-se de contratos com longos prazos de duração, atentaria contra a finalidade pública almejada, pois não atenderia, em nenhuma medida, à concepção de uma prestação eficiente do serviço público, que está sujeito a permanente evolução. Portanto, é esta normal instabilidade das circunstâncias originais que dita a constante necessidade de adequação e permanente releitura do contrato à luz das variantes econômicas, sociais, políticas, administrativas ou mesmo tecnológicas que vão se delineando no decorrer de sua execução".

28. No mesmo sentido, Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira sustenta a aplicação da teoria dos contratos relacionais aos contratos administrativos, com base em lições de economia comportamental^[6]:

"Nesse contexto de ideias, surge a possibilidade de se fazer uso da teoria dos contratos relacionais no âmbito do estudo dos contratos administrativos. Esta teoria trabalha com a incompletude do contrato e a complexidade das relações que se estendem no tempo. O processo de planejamento e a possibilidade de negociação no curso da relação contratual passam a ser instrumento necessários, assim como o reconhecimento de uma maior flexibilidade para tratar do ajuste. (...) A ideia dos contratos relacionais aproxima o direito dos contratos à teoria econômica, permitindo-se que a confiança gerada por essa nova perspectiva dos ajustes de longo prazo possa diminuir os custos de transação, obstar comportamentos oportunistas, conferir a estabilidade necessária para as relações, diminuir assimetrias de informação e eventuais externalidade negativas que uma escolha contratual possa ter."

29. Caso se parta do pressuposto do regime predominantemente privado das concessões de exploração e produção de petróleo, a aceitação dessa ideia fica ainda mais fácil, na medida que a autonomia da vontade das partes é um dos cânones interpretativos do Direito Contratual. Por outro lado, mesmo que assim não fosse, o princípio da eficiência e a busca pela consecução do interesse público com observância dos direitos fundamentais são razões razoáveis, se comprovado seu atendimento no caso concreto pela Administração, para atribuir validação de acordo com as normas publicistas.

30. Na realidade, percebe-se que a Lei 9478/97 prevê as cláusulas do contrato de concessão e já encerra nesse momento sua regulamentação. Nessa aparente lacuna legislativa, cabe ao intérprete dar sentido ao ordenamento ao mesmo tempo em que possibilita à agência reguladora que efetivamente tome as melhores medidas para o desenvolvimento do setor: se a Lei 8666/93, que trata de contratos administrativos em regime integral de Direito Público e tem regras naturalmente mais rígidas, prevê casos de alteração contratual, a conclusão lógica deve ser pela possibilidade de alterações consensuais nos contratos da Administração (de regime predominantemente privados), como é o caso da concessão de exploração e produção de petróleo.

31. Já a aplicação da consensualidade nos contratos administrativos tem total pertinência com a sua mutabilidade, já que, a não ser que se trate de casos de aplicação de "cláusulas exorbitantes" próprias do influxo publicista, a alteração contratual demandará provocação do concessionário ou ao menos sua anuência. A propósito, Flávio Amaral Garcia correlacionando diretamente tal conceito ao princípio da eficiência e à Administração de Resultados^[7]:

"A supremacia e a subordinação cedem espaço a atos de coordenação, calcados na consensualidade, que terão por objeto a composição de interesses aparentemente antagônicos. A lógica subjacente a essa linha de pensamento é no sentido de que as atividades calcadas na consensualidade atingem maior eficácia na definição da justa medida para o interesse público específico a ser atendido e preservado. Daí se afirmar que a consensualidade se revela como instrumento de efetivo incremento da eficiência administrativa, eis que pela via da cooperação se poderá materializar o atendimento de um interesse público primário. Trata-se, pois, de uma nova visão da Administração Pública, que se legitima pelos resultados, e não apenas pelo cumprimento eficaz de trâmites burocráticos".

32. A vertente consensualista é, portanto, mais uma forma de justificar a flexibilização de eventuais obstáculos formais e o atingimento do interesse público da forma mais ampla possível, sempre com vistas ao princípio da eficiência e resguardando os direitos dos contratados.

33. Estabelecidas, portanto, as premissas teóricas sobre o papel da ANP na regulação das concessões de exploração e produção de petróleo, passa-se à resposta ao objeto da consulta.

2.4 Resposta aos questionamentos da área técnica

34. Delineado o contexto normativo e as expostas as premissas teóricas da atuação regulatória da ANP, passa-se à resposta dos questionamentos dirigidos pela área técnica.

35. No que tange à primeira pergunta **(i)**, o entendimento desta Consultoria é no sentido de que o trecho "outros fatores pertinentes", presente no art. 47 da Lei 9478/97, atribui sentido exemplificativo ao dispositivo, até mesmo por interpretação literal do dispositivo. No mesmo sentido, sendo a ANP dotada de poder normativo na medida de suas amplas e relevantes atribuições e de acordo com os parâmetros delineados pelo legislador (*delegation with standards*), não vislumbro óbice jurídico para elaboração de regulamentação própria por parte da Agência.

36. Através do questionamento **(ii)**, a PRG foi consultada para responder se o art. 3º, XII da Resolução CNPE nº 17/2017, que traça a redução de royalties sobre produção incremental como uma das diretrizes de política energética, pode ser aplicado aos contratos que não demandem prorrogação, na medida que a orientação do Conselho apenas menciona contratos *em prorrogação*.

37. Ora, como se deixou esclarecido no Tópico 2.1, a atuação do CNPE é concretizada através de atos propositivos, definindo as linhas de ação e políticas públicas a serem implementadas pelo setor energético.

38. Logo, do ponto de vista jurídico, tem-se a conclusão tranquila de que a diretriz do CNPE não vincula diretamente a Agência Nacional do Petróleo, que permanece com independência e discricionariedade técnica dentro de sua esfera de atuação para praticar ou deixar de praticar os atos que repute necessários.

39. No presente caso, na verdade, o que ocorre é verdadeira convergência de entendimento entre o CNPE e a ANP, porquanto a área técnica da Agência constatou que a diretriz traçada é benéfica para a indústria do petróleo. Ou seja, um ente regulador e técnico convalida, comprovadamente e com base em estudos específicos para tanto, uma diretriz proposta por um órgão político.

40. Nada impede que a diretriz do CNPE, inicialmente direcionada para contratos *em prorrogação*, seja concretizada também para contratos que não necessitem de dilação de prazo, desde que recaiam sobre "campos maduros", conforme o critério estabelecido pela Resolução ANP. Os problemas que se busca resolver e os benefícios apurados pela área técnica são praticamente os mesmos nas situações abrangidas pela minuta de Resolução da ANP, estando ou não o contrato de concessão em fase final.

41. A noção de "campos maduros" foi o critério considerado mais adequado pela área técnica para espelhar as preocupações do CNPE ("extensão da vida útil" dos campos, considerando o "declínio histórico" da produção). Sua origem extremamente técnica, inclusive, pode ser evidenciada pela justificativa de seu enquadramento, o que vem tratado na Nota 004/2018/SDP (fl. 109v/110):

"Foram pesquisadas diversas fontes, objetivando identificar um critério técnico de direta aferição empregado pela indústria e centros de referência relacionados a ela. Por fim, optou-se pela utilização do conceito trazido por meio do relatório da IHS Cambridge Energy Research Associates, intitulado 'Mature Oil Fields-Unleashing the Potential'".

42. Já no que diz respeito à importância do fomento à produção em "campos maduros", a Nota registra que "*embora os campos enquadrados como maduros possuam volume de reservas bastante inferiores em relação aos campos não maduros, eles são em grande número. Sendo assim, a implementação de política com vistas à maximização da recuperação dos recursos in situ e a extensão da vida útil desses campos poderá beneficiar centenas de campos distribuídos pelo território de dez estados brasileiros*" (fl. 115).

43. E, com isso em mente, entendeu a ANP que o prazo contratual não é o fator relevante, mas sim as características geológicas e produtivas do campo, tudo para melhor consecução da política traçada para o setor.

44. Além disso, como já se disse, o CNPE é um órgão interministerial que tem como atribuição propor, por meio de resoluções, a adoção de políticas e diretrizes que serão aprovadas, ou não, pelo chefe do Poder Executivo para, se aprovadas, serem, posteriormente, regulamentadas pela ANP, a agência reguladora competente. Por consequência lógica, as resoluções possuem a natureza de ato administrativo de cunho apenas propositivo, que indica um direcionamento político a ser preferencialmente seguido pelos entes reguladores.

45. Em suma, a diretriz expedida pelo CNPE pode ser estendida para alcançar contratos que não necessitem de prorrogação, seja em razão da natureza propositiva dos atos do Conselho, seja em razão da conclusão técnica da ANP no sentido de que a melhor regulação ocorreria através do conceito de "campos maduros", cujo enquadramento é previsto no art. 2º, inciso III da minuta submetida à PRG.

46. O questionamento (iii) merece análise mais detida, visto que o art. 47 da Lei 9478/97 trata sobre o tema e consiste em parâmetro definido pelo legislador.

47. Referido dispositivo, já transcrito acima, faculta à ANP que preveja a redução de royalties no edital de licitação. Há que se questionar, primeiro, se o princípio da vinculação ao edital representa limite à redução de royalties sobre contratos de concessão que não prevejam essa possibilidade. Posteriormente, analisa-se a possibilidade de alteração de contrato em vigor, em caso de consenso entre as partes. Ao fim, passa-se à análise de compatibilidade com o art. 47 da Lei 9478/97.

48. Pois bem. Sabe-se que os contratos tratados na Rodada Zero não foram precedidos de licitação e os blocos foram concedidos diretamente à Petrobras como medida de transição do modelo econômico anterior à Lei 9478/97 para o modelo instituído por tal diploma.

49. Se não houve licitação, por óbvio, não houve normas editalícias, o que afasta de plano o obstáculo do princípio da vinculação ao edital para a Rodada Zero.

50. Já para as concessões objeto das Rodadas Décima Primeira, Décima Segunda e Décima Terceira, a ANP não fez valer a faculdade prevista no art. 47, de forma que o edital foi silente sobre o ponto.

51. Contudo, sabe-se que referido princípio busca, ao mesmo tempo, evitar favorecimentos no curso do certame, o que poderia afetar a isonomia entre os concorrentes e a competitividade, bem como impedir que sejam feitas alterações no objeto licitatório que não se enquadrem em hipóteses que a própria Lei 8666/93 já prevê. Disso se extrai que (i) a vinculação ao edital não é absoluta, até porque a própria lei traz mitigações expressas; (ii) os interesses resguardados pelo princípio não são afetados, no caso concreto, pela providência normativa objeto deste Parecer.

52. Por exemplo, a Lei 8666/93 (lei geral de licitações e contratos) e a Lei 12462/2011 (lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC) permitem a alteração do edital, sem reabertura do certame, caso não haja alteração no conteúdo das propostas:

Art. 21 da Lei 8666/93. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 4º **Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.**

Art. 15 da Lei 12462/11. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório: (...)

§ 4º **As eventuais modificações no instrumento convocatório serão divulgadas nos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.**

53. Contudo, a redução proposta pela minuta da Resolução ostenta caráter geral e abstrato e abrange um número considerável de campos de petróleo (282 campos, de acordo com a Nota 004/2018/SDP, fl. 108), de forma que a impessoalidade não fica comprometida em qualquer aspecto. Além disso, ao incidir apenas sobre a produção incremental - ou seja, decorrente de investimentos que não seriam realizados na execução normal do contrato - pode-se dizer, que **aparentemente** não há alteração das propostas e, por consequência, burla aos critérios pré-estabelecidos para o certame.

54. **Nada obstante isso, por se tratar de matéria alheia à expertise jurídica, é interessante que a área técnica da ANP se manifeste a respeito desse ponto, esclarecendo se a alteração proposta no regime de royalties impacta, de alguma forma, nas propostas apresentadas pelos concorrentes do certame de concessão.**

55. Aliás, longe de se pretender favorecer um ou outro concessionário (o que já não seria possível diante da abstração e generalidade da norma), o que a medida proposta pretende é que prolongar o cumprimento do contrato e aumentar os volumes produzidos, evitando-se a devolução de campos maduros que, mantidos os termos originais da avença, não possuiriam viabilidade econômica suficiente para os contratados.

56. Isso se enquadra perfeitamente na finalidade atribuída pela Lei 9478/97 à ANP, no sentido de que devem ser buscados o uso adequado das reservas de petróleo e a proteção do meio ambiente:

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:

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e **uso racional do petróleo**, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de **preservação do meio ambiente**;

57. Trata-se nada mais que a busca pela concretização de objetivos fundamentais e diretrizes econômicas previstos pela Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional ;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

58. É pacífica, outrossim, a noção de que os princípios constituem "mandados de otimização", sendo certo que muitas situações acabam envolvendo colisão entre vários princípios incidentes. No caso concreto, mesmo que se entendesse por algum motivo por comprometido o princípio da vinculação ao edital, o princípio da eficiência poderia ser facilmente apontado como contraponto. Em uma rápida ponderação de princípios, é plenamente defensável a tese de que a vinculação ao edital deveria ceder face aos ganhos econômicos e operacionais que a redução dos royalties traria para o Estado brasileiro, considerando os estudos técnicos do CNPE e da ANP - sobre os quais, vale frisar, não incumbe à consultoria exercer papel de controle/fiscalização, por se tratar de claro espaço técnico de discricionariedade administrativa.

59. A doutrina administrativista vem propugnando por uma espécie de "formalismo moderado" em matéria licitatória, no sentido de que as normas devem ser interpretadas de acordo com o interesse a elas subjacente e com as normas constitucionais porventura aplicáveis. A respeito do tema, Marçal Justen Filho assim aduz^[8]:

"Os diplomas legais podem ser mais ou menos formalistas. Isso não autoriza o formalismo do intérprete, que não deve transformar-se em autômato, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma lei. (...) Portanto, aplicar a Lei 8.666/93 não consiste numa mera atividade mecânica, derivada da simples intelecção do sentido das palavras. É necessário compreender os valores veiculados através do diploma, verificar os fins a serem atingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito brasileiro".

60. Feita a ressalva apontada no item 55 e ultrapassado o obstáculo do princípio da vinculação ao edital, resta a análise a respeito da possibilidade de realização de aditivo com o intuito de formalizar a proposta de redução de royalties sobre produção incremental em campos maduros, na medida que, como visto, as Rodadas Zero, Décima Primeira, Décima Segunda e Décima Terceira não traziam tal previsão no contrato de concessão.

61. A possibilidade de alteração dos contratos administrativos já está pacificada nesta PRG, conforme analisado acima, devendo-se atentar se há ou não atendimento do interesse público para essa providência.

62. O interesse público é conceito indeterminado que se embrica com o próprio mérito administrativo, sobre o qual não cabe, repita-se, manifestação técnica pela PRG. Nada obstante isso, tanto o CNPE quanto a ANP entenderam, de forma contundente, pelos efeitos positivos da proposta de redução dos royalties sobre a produção incremental de campos maduros para um setor que é tratado como prioritário e estratégico tanto para a segurança nacional quanto para o planejamento energético.

63. Nesse contexto, a Nota 01/2018/SPG afirma que a redução de royalties "*tenderá a gerar um resultado positivo global, isto é, tanto do ponto de vista de incentivo para novos investimentos através dos valores de royalties descontados, quanto do ponto de vista do aumento da produção e dos valores arrecadados e distribuídos de royalties, e ainda, em determinados casos, de participação especial e pagamento aos proprietários da terra, além da possibilidade de aumento dos valores de investimento obrigatório em pesquisa, desenvolvimento e inovação. Assim, em resumo, esse referido resultado positivo restará partilhado entre o investidor e o Estado, apresentando um relevante benefício econômico para toda a sociedade, não só por meio do aumento da produção e da arrecadação, mas também pelos efeitos indiretos dos novos investimentos, destacando-se por certo nesse ponto o aumento do emprego e da renda*" (fl. 138).

64. Outrossim, a minuta de Resolução condiciona expressamente a concessão desse incentivo à prova de benefício econômico para a União (art. 1º). Se há tal condicionamento e, junto a isso, existe o potencial incremento de empregos, investimentos/pesquisas e participações governamentais indicados na Nota acima, é lícito afirmar que o atendimento ao interesse público está bem fundamentado.

65. O consenso das partes envolvidas, por sua vez, é requisito cumprido pelo art. 4º da minuta de Resolução apresentada para consulta, ao se prever expressamente a instauração de procedimento administrativo com iniciativa do concessionário.

66. Por fim, resta perquirir se a Resolução proposta pela ANP nos moldes apresentados configuraria violação ao preceito do art. 47 da Lei 9478/97.

67. Temos que a resposta é negativa. Em primeiro lugar, não há propriamente conflito, já que o dispositivo legal arrola uma cláusula facultativa do edital de concessão (que possui forte influxo de institutos do direito privado), mas em momento algum proíbe aditivo posterior, neste ou em qualquer outro tema contratual.

68. Ademais, a Lei 9478/97 e a minuta de Resolução da ANP partem da mesma premissa técnica: em razão de condições geológicas, econômicas e regulatórias, é de interesse do Estado fixar um patamar de royalties inferior ao patamar padrão de 10%. Ainda, a Resolução da ANP se debruça sobre situação excepcional não prevista pelo legislador, qual seja, a de redução sobre a produção incremental em "**campos maduros**" - conceito geológico/regulatório que existe e é de suma relevância para a política petrolífera nacional, seja qual for a normativa contratual que incida sobre cada campo em si.

69. De fato, conforme colocado pela área técnica da ANP, "*no contexto da presente proposta, um campo de petróleo ou gás se torna maduro, independentemente do disposto no instrumento editalício que o rege*" (fl. 109v).

70. Assim, dentro da ideia de "delegação com parâmetros", percebe-se que a Agência não se dissocia dos standards dispostos pelo legislador.

71. Outrossim, considero que a pergunta (iv) não encontra pertinência com o ato administrativo submetido à consulta, o que dispensaria a análise por parte da PRG por configurar manifestação "em tese". Com efeito, a minuta de Resolução da ANP diz respeito à possibilidade de redução de royalties sobre a produção incremental de campos maduros objeto de concessões em vigor, enquanto no item "iv" é questionada a viabilidade jurídica de prorrogação contratual de contratos que não tenham sido objeto da Rodada Zero. São, portanto, objetos distintos.

72. Contudo, fato é que a própria minuta da Resolução e o Parecer desta PRG desvinculam a possibilidade de redução dos royalties da necessidade de prorrogação contratual, sobretudo porque há campos que já se enquadram como maduros, apesar de se encontrarem em fase inicial de exploração/produção.

73. A prorrogação contratual, inclusive, já se encontra prevista expressamente em diversos contratos de concessão, conforme faculdade que vem expressa no art. 43, inciso II da Lei 9478/97 e foi efetivamente utilizada pela ANP em diversas Rodadas de Licitação.

74. Além disso, tema semelhante já foi tratado pela PRG no Parecer n. 204/2017/PF-ANP/PGF/AGU (NUP 48610.001808/2017-17), que tratou da possibilidade de prorrogação da fase exploratória de contratos da 11ª e 12ª Rodadas de Licitação.

3. CONCLUSÃO

75. 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, observadas as diretrizes do CNPE, não verificamos óbice jurídico ao encaminhamento da presente proposta de ação a consulta e audiência pública, exceto quanto à ressalta feita no item 55, sobre o qual importa manifestação específica da área técnica.

76. Outrossim, os questionamentos específicos enviados pela área técnica para consulta foram respondidos no tópico 2.4, com a consideração já manifestada sobre a respeito do item "iv".

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2018.

NILO SERGIO GAIÃO SANTOS
Procurador-Geral Substituto
Procuradoria Federal Junto à ANP

ARTUR WATT NETO
Subprocurador-Geral de Exploração & Produção
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) 48610012420201733 e da chave de acesso 91476da3

Notas

1. [^] *As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP; Revista de Direito Administrativo*, 228, p. 250, abr./jun. 2002.
2. [^] *Idem*; p. 262.
3. [^] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; *Novo perfil da Regulação estatal*, p. 38, Ed. Forense, 2015.
4. [^] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 25-26, Editora Renovar, 2006.
5. [^] *Licitações e contratos administrativos*, p. 357, Malheiro Editores, 5ª ed.
6. [^] *Contratos administrativos de longo prazo: entre a incompletude e a certeza da mudança, uma*

proposta regulatória. In Teoria do Estado Regulador - vol. 3, organizada por Sérgio Guerra; p. 194, Editora Juruá, 2017.

7. [^] *Idem, p. 74-75.*

8. [^] *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; p. 851/825, Editora Revista dos Tribunais, 16ª ed.*

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 117403538 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTUR WATT NETO. Data e Hora: 27-03-2018 18:42. Número de Série: 13898499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por NILO SERGIO GAIAO SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 117403538 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NILO SERGIO GAIAO SANTOS. Data e Hora: 27-03-2018 15:04. Número de Série: 13975437. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



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

DESPACHO n. 00418/2018/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.012420/2017-33

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Aprovo o bem elaborado **PARECER n. 00135/2018/PFANP/PGF/AGU**.
2. Após o nosso Despacho 00938/2017/PFANP/PGF/AGU a área técnica robusteceu a instrução do processo trazendo razões técnicas para a prática do ato que demonstram que a resolução proposta, zelando pelo princípio da eficiência, tem como objetivo realizar o melhor aproveitamento dos recursos naturais da União.
3. Seguindo o exposto na manifestação jurídica que ora se aprova, entendo que não há óbices jurídicos para a regulação proposta.
4. Pela relevância da questão, importante que a minuta de resolução passe pelo processo de consulta e audiência pública, com vistas a possibilitar a participação democrática e, eventualmente, receber as melhorias decorrentes das sugestões colhidas.
5. Pelo exposto, devolva-se à SDP para que se manifeste sobre o disposto no item 55 do parecer anexo e, após, encaminhe-se à Diretoria para deliberação.

Rio de Janeiro, 27 de março de 2018.

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) 48610012420201733 e da chave de acesso 91476da3

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 120400461 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EVANDRO PEREIRA CALDAS. Data e Hora: 27-03-2018 21:34. Número de Série: 8453823778070658731. Emissor: AC CAIXA PF v2.
