



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. 00264/2020/PFANP/PGF/AGU**

**NUP: 48610.215088/2019-29**

**PROPOSTA DE AÇÃO Nº 0394/2020**

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP  
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. MINUTA DE  
RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTA OS PROCEDIMENTOS PARA APRESENTAÇÃO DE GARANTIAS  
FINANCEIRAS E INSTRUMENTOS QUE ASSEGUREM O DESCOMISSIONAMENTO DE  
INSTALAÇÕES DE PRODUÇÃO EM CAMPOS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL.**

EMENTA: GARANTIA FINANCEIRA DE DESCOMISSIONAMENTO - MODALIDADES -  
RECOMENDAÇÃO DA SDP PARA UTILIZAR CONTRATO DE FIANÇA PARA GARANTIA  
CORPORATIVA - SEM ÓBICES - DISPENSA DE GARANTIA - SEM ÓBICES - RECOMENDAÇÕES  
PARA ADEQUAÇÃO DE REDAÇÃO.

1. Trata-se de proposta de ação (PA) iniciada pela Superintendência de Desenvolvimento e Produção (SDP) com o objetivo de "Atender recomendação da Procuradoria quanto à fundamentação da Garantia Corporativa como Fiança e propor aperfeiçoamentos à minuta de Resolução que regulamenta os procedimentos para apresentação de garantias financeiras e instrumentos que assegurem o descomissionamento de instalações de produção em campos de petróleo e gás natural para ser submetida à Consulta e Audiência Públicas".

2. A SDP recomenda à Diretoria Colegiada:

I) Revogar a RD nº 170/2020;

II) Autorizar a realização de Consulta Pública, pelo período de 60 (sessenta) dias, e de Audiência Pública por videoconferência, nos termos da Resolução ANP nº 822/2020, da minuta de Resolução que regulamenta procedimentos para apresentação de garantias e instrumentos que assegurem o descomissionamento de instalações de produção em campos de petróleo e gás natural.

3. A primeira minuta de resolução objeto da presente PA foi objeto de análise jurídica realizada por esta Procuradoria Federal junto à ANP, que exarou o **Parecer n. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU**, com recomendação para que a área técnica suprisse o apontado nos parágrafos 22, 28, 29, 61,65, 66, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83 e 88, seguida da conclusão de que não haveria óbices jurídicos a que a minuta fosse submetida à consulta e audiência públicas, uma vez atendidas as recomendações.

4. Em atenção às recomendações, a SDP exarou a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ ANP-RJ (SEI 0685475), e a PA nº 969/2019 culminou com a Resolução de Diretoria nº 0170/2020, que autorizou a disponibilização da minuta de resolução, que regulamenta procedimentos para apresentação de garantia para descomissionamento, e determinou que ao término do período de prevenção decorrente do novo coronavírus (vetor da COVID-19), tendo a situação normalizada no país, fosse publicado no Diário Oficial da União o Aviso de Consulta Pública, pelo período de 60 (sessenta) dias, e de Audiência Pública para a minuta.

5. Conforme registrou na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ ANP-RJ, a SDP "achou por bem submeter nova Proposta de Ação, com a devida fundamentação relativa à alteração da natureza jurídica da Garantia Corporativa, à apreciação da Procuradoria e da Diretoria Colegiada", tendo em vista que, durante o processo de construção da resolução, o Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU (SEI nº [0770728](#)), exarado no bojo do processo nº [48610.203367/2020-83](#), que tratava da apresentação da garantia de desativação e abandono da empresa Petrom Produção de Petróleo e Gás Ltda., para a cessão de direitos do Campo de Rabo Branco, não vislumbrou "vantagens, a princípio, para a Administração no que concerne à transformação da Garantia Corporativa em contrato de Fiança". Confira-se o teor do Parecer quanto ao aspecto referido:

Foi apontado no referido Parecer que após a manifestação da Procuradoria no Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU a Proposta de Ação nº 969/2019 teria sido encaminhada diretamente à Diretoria Colegiada sem a manifestação deste órgão de consultoria jurídica sobre a alteração da natureza jurídica da Garantia Corporativa de Título Executivo Extrajudicial para Fiança. Veja o excerto do referido parecer:

*46. Nos autos do processo nº 48610.215088/2019-29, Proposta de Ação 969/2019, que trata da Minuta de resolução que regulamenta os procedimentos para apresentação de garantias financeiras referentes ao descomissionamento de instalações de produção em campos de petróleo e gás natural, a SDP promoveu, da mesma forma, a alteração do Modelo de Garantia Corporativa, constante do Anexo V, inserindo idênticas referências ao contrato de fiança, bem assim às figuras do Fiador e do Afiançado, sem prévia manifestação da Procuradoria Federal junto à ANP especificamente sobre a mencionada transformação ou acerca do contrato de fiança.*

Aponte-se que a SDP reconheceu como mais adequada e alterou a natureza jurídica da

modalidade Garantia Corporativa em virtude das recomendações de melhores estudos feitas tanto por meio do Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU quanto em reunião que contou com representantes da SDP, PRG e Dir-I, reunião esta realizada para alinhar os passos que precisariam ser dados para o aprimoramento da Garantia Corporativa e da minuta de Resolução, de forma geral.

Nesta toada foram realizadas reuniões com o BNDES para aprofundamento dos requisitos necessários para constituição da Garantia Corporativa, cujos registros constam nos autos.

Nestas reuniões foram apontados a possibilidade da exigência de nota de classificação de risco das garantidoras para maior segurança da garantia, bem como foi apontado que a Garantia Corporativa teria natureza de Fiança, já que seria um instrumento pelo qual, um terceiro alheio à relação contratual, garantiria a obrigação do devedor.

Assim sendo a SDP, entendendo pertinente e adequado, incorporou a natureza jurídica de Fiança à modalidade de Garantia Corporativa prevista na minuta de Resolução em questão. Todavia, visando evitar qualquer falha de procedimento, e após a manifestação da Procuradoria, por meio do Despacho n. 00865/2020/PFANP/PGF/AGU, nos seguintes termos: *Desse modo, estamos de acordo com as conclusões e encaminhamentos do Parecer sob análise, mas sugiro a ressalva dos parágrafos 48 a 55, onde são feitas considerações específicas sobre a eventual adoção do instituto da fiança, considerando a necessidade de análise mais aprofundada sobre o tema, tanto por parte da área proponente quanto pela PRG, que poderá culminar numa proposta de alteração regulatória a ser aprovada na Diretoria Colegiada.*

6. Em suma a Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ ANP-RJ contém: (i) fundamentação para garantia corporativa como fiança; (ii) modelos para as modalidades de garantias e instrumentos previstas como teor mínimo; (iii) melhoria na redação dos dispositivos que tratam da responsabilidade solidária; (iv) melhoria no capítulo sobre a execução das garantias; (v) melhoria das cláusulas sobre cálculo do MAP relacionadas ao mecanismo de incentivo de desconsideração da produção acumulada do campo; e (vi) alterações de forma; tudo seguido de recomendações e conclusões.

7. A Procuradora Federal que subscreve o presente parecer exarou a COTA n. 01668/2020/PFANP/PGF/AGU, ratificada pela COTA n. 01868/2020/PFANP/PGF/AGU, uma vez que verificou, comparando as minutas da resoluções juntadas ao processo, que, além da "transformação da Garantia Corporativa em contrato de Fiança" e o atendimento das recomendações do Parecer n. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, a SDP realizou outras alterações de cunho jurídico na minuta, em especial, mas não apenas, a dispensa de garantia financeira, seguida da exigência de formalização de documento com efeito de título executivo extrajudicial, e a previsão de uma legal opinion como condição para que empresa estrangeira possa apresentar fiança, sem que a legalidade dessas alterações tenha sido avaliada pela Procuradoria Federal, já que foram incluídas na minuta de resolução depois de exarado o Parecer, e seguiram para aprovação da Diretoria Colegiada.

8. Em resposta às cotas, a SDP exarou os Pareceres nº 3/2020/SDP/ANP-RJ (SEI 0843546) e a Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ (08604697).

9. Autos eletrônicos acessados via SEI. Tarefa para análise jurídica aberta no sistema SAPIENS/AGU no dia 05/08/2020. É o relato. Passo à análise.

#### **DA ANÁLISE DE IMPACTO AMBIENTAL - PARECER N. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU (PARECER) - NOTA TÉCNICA Nº 35/2020/SDP/ANP-RJ-E. NOTA TÉCNICA Nº 159/2020/SDP/ANP-RJ (08604697).**

10. Através da Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ ANP-RJ, itens 9 a 57, a SDP faz análise que supre as observações da Procuradoria Federal nos parágrafos 22, 28 e 29 do Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU (PARECER).

11. No entanto, o Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ precisou ser complementado pela Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ (08604697, a fim de que fosse realizada análise mais aprofundada, à semelhança de uma análise de impacto regulatório, especificamente quanto à proposta regulatória de dispensa de garantia financeira para descomissionamento em certas situações.

#### **DO ATENDIMENTO ÀS RECOMENDAÇÕES CONTIDAS NO PARECER Nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU**

12. A partir desse ponto, cabe cotejar se a área técnica observou as recomendações contidas no parecer, bem como se há necessidade de novas recomendações. A análise técnica contida na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ ANP-RJ mostra-se robusta, não só atendendo as recomendações do Parecer, mas indo além. Vejamos.

13.

14. Quanto ao apontado no parágrafo 52 do Parecer, as soluções trazidas pela SDP, descritas nos itens 2.17 a 2.21, com previsões contidas nas cláusulas 16, 17, 21, mostram-se razoáveis para mitigar os riscos da interpretação restritiva do instrumento: (i) anuência da empresa garantidora, em caso de aditamento contratual, seja ele de conteúdo local, individualização da produção, prorrogação contratual, etc.; (ii) detalhamento dos instrumentos em que estão incluídas as obrigações de descomissionamento; (iii) inclusão de cláusula segundo a qual a garantidora afirma que conhece todos os planos e programas submetidos pela garantida e aprovados pela ANP, e compromete-se a manter-se atualizada sobre as alterações nesses documentos; e (iv) detalhamento das obrigações da garantidora ao longo de todo o contrato.

15. O item 2.27 da Nota Técnica informa que a cláusula 7 do contrato de fiança "prevê data certa de vigência da Garantia Corporativa, o que afasta a possibilidade desta rescisão unilateral", admitida no art. 835 para a fiança sem limitação de tempo.

16. Perfeita a redação atribuída à cláusula 5, devidamente motivada: "o valor da garantia será utilizado para o descomissionamento das instalações, logo não se considera adequada a compensação

deste valor com qualquer outro crédito que a Garantida tenha frente à ANP".

17. Quanto à aplicação da lei brasileira prevista na cláusula 30, está em linha com disposição do Contrato de Concessão (principal) do qual o contrato de fiança é acessório. Note-se o que a mais recente versão do modelo de Contrato de Concessão para a 16ª Rodada de Licitações estabelece:

**Lei Aplicável**

33.1. Este Contrato será executado, regido e interpretado de acordo com as leis brasileiras.

33.1.1 As partes deverão observar a Legislação Aplicável na execução do Contrato. Foro (...)

**Foro**

33.7 Para o disposto na alínea "I" do parágrafo 33.5 e para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307/1996, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

**DA PRESTAÇÃO DE GARANTIA CORPORATIVA FORMALIZADA ATRAVÉS DE CONTRATO DE FIANÇA**

18. Preliminarmente, ratifica-se o colocado no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU:

45. Nos autos do processo nº 48610.215088/2019-29, Proposta de Ação 969/2019, que tratada Minuta de resolução que regulamenta os procedimentos para apresentação de garantias financeiras referentes ao descomissionamento de instalações de produção em campos de petróleo e gás natural, a SDP promoveu, da mesma forma, a alteração do Modelo de Garantia Corporativa, constante do Anexo V, inserindo idênticas referências ao contrato de fiança, bem assim às figuras do

46. Fiador e do Afiançado, sem prévia manifestação da Procuradoria Federal junto à ANP especificamente sobre a mencionada transformação ou acerca do contrato de fiança.

47. Ao contrário, nos autos do precitado processo, o Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho 00179/2020/PFANP/PGF/AGU, examinou a Minuta contida no documento (doc.SEI 0555603), deixando de se manifestar quanto à configuração da garantia corporativa como fiança, porquanto tal alteração se deu apenas em momento posterior, no documento SEI 0685487.

19. Com efeito, consta do Parecer n. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, especificamente no parágrafo 65, recomendação para que a SDP consultasse a Área de Crédito do Banco Nacional do Desenvolvimento - BNDES que, ao que parecia, admitia a apresentação de garantia corporativa para os empréstimos que o Banco concede. O objetivo era avaliar se os parâmetros utilizados pelo Banco se adequavam à realidade da indústria do petróleo para, em caso positivo, aplicá-los, de modo a dar maior uniformidade ao tema no Brasil. Registrou-se que lições da experiência do Banco podiam eventualmente contribuir para a construção da regulação na ANP. Os temas técnicos poderiam ser acolhidos, mediante análise prévia da adequação pela SDP, já os temas jurídicos passariam pela análise jurídica, como de regra acontece.

20. A utilização do contrato de fiança para instrumentalizar garantia financeira para descomissionamento foi comentada em reunião interna da ANP, assim como na reunião entre a equipe da SDP e do BNDES. A SDP registra na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ANP-RJ que:

1.7 Aponte-se que a SDP reconheceu como mais adequada e alterou a natureza jurídica da modalidade Garantia Corporativa em virtude das recomendações de melhores estudos feitas tanto por meio do Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU quanto em reunião que contou com representantes da SDP, PRG e Dir-I, reunião esta realizada para alinhar os passos que precisariam ser dados para o aprimoramento da Garantia Corporativa e da minuta de Resolução, de forma geral.

1.8 Nesta toada foram realizadas reuniões com o BNDES para aprofundamento dos requisitos necessários para constituição da Garantia Corporativa, cujos registros constam nos autos.

1.9 Nestas reuniões foram apontados a possibilidade da exigência de nota de classificação de risco das garantidoras para maior segurança da garantia, bem como foi apontado que a Garantia Corporativa teria natureza de Fiança, já que seria um instrumento pelo qual, um terceiro alheio à relação contratual, garantiria a obrigação do devedor. (Grifos nossos)

21. Não houve recomendação específica para que fosse utilizada a fiança para formalizar a garantia corporativa, seja quando da emissão do Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, seja quando da reunião realizada entre a SDP, a Diretoria e a Procuradoria, seja depois da reunião realizada entre as áreas técnicas da ANP e do BNDES, da qual participou a subscritora do presente parecer, até porque esse aspecto ainda não havia sido objeto de análise jurídica específica pela Procuradoria Federal. Note-se que não se está a afirmar a inadequação da escolha, apenas esclarecendo-se os fatos.

22. Passa-se, então, à análise jurídica quanto à legalidade do uso do contrato de fiança para formalizar a garantia corporativa.

23. A SDP fundamenta a aceitação de formalizar a garantia corporativa através de fiança, na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ANP-RJ, com os seguintes argumentos:

2.13 A ANP tem ciência dos senões levantados pela Procuradoria a respeito da utilização da Fiança neste caso, contudo, como visto anteriormente, não há como imputar outra natureza a uma garantia na qual um terceiro não vinculado ao contrato, portanto, sem o débito (*Schuld*) que o vínculo obrigacional originário impõe, vem a assumir a responsabilidade (*Haftung*) pelo pagamento do devedor frente ao credor.

2.14 Assim, assumindo-se essa natureza como necessária, a ANP elaborou um novo modelo de Garantia Corporativa, com cláusulas que pretendem afastar os pontos negativos apresentados pela PRG, construindo uma garantia correta do ponto de vista da natureza jurídica e exequível, mitigando-se os riscos da administração.

(...)

2.16 A **interpretação restritiva da Fiança** está prevista no art. 819 do Código Civil, que estabelece que a Fiança “não admite interpretação extensiva”. Assim, havendo qualquer dúvida sobre os seus termos deve-se interpretar a questão favoravelmente ao fiador. Como exemplo de interpretação restritiva o Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU apontou a Súmula 214 do STJ, a qual estabelece que “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. A despeito da Súmula citada se referir a contratos de locação, que não é a natureza jurídica do Contrato de E&P, aditamentos que alterem a obrigação de descomissionamento, se não anuídos pelo fiador, podem gerar pedidos de isenção de responsabilidade, tendo em vista que a obrigação originária de descomissionamento a qual o fiador garantiu se alterou pelo aditamento.

2.17 Para afastar os problemas que a interpretação restritiva traz, foram incluídas as cláusulas 16 e 17 no contrato de Garantia Corporativa. A cláusula 16 impõe que a garantia tenha efeito até que todas as obrigações de descomissionamento estejam satisfeitas, não obstante qualquer aditamento. A despeito desta previsão, que já estava contida na minuta da garantia desde a primeira análise da PRG, incluiu-se agora a cláusula 17, que prevê a obrigação da Garantida notificar previamente a Garantidora sobre qualquer celebração de aditivo contratual, devendo a mesma anuir com este aditamento.

2.18 Assim, cada aditamento contratual, seja ele de conteúdo local, individualização da produção, prorrogação contratual, etc deverá vir instruído com carta assinada pela Garantidora afirmando que anui com os termos do aditamento.

2.19 Outra alteração feita para mitigar a interpretação restritiva foi o detalhamento dos instrumentos em que estão incluídas as obrigações de descomissionamento. Note-se que o Contrato de Concessão estabelece apenas que o concessionário tem a obrigação de desativação e abandono da área sob o contrato. Contudo são os Planos e Programas aprovados pela ANP que definem quantas plataformas, quantas linhas, quantos poços existem na área e, por consequência, fazem o quantitativo das instalações que vão ser descomissionadas no futuro. Assim a Cláusula 4 define que a obrigação de descomissionamento assumida pelo fiador está tanto do Contrato quanto no Plano de Desenvolvimento, no Programa Anual de Trabalho, no Boletim Anual de Reservas e no Programa de Descomissionamento de Instalações.

2.20 Considerando ainda que a quantidade de instalações que serão descomissionadas ao longo da vida do Contrato pode ser alterada, incluiu-se a Cláusula 21 à minuta da garantia, na qual a garantidora afirma que conhece todos os planos e programas submetidos pela garantida e aprovados pela ANP, e compromete-se a manter-se atualizada sobre as alterações nesses documentos.

2.21 Outro ponto que foi melhorado para excluir possíveis problemas quanto à interpretação restritiva da Fiança foi o detalhamento das obrigações da garantidora ao longo de todo o contrato. Tentou-se estabelecer uma obrigação ampla, porém não genérica, abarcando todas as possíveis obrigações, principais e secundárias como a obrigação de manutenção das condições iniciais da prestação da garantia, a obrigatoriedade de apresentação de balanços anuais pela garantidora e a renúncia a escusas e oposições. Quanto à obrigação principal impôs-se ao fiador a garantia tanto pelo não cumprimento do descomissionamento como cumprimento desta com falha, seja esta falha cometida pela Garantida ou seus contratados.

2.22 Ainda vale mencionar, por oportuno, que a interpretação restritiva é decorrente da classificação da Fiança como contrato unilateral, e em regra gratuito. Contudo, nos casos em que o fiador pertence ao mesmo grupo societário do afiançado, o grupo se beneficia indiretamente do contrato principal, uma vez que não precisa prestar uma garantia mais custosa como uma carta de crédito ou um seguro. Assim, parece que a interpretação restritiva pode ser mitigada nesses casos.

2.23 Passando-se à questão da **acessoriedade da Fiança**, esta é definida pelo princípio da gravitação jurídica, no qual o negócio acessório orbita o negócio principal. No caso ora tratado o negócio principal é o Contrato de E&P, já o negócio acessório é a Garantia Corporativa. O inconveniente da acessoriedade é que tudo que ocorrer com o contrato principal afetará o contrato acessório. Assim, caso se reconheça a nulidade ou ocorra a extinção do Contrato de E&P, por exemplo, haverá repercussão na Fiança.

2.24 A nulidade do Contrato de E&P é bem improvável em termos práticos. As rodadas de licitação da ANP estão em nível tal de maturidade que todos os requisitos de habilitação, qualificação, oferta e arrematação são muito bem verificados pela Agência, motivo pelo qual este ponto não traz maiores preocupações.

2.25 Quanto à possibilidade de extinção do contrato principal aponte-se que o objeto que a Fiança visa garantir é o descomissionamento. Este, na forma da cláusula 9.9.5 do Contrato de Concessão da 16ª Rodada é uma etapa da fase de produção. Assim o descomissionamento se realiza durante a vigência do contrato, dentro da fase de produção, sendo a apresentação do PDI, inclusive, motivo de prorrogação da fase de produção. Logo o contrato não se extinguirá antes da realização do descomissionamento.

2.26 A despeito do mencionado acima, para assegurar que não ocorra a eventual extinção do Contrato de E&P sem cumprimento das obrigações de descomissionamento, e sem a execução da Fiança, incluiu-se a cláusula 7 que estabelece que a validade da Fiança é a mesma do Contrato de E&P, sendo eventuais prorrogações do contrato necessariamente acompanhadas de prorrogação da garantia via aditivo assinado por todas as partes. Acrescentou-se, no mesmo sentido disposições à cláusula 16, que afirmam que a garantia terá força a efeito até que todas as obrigações estejam satisfeitas permanecendo a garantia em vigor enquanto subsistir a responsabilidade da Garantida pelo

descomissionamento, não obstante a qualquer término de contrato.

2.27 Por fim, para evitar a **possibilidade de exoneração do fiador quando a Fiança é estabelecida por prazo indeterminado** foi incluída a cláusula 7 que prevê data certa de vigência da Garantia Corporativa, o que afasta a possibilidade desta rescisão unilateral.

2.28 Além dos apontamentos feitos pela PRG a SDP aprimorou a minuta de garantia com outras cláusulas que vale agora mencionar. Tais aprimoramentos adviram de consulta à doutrina e jurisprudência, bem como dos modelos de fiança utilizados pela ANEEL, pelo BNDES e das recomendações da Portaria nº 440, de 21 de junho de 2016, que regulamenta a aceitação da Fiança para garantia nas execuções fiscais.

2.29 Foi incluída a renúncia da Garantidora aos artigos 366, 827, 835, 837 e 838 e 839 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). Assim, exclui-se a possibilidade do fiador se exonerar por novação, por fiança prestada por prazo indeterminado, pelo benefício de ordem, por exceções pessoais ou extintivas da obrigação, por moratória, pelo fato do credor e por demora na execução. Tais renúncias constam nos modelos de contrato de Fiança Bancária disponibilizados pela ANEEL e de contrato de Financiamento do BNDES disponíveis no sítio eletrônico destas instituições.

2.30 A Cláusula 5 também foi alterada, ela trata do valor a ser garantido e informa que valor inscrito na garantia deve ser pago livre de qualquer desconto. A SDP retirou a disposição final do item que previa a possibilidade de descontos ou reconvenção que tivesse sido expressamente disponibilizada à Garantida sob o Contrato:

*5. O Valor total do custo descomissionamento é de R\$[inserir o valor total de descomissionamento] ([inserir o valor por extenso] Reais). A GARANTIDORA assume sob esta Garantia pagar à ANP a quantia de R\$[inserir o Valor Nominal a ser garantido] ([inserir o valor por extenso] Reais), em seu valor integral e livre de qualquer desconto, dedução ou reconvenção. ~~exceto por desconto ou reconvenção que tenha sido expressamente disponibilizada à GARANTIDA sob o CONTRATO.~~*

2.31 A extirpação da redação deve-se ao fato de que o valor da garantia será utilizado para o descomissionamento das instalações, logo não se considera adequada a compensação deste valor com qualquer outro crédito que a Garantida tenha frente à ANP. Quanto ao abatimento das garantias quando há atividades de descomissionamento parcial este é previsto na minuta de resolução, e é decorrente do processo de atualização das garantias. Assim retirou-se o excerto por considerar o texto dúbio e desnecessário.

2.32 Foi modificada a redação da Cláusula 30 prevendo que a garantia será regida e deve ser interpretada de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, em conjunto com as disposições do Contrato de E&P e das regulamentações específicas para descomissionamento de instalações, mesmo para garantias prestadas por empresas estrangeiras.

2.33 Parece, s.m.j, ser juridicamente possível que empresa estrangeira preste Fiança sob leis brasileiras (Código Civil). Lembre-se que a minuta de resolução prevê, como condição para celebração de Garantia Corporativa com empresa estrangeira a emissão de *legal opinion*. Nesse parecer deverá constar se na jurisdição da empresa há disposição que impeça a companhia de firmar o contrato de Garantia Corporativa, se os bens da companhia têm alguma imunidade soberana, e se a submissão dos contratos à lei brasileira como lei aplicável é válida e será reconhecida e executada pelos tribunais da jurisdição da Garantidora.

2.34 Sabe-se que também que é possível a prestação de garantia, regida por lei estrangeira, contudo, tendo em vista as limitações da ANP como entidade pública optou-se, por ora, a não adotar este caminho.

2.35 Por fim, observe-se que apesar do receio originalmente apontado pela Procuradoria sobre a aceitação da Garantida Corporativa como Fiança em virtude dos privilégios estabelecidos em favor do fiador pelo Código Civil, esta modalidade de garantia é largamente aceita pela Administração Pública. O Manual do Serviço de Gestão de Garantias Financeiras de Empreendimentos ou Estudos da ANEEL prevê a aceitação da fiança bancária para as operações de outorga de autorização para exploração de UHE, PCH, EOL. A Lei 6.830/80 que regulamenta a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública também aceita a fiança bancária para garantia de execução do crédito tributário. Assim o instituto da fiança não é incompatível com as relações jurídicas travadas pela Administração Pública.

2.36 A SDP ao propor a Garantia Corporativa achou mais adequado caracterizá-la com sua real natureza jurídica, qual seja, a de Fiança, e trabalhar no intuito de elaborar um contrato que assegurasse o interesse público, detalhando todas as obrigações do fiador e excluindo alguns benefícios que poderiam ser prejudiciais à Administração. Entende que, caso optasse por criar um outro instituto atípico, sem, portanto contemplar a exclusão expressa dos artigos do Código Civil, poderia se levar a uma futura alegação pelo Garantidor de que o contrato celebrado era de fato uma Fiança, e sem as precauções tomadas no texto ora submetido, poderia dar à Garantidora o direito a várias escusas ao pagamento o que não é a intenção da Administração.

2.37 Ademais, a Fiança não deixa de ser um Título Executivo Extrajudicial. O Código de Processo Civil no art. 784, inciso III define que é Título Executivo Extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. A Fiança, como formulada, tem exatamente esses requisitos e, portanto, pode ser executada pela via da execução. A Fiança é instituto do Direito Civil enquanto o Título Executivo Extrajudicial é instituto do Direito Processual, assim um documento pode ter as duas naturezas já que elas não são excludentes.

que se obriga a pagar uma dívida caso o pagamento não seja feito pelo devedor. Como posto no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU, "A fiança é o contrato pelo qual o fiador garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra (art. 818 do Código Civil). A fiança constitui uma garantia pessoal, em que todo o patrimônio do devedor responde pela dívida. O referido contrato é regulamentado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil".

25. Antes de prosseguir, impõe-se registrar, mais uma vez, o objetivo da obrigação contratual de apresentação de garantia financeira para descomissionamento. A garantia para descomissionamento de instalações destina-se, em caso de inadimplemento da obrigação de realizar o descomissionamento, a ser convertida em pecúnia para custear "atividades associadas à interrupção definitiva da operação das instalações, ao abandono permanente e arrasamento de poços, à remoção de instalações, à destinação adequada de materiais, resíduos e rejeitos à recuperação ambiental da área e à preservação das condições de segurança da navegação local". **Daí porque é imprescindível que os instrumentos que formalizem as garantias possuam liquidez, que permita à ANP tomar as medidas necessárias destinadas a concretizar o descomissionamento.**

26. Por força da Lei nº 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, os créditos das fazendas públicas, tributários ou não, constituem Dívida Ativa, uma vez inscritos como tal, depois de apuradas sua liquidez e certeza. **Os créditos decorrentes de fiança e outras garantias, de contratos em geral ou de outras obrigações legais, podem ser inscritos em Dívida Ativa, sendo considerados Dívida Ativa não Tributária.** Confirma-se:

Art. 39. Os **créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária**, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. [\(Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e **Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como** os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, **fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.** [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#) (Grifos nossos)

27. A cobrança da Dívida Ativa é realizada com base na Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e **respectivas autarquias** será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Art. 2º - Constitui **Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. (Grifos nossos)

28. Daí se depreende que na eventualidade da não realização das atividades de descomissionamento pelo concessionário/contratado, e na conseqüente necessidade de realização de tais atividades pela ANP, através da contratação de empresa especializada, a garantia financeira precisa apresentar liquidez, de forma a que os custos das atividades de descomissionamento sejam devidamente cobertos. Em se tratando de garantia financeira nas modalidades carta de crédito, fundo de provisionamento e seguro fiança, pode-se dizer que há mais facilidade de acesso aos valores, posto que, em teses, basta apresentar a carta ao banco, noticiar o sinistro à segurador, ou sacar o valor no fundo de provisionamento, uma vez caracterizado o descumprimento da obrigação contratual. No caso da fiança, assim como no caso do termo que assegurará o descomissionamento (quando houver dispensa de apresentação de garantia), caso o valor não seja pago voluntariamente pelo concessionário/contratado, faz-se necessária a cobrança, que, como posto, dar-se-á mediante inscrição do crédito em dívida ativa, seguida do ajuizamento de execução fiscal. Dito de outra forma, não se identifica, no presente estado da arte, diferença ou vantagem no que diz respeito à forma de cobrança da garantia financeira, seja ela constituída por meio de fiança, seja formalizada através de termo com atributo de título executivo extrajudicial. Registre-se, ainda, que não há, até a presente data, precedente de cobrança de crédito para custeio de atividades de descomissionamento, de modo que o procedimento está aqui descrito apenas de forma teórica, considerando a legislação em vigor.

29. Diversa é a situação do Banco Nacional do Desenvolvimento - BNDES, que tem natureza de empresa pública, por força do art. 1º da Lei nº 5.662//71, de modo que não pode inscrever seus créditos em Dívida Ativa e cobrá-los através do ajuizamento de execução fiscal.

30. Consulta ao *site* do BNDES, permite verificar as espécies de garantia às operações diretas e indiretas, ao financiamento para aquisição de máquinas e equipamentos:

Nas **operações indiretas**, as exigências de garantias são negociadas entre as instituições financeiras credenciadas e o cliente.

Nas **operações diretas**, os clientes devem apresentar garantias reais (tais como hipoteca, penhor, propriedade fiduciária, recebíveis, etc) e/ou Pessoais (tais como fiança ou aval).

**Quando o financiamento for destinado à aquisição de máquinas e equipamentos**, deverá ser constituída a propriedade fiduciária sobre os bens objeto do financiamento, a ser mantida até a liquidação final do contrato. Não é admitida a substituição dos bens integrantes da garantia por qualquer outro, exceto nos casos de sinistro ou problemas de performance no período de garantia, que devem ser informados ao BNDES.

**No caso das exportações**, através do produto BNDES Exim, é possível apresentar garantias de bancos no exterior. Consulte as [instituições financeiras no exterior admitidas como garantidoras](#).

(...)

As garantias das operações com recursos do BNDES são constituídas, cumulativamente ou alternativamente, por:

1. Hipoteca;
2. Penhor;
3. Propriedade Fiduciária;
4. Fiança;
5. Aval; e

Vinculação em garantia ou cessão sob a forma de Reserva de Meios de Pagamento, de receitas oriundas de: transferências federais, produto de cobrança de impostos, taxas e sobretaxas, incentivos fiscais, ou rendas ou contribuições de qualquer espécie.

(...)

Na hipótese da empresa postulante da colaboração financeira integrar um grupo econômico, serão estabelecidos os níveis de classificação de risco da empresa e/ou do grupo econômico, observada a Política de Crédito do BNDES.

31. Exemplo de fiança aceita pelo BNDES é o Contrato de Colaboração Financeira celebrado entre o BNDES, a República de Cuba, representado pelo do Banco Nacional de Cuba, agente financeiro e interveniente, na qualidade de fiador, a TPRO ENGENHARIA LTDA. e a PHARMASER DO BRASIL CONSULTORIA LTDA. Trata-se, a garantia objeto do citado contrato, de Fiança Bancária via Banco de Cuba, como estabelece a cláusula 15.1:

Para assegurar o pagamento de quaisquer obrigações decorrentes deste CONTRATO DE COLABORAÇÃO FINANCEIRA, como o principal da dívida, juros convencionais, as comissões, a pena convencional, as despesas, os juros de mora e os demais encargos decorrentes deste CONTRATO, será prestada fiança pelo BANCO NACIONAL DE CUBA, INTERVENIENTE FIADOR, mediante Carta de Fiança a ser formalizada conforme modelo fornecido pelo BNDES (Anexo III), devendo o fiador obrigar-se, na qualidade de devedor solidário e principal pagador das obrigações decorrentes deste Contrato, até sua final liquidação, com renúncia expressa aos benefícios dos artigos 366, 827 e 838 do Código Civil, estabelecendo que qualquer alteração no prazo ou no valor da fiança depende sempre da anuência prévia desse fiador.

32. Não se localizou no *site* do BNDES outro exemplo de contrato com garantia mediante fiança, de forma que não se pode afirmar, com segurança, que o BNDES aceita a fiança bancária, apenas. No entanto, é importante salientar que essa espécie de garantia, apesar de denominada fiança, tem efeito bastante diverso, no que diz respeito à liquidez. A Resolução nº 2.325/1996 do Conselho Monetário Nacional autorizou a prestação de garantias por parte dos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias e cooperativas de crédito. Destarte, a fiança bancária é concedida por uma instituição bancária, de modo que sua liquidez é infinitamente maior do que a fiança concedida por pessoa física ou jurídica, filiada da concessionária/contratada ou não.

33. Registra-se que a Procuradoria Geral Federal regulamenta as condições para aceitação de fiança bancária e seguro garantia, através da Portaria nº 440 de 21/06/2016, a qual pode trazer alguma luz ao tema:

Da Fiança Bancária

Art. 4º A carta de fiança bancária deverá conter, expressamente, os seguintes requisitos:

I - cláusula de solidariedade entre a instituição financeira e o devedor, com expressa renúncia ao benefício de ordem previsto no art. 827 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

II - cláusula que preveja atualização do valor afiançado pelos mesmos índices de atualização do débito;

III - prazo indeterminado de duração ou prazo de validade até o término da execução fiscal, com cláusula de renúncia aos termos do art. 835 do Código Civil;

IV - cláusula de renúncia, por parte da instituição financeira, do estipulado no inciso I do art. 838 do Código Civil;

V - declaração da instituição financeira de que a carta fiança é concedida em conformidade com o disposto no art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, nos termos do art. 2º da Resolução nº 2.325, de 1996, do Conselho Monetário Nacional; VI - cláusula de eleição de foro para dirimir eventuais questionamentos entre a instituição fiadora e a entidade credora, representada pela Procuradoria-Geral Federal, na Seção ou Subseção Judiciária da Justiça Federal do local com jurisdição sobre a localidade onde foi distribuída a demanda judicial em que a garantia foi prestada, afastada cláusula compromissória de arbitragem.

§ 1º Constitui requisito de validade da carta de fiança a comprovação de serem os signatários do instrumento as pessoas autorizadas a assinar pelo estabelecimento bancário.

§ 2º A carta de fiança bancária deverá ser emitida por instituição financeira idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil, nos termos da legislação própria.

§ 3º A idoneidade a que se refere o § 2º será presumida pela apresentação, pelo devedor afiançado, da certidão de autorização de funcionamento emitida eletronicamente pelo Banco Central do Brasil às instituições financeiras, a qual será aceita até 30 (trinta) dias após sua emissão.

§ 4º Será admitida a oferta de fiança bancária com prazo determinado de validade, desde que observados os seguintes requisitos:

I - prazo mínimo de 2 anos;

II - previsão expressa, e sem quaisquer ressalvas, de obrigação ao agente financeiro de honrar a íntegra da garantia ofertada na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

a) o devedor não depositar o valor da garantia em dinheiro até o vencimento da carta;

b) o devedor não apresentar nova carta fiança ou apólice de seguro garantia que atenda aos requisitos desta Portaria, até 60 (sessenta) dias antes do vencimento da carta.

§ 5º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a instituição financeira deverá efetuar depósito em dinheiro do valor afiançado em até 15 (quinze) dias a contar de sua intimação ou notificação, conforme o disposto no inciso II, do art. 19, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

§ 6º Além dos requisitos estabelecidos neste artigo, o contrato de fiança bancária não poderá conter cláusula de desobrigação decorrente de atos exclusivos do afiançado, da instituição bancária ou de ambos.

34. Note-se que o parágrafo 5º diz expressamente que a instituição financeira deve efetuar depósito em dinheiro do valor, em linha com a regra do art. 9º, §5º da Lei nº 6.830/80:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

(...)

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

§ 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

35. Em suma, até esse ponto do parecer, pode-se concluir que: a ANP, a fim de cobrar garantia financeira assumida via fiança ou formalizada através de termo com atributo de título executivo extrajudicial, deve inscrever o crédito em Dívida Ativa e, com isso, gerar um título executivo para, caso este não seja pago, ajuizar ação de execução fiscal para cobrança; o BNDES não dispõe da prerrogativa de inscrição do crédito em Dívida Ativa e execução de execução fiscal; a fiança bancária apresenta maior segurança e liquidez porque o pagamento do crédito garantido depende apenas de apresentação do contrato de fiança à instituição bancária, que deverá efetuar o depósito do valor no prazo fixado no contrato.

36. Cabe, agora, expor trecho da análise sobre o tema no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU:

51. Trata-se de contrato acessório. Destarte, aplica-se o *princípio da gravitação jurídica* e, portanto, tudo que ocorrer com o contrato principal afetará a fiança. Sendo assim, caso se reconheça a nulidade ou ocorra a extinção do contrato de concessão, por exemplo, haverá repercussão na fiança.

52. Ademais, cuida-se de contrato unilateral (gera obrigação apenas para o fiador) e, em regra, gratuito ou benéfico (não traz qualquer vantagem ao fiador). **Nesse sentido, dispõe o art. 819 do Código Civil que a fiança “não admite interpretação extensiva”**, impondo-se interpretação restritiva. Desse modo, a jurisprudência pátria se consolidou no sentido de que na hipótese de dúvida, **deve-se interpretar a questão favoravelmente ao fiador**. Exemplo disso é o Enunciado 214 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”).

53. No que concerne ao benefício de ordem previsto no art. 827 do Código Civil, foi devidamente ressalvado na Cláusula Segunda da Minuta sob exame. Sendo assim, deixaremos de nos manifestar quanto a esse ponto.

54. De outra parte, o art. 835 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de o fiador se exonerar, sempre que lhe convier, da fiança estabelecida por prazo indeterminado, ficando obrigado apenas por 60 dias após a notificação do credor. O referido dispositivo corresponde à resilição unilateral, uma vez que a lei expressamente assegura esse direito potestativo ao fiador. Há debate doutrinário a respeito da possibilidade de renúncia ao mencionado direito de exonerar-se. **Nesse contexto, há corrente que afirma se tratar de norma de ordem pública, o que acarretaria em nulidade de eventual renúncia contratual**.

55. **Face ao explicitado anteriormente, não se vislumbram vantagens, a princípio, para a Administração no que concerne à transformação da Garantia Corporativa em contrato de Fiança, ocasionando, ao contrário, inúmeros riscos para a Administração, com a possibilidade concreta de prejuízos, além de insegurança jurídica**.

56. Destarte, considerando-se as observações feitas no presente parecer, recomenda-se que seja **adotado, nesse momento, o modelo contido no documento (doc. SEI 0563253), nos autos do processo nº 48610.223111/2019-59, na forma do Parecer 01325/2019/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo despacho 02524/2019/PFANP/PGF/AGU (doc. SEI 0561700)**. Ressalta-se, ainda, que **se verifica vantagem para a Administração na customização de contrato nos moldes do referido documento, que atende particularmente aos anseios desta Agência, com regulação específica da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis**.

57. Não obstante, ressalta-se que o contrato de fiança poderá ser adotado no futuro caso

sejam afastados os riscos acima elencados por meio de disposições expressas na Minuta de Garantia Corporativa.

37. As renúncias listadas no item 2.29 da Nota Técnica - exclusão da possibilidade de o fiador se exonerar por novação, de fiança prestada por prazo indeterminado, de benefício de ordem, de exceções pessoais ou extintivas da obrigação, por moratória, pelo fato do credor e por demora na execução (art. 366, 827, 835, 837, 838 e 839 do C.C.) - trazem mais segurança jurídica, além de se mostrarem alinhadas com os modelos de contratos de fiança utilizados pelo BNDES e pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. A renúncia ao benefício de ordem já havia sido observada no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU, parágrafo 53, acima transcrito. Acrescente-se que as renúncias alinham-se também ao art. 4º da Portaria PGF nº 440 de 21/06/2016.

38. Considerando o já exposto, **não se pode afirmar que haja impedimento legal para prestação de garantia corporativa mediante contrato de fiança, se feitas as adequações que confirmam à modalidade a segurança jurídica necessária. Tais adequações foram descritas pela SDP na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ANP-RJ, em linha com o apontado no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU, em observância das regras do Código Civil, bem como em linha com a orientação da Portaria nº 440 de 21/06/2016.**

39. **Recomenda-se, porém, nomear expressamente a espécie de garantia financeira que será apresentada e aceita - Contrato de Fiança - ao invés de Garantia Corporativa, já que essa denominação está relacionada ao garantidor, não ao conteúdo e à natureza da garantia, que se propõe ser a fiança, como inclusive consta na definição, art. 2º, inciso VI da minuta.**

#### **DA PRESTAÇÃO DE GARANTIA CORPORATIVA POR EMPRESA ESTRANGEIRA E DA EXIGÊNCIA DE LEGAL OPINION**

40. No que diz respeito à possibilidade de prestação de garantia financeira na modalidade corporativa por empresa estrangeira, a Procuradora Federal que subscreve o presente registrou no Parecer n. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU que:

78. (...) em pelo menos duas situações objeto de parecer jurídico emitido por esta Procuradoria-Geral acerca de apresentação de garantia corporativa, a garantidora estava sediada no exterior. A minuta de resolução não impede a apresentação de garantia corporativa nessa situação. **Cabe, porém, salientar que, quando a garantidora não tem sede no Brasil, e for necessário executar a garantia, há necessidade de sua citação por carta rogatória, e, conseqüentemente, o pagamento da dívida muito provavelmente demandará mais tempo e mais esforços. A decisão por aceitar garantia corporativa nessas condições é discricionária e compete à Diretoria Colegiada da ANP, que fica jungida - sempre - à necessidade de motivar e justificar suas escolhas.**

41. Quando da reunião entre ANP e BNDES, essa preocupação foi reforçada, ante a descrição do procedimento adotado pelo Banco quando a garantia financeira é prestada por pessoa jurídica com sede no exterior, como registrado na ata da referida Reunião (REGISTRO DE REUNIÃO Nº 036/2020 - SEI 0683893):

No que tange à aceitação de garantias por parte de Parent company, em jurisdições externas, foi esclarecido que o BNDES condiciona a aceitação à obtenção de um legal opinion de um escritório de advocacia habilitado naquela jurisdição. Foi levantada a dúvida, nos eventuais casos de execução em outras jurisdições, sobre quem estaria habilitado legalmente a representar a Agência, que é uma autarquia, no exterior

42. Na reunião, foi relatado que o BNDES contrata escritórios de advocacia para atuação no exterior, os quais consulta sobre a aceitação bem como a estratégia adequada para a cobrança/execução, levando em conta o país sede do garantidor, a lei de regência da garantia, e o sistema jurídico de cobrança de cada país. Note-se que a *legal opinion* é conferida por escritório contratado pelo BNDES, e não pelo prestador da garantia.

43. A SDP justifica seu entendimento por exigir *legal opinion*, na Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ:

108 - (...) Ademais, o art. 47 da revisão da minuta de resolução prevê que a garantia corporativa deverá ser precedida de uma *legal opinion* de um escritório reconhecido internacionalmente. Tal experiência foi colhida na reunião com o BNDES mencionada anteriormente. Neste o escritório, com expertise no direito do país da sede da empresa garantidora atestará os poderes dos signatários destas garantias bem como a possibilidade de execução deste título na jurisdição estrangeira.

109- A resolução ainda prevê a possibilidade da agência de credenciar instituições pareceristas para a emissão de tal parecer, o credenciamento visa garantir a qualidade/ confiabilidade do parecer. O credenciamento só será eficaz a partir do momento em que for realizado pela Agência. Assim, a ANP, desejando, pode exercer a faculdade de credenciar instituições, contudo até que isso seja feito não se engessará o processo de oferecimento de garantias financeiras por instituições estrangeiras, desde que a pessoa jurídica que exerceu o parecer tenha notória especialização e expertise internacional.

44. Foi então inserida na minuta de resolução a seguinte norma:

Art. 47. A garantia corporativa poderá ser prestada por empresa internacional desde que avaliada por parecer jurídico emitido por instituição reconhecida internacionalmente e podendo a ANP realizar credenciamento prévio das instituições pareceristas. (Art. 46 na minuta atual)

45. Consta da Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ANP-RJ:

2.33 Parece, s.m.j, ser juridicamente possível que empresa estrangeira preste Fiança sob leis brasileiras (Código Civil). Lembre-se que a minuta de resolução prevê, como condição

para celebração de Garantia Corporativa com empresa estrangeira a emissão de *legal opinion*. Nesse parecer deverá constar se na jurisdição da empresa há disposição que impeça a companhia de firmar o contrato de Garantia Corporativa, se os bens da companhia têm alguma imunidade soberana, e se a submissão dos contratos à lei brasileira como lei aplicável é válida e será reconhecida e executada pelos tribunais da jurisdição da Garantidora.

46. O Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ complementou e esclareceu que:

Quando uma empresa estrangeira, que pertence ao mesmo grupo societário da concessionária, apresenta à ANP uma garantia corporativa é preciso que se ateste que esta garantia é válida perante a lei do país em que a empresa garantidora é sediada, e é neste país executável.

Isso porque o art. 11 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) preceitua que as sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituíram. A empresa garantidora estrangeira, neste caso previsto na resolução, não tem seus atos constitutivos registrados no Brasil, e por isso se submete a lei do país em que é constituída.

Observe-se que a obrigação de descomissionamento deve ser cumprida no Brasil, mas a empresa ré desta obrigação, caso a garantia corporativa seja executada, é domiciliada no exterior, assim, seguindo as regras de direito internacional, caso haja o inadimplemento da obrigação de descomissionamento, a execução da garantia pode ser proposta tanto no Brasil, quando no país da sede da garantidora, por força do disposto no art. 12 da LINDB:

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

Importante ainda salientar que a execução no exterior por vezes é mais eficiente haja vista que, via de regra, grande parte dos ativos da empresa que será executada estará no país de sua sede.

Para que seja possível a regular constituição da garantia e visando assegurar uma possível execução no exterior, seja por processo de execução, seja por carta rogatória, a ANP achou por **bem solicitar que a garantidora estrangeira, ao apresentar uma garantia corporativa apresente, junto com a documentação, um Parecer Jurídico (Legal Opinion), emitido por escritório internacional, que faça prova do direito estrangeiro, e que deverá atestar:**

- se não existe, de acordo com a lei da jurisdição da empresa, alguma disposição que impeça a companhia de ficar vinculada pelas disposições da Garantia Corporativa, tendo a empresa poder corporativo de celebrar e cumprir as obrigações presentes na garantia;

- que a companhia adotou todas as ações corporativas necessárias para autorizar a constituição e o cumprimento de suas obrigações inscritas na Garantia Corporativa, de acordo com qualquer lei ou regulamento aplicável a eles, obtendo qualquer eventual autorização societária ou legal exigível de acordo com a lei de seu país, para que seja possível tanto a constituição quando o cumprimento da garantia;

- que a companhia tem o poder corporativo de celebrar e cumprir suas obrigações sob os Contratos, que, portanto, constituem obrigações legais, válidas e vinculativas, aplicáveis de acordo com seus respectivos termos;

- que a assinatura da pessoa designada pela garantidora em nome da companhia vincula a companhia de acordo com o seu instrumento constitutivo e as leis do país a que a garantidora esteja submetida ;

- que a execução pela companhia do Contrato de Garantia Corporativa e o cumprimento de suas obrigações decorrentes da mesma não violam o documento constitutivo da companhia;

- que nem a companhia nem seus ativos são imunes por imunidade soberana, em virtude da lei da jurisdição da empresa, de (i) ação de execução da Garantia Corporativa na jurisdição da empresa e seus tribunais ou (ii) processo legal relacionado, ou execução por esses tribunais de uma sentença contra a companhia emitida pelos tribunais brasileiros;

- que a submissão da Garantia Corporativa à lei brasileira como lei aplicável é válida e será reconhecida e executada pelos tribunais da jurisdição da empresa (Lei Aplicável);

- que as controvérsias relacionadas à Garantia Corporativa à jurisdição brasileira é válida de acordo com as leis da sede da empresa (Jurisdição); e

- se uma sentença final e conclusiva proferida por um tribunal brasileiro competente sobre os Acordos será executada pelos tribunais da jurisdição da empresa sem revisão de seus méritos, sujeita às limitações e requisitos da lei da jurisdição da empresa em relação ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (Execução de Sentenças).

**Ressalte-se que quem irá contratar a instituição que emitirá a *legal opinion* não é a ANP mas a empresa que pretende assegurar o descomissionamento através de uma garantia corporativa prestada por empresa estrangeira.**

Fazendo-se uma analogia, a exigência da apresentação de um parecer jurídico pela empresa estrangeira seria análoga a exigência do parecer do auditor independente exigida na cláusula 9 do modelo de garantia corporativa. O parecer jurídico prestar-se-á a atestar que uma garantia regida pelas leis brasileiras, e prestada por empresa estrangeira é válida, eficaz e exequível no país da sede da empresa, já o parecer do auditor independente prestar-se-á a atestar que o balanço apresentado pela companhia foi feito de acordo com as adequadas normas contábeis. Em nenhum dos dois casos, contudo, há contratação da ANP para elaboração de nenhum dos pareceres.

Assim, restando claro que a *legal opinion* não se tratada de representação judicial ou extrajudicial da ANP, cumpre verificar qual o motivo de sua inclusão na minuta de resolução.

47. Pois bem. Há que se observar que, diferentemente do BNDES, a ANP, com natureza de autarquia federal, deve ser representada judicial e extrajudicialmente pela Procuradoria Federal junto à ANP, como deixa claro o art. 10 da Lei nº 10.480/2002:

Art. 10. **À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias** e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

48. Já desde a edição da Medida Provisória nº 2.229-43/2001, as atribuições do Procurador Federal são claras:

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - **as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;**

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados

§ 1º Os membros da Carreira de Procurador Federal são lotados e distribuídos pelo Advogado-Geral da União.

§ 2º A lotação de Procurador Federal nas autarquias e fundações públicas é proposta pelos titulares destas

§ 3º Para o desempenho de suas atribuições, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, aos membros das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.094, de 2005)" (grifos nossos)

49. Como dito, no caso do BNDES, o *legal opinion* é solicitado pelo próprio Banco a escritório seu contratado. O BNDES submete-se a regime jurídico diverso daquele a que deve observar a ANP e contrata com mais facilidade esse tipo de serviço. No caso da ANP, por força da legislação acima transcrita, a atividade de consultoria e assessoramento jurídicos deve ser feita pela Procuradoria Federal, e sendo a *legal opinion* apresentada por escritório contratado pelo concessionário/contratado, ela não será vinculante sobre o entendimento jurídico da Procuradoria Federal. Nem a Procuradoria Geral Federal possuiu *expertise* para emitir parecer com o teor que se espera da *legal opinion*, assim como, registre-se, nem o corpo jurídico do BNDES, tanto que contrata escritório especializado.

50. Observa-se, ainda, falta de clareza e mesmo certa dificuldade quanto aos parâmetros para caracterizar "instituição reconhecida internacionalmente" habilitada para dar o *legal opinion*, como estabelece a resolução.

51. Salienta-se, por fim, o disposto no art. 825 do C.C., segundo o qual, "Quando alguém houver de oferecer fiador, **o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança**, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação". A ANP tem todo respaldo legal para recusar fiança oferecida por empresa com sede no exterior, se assim entender.

52. Não é cabível apenas replicar o procedimento adotado pelo BNDES, no que diz respeito à exigência de *legal opinion* e o efeito que se dá a ela, nem aceitar a garantia prestada por empresa com sede no exterior sem avaliar cuidadosamente como executá-la e se tem liquidez.

53. É possível demandar escritório jurídico no exterior contratado para os fins delimitados na regulamentação interna da AGU. O processo de autorização e contratação e a orientação jurídica de advogados e especialistas visando à defesa da República Federativa do Brasil em foro estrangeiro encontra regulamentação na Portaria AGU nº 917/2015. Mas se impõe aprofundar a análise sobre o tema e, a fim de não atrasar a presente manifestação jurídica, esse ponto será analisado em apartado, mediante consulta à Procuradoria Geral Federal, Advocacia Geral da União, que, por certo, trarão informações relevantes quanto o procedimento para eventual execução de garantia prestada por garantidor com sede no exterior, riscos, recomendações, etc. de forma que se possa respaldar a decisão por aceitar ou não a garantia. Para tanto, o DESPACHO n. 01225/2020/PFANP/PGF/AGU foi encaminhado à Coordenação de Contencioso da Procuradoria Federal junto à ANP, que demandou manifestação do Departamento de Assuntos Internacionais - DAI da Procuradoria-Geral da União - PGU da Advocacia-Geral da União-AGU à Seção Temática de Estudos e Estratégias Processuais do NOEJ/DEPCONT, através da NOTA n. 00188/2020/NOEJ/DEPCONT/PGF/AGU.

54. **Atualmente, a consulta aguarda resposta. Desse modo, por ora, a autorização para que empresa com sede no exterior possa apresentar garantia corporativa, consubstanciada em contrato de fiança, prevista no art. 46 da minuta de resolução, fica pendente de análise jurídica conclusiva, e aprovação jurídica.** Conseqüentemente, também a legalidade da exigência de *legal opinion* fica adiada, pois a análise jurídica quanto a aceitação da garantia financeira prestada por empresa com sede no exterior é precedente.

#### **DA DISPENSA DE GARANTIA FINANCEIRA - DO TERMO COM ATRIBUTO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL PARA ASSEGURAR O DESCOMISSIONAMENTO**

55. A proposta regulatória da SDP, considerando a redação dos art. 2º, inciso XIV, art. 27 e artigos da Seção V da minuta de resolução, é dispensar a obrigação de apresentar garantia financeira para descomissionamento por empresas que sejam consideradas robustas o suficientes, a ponto de não trazerem risco ao descomissionamento das instalações ao fim do contrato. Argumenta a SDP que essa

é uma medida adotada pela indústria do petróleo em alguns países. Considerando que a análise técnica focou mais no instrumento que asseguraria eventual descumprimento da obrigação de descomissionamento, e nas condições para que ANP possa dispensar a apresentação da garantia financeira, foi solicitada complementação da instrução processual, nos termos das Cotas nº 01668/2020/PFANP/PGF/AGU, ratificada pela COTA n. 01868/2020/PFANP, tendo sido exarado a Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ.

56. A exigência de apresentação de garantia para descomissionamento consta nos contratos de exploração e produção, a exemplo das cláusulas dos contratos mais recentes, abaixo transcritas:

#### **Modelo de Contrato de Concessão para 16ª Rodada de Licitações**

##### **Garantias de Desativação e Abandono**

17.8. O Concessionário apresentará garantia de desativação e abandono, a partir da Data de Início da Produção, podendo, para tanto, utilizar-se de:

- a) seguro garantia;
- b) carta de crédito;
- c) fundo de provisionamento financeiro; ou
- d) outras formas de garantias, a critério da ANP.

17.8.1. O valor da garantia de desativação e abandono de uma Área de Desenvolvimento ou Campo será revisado a pedido do Concessionário ou mediante solicitação da ANP, sempre que ocorrerem eventos que alterem o custo das Operações de abandono e desativação.

17.8.2. A garantia apresentada pelo Concessionário deverá ser equivalente ao custo previsto para a desativação e abandono da infraestrutura já implantada.

17.8.3. No caso de garantia apresentada por meio de fundo de provisionamento:

- a) o Concessionário deve apresentar à ANP, nos dias 15 dos meses de fevereiro e agosto de cada ano, documentação comprobatória dos aportes realizados, bem como informar o saldo atualizado do fundo;
- b) a ANP poderá auditar o procedimento adotado pelo Concessionário na gestão do fundo de provisionamento;
- c) o saldo apurado após a realização de todas as Operações necessárias à desativação e abandono do Campo reverterá exclusivamente ao Concessionário.

17.8.4. A apresentação de garantia de desativação e abandono não desobriga o Concessionário de realizar, por sua conta e risco, todas as Operações necessárias à desativação e abandono do Campo.

#### **Modelo de Contrato de Partilha de Produção para 6ª Rodada de Licitações**

##### **Garantias de Desativação e Abandono**

22.5. O Contratado apresentará garantia de desativação e abandono, a partir da Data de Início da Produção, podendo, para tanto, utilizar-se de:

- a) seguro garantia;
- b) carta de crédito;
- c) fundo de provisionamento financeiro; ou
- d) outras formas de garantias, a critério da ANP.

22.6. O valor da garantia de desativação e abandono de uma Área de Desenvolvimento ou Campo será revisado, a pedido do Contratado ou mediante solicitação da ANP, sempre que ocorrerem eventos que alterem o custo das Operações de abandono e desativação.

22.7. A garantia apresentada pelo Contratado deverá ser equivalente ao custo previsto para a desativação e abandono da infraestrutura já implantada.

22.8. No caso de garantia apresentada por meio de fundo de provisionamento:

- a) os Contratados deverão apresentar à ANP, nos dias 15 dos meses de fevereiro e agosto de cada ano, documentação comprobatória dos aportes realizados, bem como informar o saldo atualizado do fundo;
- b) a ANP poderá auditar os procedimentos adotados pelos Contratados na gestão do fundo de provisionamento;
- c) o saldo apurado após a realização de todas as Operações necessárias à desativação e abandono do Campo reverterá exclusivamente à Contratante.

22.9. A apresentação de garantia de desativação e abandono não desobriga os Consorciados de realizarem todas as Operações necessárias à desativação e abandono do Campo.

57. As cláusulas citadas são inseridas nos contratos com respaldo no art. 43, inciso V, da Lei nº 9.478/97:

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

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; (Grifos nossos)

58. A lei não especifica as situações que requerem a apresentação de garantia financeira para a obrigação contratual; o inciso não se refere especificamente à garantia para descomissionamento, mas sim às garantias que o agente regulado entender necessárias para assegurar que o contrato será cumprido. Sendo assim, a decisão por dispensar a apresentação de garantia para descomissionamento não encontra, em tese, vedação legal, não havendo óbices ao entendimento manifestado pelo SDP no item "c" da Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ.

59. Atualmente, consta dos contratos, além da garantia para descomissionamento, a exigência de apresentação de garantia financeira para a execução do Programa Exploratório Mínimo (PEM)

ofertado: caso não executadas as atividades comprometidas quando da licitação, executa-se a garantia financeira, que deve ser em valor suficiente para cobrir o valor da cláusula penal compensatória correspondente às Unidades de Trabalho inicialmente compromissadas.

60. No entanto, era preciso avaliar, motivadamente, a necessidade de regular nesse sentido - dispensar a garantia para descomissionamento - considerando os impactos decorrentes de tal decisão.

61. A análise técnica mais aprofundada atende, inclusive, o disposto nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 13.848/2019, que trata do processo decisório e o controle social das agências reguladoras:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo

62. A necessidade de motivação das decisões, na verdade, já constava de leis anteriores. O Decreto-lei nº 4.657/1942 de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterado pela Lei nº 13.655/2018 para confirmar a linha de atuação que se espera seja seguida pela Administração Pública, dispondo sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, prevê:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A **motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

63. Antes, a Lei nº 9.784/97, já trazia a necessidade de motivação nas decisões administrativas, conforme artigos 2º e 50:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

(...)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

(...)

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

64. Em suma, **a motivação traz transparência à decisão administrativa, confere segurança jurídica à regulação e ao agente público que a aprova, além de contribuir para manifestações e debates durante a consulta e audiências públicas, agregando legitimidade à regulação. É, pois, essencial no processo regulatório.**

65. **A Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ supre a avaliação necessária.** Em suma, a SDP entende que o baixo risco de *default* de algumas empresas de exploração e produção de petróleo ponderado com os benefícios gerados pela dispensa de garantia, mediante estabelecimentos de balizas para que as empresas contratadas efetivamente assegurem a execução das atividades de descomissionamento, conferem segurança à execução de tais atividades, como observar a política pública de atração de investimento na área de petróleo e gás natural. Confirma-se trecho a nota:

Nesse contexto, o problema identificado como “*onerar desnecessariamente projetos de E&P sob os riscos de default das empresas*” é relevante para a análise de impacto de uma proposta de Resolução que visa disciplinar as garantias para fins de descomissionamento, uma vez que a exigência de garantias para empresas que possuem um risco improvável de default pode levar a um aumento de custos e impacto econômico negativo nos projetos de E&P e conseqüentemente uma menor atratividade desses projetos, em detrimento da demanda por blocos exploratórios nos leilões de concessão e partilha no país e em favor da demanda por projeto de E&P em outros países que possuem uma regulação capaz de avaliar quais são os casos em que existe um nível inaceitável de risco dos custos de desativação recaírem sobre o governo.

(...)

No que tange à natureza do problema em tela, dos seis tipos definidos pelo Guia de AIR, a natureza mais precípua é a falha de mercado. [...] A falha de mercado é relacionada à assimetria de informação entre os “seguradores” (bancos e seguradoras, ou mesmo os avalistas de crédito da empresa que emite a garantia corporativa) e o “segurado” (a empresa contratada ou a garantidora da garantia corporativa). Esta assimetria de informação gera os efeitos conceituados como: i) “risco moral” (*moral hazard*) que pode ser considerado como uma mudança de comportamento decorrente da presença de seguro ou outras formas de proteção de risco; ii) “seleção adversa” (*adverse selection*) que é definida como a precificação incorreta do risco e ocorre quando um segurador não consegue distinguir claramente entre as diferentes classes de risco presentes no mercado.

Dentro deste arcabouço de análise, na presença de assimetria de informação, o mercado segurador não atua de forma eficiente e pode apresentar distorções na precificação das garantias de empresas de baixo risco de *default*, ocasionando custos significativos de seguro mesmo em face de um risco relativamente baixo de *default*.

Nesse sentido, na impossibilidade de um mercado segurador completamente eficiente, atuando com a precificação ótima dos custos das garantias, é altamente pertinente buscar uma regulação capaz de avaliar quando existe um nível inaceitável de risco dos custos de desativação recaírem sobre o governo de forma a exigir uma garantia efetiva nesses casos (com a transferência do risco de *default* do contratado para outra pessoa jurídica com solidez financeira) e avaliar quando o nível de risco permite que este não seja transferido para outra empresa garantidora, dispensando a apresentação de garantias de descomissionamento e exigindo apenas a formalização da obrigação na forma de título executivo extrajudicial.

(...)

Tendo como base a utilização das três maiores produtoras de petróleo e gás natural atualmente no Brasil como o conjunto representativo das empresas que conseguiriam atingir as notas de classificação de risco entre brAAA e brAA, (que correspondem ao *rating* de longo prazo na escala global BB), estima-se que o valor total a ser garantido para estas três empresas em 2020 é de US\$ 15,29 bilhões (quinze bilhões, duzentos e noventa milhões de dólares americanos), que equivalem a cerca de 83% da estimativa do total do valor de descomissionamento a ser realizado referente aos campos que estão em produção na atualidade.

(...)

Quanto à verificação de **proporcionalidade** da medida, vamos analisá-la sob a ótica da tríplice manifestação deste princípio, avaliando-se a Adequação, a Necessidade e a Proporcionalidade em Sentido Estrito da medida sugerida.

A medida mostra-se adequada pois promove o resultado pretendido, a instituição do Título Executivo Extrajudicial diminui a oneração do projeto o que aumenta a atração de investimentos na medida que retira um gasto que seria dispendido com a garantia financeira para que possa ser aportado na atividade de E&P.

Segundo estudo apresentado pela IHS, anexado aos autos do processo, o Título Executivo Extrajudicial não gera custo incremental para os concessionários, já os custos de garantia financeira podem chegar a US \$ 5/boe (30% do custo de abandono) em campos maduros em águas rasas, e em campos maduros de águas profundas, os custos com garantias podem chegar a US \$ 2/boe (43% do custo de abandono). Importante ainda apontar que conforme o referido estudo os campos maduros em águas profundas representariam 25% de todas as reservas que serão produzidas até 2030. Assim a medida alcança os fins pretendidos diminuindo a oneração excessiva do projeto do concessionário quando esta medida parece não se justificar.

Dando seguimento a análise o próximo subprincípio a ser analisado é o da Necessidade da medida. Nesta análise deve-se avaliar se dentre as medidas a serem tomadas pelo Poder Público a escolhida é a menos gravosa possível para o alcance do objetivo. Assim, quando a ação pretendida pelo poder público pondera dois objetivos, sendo que um deles restringirá

o outro, deve-se buscar meios alternativos que atinjam o mínimo possível o objetivo em oposição.

No caso ambos os objetivos visam o interesse público primário. Um deles é a garantia do adequado descomissionamento das instalações, o outro é a diminuição da oneração dos projetos de E&P nos quais as empresas que possuam boa capacidade financeira para gerar aumento da atratividade e maximizar a recuperação das reservas brasileiras.

Observe-se que dentre as medidas de diminuição da onerosidade na apresentação de Garantias de Descomissionamento a instituição do Título também resguarda o objetivo de garantir o adequada desativação das instalações, haja vista que a empresa que apresenta este título deverá manter, durante toda a sua vigência, os critérios de Rating e patrimônio líquido estabelecidos na resolução. Assim, a medida permite que a ANP monitore a saúde financeira da empresa, sendo resguardada à Agência o direito de solicitar outra modalidade de garantia caso estas condições não sejam mantidas.

Outras medidas de dispensa de garantia sem o monitoramento da saúde financeira da empresa poderia gerar um uma lesão a garantia de devido descomissionamento, assim o tendo em vista que a medida é a que menos onera o objeto em oposição devido a exigência de Rating e patrimônio líquido, mostra-se ter ela suprido o requisito da necessidade.

Já a proporcionalidade em sentido estrito deve analisar se o ônus imposto pela norma é proporcional ao benefício por ela produzido.

Embora não seja possível antecipar a análise do risco de default de cada contratado no presente estudo, se, na realização de um exercício para a análise da proporcionalidade da norma, utilizarmos os três maiores produtores de petróleo e gás natural na atualidade como uma proxy das empresas que conseguiriam atingir as notas de classificação de risco entre brAAA e brAA, as quais são correspondentes ao rating de longo prazo na escala global BB, estima-se o valor total a ser garantido para estas três empresas em 2020 em US\$ 15,29 bilhões (quinze bilhões, duzentos e noventa milhões de dólares americanos), cerca de 83% da estimativa do total de descomissionamento a ser realizado referente aos campos que estão em produção no Brasil.

Com a aplicação do modelo de aporte progressivo, o somatório do valor a ser garantido anualmente dessas três empresas em 2020 é estimado em US\$ 2,92 bilhões (dois bilhões, novecentos e vinte milhões de dólares americanos).

Com base nos dados acima, utilizando um valor médio de 1,63% a.a. de custo para uma garantia para a transferência do risco de default para outra empresa do sistema financeiro, teríamos, apenas no ano de 2020, um custo de US\$ 47 milhões (quarenta e sete milhões de dólares americanos), e, extrapolando o cálculo até o fim da fase de operação dos respectivos campos, em 2056, o custo de US\$ 1,94 bilhões (um bilhão, novecentos e quarenta milhões de dólares americanos).

Partindo da premissa que estas empresas mantenham uma nota de classificação de risco equivalente à nota BB (rating de longo prazo na escala global), aplicando-se o percentual acumulado de taxa de default para empresas com este rating, de 18% em 20 anos (conforme gráfico abaixo), o valor esperado de default no mesmo período seria de US\$ 599,56 milhões (quinhentos e noventa e nove milhões e quinhentos e sessenta mil dólares americanos).

66. Importa registrar, desde já, que a decisão regulatória pela dispensa de garantia - aquela que é conferida por terceiro e que se soma à obrigação decorrente do cumprimento do contrato assinado - não está suficiente clara na minuta de resolução, como não estava nas notas técnicas, pois a minuta foca na formalização de instrumento que denomina título executivo extrajudicial a ser formalizado em substituição à garantia, como se pode verificar no art. 2º, inciso XIV, art. 27 (inserido na segunda versão da minuta e excluído na mais recente) e de artigos do Capítulo VI.

67. Impende esclarecer, primeiro, que o título executivo extrajudicial não é uma modalidade de contrato, mas sim atributo que pode ser conferido, mediante observância de requisitos legais, a um contrato. Esses requisitos foram apontados no Parecer n. 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, cuja análise jurídica será agora aprimorada:

São títulos executivos extrajudiciais aqueles previstos no art. 784, inciso III do Código de Processo Civil (CPC). Desse modo, a fim de constitui-lo, impõe-se que este traga valor líquido e certo para a obrigação de pagar (art. 803, I do CPC) e seja assinado por duas testemunhas (art. 784, II do CPC). Caso seja necessário executar o título executivo extrajudicial, a ação contra a garantidora pode ser proposta no Brasil, uma vez que é no Brasil que deve a obrigação ser cumprida (art. 21, inciso II, CPC), o que se recomenda reforçar na minuta do instrumento; a petição inicial deve ser instruída com o título e acaso aceita garantia corporativa de garantidora com sede em outro país, a garantidora terá que ser citada por carta rogatória (art. 237, inciso II CPC), de modo que se recomenda indicar seu endereço no instrumento (art. 803, inciso II c/c).

68. Com efeito, acrescenta-se que, considerando não se tratar o título executivo extrajudicial de um contrato, mas de um atributo que se pode conferir a um contrato, **recomenda-se adequar a redação dos artigos art. 2º, inciso XIV, art. 27 de artigos do Capítulo VI à técnica jurídica.**

69. Primeiro, e pelas razões postas, não se faz necessário definir "título executivo extrajudicial". Se o objetivo da inserção da definição era dispensar a apresentação de garantia, art. 27 endereçará esse objetivo. A definição do atributo título executivo extrajudicial é extraída, na verdade, dos dispositivos do Código de Processo Civil mencionados no Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU. Recomenda-se, então, seja reinserido o artigo 27 na minuta de resolução e sugere-se a seguinte redação, ou outra semelhante à escolha da SDP, para o art. 27:

Art. 27. A própria contratada poderá ~~assegurar~~ ~~à ANP~~, a critério da ANP, assegurar o cumprimento das obrigações de descomissionamento assumidas no Contrato de E&P, ~~por~~

~~meio de apresentação de um título executivo extrajudicial para fins de descomissionamento mediante atendimento dos termos e condições estabelecidos nesta resolução.~~

70. Considerando que o que se pretende é dispensar a apresentação de garantia financeira, recomenda-se alterar o título da Capítulo VI da minuta, bem como adequar a redação de certos artigos do Capítulo. A título de sugestão, segue redação:

#### **Capítulo V**

~~Do Título Executivo Extrajudicial para Fins de Descomissionamento~~

#### **Da Dispensa de Garantia para Descomissionamento**

**Ou**

#### **Do Descomissionamento Assegurado pela própria Contratada**

~~Art. 53. A ANP pode admitir que a própria contratada assegure o cumprimento da obrigação de descomissionamento, conforme valor total da obrigação, definido no Modelo de Aporte Progressivo, e mediante assinatura de termo com atributo de presente e título executivo extrajudicial, na forma do art. 803, I do Código de Processo Civil, para fins de assegurar o valor total a ser garantido, definido no Modelo de Aporte Progressivo, e desde que:~~

I - a contratada comprove ter nota de classificação de risco atestada por agência de classificação de risco de crédito com mais de 1.000 (mil) certificações, sendo a nota de longo prazo na escala nacional Brasil nas faixas de brAAA a brAA+, brAA e brAA-;

~~II - o limite máximo a ser garantido assegurado por este instrumento não exceda:~~

a) 10% (dez por cento) do patrimônio líquido da ~~garantidora contratada, para garantidora~~ com notas situadas dentro da faixa brAA+, brAA e brAA-;

b) 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio líquido ~~garantidora contratada, para garantidora~~ com nota na faixa brAAA.

~~III - a contratada provisione em suas demonstrações financeiras, os recursos necessários para o descomissionamento em valor igual ou maior ao assegurado por todos os termos celebrados para fins de assegurar descomissionamento todos os títulos executivos extrajudiciais para fins de descomissionamento.~~

IV - as reservas 2P do campo ou polo, possuam valor estimado igual ou superior ao custo total do descomissionamento.

a) Caso as reservas 2P possuam valor estimado inferior ao custo total do descomissionamento, a contratada deverá ~~garantir-assegurar~~ o custo total de descomissionamento ou complementar o valor excedente às reservas, de acordo com o cálculo do MAP, com outra modalidade de garantia nos termos dessa Resolução.

b) A valoração da reserva será dada pelo volume da reserva 2P multiplicada pelo preço de referência do campo para o mês anterior ao cálculo, publicado no sítio eletrônico da ANP.

§ 1º A provisão contábil deverá corresponder ao que está previsto para as atividades de descomissionamento que constam no Plano de Desenvolvimento, Plano Anual de Trabalho ou Plano de Desativação de Instalações conforme o caso, e estará sujeita a verificação de sua exatidão por parte da ANP a qualquer momento.

§ 2º Para os fins estabelecidos no caput desse artigo, a ANP deverá avaliar a capacidade econômica e financeira da contratada que apresente classificação de risco brAA+, brAA e brAA-, por meio de análise de índices de liquidez, de endividamento e de rentabilidade.

~~Art. 54. Caso a contratada deseje apresentar conjuntamente termo que assegure o descomissionamento o título executivo extrajudicial e a garantia corporativa, o valor de ambos não poderá exceder ao limite estabelecido no inciso III do art. 44 e no inciso II do art. 49, apurado por meio das demonstrações financeiras, considerando o menor limite aplicável..~~

~~Art. 55. O modelo do Anexo VII desta Resolução contém as cláusulas essenciais que deverão integrar o título executivo extrajudicial para fins de descomissionamento o termo que assegure o descomissionamento, o qual será materializado por documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas, sem prejuízo das demais exigências previstas na legislação aplicável.~~

71. Cabe, ainda, rever a redação dos artigos 46, 61 e Anexo VII, a fim de adequá-los às redações dos artigos do Capítulo VI. Sugere-se:

~~Art. 45. Caso a Contratada deseje apresentar conjuntamente a garantia corporativa e o título executivo extrajudicial, termo que assegure o descomissionamento, o valor de ambos não poderá exceder ao limite estabelecido no inciso III do art. 44 e no inciso III do art. 44 e no inciso II do art. 49, apurado por meio das demonstrações financeiras, considerando o menor limite aplicável. (antigo 46)~~

~~(...)~~

~~Art. 61. Uma vez apresentada a garantia ou instrumento objeto desta Resolução, a sua aceitação ficará a critério da ANP, considerando o caso concreto.~~

~~Parágrafo único. A ANP pode, a qualquer tempo, determinar a substituição de uma modalidade de garantia ou título executivo extrajudicial termo que assegura o descomissionamento, por outra, nos termos desta Resolução, sempre que a avaliação técnica concluir pela sua ineficiência e sua inadequação no caso concreto.~~

~~(...)~~

#### **ANEXO VII**

#### **MODELO DE TERMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL PARA ASSEGURAR OBRIGAÇÕES DE DESCOMISSIONAMENTO**

#### **TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL**

O presente ~~Título Executivo Extrajudicial~~ *Termo* refere-se ao aspecto financeiro do Descomissionamento das instalações do Contrato de *[inserir tipo de CONTRATO]* nº *[inserir número do CONTRATO]* (*[inserir nome do campo objeto do CONTRATO]*) ("Contrato"), celebrado entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP") e *[inserir nome da empresa contratada]*, sociedade empresária constituída de acordo com as leis da República Federativa do Brasil.

(...)

2. A *[Contratada]* declara à ANP que (i) está constituída de acordo com as leis do Brasil, (ii) dispõe das autorizações societárias necessárias e de todos os poderes societários e de representação legal para firmar o presente título, (iii) este ~~título Executivo Extrajudicial~~ representa as obrigações legais validamente assumidas pela Contratada e é contra ela *[Contratada]* executável, com base nos ~~do~~ arts. 784, incisos II e III, e 803, inciso I da Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e de acordo com ~~os seus termos suas regras~~, (iv) não são necessárias aprovações governamentais quanto à execução, apresentação e cumprimento ~~desta garantia da obrigação objeto do presente termo~~, salvo as que já foram obtidas e ora estão em vigor, e (v) a execução, apresentação e cumprimento deste ~~título~~ pela *[Contratada]* não violarão qualquer disposição dos documentos societários da *[Contratada]* ou de quaisquer acordos ou contratos dos quais faça parte.

(...)

14. No caso de reajuste anual do valor da garantia, a contratada deverá formalizar ~~Título Executivo Extrajudicial~~ termo substitutivo.

72. Por fim, recomenda-se revisar os modelos de contrato de E&P futuros, a fim de adequá-los à nova regulação ora proposta, uma vez e se aprovada pela Diretoria Colegiada.

### **DA REDAÇÃO ATUAL DA MINUTA**

73. A análise a seguir foi feita a partir das minutas comparadas a anexas ao SEI, em atenção à Cota 01668/2020/PFANP/PGF/AGU. Vejamos.

#### **Art. 2º**

a) Nota-se a exclusão, no art. 2º, inciso VI, da possibilidade de que a própria contrata apresente garantia corporativa, em linha com o Despacho nº 00146/2020/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho nº 00151/2020/PFANP/PGF/AGU. Nota-se, ainda, que a redação foi aprimorada, para deixar claro que a responsabilidade pelas atividades de descomissionamento é do contratado, acolhendo-se a redação sugerida no Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU "[...] assumidas pela contratada quando, e se, tais obrigações não forem cumpridas".

b) A definição de "garantida" e de "garantidora", contidas nos incisos VIII, do art. 2º, inclui a característica de que a contratada pertença a grupo societário, o que pode não acontecer na prática. Essa condição vale para a garantia corporativa, mas não para a garantia financeira prestada por meio de seguro garantia (a garantidora é a sociedade de seguros, que não faz parte do grupo societário da garantida) ou para carta de crédito (a garantidora é instituição financeira ou bancos que podem não fazer parte do grupo societário da garantida). A definição constava da minuta analisada pela Procuradoria Federal, mas só nesse momento percebeu-se o apontado. **Recomenda-se excluir esse trecho ou justificar a manutenção.**

c) A definição de "grupo societário" foi inserida na minuta objeto da presente análise, não tendo constado da minuta analisada anteriormente pela Procuradoria Federal; não consta justificativa, mas, aparentemente, não se vislumbra problemas na definição. No entanto, **como a definição difere da que consta no Edital de Licitação para a 16ª Rodada de Licitações, com se pode verificar abaixo, recomenda-se apenas justificar a redação escolhida.** Abaixo a definição que consta no mais recente edital de licitação:

Para efeito desta licitação, entende-se por grupo societário o conjunto das pessoas jurídicas:

a) integrantes de um grupo formal;

b) vinculadas por relação de controle comum, direto ou indireto.

d) Nota-se a inclusão de referência no art. 2º, inciso XII, ao Anexo I, como sugerido no PARECER.

e) A inserção da definição de título executivo não me parece necessária, posto que na verdade, esclarece a forma de garantia financeira que pode ser apresentada pelo próprio contratado, e não da definição do instrumento, mas a inclusão não encontra óbices legais.

f) Nota-se a inclusão de referência no art. 2º, inciso XIV, da referência ao descomissionamento, como sugerido no PARECER.

g) A Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ atesta no item 122 que "Apenas as definições de "Contratada" e de "Descomissionamento" são comuns a outros regulamentos da ANP e estão compatíveis com aquelas. As demais definições são exclusivas desta proposta de regulamento.", atendendo o PARECER.

**Art. 3º:** No que diz respeito ao art. 3º, §1º, a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ esclarece o que vem a ser o "valor a ser garantido anualmente" ou porque anualmente: "diferentemente do valor total a ser garantido, que corresponde ao valor estimado do custo total referente às atividades de descomissionamento de instalações de campos de produção de petróleo e gás natural, o valor a ser garantido anualmente corresponde ao valor (mínimo) que deverá estar garantido em cada ano, de acordo com o cálculo executado pelo MAP. Os parâmetros que definem o cálculo do MAP resultarão em um valor anual, que aumenta gradualmente até atingir o valor total a ser garantido, pelo menos 2 anos antes do momento do descomissionamento".

**Art. 6º: Sugere-se excluir a parte final do artigo, colocando-se ponto final após "documentação".**

**Art. 11:** prevê que as garantias financeiras com valores atualizados deverão ser entregues até 30 de junho do ano civil, mas é também nessa data que o valor a ser garantido anualmente deverá ser atualizado por meio do MAP, conforme estabelece o art. 7º, inciso I. **Aparentemente, é necessário um intervalo de tempo para que o concessionário/contratado possa providenciar a atualização da garantia. Recomendo avaliar.**

**Art. 27, 32:** estabelece nota de classificação de risco de crédito e registro no órgão competente, conforme motivado na Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ, itens 117/118, em atenção ao Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, parágrafo 83. O Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ-e supre, em atenção à Cota nº 21/2020/PRG RJ-ANP/PGF/AGU, a solicitação para justificar o *rating* escolhido:

Tomando-se por base a classificação adotada pela Standard & Poor's para empresas garantidoras que tenham sido certificadas dentro das faixas brAA+, brAA e brAA- (lê-se: duplo A mais escala Brasil, duplo A escala Brasil e duplo A menos escala Brasil), estas empresas possuem grau médio de exposição a riscos de default em virtude de eventual elevação da taxa de juros de captação de empréstimos. Possuem grau de alavancagem financeira equilibrado e razoável nível de geração de fluxo de caixa. Por esta razão escolheu-se estabelecer como linha de corte, classificação de risco situada dentro destas faixas.

Empresas com grau de classificação de risco situadas abaixo da faixa brAA-, são as empresas consideradas com grau especulativo e de risco alto, o que aumenta o risco de inadimplemento das obrigações financeiras. Desta forma, essa faixa foi considerada como linha de corte para aceitação de garantia corporativa.

Acima da linha de corte se classificam empresas com grau médio a baixo de exposição a riscos operacionais tais como, geração de fluxo de caixa equilibrado, médio a baixo grau de alavancagem financeira, e, média a baixa volatilidade da taxa de juros de captação de empréstimos, o que permite que sejam aceitas garantias corporativas pela ANP.

Dentro das faixas aceitas, foi criada uma subdivisão considerando a classificação de risco da empresa que permitirá diferentes níveis de comprometimento de seu patrimônio líquido. Para as empresas garantidoras com classificação de risco de crédito situado na faixa brAAA (Lê-se: triplo A escala Brasil) ou acima, estas empresas possuem grau de investimento com baixa exposição a riscos de elevação da taxa de juros de empréstimos, boa geração de fluxo de caixa e baixo grau de alavancagem financeira, permite-se que a garantia seja equivalente até 25% (vinte e cinco por cento) do seu patrimônio líquido.

Já as empresas com médio grau de risco de crédito, situadas entre as faixas brAA+, brAA e brAA- estariam limitadas a 10% (dez por cento) do patrimônio líquido.

#### **Art. 29**

a) Com relação à recomendação para fixar prazo de antecedência para substituir a carta de crédito apresentada com prazo de validade inferior ao término do contrato, a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ informa que inseriu o parágrafo único no art. 29 da minuta, o que supre a recomendação.

b) Com relação à recomendação de adequar a redação que trata das apólices de seguro, a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ informa que o fez, deixando claro que as seguradoras é que devem estar autorizadas para operar pela SUSEP.

c) Quanto à recomendação para definição da sigla PDI, da mesma forma, a Nota Técnica salienta que o artigo 13 traz o nome por extenso e a sigla.

**Art. 31, 37, 42, 52:** os parágrafos únicos estabelecem que "É facultada a alteração das cláusulas relacionadas à arbitragem, desde que conste a concordância expressa da ANP, do tomador e da seguradora".

Primeiro, **não há motivação para tal previsão.** A alegação de que tem como objetivo não se mostrar demasiadamente rígida face aos casos concretos nos instrumentos que a preveem, além de ser demasiadamente genérica, não é suficiente. Segundo, as cláusulas arbitrais devem ser cuidadosamente pensadas, a fim de não se mostrarem patológicas ou vazias, daí porque não se identifica motivação para prever a possibilidade de alterá-las; isso traria insegurança jurídica e abriria espaço para demandas desnecessárias. Terceiro, a apresentação de garantia é obrigação contratual, prevista no Contrato de Concessão, e eventuais divergências sobre o tema, se envolver direito patrimonial disponível, pode ser objeto de arbitragem, segundo as regras do Contrato de Concessão. Quarto, o permissivo pode indiretamente levar à alteração ou a conflito com a cláusula arbitral prevista no contrato de concessão, convenção de arbitragem que se aplica a eventual conflito sobre o tema. **Recomenda-se excluir os parágrafos e fazer referência, nos próprios instrumentos de garantia, à cláusula arbitral constante do contrato de concessão celebrado.**

**Art. 43 a 47 - Garantia Corporativa:** a aceitação da garantia corporativa depende da saúde financeira da empresa garantidora; envolve questões de classificação de risco e limite de endividamento. O tema é eminentemente técnico, tendo o Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU recomendado, nos parágrafos 67 e 71, maior aprofundamento por parte da SDP, o que foi suprido pela Nota Técnica nº 159/2020/SDP/ANP-RJ.

A classificação de risco e o limite de endividamento da empresa garantidora foram objeto de análise mais aprofundada pela SDP, conforme parágrafos 70 a 82 da Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ. Por se tratar de tema eminentemente técnico, não compete à Procuradoria Federal manifestar-se conclusivamente, a não ser para apontar deficiência na motivação da escolha administrativa. Sendo assim, a alteração da minuta, conforme Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ, e o encaminhamento para reunião de Diretoria sem nova análise jurídica pela Procuradoria Federal não configura deficiência de instrução, tendo sido essa, inclusive, a recomendação ao final do Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, no parágrafo 89.

**Reitera-se que a possibilidade de empresa internacional prestar garantia corporativa, prevista no art. 46 da minuta, pende, por ora de análise conclusiva, como posto acima.**

**Art. 48 a 52 - Fundo de Provisionamento:** a escolha quando à classificação de risco da instituição aceitável para provisionar fundos é eminentemente técnica, de modo que se reitera o posto acima.

Ante as informações constantes da Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ (parágrafos 111/116) e os e-mails trocados entre a ANP/SDP e o Banco Central (SEI 0813089 e 0813091), **reitera-se o disposto no Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, no que diz respeito à possibilidade de criar fundo de provisionamento em dólar norte-americano:**

82. Especificamente quanto à autorização de que o provisionamento se dê em dólar americano, prevista no art. 48 da minuta de resolução, impõe-se a compatibilidade com a regulação do Banco Central do Brasil, de modo que se deve aguardar a manifestação final desta instituição. Pode-se manter a previsão na minuta que será submetida à consulta e audiência públicas, acompanhado da respectiva condição.

**Art. 53 a 55 - Capítulo VI - Título Executivo Extrajudicial:** remete-se à análise acima.

**Art. 56, 58 - Cessão de Contratos:**

A inserção do parágrafo 4º no art. 56, deixou clara a necessidade de que qualquer que seja a modalidade de garantia apresentada, deverá ser formalizada e aceita pela ANP como condição para a assinatura dos termos aditivos de cessão, em linha com o art. 58 da Resolução ANP 785/2019, como apontado no Parecer 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, parágrafo 76. Compatível também a previsão do art. 57, que afasta a obrigação de prestar garantia - não a solidariedade pela atividade de descomissionamento - por parte do cedente, uma vez celebrado o aditivo.

No que diz respeito à exclusão da redação anterior do §4º do art. 56, que tratava sobre a solidariedade entre cedente e cessionário quanto ao descomissionamento, a justificativa dada pela SDP, por entender o tema da alçada da SSM, mostra-se razoável.

**Recomenda-se corrigir a redação do parágrafo único do art. 57, onde consta “serão regulados por lei...”**, uma vez que lei não tem essa função - a menos que estejamos a tratar de dispositivo constitucional - , a lei pode ser regulamentada ou regulada.

**Art. 60 - Da Execução das Garantias**

A inclusão dos incisos III e IV no art. 60 está devidamente motivada, nos termos dos itens 5.2 a 5.4.

O parágrafo 1º estabelece que "O valor executado será depositado em conta bancária de titularidade da ANP exclusiva para este fim ou em conta determinada pela ANP, e somente será utilizado para as atividades de descomissionamento da área". Quanto a essa previsão, **recomenda-se colher manifestação da Superintendência de Gestão Financeira (SFI) sobre a viabilidade desse procedimento, para então concluir a análise jurídica. A recomendação, no entanto, não impede a aprovação da minuta a consulta e audiência públicas, pois tal análise pode ser feita em apartado, assim que houver manifestação da SFI.**

**Art. 61:** recomendação de alteração de redação justificada acima.

**Art. 62, 63:** quanto ao prazo para vigência da resolução, mostra-se melhor motivado no Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ-e, emitido atenção à Cota nº 21/2020/PRG RJ-ANP/PGF/AGU:

Entendemos que a apresentação dos instrumentos objeto da resolução, embora fundamentada em obrigação com marco diverso a depender da versão do contrato de E&P em questão, após a publicação da Resolução passará a ser regida por ela, que representará o entendimento/posicionamento mais avançado da ANP sobre o assunto, refletindo sua autonomia/discricionariedade no que diz respeito à evolução regulatória.

A concessão de prazo para entrada em vigência de novos regulamentos é praxe adotada pela ANP e visa permitir de forma clara que os agentes regulados afetados disponham de tempo hábil para adaptação, uma vez que embora não trate na essência de nova obrigação, a nova Resolução traz procedimentos e regras que sim são novidades às quais os agentes devem aderir.

Quanto ao prazo de 1 (um) ano após a publicação da Resolução para a apresentação das garantias, relembramos que tal dispositivo já constava da versão anteriormente analisada pela PRG, no âmbito da PA 0969/2019, em seu artigo 56, abaixo reproduzido.

*Art. 56. As contratadas terão um ano, contado a partir da publicação desta Resolução, para a implementação das adequações necessárias para atendimento integral desta resolução.*

Na versão ora em análise, tal dispositivo foi aperfeiçoado para prever os casos em que a ANP não concederá o prazo em questão, dando continuidade à sua jurisprudência que nos casos de cessão exige a apresentação de garantias de descomissionamento, conforme justificado na Nota Técnica 116/2020/SDP.

Desta forma, verificou-se a necessidade de detalhar as disposições transitórias pela redação proposta para o art. 62 faz a ressalva para a concessão do prazo apenas aos contratos que não estejam em processo de cessão ou demais casos que a ANP entenda que há risco para a União na concessão deste prazo.

*Art. 62. Para contratos vigentes na data de publicação dessa Resolução e que não se encontrem com processo de cessão em trâmite na ANP:*

*I - as contratadas terão um ano, contado a partir da publicação desta Resolução, para a apresentação dos instrumentos objeto desta Resolução e implementação das adequações necessárias às garantias já apresentadas para atendimento integral desta Resolução, salvo disposição em contrário estabelecida pela ANP nos referidos processos administrativos.*

*II - as contratadas que efetuarem a apresentação dos instrumentos objeto desta Resolução em até 1 (um) ano a contar da data da publicação da Resolução poderão utilizar o MAP para calcular o valor a ser garantido para os 5 (cinco) primeiros anos após a publicação da Resolução conforme os parâmetros abaixo, salvo determinação da ANP em contrário.*

*§ 1º A variável tempo do contrato, da fórmula do MAP, poderá ser contada da data da publicação dessa Resolução até o término de vigência do contrato ou até a data prevista de*

*término da produção.*

*§ 2º A variável produção acumulada do campo, da fórmula do MAP, poderá ser contada a partir da data de publicação dessa Resolução.*

*§ 3º A utilização do MAP não é aplicável a campos de petróleo e gás natural cuja produção tenha sido interrompida e não tenha compromisso firme de reinício no período de até 5 (cinco) anos.*

**Art. 65: classifica como sigilosos os documentos de garantia financeira. Recomenda-se motivar a decisão regulatória, com base na Lei nº 12.527 (LAI) cujo espírito é dar transparência a documentos públicos, e uma vez que a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ, a Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ ou Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ não o fazem.**

#### **DOS ANEXOS - MODELOS PARA AS MODALIDADES DE GARANTIAS E INSTRUMENTOS PREVISTAS COMO TEOR MÍNIMO.**

74. A Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ ANP-RJ registra, em atenção ao parágrafo 81 do PARECER, que:

112- Em atenção à recomendação para eventual adequação e especificidade quanto aos anexos II, III e VI (este atualizado para IV) que se referem respectivamente à carta de crédito, seguro garantia e penhor de petróleo e gás natural, foram feitas revisões de texto nos três instrumentos de modo que os mesmos já se encontram adequados ao objeto da garantia financeira para o descomissionamento. Desta forma atendeu-se à recomendação do parágrafo 81.

75. O que se espera é que as alterações pontuais nos modelos de instrumentos de garantia como penhor de petróleo e gás natural, seguro garantia, carta de crédito, fundo de provisionamento sejam expressamente apontadas. Notou-se, por exemplo, que as cláusulas 3.4 e 6.1 (m) do contrato de penhor de petróleo e gás natural foram excluídas. Impunha-se motivar a alteração realizada, assim como outras eventualmente feitas. Daí o pedido de regularização da instrução processual, via Cota 21/2020/PRG RJ-ANP/PGF/AGU, ao que a SDP registrou, no Parecer nº 3/2020/SDP/ANP-RJ, que:

Os arquivos com as comparações entre as versões 1, 2, 3 da minuta destacam as alterações nos modelos. A Nota Técnica 116 apresenta as motivações para as alterações no modelo de Garantia Corporativa.

No parágrafo 112 da Nota Técnica nº 35/2020/SDP/ANP-RJ, em atendimento às recomendações contidas no Parágrafo 81 do Parecer nº 01328/2019/PFANP/PGF/AGU, a SDP se manifestou no sentido de que os estudos visando a alteração e adaptação dos modelos de carta de crédito, seguro garantia e penhor de petróleo e gás natural, que são usados como instrumentos de garantia do programa exploratório mínimo, haviam resultado em modelos adaptados, sendo que tais modelos encontravam-se adequados ao objeto da garantia financeira para o descomissionamento de instalações de produção.

(...)

Em relação ao modelo de carta de crédito, instrumento de transação comercial amplamente aceito pelo mercado, tendo cláusulas já padronizadas pelas instituições financeiras, bastaram ser feitas alterações em seus Anexos II.2 - Comprovante de Redução, Anexo II.4 - Comprovante de Saque e II.5 - Comprovante de Conclusão, onde foram adaptados os termos para refletir o objeto garantia para o descomissionamento de instalações de produção de petróleo e gás natural.

O modelo de seguro garantia, assim como a carta de crédito, é uma modalidade de garantia já consagrada pelo mercado, tendo uma autarquia reguladora, a SUSEP para regulamentar as atividades das companhias seguradoras. Tendo em vista esse arcabouço regulatório, o modelo de seguro garantia segue as regras mais atuais editadas pela SUSEP, que constam da Circular Susep n.º 477/2013. O Documento I - Condições Gerais e Especiais não pode sofrer alterações, uma vez que se trata de normas de cumprimento obrigatório por parte das seguradoras. As adaptações do modelo de seguro garantia restringiram-se às Condições Particulares, onde se alteraram as Condições Gerais e/ou Especiais da apólice, para atender às peculiaridades da ANP no que concerne à garantia de descomissionamento de instalações, onde se encontram as modificações ou cancelamento das disposições gerais e especiais.

Em relação ao modelo de penhor de petróleo e gás natural, esta é uma modalidade que foi criada a partir de contratos de E&P, para garantia do Programa Exploratório Mínimo sendo, portanto, uma modalidade a qual a ANP tem domínio sobre suas cláusulas. As adaptações ao objeto Garantia de Descomissionamento levaram em conta os parâmetros: tempo de contrato, reservas provadas que suportem a curva de produção comprometida, a disponibilidade para penhor após a data prevista para término do descomissionamento do campo garantido, o limite máximo de empenho aceito, considerando contratos em vigor, de cinquenta por cento da produção anual total de petróleo e gás da contratada, aferição da produção com base na média dos últimos doze meses dos valores constantes do Boletim Mensal de Produção e a proibição de aceitação de penhor cruzado entre campos garantidor e garantido. Desta forma, o contrato de penhor de petróleo e gás natural foi elaborado contemplando tais parâmetros.

76. Regularizada está, então, a manifestação técnica, ante a identificação das alterações e a motivação para realizá-las.

#### **CONCLUSÃO**

77. De todo exposto, pode-se concluir e recomendar o seguinte:

a) Não se pode afirmar que haja impedimento legal para prestação de garantia corporativa mediante contrato de fiança, uma vez feitas as adequações que confirmam à modalidade a segurança

jurídica necessária. Tais adequações foram descritas pela SDP na Nota Técnica nº 116/2020/SDP/ ANP-RJ, em linha com o apontado no Parecer nº 00126/2020/PFANP/PGF/AGU, em observância das regras do Código Civil, bem como em linha com a orientação da Portaria nº 440 de 21/06/2016. Não há, portanto, óbice à adoção da fiança como instrumento de garantia corporativa para descomissionamento.

b) Recomenda-se nomear expressamente a espécie de garantia financeira que será apresentada e aceita - Contrato de Fiança - ao invés de Garantia Corporativa, já que essa denominação está relacionada ao garantidor, não ao conteúdo e à natureza da garantia, que se propõe ser a fiança, como inclusive consta na definição, art. 2º, inciso VI da minuta.

c) Por ora, a legalidade da autorização para que empresa com sede no exterior possa apresentar garantia corporativa, consubstanciada em contrato de fiança, prevista no art. 46 da minuta de resolução, fica pendente de análise jurídica conclusiva, e aprovação jurídica, assim como a legalidade da exigência de *legal opinion*. A análise jurídica conclusiva será realizada posteriormente, pois se aguarda-se resposta ao DESPACHO n. 01225/2020/PFANP/PGF/AGU, encaminhado à Coordenação de Contencioso da Procuradoria Federal junto à ANP, que demandou manifestação do Departamento de Assuntos Internacionais - DAI da Procuradoria-Geral da União - PGU da Advocacia-Geral da União -AGU à Seção Temática de Estudos e Estratégias Processuais do NOEJ/DEPCONT, através da NOTA n. 00188/2020/NOEJ/DEPCONT/PGF/AGU.

d) A Lei nº 9.478/97 não especifica as obrigações contratuais que requerem a apresentação de garantia financeira quanto ao seu cumprimento; refere-se a garantias que o agente regulado entender necessárias para assegurar que o contrato será cumprido, de modo que a decisão por dispensar a apresentação de garantia para descomissionamento não encontra, em tese, vedação legal.

e) Considerando não se tratar o título executivo extrajudicial de um contrato, mas de um atributo que se pode conferir a um contrato, recomenda-se adequar a redação dos artigos art. 2º, inciso XIV e artigos do Capítulo VI à técnica jurídica, bem como a redação do art. 46, 61 e Anexo VII, conforme detalhado e sugerido acima, além de reintroduzir a redação do art. 27.

f) Recomenda-se avaliar, no momento oportuno, a necessidade de revisão dos modelos de contrato de E&P futuros, a fim de adequá-los à nova regulação ora proposta, uma vez e se aprovada pela Diretoria Colegiada.

g) No que diz respeito à redação dos artigos da minuta, recomenda-se o apontado nos parágrafos do tópico "Da Redação da Minuta".

78. É o parecer que submeto à consideração superior na presente data.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2020.

TATIANA MOTTA VIEIRA  
PROCURADORA FEDERAL  
MAT. 1311581

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610215088201929 e da chave de acesso 7559de14

---

Documento assinado eletronicamente por TATIANA MOTTA VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 477853214 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): TATIANA MOTTA VIEIRA. Data e Hora: 21-08-2020 15:25. Número de Série: 13162443. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---



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. 01448/2020/PFANP/PGF/AGU**

**NUP: 48610.215088/2019-29**

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP**

**ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO**

1. Aprovo o PARECER n. 00264/2020/PFANP/PGF/AGU.
2. Encaminhe-se à SDP para ciência das recomendações expostas no parecer, podendo o processo, após, ser encaminhado diretamente à Diretoria para deliberação.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2020.

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) 48610215088201929 e da chave de acesso 7559de14

---

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 483096426 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EVANDRO PEREIRA CALDAS. Data e Hora: 21-08-2020 17:21. Número de Série: 8453823778070658731. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---