



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. 00128/2024/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.004191/2018-64

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. OFÍCIO Nº
254/2024/SPL/ANP-RJ. ATUALIZAÇÃO DAS MINUTAS DO EDITAL DE LICITAÇÕES DA OFERTA
PERMANENTE DE CONCESSÃO (OPC) E DO RESPECTIVO CONTRATO DE CONCESSÃO

EMENTA: MINUTA DE EDITAL DE LICITAÇÕES DE OFERTA PERMANENTE DE CONCESSÃO. NOTAS TÉCNICAS Nº 21/2024/SPL/ANP-RJ E Nº 19/2024/SPL/ANP-RJ. LEI Nº 9.478/97, ART. 3º, INCISO IV, ART. 8º, ART. 19, ART. 23, ART. 36, ART. 37, ART. 43. DECRETO Nº 9.641, DE 27/12/2018. RESOLUÇÃO CNPE Nº 17/2017 E Nº 11/2023. RESOLUÇÃO ANP Nº 969/2024. LEI 9.784/1999, ART. 31 E 32. LEI Nº 13.848/2019, ART. 10. DECRETO 8.243/2014. LEI Nº 9.784/97, ART. 2º E 50, DECRETO Nº 9.830/2019, ART. 2º E 3º. LEI Nº 13.848/2019, ART. 4º E 5º. SEM ÓBICES JURÍDICOS À SUBMISSÃO DA MINUTA DO EDITAL E DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO À CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICAS, COM AS OBSERVAÇÕES DA CONCLUSÃO.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se do Ofício nº 254/2024/SPL/ANP-RJ-e, complementado pelo Despacho nº 77/2024/SPL/ANP-RJ-e, encaminhado pela Superintendência de Promoção de Licitações (SPL) à Procuradoria Federal junto à ANP contendo solicitação de análise jurídica da minuta de Edital de Licitações de Oferta Permanente de Concessão e minuta de Contrato de Concessão.

2. A SPL informa que as minutas foram objeto das Notas Técnicas nº 21/2024/SPL/ANP-RJ e nº 19/2024/SPL/ANP-RJ e promovem "*adequação ao novo regramento, decorrente da publicação da Resolução ANP nº 969/2024*", bem como "*aprimoramentos decorrentes de sugestões recebidas das unidades organizacionais (UORGs) da ANP, da Comissão especial de Licitação (CEL) e do aprendizado institucional da Superintendência de Promoção de Licitações (SPL) em licitações anteriores*".

3. A SPL registra que a Nota Técnica nº 21/2024/SPL/ANP-RJ, complementada pelo Despacho nº 77/2024/SPL/ANP-RJ-e, tem como objetivo "*subsidiar a Diretoria Colegiada da ANP na deliberação sobre a minuta de Edital de Licitações de Oferta Permanente de Concessão para outorga do exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural a ser submetido a Consulta e Audiência Públicas*" e recomenda à Diretoria Colegiada a submissão da minuta do edital e do contrato a consulta e audiência pública, após a análise jurídica.

4. Tarefa para análise jurídica aberta no sistema SAPIENS/AGU no dia 21/05/2024. É o relato. Passo à análise.

2. ESCOPO DA ANÁLISE JURÍDICA

5. O processo foi remetido para análise final do instrumentos edital e contrato de concessão antes de iniciada a fase externa da licitação.

6. Inicialmente, cabe destacar que não compete a este Órgão Jurídico proceder a auditoria em todos os atos praticados ao longo da instrução processual dos presentes autos, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos. Do mesmo modo, não é atribuição desta Procuradoria apreciar as questões de interesse e oportunidade dos atos que se pretende praticar, visto que estão na esfera da conveniência e oportunidade da Administração Pública, nem avaliar questões técnicas como valores de bônus de assinatura, prazos contratuais, percentuais de conteúdo local, conveniência e oportunidade de determinadas previsões contratuais e outras questões correlatas.

7. Cabe-nos, entretanto, alertar para a necessidade de atender os requisitos legais e seguir os entendimentos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais consolidados sobre a matéria, incluindo-se os do Tribunal de Contas da União, quando for o caso. Contudo, diante necessidade de posterior interpretação jurídica das regras do edital ao longo do certame, bem como das regras contratuais ao longo de toda a execução dos contratos, não nos furtamos de fazer recomendações que, ainda que de caráter não exclusivamente jurídico, possam repercutir na clareza e segurança jurídica da futura interpretação e aplicação dos instrumentos propostos, de modo a melhor atender o interesse público e os princípios que regem a atividade administrativa.

8. Nesse sentido, orientação da Advocacia-Geral da União:

Boa Prática Consultiva - BPC nº 07

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

3. DO PROCEDIMENTO PARA RODADA DE LICITAÇÃO DA ANP PARA EXPLORAÇÃO E

PRODUÇÃO E PETRÓLEO E GÁS NATURAL SOB O REGIME DE CONCESSÃO

9. Por força da Lei nº 9.478/97, art. 3º, inciso IV, art. 23 e art. 36, dentre outros, compete à ANP promover a licitação para contratação de agentes econômicos que exercerão atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural:

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

(...)

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

(...)

Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica.

(...)

Art. 36. A licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 obedecerá ao disposto nesta Lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital.

10. Através da Resolução CNPE nº 17/2017, o Conselho Nacional de Política Energética autorizou a ANP a dar início aos procedimentos para realização de Oferta Permanente de Blocos e Áreas de Acumulação Marginal:

Art. 4º Fica a ANP autorizada a licitar os campos devolvidos ou em processo de devolução, bem como os blocos exploratórios com descobertas que lhe sejam devolvidos, assim como ofertar áreas que já tenham sido objeto de autorizações de parte do CNPE em licitações anteriores, observando que:

I - a ANP poderá conduzir ofertas permanentes desses campos e blocos; e

II - os campos ou blocos na Área do Pré-sal ou demais Áreas Estratégicas ficam excluídos dessa autorização, conforme legislação vigente.

11. O Decreto nº 9.641, de 27/12/2018, autorizou a ANP a delimitar Blocos em bacias terrestres e submetê-los a licitação:

Art. 1º Fica delegada competência à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP para:

I - definir os blocos, em quaisquer bacias terrestres, a serem objeto de licitação sob o regime de concessão; e

II - incluir os blocos de que trata o inciso I no sistema de oferta permanente.

12. A Resolução CNPE nº 11/2023, de 27/12/2023 aprova os atuais parâmetros técnicos e econômicos da Oferta Permanente de Concessão, e estabelece diretrizes para definição de Conteúdo Local nos próximos ciclos de licitações tanto para o regime de concessão como de partilha de produção.

13. A Resolução ANP nº 969/2024 regulamenta as licitações para a outorga do exercício das atividades de exploração, reabilitação e produção de petróleo e gás natural sob os regimes de concessão e de partilha de produção, e estabelece nos arts. 8º e 10 a necessidade de publicação da minuta do edital e do contrato de concessão, bem como de submissão a consulta e audiência públicas:

Art. 8º Será dada publicidade dos atos relacionados aos instrumentos convocatórios e aos procedimentos licitatórios através do sítio eletrônico da ANP específico para as licitações (<https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp>).

§ 1º Serão publicados no Diário Oficial da União (DOU):

I - avisos de publicação de minutas de editais e minutas de contratos;

Da Consulta Pública e Audiência Pública

Art. 10. Após a publicação da minuta do edital, a ANP realizará consulta pública e audiência pública para:

I - dar conhecimento do objeto da licitação;

II - apresentar as normas constantes da minuta do edital de licitações e da minuta do contrato;

III - obter subsídios e informações adicionais sobre a minuta do edital de licitações e a minuta do contrato;

IV - propiciar aos agentes econômicos e aos demais interessados a possibilidade de encaminhamento de comentários e sugestões; e

V - dar publicidade, transparência e legitimidade às ações da ANP.

14. De acordo com a Resolução ANP nº 969/2024, e em atenção ao art. 37 da lei nº 9.478/97, o edital deve conter:

Art. 9º A minuta do edital será elaborada observando-se o disposto nos arts. 37 a 52 da Lei nº 9.478, de 1997, para as licitações sob o regime de concessão, e o disposto nos arts. 15 a 44 da Lei nº 12.351, de 2010, para as licitações sob o regime de partilha de produção, e deverá conter as seguintes informações:

I - objeto da licitação, com detalhamento de informações e parâmetros técnicos e econômicos dos blocos em oferta;

II - forma de apresentação dos documentos e informações à ANP;

III - documentos necessários para a inscrição;

IV - valores e formas de pagamento de taxas, caso aplicáveis;

V - documentos necessários e procedimentos para acesso aos dados, estudos e

informações para a elaboração das ofertas, bem como eventual custo para sua aquisição;
VI - valores das garantias de oferta, bem como modalidades aceitas, modelos, vigência, hipóteses de execução e exoneração;
VII - regras para participação de licitantes em consórcio;
VIII - duração da fase de exploração e programas exploratórios ou duração da fase de reabilitação e programas de trabalhos iniciais, caso aplicáveis, bem como os investimentos estimados correspondentes;
IX - conteúdo local relacionado ao desenvolvimento da indústria nacional;
X - critérios relacionados às participações governamentais e às receitas governamentais, observado, respectivamente, o disposto no art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, e no art. 42 da Lei nº 12.351, de 2010;
XI - pagamento de participação aos proprietários da terra, observado o disposto no art. 52 da Lei nº 9.478, de 1997, e no art. 43 da Lei nº 12.351, de 2010, conforme o caso;
XII - critérios de julgamento de ofertas;
XIII - procedimento de apresentação de ofertas;
XIV - critérios e documentos necessários para a obtenção de qualificação;
XV - penalidades aplicáveis;
XVI - documentos necessários e condições para a assinatura dos contratos; e
XVII - minuta do contrato.

§ 1º Nas licitações sob o regime de concessão, a minuta do edital deverá conter, adicionalmente, as seguintes informações:

I - valor do bônus de assinatura mínimo a ser ofertado por bloco; e

II - indicação expressa de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por desapropriações ou servidões necessárias ao cumprimento do contrato.

(...)

§ 3º Nas rodadas de licitações específicas, a minuta do edital deverá conter o cronograma indicativo da licitação.

15. As cláusulas essenciais do Contrato de Concessão está previstas no art. 43 e 44 da 9.478/97.

16. Sendo assim, o objetivo da presente análise jurídica diz respeito à regularidade do processo administrativo, no que diz respeito à submissão da minuta do edital e do contrato de concessão à consulta e audiência públicas, além da legalidade das alterações promovidas na redação de ambos os instrumentos.

4. DA SUBMISSÃO DO EDITAL E DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA OFERTA PERMANENTE DE BLOCOS EXPLORATÓRIOS E ÁREA DE ACUMULAÇÃO MARGINAL À CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICA

17. Ao prever que a ANP realizará consulta pública e audiência pública após a publicação do edital, a Resolução ANP nº 969/2024 não fez mais do que dar concretude ao direito de participação da sociedade nas questões públicas relevantes, expresso, dentre outros, nos artigos 31 e 32 da Lei 9.784/1999, no art. 19 da Lei 9.478/1997, art. 10 da Lei nº 13.848/2019 e no Decreto 8.243/2014.

18. A audiência pública é um mecanismo de legitimação da regulação e da licitação. Segundo a OLIVEIRA^[1]:

A necessidade de maior legitimidade, transparência e *accountability* justifica a instituição de canais participatórios na regulação, que permitem a integração da sociedade civil na formulação de políticas públicas regulatórias e na fiscalização dos reguladores".

(...)Em segundo lugar, a participação social pode ser instrumentalizada por meio de consultas e audiências públicas realizadas pelas agências reguladoras, especialmente no caso de elaboração ou alteração de normas regulatórias (...) e na realização de licitações públicas.

(...) "apresentação das informações necessárias para a compreensão da discussão, com linguagem clara e acessível, especialmente quando envolver questões técnicas, abrindo margem para efetiva contribuições por parte dos setores econômicos e sociais".

19. No mesmo sentido, FERRAZ e DALLARI^[2]:

(...) deve ser disciplinada a audiência pública, de modo que possibilite a manifestação das diversas correntes de opinião (...). Assim, deve ser proporcionado o contraditório no processo normativo, vedando-se ao regulador apresentar conclusões ou propostas sem que, tendo consultado ou atendido pessoa física ou jurídica, haja propiciado igual oportunidade à parte contrária ao interesse atendido ou prejudicado pela matéria em exame, preferencialmente, em audiência conjunta. Cuida-se do princípio da legitimidade.

O direito de participação resultou na formulação do princípio do *hard look* explicado por Cabral de Moncada como a obrigação de decidir de acordo com o *input* fornecido, o constante do *record*, diminuindo a legitimidade dos pontos de vistas autônomos da Administração. (...) Poderá, pois, dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o *record*) ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa.

(...)

A participação deve ser perseguida e não apenas facultada. Não basta, pois, a publicação de avisos na imprensa ou na internet, sendo desejáveis consultas específicas para a obtenção de contribuição efetiva.

20. Ainda que voltada a normas regulatórias, a lição é perfeitamente aplicável à participação

social em procedimentos licitatórios de grande vulto, como no presente caso.

21. Cabe mencionar ainda o paralelo - no que não conflitar com o procedimento específico da rodada de licitações- à Resolução ANP nº 846/2021, que dispõe sobre a participação social no processo decisório referente à regulação de tema de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis, bem como nas hipóteses em que for exigível ou facultado o escrutínio público prévio à tomada de decisão pela Diretoria Colegiada. Lembre-se ainda da Instrução Normativa ANP nº 8/2021, que disciplina os instrumentos de participação social no processo decisório referente à regulação da ANP.

22. Desse modo, a recomendação da SPL à Diretoria Colegiada caracteriza observância às normas mencionadas.

5. DA REDAÇÃO DOS INSTRUMENTOS: EDITAL E CONTRATO

5.1 Da Minuta do Edital de Licitação

23. A a Nota Técnica nº 21/2024/SPL/ANP-RJ, complementada pelo Despacho nº 77/2024/SPL/ANP-RJ-e, esclarece que a minuta do edital da Oferta Permanente de Concessão ("EDITAL_03") "*promove a adequação ao novo regramento, decorrente da publicação da Resolução ANP nº 969/2024, aprimoramentos decorrentes de sugestões recebidas das unidades organizacionais (UORGs) da ANP, da Comissão especial de Licitação (CEL) e do aprendizado institucional da Superintendência de Promoção de Licitações (SPL) em licitações anteriores*".

24. No histórico dos Ciclos de Oferta Permanente, a SPL informa que a assinatura dos Contratos de Concessão referentes ao 4º Ciclo deverá ser realizada até 31/07/2024, bem como que através da Resolução de Diretoria nº 754/2023, de 29/12/2023, a Diretoria Colegiada da ANP resolveu "*revogar o Edital de Licitação da Oferta Permanente de Concessão (OPC) e o Edital de Licitação da Oferta Permanente de Partilha (OPP) e determinar que a Superintendência de Promoção de Licitações (SPL) inicie os trâmites processuais para adequação dos Editais de Licitação e dos respectivos contratos com o disposto na Resolução CNPE nº 11/2023, respeitando o regular processo administrativo legislativo*". Dentre as alterações, a SPL destaca:

47. (...) revisão dos limites dos blocos exploratórios em oferta realizadas conjuntamente pelas superintendências de Promoção de Licitações (SPL), Tecnologia e Meio Ambiente (STM), Avaliação Geológica e Econômica (SAG) e de Dados Técnicos (SDT), por meio da NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 8/2024/ANP (SEI Nº 4001491).

48. Inseriram-se, também, alterações de forma visando a simplificação do texto, tornando a redação mais clara e objetiva, dentre as quais a numeração das seções, subseções e itens, a fim de facilitar eventuais remissões ao texto.

49. Por fim, foram atualizados e revistos os parâmetros técnicos e financeiros do edital.

50. A seguir são apresentados os principais aprimoramentos da MINUTA subdivididas em alterações decorrentes: i) da publicação da Resolução ANP nº 969/2024; ii) de sugestões recebidas das UORGs da ANP e da CEL, e; iii) aprimoramentos propostos pela SPL.

25. Quanto às alterações realizadas na minuta de Edital de Licitações, a fim de adequá-la a o novo regramento estabelecido pela Resolução ANP nº 969/2024 (item 5.1 da Nota Técnica), o objetivo de harmonização do edital à mencionada resolução justifica, por si só, as alterações do edital. Inclusive porque, como bem apontado pela SPL, a Resolução passou por todo processo regulatório, tendo sido exaradas as análises técnicas e jurídicas cabíveis (Nota Técnica nº 3/2024/SPL/ANP-RJ, Parecer Técnico nº 3/2024/SPL-E-ANP, Parecer Técnico nº 05/2024/SPL-E-ANP, Nota nº 281/2023/PFANP/PGF/AGU).

26. Dentre aos aprimoramentos decorrentes de sugestões das UORGs e da CEL (item 5.2 da Nota Técnica), registra-se:

a) a inserção dos novos percentuais de Conteúdo Local configura mera execução, pela ANP, da política pública estabelecida pelo Conselho de Política Energética (CNPE) através da Resolução CNPE nº 11/2023;

b) a exclusão da modalidade de penhor de gás natural como espécie de garantia do Programa Exploratório Mínimo (PEM) encontra motivação no Ofício nº 321/2024/SDP/ANP-RJ-e. Em suma, "*pela natureza dos contratos de venda de gás natural, que dependem do real e contínuo aproveitamento econômico desse hidrocarboneto para efetivamente ser uma garantia, aliada a dificuldade técnica de atestar os valores empenháveis*".

Ausente a efetividade da garantia financeira ou presente o risco de inefetividade, mostra-se justificada a alteração proposta, em atenção aos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/97, reforçado pelo Decreto nº 9.830/2019, em especial os artigos 2º e 3º, artigos 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019.

c) os aprimoramentos propostos pela SPL buscam formalizar, dando transparência, a situações que a ANP enfrentou no passado e estão fundamentadas e legitimadas em seu poder normativo (C.F, art. 174 e 177, §2º da C.F. e Lei nº 9.478/97, art. 8º, incisos I, II, IV e art. 36).

Nesse sentido são as alterações que tratam de inclusão de cláusula sobre "Conhecimento e Aceitação das normas e condições do Edital" pelos licitantes, vedação de oferta de Blocos arrematados em um ciclo em andamento, possibilidade de suspensão da abertura de novo ciclos, inclusão de duas datas-limites: data-limite para a divulgação pela ANP da lista de licitantes aptas a participar do ciclo e g) data-limite para que as licitantes possam apresentar garantias de oferta desacompanhadas de declaração de interesse, fixação de prazo limite para pedidos de prorrogação, forma de apresentação de documentos, exigência de carta de apresentação por interessados que não possuem contratos de concessão vigentes no Brasil no momento da inscrição, modalidade alternativa para retirada do pacote de dados técnicos, possibilidade de o licitante apresentar garantia de oferta sem declaração de interesse, comunicação individual às licitantes sobre a decisão da CEL que julgar as declarações de interesse e garantias de oferta, prazo de vigência das garantias de oferta em caso de prorrogação da data de assinatura dos contratos, previsão de que cabe à ANP divulgar a data, horário e local da sessão

pública, possibilidade de qualificação simplificada somente para qualificação técnica, limitação da utilização do instrumento de qualificação técnica simplificada apenas para aproveitar de qualificação técnica obtida de forma completa (não simplificada), a possibilidade de assinatura dos contratos no SEI e, por fim, o retorno da previsão de punição da licitante remanescente declarada nova vencedora por não honrar a oferta apresentada tanto por meio da execução da garantia de oferta como por meio da penalidade de multa.

No que se refere às cláusulas que tratam de (i) exclusão do pagamento da Taxa de Inscrição e Amostra de Dados e da (ii) extinção do Termo de Confidencialidade, o tema já foi submetido à análise jurídica, conforme Parecer nº 0017/2024/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho nº 0148/2024/PFANP/PGF/AGU, e Parecer nº 0017/2024/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo Despacho nº 0148/2024/PFANP/PGF/AGU, respectivamente, tendo recebido aval jurídico.

Quanto aos modelos de Seguro Garantia, é correto o endereçamento da SPL ao destacar que serão aqueles aprovados pela Diretoria Colegiada da ANP com base no resultado da Consulta e Audiência Públicas nº 01/2024, ou seja, depois de concluído o processo regulatório, que incluirá a análise jurídica necessário.

27. Desse modo, a Procuradoria Federal junto à ANP não tem consideração jurídica sobre as alterações/adequações descritas no item 5.3 da Nota Técnica, até porque não foi trazida dúvida jurídica a ser sanada. Sem óbices jurídicos, portanto.

28. Por fim, com relação aos parâmetros técnicos e econômicos constante da seção 6 da Nota Técnica, trata-se, evidentemente, de tema técnico e específico de atribuição das áreas da ANP e sobre o qual a Procuradoria Federal não interfere, estando disponível para responder eventuais dúvidas jurídicas. Considerando a elaboração de Notas Técnicas sobre esse aspecto e a inexistência de dúvida jurídica trazida pela SPL, não se vislumbra óbices aos parâmetros estabelecidos para a licitação dos blocos.

5.2 Da Minuta do Contrato de Concessão

29. A Nota Técnica Nota Técnica nº 19/2024/SPL/ANP-RJ apresenta " *de forma consolidada as principais alterações propostas para a minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no âmbito da Oferta Permanente de Blocos com Risco Exploratório e de Áreas com Acumulações Marginais, de modo a subsidiar a Diretoria Colegiada da ANP na deliberação sobre a aprovação do referido instrumento contratual*".

30. A SPL destaca as principais alterações de conteúdo realizadas na minuta do Contrato de Concessão da Oferta Permanente. Vejamos. as justificativas.

a) definição de "Afilhada" (Cláusula 1.2.1): visando a atingir o objetivo apresentado pela área técnica, além de clareza na interpretação futura, considerando-se que não existe definição jurídica para a expressão "grupo formal", **recomenda-se a adoção da seguinte redação:**

"1.2.1. Afilhada: pessoa jurídica que exerça atividade empresarial e integre o mesmo grupo que o Contratado ou que a este esteja vinculado na qualidade de controlada, controladora ou por relação de controle comum, direto ou indireto."

b) definição de "Melhores Práticas da Indústria do Petróleo" foi alterada conforme justificado no Ofício nº 104/2023/STM-CMA/STM/ANP-RJ e comunicações da Superintendência de Tecnologia e Meio Ambiente (STM) (SEI 4003717):

- inclusão da expressão 'geralmente aceitos' para que as melhores práticas sejam reconhecidas como 'usos do comércio', tal como previsto no regulamento da UNCITRAL: proporciona segurança jurídica e a previsibilidade quanto ao que pode ser exigido, evitando que tecnologias ou procedimentos que não tenham sido suficientemente testados e aceitos pela indústria sejam exigidos como práticas obrigatórias;

- uso da expressão 'em condições e circunstâncias similares': a fim de diferenciar o que é requerido em ambiente *onshore* e *offshore*;

- alteração da expressão 'comunidades adjacentes' para 'comunidades afetadas': comunidades impactadas pelas atividades de exploração e produção não se limite às adjacentes, podendo estar a alguma distância;

- inclusão da finalidade de mitigação das emissões de gases de efeito estufa: o compromisso do Brasil com a redução das emissões (emissões fugitivas de metano, queima de gás e ventilação) ao endossar iniciativas importantes como o Global Methane Pledge (GMP), o Zero Routine Flaring by 2030 (ZRF) e a Oil and Gas Methane Partnership 2.0 (OGMP 2.0). Na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, COP28, o Brasil também anunciou a meta de ter uma regulamentação completa das emissões de metano até o final de 2025;

Nesse ponto, acrescenta-se que cerca de 50 companhias de óleo e gás aderiram à *Oil and Gas Decarbonization Charter*, cujo objetivo é acelerar ações que criem alto impacto às mudanças climáticas: "*Charter formalizes COP28 President Dr. Sultan Al Jaber's calls for the industry to align around net zero by or before 2050, zero-out methane emissions, eliminate routine flaring by 2030 and to continue working towards industry best practices in emission reduction*".^[3] Desse modo, a inclusão da finalidade de mitigação das emissões de gases de efeito estufa vai ao encontro do compromisso das empresas petrolíferas.

- exclusão do trecho 'considerar as normas brasileiras como ponto de partida': as normas nacionais, prescritivas, são mandatórias e podem ser exigidas diretamente pelo órgão regulador, ainda que não conste na definição, além de que melhores práticas são regras voluntárias, legitimadas pelo uso recorrente, que evoluem conforme o passo tecnológico e que dependem da situação para sua aplicação.

c) cláusula 4.1 e 4.2 sobre vigência do contrato: oferecida a motivação para a alteração proposta, **sugere-se as seguintes redações para atender ao objetivo visado pela área técnica:**

4.1. Este Contrato entra em vigor e tem eficácia a partir da data de sua assinatura por todos que o celebram e divide-se em duas fases:"

4.2. A vigência e eficácia deste Contrato corresponderá ao período decorrido desde a data

de sua assinatura por todos que o celebram até o encerramento da Fase de Exploração, salvo se houver Declaração de Comercialidade de uma ou mais Descobertas, caso em que haverá um acréscimo nos termos da Cláusula Nona.

d) inclusão do parágrafo 5.3.1 - aceita dados não exclusivos comprados a qualquer tempo para fins de cumprimento do Programa Exploratório Mínimo (PEM) - que, segundo a SPL, "*não há modificação no regramento adotado, apenas a inclusão de dispositivo aclarador*"; inclusão do 5.4 - permite atividades exploratória adicionais desde que aderentes ao Plano de Trabalho Exploratório; redação da cláusula 5.5 para adequar à equivalente no contrato de partilha; e exclusão da definição de "ponto de decisão" da cláusula 5.16, posto que já se encontra na Resolução ANP 845/2021;

e) exclusão dos parágrafos 9.11 e 9.11.1, tendo em vista que "*a forma e os prazos para submissão do Programa de Descomissionamento de Instalações já se encontram detalhados na Resolução ANP nº 817/2020*" é questão de forma; se consta da Resolução, não se verifica óbice à alteração da cláusula do contrato;

f) inclusão do parágrafo 10.13 sobre conteúdo do Plano de Desenvolvimento -práticas da indústria que visam reduzir as emissões de gases de efeito estufa - vai ao encontro da definição de Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, acima analisada;

g) alteração da redação do parágrafo 12.9 para "*prever a frequência de apuração dos royalties provenientes de Testes de Longa Duração e o prazo para seu pagamento em moeda nacional*": o complemento da cláusula vai ao encontro do previsto no art. 11 e 18 do Decreto nº 2.705^[4].

h) alterações nas cláusulas de conteúdo local visam atualizar "*os instrumentos licitatórios do Sistema da Oferta Permanente no regime de concessão considerando os aspectos atinentes ao Conteúdo Local objeto da publicação da Resolução CNPE nº 11/2023*" - percentuais e conteúdo local e possibilidade de transferência de excedente -, como esclarece o Ofício nº 6/2024/SCL/ANP-RJ.

As alíneas "a" a "c" da cláusula 20.12.1 refletem o teor da Resolução CNPE nº 11/2023.

A alínea "d" - a transferência será restrita a contratos nos quais ao menos um dos Concessionários seja Parte neste Contrato - deriva de entendimento similar para transferência de excedente de Conteúdo Local como obrigação do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) regulamentado pela Resolução ANP nº 848/2021, como esclarece a SCL:

"sob o prisma de eficácia e previsibilidade da possibilidade definida pelo CNPE, é possível utilizar excedente de outros contratos desde que ao menos uma das partes do consórcio esteja presente no contrato destino do excedente. Ou seja, não seria exigida uma igualdade de proponentes em consórcio, cabendo às partes do consórcio dos contratos que originaram o excedente negociar sua utilização, em instrumentos particulares que fogem do escopo de análise e atuação da ANP, observando a restrição disposta no item "b" de não duplicidade de computação, de modo que o excedente transferido, total ou parcialmente, não poderá ser utilizado para fins de transferência no contrato origem ou para outros mecanismos de transferência."

A alínea "e" - a transferência considerará o valor monetário excedente atualizado pelo índice previsto nos respectivos contratos - "*corresponde à aplicação de entendimento sobre a transferência de excedentes para fora do contrato consolidado no § 3º do art. 18 da Resolução ANP nº 848/2021, que dispõe sobre o TAC de conteúdo local e é prática razoável e aplicável ao contrato de E&P*".

As regras contidas nas alíneas "e" e "d" podem constar no Contrato por força do poder regulador da ANP, exercido com base na C.F, art. 174 e 177, §2º da C.F. e na Lei nº 9.478/97, art. 8º, incisos I, II, IV. A exigência de que a transferência se dê entre contratos dos quais ao menos um dos Concessionários seja parte sem a exigência de que tenham partes idênticas (mesmo consórcio) amplia a possibilidade de transferência tornando mais efetivo o instrumento. Da mesma forma, a operacionalização descrita no parágrafo 20.12.2, que depende do correspondente valor monetário, o que está também previsto na Resolução ANP 848/2021.

i) inclusão das alíneas "f" e "g" no parágrafo 21.2, que trata de aspectos de segurança das operações e controle ambiental (minimizar a queima de gás natural e buscar a queima zero de rotina; e adotar práticas e tecnologias para redução de emissão de gases de efeito estufa e da intensidade de carbono das atividades) vai ao encontro da definição de Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, acima analisada;

j) alteração de cláusulas sobre cessão do contrato:

- **A redação da cláusula 28.1.2** - em caso de retirada do Contrato, a participação da retirante deverá ser transferida aos demais Concessionários mediante Cessão - utiliza os termos "retirada" e "retirante" sem a correspondente definição na Lei nº 9.478/97, no próprio Contrato de Concessão ou na Resolução ANP nº 785/2019.

Além disso, não está claro o tipo de transferência de ativo que a referida Cláusula pretende regular. Ademais, numa interpretação literal da redação apresentada, a cláusula aparentemente obrigaria a transferência dessa participação aos demais membros do consórcio, vedando transferir para outra empresa qualificada. No entanto, em contato, por meio do aplicativo Teams, com a Superintendente da SPL, verificou-se que a área não tem como objetivo a limitação da transferência apenas aos demais contratados.

Sendo assim, cuidando-se apenas da saída de um dos integrantes do consórcio, com transferência aos remanescentes de sua participação, recomenda-se não utilizar os termos "retirada" e "retirante", e sim "transferência de ativo", "cessão de participação", ou outra que encontre amparo nas definições legislativas.

A Resolução ANP nº 785/2019 traz em seu artigo 1º ^[5] as situações às quais se aplica o procedimento cessão de contratos. Qualquer alteração na composição do consórcio deve ser formalizada via cessão de participação (percentual) no ativo (contrato), procedimento comum na ANP. Aparentemente, a alínea "a) transferência, total ou parcial, da titularidade de direitos e obrigações decorrentes do Contrato" da cláusula 28.1.2. do Contrato de Concessão alberga essa

situação. Se a SPL pretende deixar mais clara a necessidade de seguir o procedimento de cessão nessas situações, como parece ser o foco, quando se lê a justificativa apresentada - "objetiva deixar explícita a necessidade de submissão ao procedimento de cessão em caso de retirada de Concessionário(s)" - não há vedação para tanto, ao contrário, mas deve-se evitar agregar indefinição ou insegurança quanto a quais situações a cláusula é aplicável. Destarte, **sugere-se a seguinte redação** para que não haja dúvidas ou insegurança quanto às situações em que a precitada Cláusula é aplicável:

"28.1.2. Caso um integrantes do consórcio decida transferir a titularidade de seus direitos e obrigações decorrentes do Contrato deve submeter-se ao procedimento de Cessão."

- exclusão do antigo parágrafo 28.5 - notificação em razão da alteração do controle societário - justificada em função de previsão idêntica na Resolução ANP nº 785/2019, mas sugere-se manter, a fim de evitar dúvidas quanto à necessidade da notificação;

- realocação das Cláusulas 28.7 a 28.9 pois vão ao encontro da cláusula 28.6, que autoriza a ANP a aprovar a divisão de Área de Concessão, de modo que está devidamente motivada.

- sem óbices jurídicos às alterações na cláusula 28.13 e alínea "f";

- alteração da Cláusula 28.13.2. foi devidamente e adequadamente motivada pela área técnica, e vai ao encontro do decido em recente precedente arbitral (CCI 26.245).

- redação da Cláusula 28.15: recomenda-se sua alteração para que sua redação esteja em consonância com nossa proposição para a Cláusula 4.1 acima sugerida.

- inclusão da seção 'Garantia sobre os Direitos Emergentes do Contrato de Concessão' conforme Cláusulas 28.19, 28.20 e 28.21: as Cláusulas estão em harmonia com o Capítulo V, art. 20 a 29 da Resolução ANP 785/2019.

l) extinção do contrato: a área técnica justificou adequadamente as alterações pretendidas.

m) com relação às Cláusulas que tratam do licenciamento ambiental, esta Procuradoria aponta que a redação da Cláusula 31.4.3 e 31.5.2 trazem risco de serem consideradas como prova de fato negativo, difícil ou impossível de ser produzida e, por isso, a matéria já foi, inclusive, objeto de manifestação dessa Procuradoria Federal junto à ANP no Parecer nº 00356/2022/PFANP/PGF/AGU, pelo que **se recomenda as novas redações, abaixo, visando a atingir o resultado prático esperado pela área técnica, ainda que sejam utilizados conceitos jurídicos indeterminados.**

"31.4.3. O Concessionário deverá comprovar que o atraso se deu por responsabilidade exclusiva dos entes públicos competentes e que tomou as providências cabíveis e agiu com razoável diligência para que o processo de licenciamento ambiental transcorresse da forma regular, não tendo, pois, dado causa à sua demora."

31.5.2. Caberá aos Contratados comprovar que, nos 5 (cinco) anos contados da data de suspensão do curso do prazo contratual, tomaram as providências cabíveis e agiram com razoável diligência para que o processo de licenciamento ambiental transcorresse da forma regular, não tendo, pois, dado causa à sua demora."

Se a redação sugerida no presente Parecer também não trouxer resultado concreto esperado pela área técnica, recomenda-se avaliar outra maneira de comprovação do comportamento do Concessionário, como, por exemplo, a exibição de certidão de tramitação regular do processo de licenciamento no órgão estadual do meio ambiente ou no IBAMA.

n) alteração da Cláusula 31.5.2 sobre caso fortuito ou força maior - substituição da expressão '*tomou as providências cabíveis para que o processo de licenciamento ambiental transcorresse da forma mais célere possível*' por '*não contribuiu para a dilatação do processo de licenciamento ambiental*' - já foi objeto de manifestação desta Procuradoria Federal junto à ANP no Parecer nº 00356/2022/PFANP/PGF/AGU.

Ainda que se considere a justificativa da SPL - é mais factível mensurar se o Concessionário contribuiu para a demora no processo de licenciamento, enquanto que comprovar a celeridade é um conceito jurídico indeterminado -, como posto no mencionado Parecer, a exigência de que o Concessionário prove que não fez, que não agiu de forma a dificultar o andamento do licenciamento, também não parece trazer o resultado esperado pela SPL, além do risco de ser considerada prova negativa ou diabólica, difícil ou impossível de ser produzida.

Se a redação sugerida no Parecer também não trouxe resultado concreto (a SPL não relata), recomenda-se avaliar outra maneira de comprovação ou detecção do comportamento do Concessionário, talvez através da exibição de certidão de tramitação do processo de licenciamento no órgão estadual do meio ambiente ou IBAMA. **Não recomendamos a redação proposta pela SPL.**

31. As alterações das redações do contrato de concessão propostas decorrem do poder normativo da ANP, e encontram fundamento na C.F, art. 174 e 177, §2º da C.F. e Lei nº 9.478/97, art. 8º, incisos I, IX e X e art. 43.

32. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes no sentido de reconhecimento do poder normativo das agências reguladoras. A título de exemplo, ao julgar a ADI nº 4874, entendeu que a legislação setorial de vigilância sanitária possuía elementos suficientes para a aferição da legitimidade do poder normativo da agência:

A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial.

(...)

Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).

33. Ou seja, "a Corte deixa de se preocupar se é possível a edição de normas, voltando-se a questionar como essa competência deve ser exercida". Nessa linha, segue a doutrina especializada:

Na celebração dos contratos de concessão da exploração de bem ou de atividade monopolizada pelo Estado, **a agência reguladora da atividade tem legitimidade para colocar normas não previstas na lei, no edital, ou no contrato**. Isto porque o Estado é o proprietário do bem monopolizado ou é o titular exclusivo da atividade monopolizada e, portanto, **pode estabelecer condições contratuais que melhor lhe convenha, dentro dos limites legais, é claro**. Da mesma forma, para a execução do contrato, pode, no âmbito de sua ação regulatória, integrar e interpretar cláusulas contratuais, e, se for o caso, adequando-as á dinâmica da realidade sócio-econômica.

(...)

Na determinação dos meios para a realização dos fins estabelecidos na lei setorial e da Política nacional do setor (ex.: art. 8º, incisos I, IX e X da Lei do Petróleo), a Agência possui, **via de regra, ampla margem de discricionariedade, não só para a emissão de normas gerais e abstratas, como para a fixação das cláusulas dos contratos de concessão, dos editais de licitações e dos termos das autorizações** (ex.: art. 4º, inciso IV, Lei nº 9.984/00).

(...)

Se a cláusula contratual [...] advier do tão-somente do poder regulatório da Agência, que lhe permite elaborar editais e contratos de concessão, podem ser alteradas, dentro do princípio do *trial and error* das políticas públicas, desde que proporcional, motivada e razoavelmente adequadas às contingências e sempre se observando os objetivos fixados no art. 1º da mencionada lei e as políticas nacionais e medidas específicas propostas pelo CNPE, conforme art. 2º.

(...)

A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária (Alexandre Santos Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, ed. Forense, p. 389, 391, 393, 409)

34. Assim sendo, considerando as justificativas para as poucas alterações propostas pela SPL, não se verifica óbices jurídicos.

35. No que diz respeito ao **Contrato de Concessão de áreas com acumulações marginais**, considerando que as alterações sugeridas no contrato são similares às da minuta do Contrato de Concessão para blocos com risco exploratório, pode-se aplicar a elas a análise judiciada acima.

6. CONCLUSÃO

36. Diante de todo exposto, com respaldo na C.F, art. 174 e 177, §2º da C.F. e na Lei nº 9.478/97, art. 8º, e considerando a observância aos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/97, reforçado pelo Decreto nº 9.830/2019, em especial os artigos 2º e 3º, artigos 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019, **não se verifica óbices jurídicos à aprovação das minutas do edital e dos contratos de concessão, com as recomendações postas no § 30, alíneas "a", "c", "j", "m" e "n" deste Parecer.**

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

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2024.

TATIANA MOTTA VIEIRA
PROCURADORA FEDERAL
MAT. 1311581

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610004191201864 e da chave de acesso b69e3ad1

Notas

1. [^] OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro. Forense. p.
2. [^] FERRAZ, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3 ed. São Paulo. Malheiros, p. 59.
3. [^] Disponível em <<https://www.cop28.com/en/news/2023/12/Oil-Gas-Decarbonization-Charter-launched-to-accelerate-climate-action>>. Acessado em 27 Mai 2024
4. [^] Art 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.(...)Art 18. O valor dos royalties será apurado mensalmente por cada concessionário, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a data de início da produção do campo, e pago, em moeda nacional, até o último dia útil do mês subsequente, cabendo ao concessionário encaminhar à ANP um

demonstrativo da sua apuração, em formato padronizado pela ANP, acompanhado de documento comprobatório do pagamento, até o quinto dia útil após a data da sua efetivação.

5. *I - a cessão de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural; II - a mudança de operadora; III - a substituição e a isenção da garantia de performance; IV - a mudança de concessionária ou contratada decorrente de fusão, cisão ou incorporação; V - a alteração do controle societário de concessionária ou contratada; e VI - a constituição de garantias sobre direitos emergentes de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural.*

Documento assinado eletronicamente por TATIANA MOTTA VIEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1506779263 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): TATIANA MOTTA VIEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-05-2024 15:38. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS SEDE
GABINETE DO PROCURADOR GERAL-RIO DE JANEIRO
DESPACHO n. 01507/2024/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.004191/2018-64

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

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

Aprovo o **PARECER n. 00128/2024/PFANP/PGF/AGU**.

Encaminhe-se à SPL para ciência das recomendações expostas no parecer, podendo o processo, após, seguir à Diretoria para deliberação.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2024.

EVANDRO PEREIRA CALDAS
PROCURADOR-GERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À ANP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610004191201864 e da chave de acesso b69e3ad1

Documento assinado eletronicamente por EVANDRO PEREIRA CALDAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1519302915 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EVANDRO PEREIRA CALDAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 05-06-2024 11:52. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
