

2

**ENSAIO CRÍTICO SOBRE A NATUREZA
DO CONTEÚDO LOCAL BRASILEIRO:
IMPERFEIÇÕES NO FOMENTO À
INDÚSTRIA LOCAL**

Luiz Cezar P. Quintans¹

RESUMO

Com o interesse de substituir as importações e desenvolver a indústria local, a Petrobras tem se preocupado em formar uma gama de fornecedores de bens, serviços e mão de obra no Brasil. O conceito de conteúdo local de bens, portanto, passa a ser desenvolvido e é tema a ser tratado neste artigo. Procura-se, então, explorar o objetivo e consequências do conteúdo local no desenvolvimento da indústria de bens e serviços brasileira, bem como, tratar da regulamentação vigente que lhe é aplicável. Nessa esfera, apresenta-se, ainda, uma abordagem de aspectos do conteúdo local como sua característica de obrigação contratual, exceção por força maior, entre outros. E conclui-se, portanto, pela necessidade de flexibilização do conteúdo local, sem prejuízo ao desenvolvimento e à arrecadação no Brasil, para que a objetividade de critérios e o fomento da indústria nacional imperem.

1 Professor da UERJ de Introdução ao Direito do Petróleo. Autor do livro *Direito do Petróleo: Conteúdo Local*, IBP/Freitas Bastos, 2009. Membro do Taxation Committee e do Legal Committee do Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustível – IBP.

PALAVRAS-CHAVE

conteúdo local; indústria nacional; direito do petróleo; ANP; rodada de licitações

ABSTRACT

In order to avoid importation and to develop the local industry, Petrobras has been working to form a range of suppliers of goods, services and work force in Brazil. The concept of local content of goods, therefore, becomes an important subject to be developed in the present work. Under this panorama, one tries to explore and to understand the purposes and consequences of the local content in the Brazilian's industry and services development. The regulations and legal principles which are applicable to this development are also analyzed. In this way, one presents some aspects about the local content, such as its characteristic of a contractual obligation, as an example of force majeure, among others. It is clear that a flexible local content is required, promoting the development of the domestic industry.

KEY-WORDS

local content; national industry; oil & gas law; ANP; bidding rounds

Desde sua criação² na década de 1950, a Petrobras vem se esforçando para formar fornecedores de bens, serviços e mão de obra no Brasil com o interesse precípua de substituir importações e desenvolver a indústria local. O estímulo aos brasileiros é maior ou menor, dependendo de vários fatores internos e externos. Antes da “flexibilização” do monopólio do petróleo, o Conteúdo Local era determinado de acordo com a política do país e da Petrobras.³ Há

2 A Lei n. 2.004/53 criou a Petrobras para o exercício do monopólio da atividade econômica de exploração e produção de petróleo no Brasil.

3 Quintans, Luiz Cezar P., “Questionamentos sobre Conteúdo Local

tempos vem sendo construído o glossário da Petrobras e lá podemos encontrar, por exemplo, no verbete “conteúdo local de bens”⁴ o seguinte:

CONTEÚDO LOCAL DE BENS Porcentual que corresponde ao cociente entre:

- a diferença entre o valor total de comercialização de um bem (excluídos IPI e ICMS) e o valor de sua respectiva parcela importada e;
- seu valor total de comercialização (excluídos IPI e ICMS).

A empresa não tinha um porquê para externar conceitos, definir métodos, cartilhas e procedimento. Tratava-se de assunto interno e era, como já visto, praticado como um “porcentual” e, normalmente, apresentado e representado como uma fórmula, a saber:

$$CL = \frac{\{ 1 - X \}}{Y} \times 100$$

Onde:

CL = Conteúdo Local .

X = É o valor dos componentes importados, inclusive matéria-prima, excluídos IPI e ICMS.

Y = É o preço de venda total, excluídos IPI e ICMS.

Ou, de maneira menos técnica, a fórmula pode ser lida como:

$$\text{Conteúdo Local} = \frac{\text{Total da Nota Fiscal} - \text{IPI e ICMS} - \text{Parcela Importada}}{\text{Total da Nota Fiscal} - \text{IPI e ICMS}}$$

nas Licitações da ANP” artigo inserido no site Gui Offshore em Maio de 2007. http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID_MATERIA=5200&ID_EDITORIA=18.

4 <http://www2.petrobras.com.br/ri/port/glossario/glossario.asp#c> acessado em 15 de julho de 2009.

Na verdade, Conteúdo Local é um processo de estímulo, uma orientação política, com o intuito de ampliar a capacidade de fornecimento brasileiro, para o desenvolvimento da indústria local de bens e serviços, a ponto de gerar competitividade a níveis internacionais, renda, emprego, novos insumos e tecnologias no Brasil.⁵

Conceitualmente, Conteúdo Local abriga, ainda, mais duas concepções:

Na visão do geofísico e Secretário Geral da ABPIP, Prof. Paulo Buarque Guimarães: “Conteúdo local é um compromisso entre o Estado e o Particular (concessionário) que o obriga a fazer aquisições mínimas de bens e serviços de fornecedores brasileiros, mesmo que esses bens e serviços não sejam disponíveis em determinadas etapas da exploração e produção”;⁶ e

Há uma outra concepção que ser “critério de julgamento dos leilões da ANP”. Essa definição pode ser não justa, mas, também está correta, pois, também não deixa de ser um critério de julgamento a oferta de Conteúdo Local nas Rodadas de Licitação.

Nos mercados maduros e nos mercados onde a concorrência é muito forte o Conteúdo Local tem a natureza de proteção do mercado interno e pode ser conhecido pelos nomes de “*Local Content*” ou “*Domestic Content*” e pode ser encontrado em países como Austrália e Estados Unidos. Em determinadas situações pode ser chamado de “*Domestic Content Protection*” e pode ser definido como o “Uso de políticas de comércio com a exigência de conteúdo doméstico”⁷ que contém um mínimo de valor agregado local, para aumen-

5 QUINTANS, Luiz Cezar P. conceito desenvolvido e utilizado por pela primeira vez na Universidade Cândido Mendes - UCAM, em 2006, no Curso de Pós-Graduação em Direito do Petróleo e repetido no artigo do mesmo autor em maio de 2007, denominado: “Questionamento sobre Conteúdo Local nas licitações da ANP” publicado em: <http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID_MATERIA=5200>.

6 QUINTANS, Luiz Cezar P. Direito do Petróleo: Conteúdo Local, IBP/Freitas Bastos, 2009, p. 05.

7 International Economics Glossary em: <<http://www-personal.umich.edu/~alandear/glossary/d.html>>. Acesso

tar a porção do valor de um produto que é provido (necessariamente) por fatores domésticos de produção, ou pela produção direta ou através de entradas (input de bens ou serviços) na produção.

Com a ampliação da exploração de petróleo no Brasil algumas empresas estrangeiras constituíram companhias brasileiras para prestar serviços à Petrobras e diversos fornecedores locais, de serviços, bens e mão de obra se desenvolveram até a flexibilização do monopólio⁸ que foi efetivada com a publicação da Lei n. 9.478/97 que passou a admitir que a União pudesse contratar com empresas estatais ou privadas para a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.⁹ Na mesma Lei foi criada a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que manteve o tratamento de um “porcentual” para apurar Conteúdo Local e utilizava a fórmula já mencionada.

Para se ter uma ideia do momento da flexibilização:

No Brasil, (...), em julho de 1999, estavam sendo perfurados três poços exploratórios e 16 poços de desenvolvimento. Por mais que esses números sejam reflexo da crise econômica interna e do cenário de preços de petróleo deprimidos eles demonstram, na verdade, que ainda existe uma grande carência de infraestruturas exploratórias no país.¹⁰

em: 19/10/2006: “Use of trade policies such as domestic content requirements to increase the portion of a product’s value that is provided by domestic factors of production, either in direct production or through produced inputs”.

8 Emenda Constitucional n. 09/95.

9 *Idem*. Inserida a regra na Constituição Federal pela redação do parágrafo primeiro do art. 177.

10 ZAMITH, Regina. A indústria para-petroleira nacional, São Paulo: Annablume, 2001, p. 56.

Consoante Eloi Fernández y Fernández e Oswaldo Pedrosa, num artigo publicado na Revista Brasil Energia,¹¹ “Os grandes empreendimentos de exploração em águas profundas marcaram a prioridade de investimentos da Petrobras a partir dos anos 1990. Nesse período, quando não houve uma orientação de política explícita quanto ao suprimento nacional, o conteúdo local na aquisição das unidades flutuantes de produção variou de 35% a 52% quando construídas no país, e de 1% a 19% quando feitas no exterior. Em 1999, um estudo da ANP apontou para um índice de 60% de capacidade da indústria para atender à demanda de bens e serviços na construção de um sistema de produção petrolífera no mar. Não foi avaliada, entretanto, a capacidade instalada da indústria para atendimento a um número elevado de encomendas”.

O reflexo da carência exploratória refletia proporcionalmente na falta de novos fornecedores no Brasil ou na melhora da qualidade dos já existentes. A maior prova da inexistência ou da deficiência de fornecimento local foi a instituição do REPETRO – regime aduaneiro especial de exportação e de importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de gás natural, pelo Decreto n. 3.161, de 02 de setembro de 1999¹², alterado pelos Decretos n. 3.787/2001 e 4.543/2002, na tentativa de ter no país a presença de bens aqui não fabricados e ao mesmo tempo desonerar, tributariamente, a indústria petrolífera¹³, na importação de determinados bens de uso temporal.

Mesmo que a exigência de Conteúdo Local tenha sido instituída para pequenas e grandes empresas, pela avaliação do anexo único da Instrução Normativa RFB n° 844, de 9 de maio de 2008¹⁴

11 Edição Especial de Outubro de 2003, p. 136.

12 DOU de 03/09/1999, p. 2.

13 Pessoa Jurídica detentora de concessão ou autorização para exercer as atividades previstas no art. 1º, da Lei n. 9.478/97, bem como, se não sediada no País, poderá ser habilitada a empresa local por ela designada para promover a importação dos bens.

14 DOU de 12.5.2008, já alterada (atualizada) pela IN RFB n. 941, de 25

pode-se verificar que as operações e terra, enfim, as operações dos pequenos operadores foram praticamente deixadas de lado, e porque não dizer ignoradas.

Não só isso, na redação atual da lista pode-se comprovar que ela é muito mais específica do que nas redações das Instruções Normativas anteriores. Vejamos o conteúdo atual:

Embarcações destinadas às atividades de pesquisa e produção das jazidas de petróleo ou gás natural e as destinadas ao apoio e estocagem nas referidas atividades.

Máquinas, aparelhos, instrumentos, ferramentas e equipamentos destinados às atividades de pesquisa e produção das jazidas de petróleo ou gás natural.

Plataformas de perfuração e produção de petróleo ou gás natural, bem como as destinadas ao apoio nas referidas atividades.

Veículos automóveis montados com máquinas, aparelhos, instrumentos, ferramentas e equipamentos destinados às atividades de pesquisa e produção das jazidas de petróleo ou gás natural.

Estruturas especialmente concebidas para suportar plataformas.

Após ter criado uma Coordenadoria de Conteúdo Local, a ANP progrediu muito em termos de divulgação de informações. Como se pode verificar no site¹⁵ da Agência, observa-se que Conteúdo Local é puramente contratual, vejamos:

A Cláusula de Conteúdo Local

Os Contratos de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural,

de maio de 2009.

¹⁵ <http://www.anp.gov.br/petro/conteudo_local.asp>. Acesso em: 15/6/2009.

firmados pela ANP com as empresas vencedoras nas Rodadas de Licitações, incluem a Cláusula de Conteúdo Local, que incide sobre as fases de exploração e desenvolvimento da produção.

De acordo com esta cláusula estabelecida pela ANP, as concessionárias devem assegurar preferência à contratação de fornecedores brasileiros sempre que suas ofertas apresentem condições de preço, prazo e qualidade equivalentes às de outros fornecedores convidados a apresentar propostas.

O dispositivo contratual tem o objetivo de incrementar a participação da indústria nacional de bens e serviços, em bases competitivas, nos projetos de exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e gás natural. O resultado esperado da aplicação da cláusula é o impulso ao desenvolvimento tecnológico, a capacitação de recursos humanos e a geração de emprego e renda neste segmento.

As agências reguladoras em todo o mundo sofrem uma espécie de conflito entre o direito de autorregulamentação e o princípio da reserva legal. Alexandre Aragão diz que “confirma-se que toda importante questão do Direito Público leva o jurista, mais cedo ou mais tarde, ao tão polêmico quanto antigo princípio da separação dos poderes”¹⁶. Há diversos casos onde as Agências reguladoras e a administração pública, em geral, não respeitam ou não distinguem certos princípios, como muito bem observa José Afonso da Silva, comentando que a própria doutrina adota o mesmo comportamento embaraçado: “Não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro

16 ARAGÃO, Alexandre Santos de “Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico”. Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 371.

significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal¹⁷.

Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros: “O princípio da reserva legal é uma garantia constitucional dos direitos do homem. Ingressa no rol das liberdades públicas clássicas que constitui limitações jurídicas ao poder estatal. As liberdades clássicas protegem a pessoa do arbítrio do Estado”¹⁸.

A elaboração de leis está reservada ao Poder Legislativo e, em caráter secundário, admite a participação do Poder Executivo. Como é sabido, a competência legislativa, ou ainda, o título jurídico para elaboração de leis, incumbe primordialmente ao Poder Legislativo. Por sua vez, a Constituição Federal admite a participação do Poder Executivo no processo de elaboração de leis, em caráter secundário, por meio do instituto da Delegação legislativa. Leila Cuellar, ao comentar sobre os limites normativos das Agências Reguladoras, conclui que:

É oportuno frisar que com a delegação legislativa opera-se uma transferência temporária e excepcional do exercício de competência legislativa. O legislador não renuncia à sua competência, mas permite que a atividade legiferante seja exercida por outro órgão, dentro das diretrizes por ele traçadas.¹⁹

A ANP instituiu, pela via contratual, o Conteúdo Local como um fator de competição entre os licitantes. Essa obrigação

17 SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, São Paulo, Malheiros, 15. ed., p. 423.

18 BARROS, Flávio Augusto Monteiro, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, volume 1, 10. ed., p. 25.

19 CUELLAR, Leila. As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo, Dialética, 2001, p. 111.

serve ao princípio da livre concorrência e as funções de incentivo e planejamento para o setor público e para o setor privado, mas, entre observar preceitos constitucionais e ter autorização pautada em lei formal para legislar sobre uma obrigação é uma diferença muito grande.

O Conteúdo Local, além de não ter origem em lei formal é pautado em uma Cartilha do Conteúdo Local, fase 0 – IND P&G 5, Código do Projeto: “IND P&G 5” em 26 de julho de 2004,²⁰ que versa sobre regras que devem ser cumpridas pelo Concessionário que tem uma relação direta, imediata e contratual com a ANP, mas, indiretamente tenta criar vínculos contratuais para que o seu cumprimento seja realizado – no final das contas – por terceiros, os próprios fornecedores.

Caso os fornecedores nacionais não tenham condições de atender às necessidades do Concessionário, seja por não estarem preparados, por não possuírem preço ou qualidade compatíveis, por não terem capacidade de entregar os pedidos no prazo adequado, a situação de inadimplência contratual ficará reservada ao contratante/concessionário. Há casos piores, onde não existem fornecedores no mercado interno para determinadas atividades que necessitem de serviços ou produtos.

Não obstante a cartilha que surgiu como obrigatória em 2005, em novembro de 2007, a ANP editou quatro novas resoluções²¹ em relação a Conteúdo Local, a saber:

a) Vigência imediata:

RESOLUÇÃO ANP N. 37, DE 13.11.2007 que aprova o Regulamento ANP n. 7/2007 (Critérios e procedimentos para cadastramento e credenciamento de entidades para Certificação de Conteúdo Local).

²⁰ Informações extraídas de: <<http://www.prominp.com.br/>, Palestras de Lançamento da cartilha de CL, BNDES e ONIP>. Acesso em: 18/07/2007 e em 07/07/2009.

²¹ Todas publicadas no DOU de 16.11.2007.

RESOLUÇÃO ANP N. 39, DE 13.11.2007 que aprova o Regulamento ANP n. 9/2007 (Periodicidade, formatação e o conteúdo dos relatórios de investimentos);

b) Vigência a partir de 150 dias após a publicação²²:

RESOLUÇÃO ANP N. 36, DE 13.11.2007 que aprova o Regulamento ANP n. 6/2007 (Critérios e procedimentos para execução das atividades de Certificação).

RESOLUÇÃO ANP N. 38, DE 13.11.2007 que aprova o Regulamento ANP n. 8/2007 (Critérios e procedimentos de Auditoria nas empresas de Certificação).

As resoluções ANP que tratam de Conteúdo Local, assim como a sua instituição, não tem qualquer arcabouço legal que lhes dê suporte, especialmente, com respeito a obrigações a serem cumpridas por terceiros que nada têm a ver com os editais e com as licitações promovidas pela Agência; e sendo os regulamentos atos inferiores a lei, não podem restringir ou ampliar suas disposições. A ANP faz determinações aos concessionários para que estes façam contratos com fornecedores e que seus contratos contemplem obrigações dos fornecedores em obedecer certa metodologia, fornecer declarações e, especialmente, certificar produtos, em muitos casos, certificar cada um dos documentos fiscais emitidos.

Pode-se entender na leitura da obra de Carlos Ari Sundfeld que o poder normativo da ANP está restrito ao disposto na Lei do Petróleo, *in verbis*:

são portarias da ANP, editadas com o poder normativo para regulação conferido pela Lei do Petróleo e versando assuntos como a licitação de blocos para exploração de petróleo, a construção e operação de refi-

22 Receberam mais 150 dias para entrarem em vigor a partir de 11 de setembro de 2008.

narias, as instalações de transporte, o direito de uso de gasoduto alheio, e assim por diante.²³

Conteúdo Local sequer é comentado na Lei de Licitações n. 8.666/93 e, como já dito, não tem origem na Lei do Petróleo.

O saudoso jurista Hely Lopes Meirelles²⁴ dizia que regulação não é lei e que não pode invadir matéria reservada a lei, como se observa no seguinte texto destacado:

“O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinadas por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa.

23 SUNDFELD, Carlos Ari “Regime Jurídico do Setor Petrolífero”, constante da obra coletiva coordenada pelo próprio autor, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p.386. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de “Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico”, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 278.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., 2ª tiragem, Ed. Malheiros, p. 112/113.

O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução de lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode confundir lei e regulamento.

Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas ato inferior a lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados. Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento desde que não invada matéria reservada a lei”.

Por ocasião do julgamento do TCU do acompanhamento da Sétima Rodada de Licitações, com vistas à outorga de concessão para a produção de petróleo e gás natural, sob a responsabilidade da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis o plenário decidiu no ACÓRDÃO N. 1157/2007 – TCU – PLENÁRIO, no Processo n. TC 002.428/2005-3 com 1 volume e 53 anexos, o seguinte:

A preferência dada aos bens, produtos, equipamentos e serviços nacionais, mesmo que com preços superiores aos correspondentes estrangeiros, encontra guarida no art. 1º, inc. I, II e X, c/c o art. 8º, inc. I, da Lei n. 9.478/97 e no art. 174, *caput*, da Constituição Federal c/c o art. 8º, *caput* e inc. IV, da Lei n. 9.478/97 e, ainda, no poder de polícia exercido com vistas à consecução do interesse público, fomentando o crescimento da indústria e do setor de serviços nacionais.²⁵

Conforme se extrai da leitura do acórdão do TCU o órgão quer encontrar alguma “guarida” legal no próprio art. 1º da Lei do Petróleo, o que significa dizer que está escorado nos objetivos da política nacional, a saber:

- I** – preservar o interesse nacional;
- II** – promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos; e
- III** – atrair investimentos na produção de energia;

Entende o TCU em sua decisão que o Conteúdo Local encontra também abrigo no art. 8º, I, da Lei n. 9.478/97, que deter-

²⁵ <http://www.brasil-rounds.gov.br/geral/relatorios_TCU/acordao_1158_2007.pdf>. Acesso em: 26/06/2007.

mina a competência da ANP para implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

O TCU julga que o Conteúdo Local encontra proteção no artigo 174 da Constituição Federal combinado com o já citado art. 8º, *caput* e seu inciso IV, da Lei n. 9.478/97, baseando-se no fato de que o Estado deve exercer suas funções de incentivo, entre outras (fiscalização e planejamento) para o desenvolvimento nacional equilibrado, reiterando que cabe à ANP implementar as políticas acima referidas, através da elaboração dos editais e da promoção das licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução.

É prudente ressaltar que o TCU lê a Constituição, no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), como um todo, não fazendo referências específicas ao segmento pela leitura exclusiva do art. 177, como querem alguns; e do julgado entende-se que preservar o interesse nacional não impede o desenvolvimento, a ampliação do Mercado de trabalho, a valorização dos recursos energéticos e, especialmente, a atração de investimentos na produção de energia.

Se afigura frágil demais o arcabouço legal que se quer fundamentar o Conteúdo Legal aos olhos do TCU.

Ora, o princípio da legalidade está exteriorizado no art. 5º, II, da CF, assim descrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Como se sabe, para o Direito Privado tem-se por regra que tudo “o que não é proibido em lei é permitido”. Já em sede de Direito Público, onde se insere o Direito Administrativo e o Direito Tributário, vige como regra que “o que não está estabelecido por lei é proibido”. Isso é o que podemos chamar de princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, preconizado especialmente no inc. II do art. 5º da Carta Magna, anteriormente destacado.

As entidades públicas devem se submeter ao princípio da legalidade, para que possa haver a possibilidade de efetuar um controle dos atos do Estado pela via jurisdicional. Se atingido esse princípio, viola-se o direito por lesão por ato sem a o amparo legal. É o que preconiza o Recurso Especial do STJ, REsp 131494-RS 1997/0032902-0, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 14/02/2001 pela T1 – PRIMEIRA TURMA, com a seguinte ementa:

Mandado de Segurança. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Aplicação de Sanções Órfãs de Previsão Legal. Limites do Regulamento. Decreto-Lei 37/66 (arts. 94 e 96). Decreto 91.030/85.

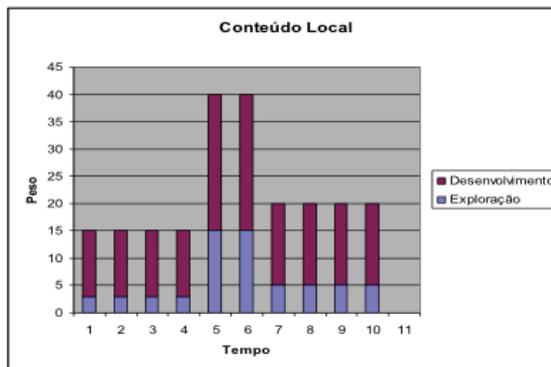
1. O Administrador Público submete-se ao princípio da legalidade. Malferido o princípio, viola-se o direito líquido e certo do cidadão, afetado por ato sem a sobreguarda legal.

2. As sanções desviadas de previsão legal constituem ofensa a direito fundamental do cidadão.
3. Recurso sem provimento.

A maior dúvida que persiste é se a exigência de Conteúdo Local deveria ser uma matéria reservada à lei ou se é uma mera obrigação contratual. Sendo uma obrigação criada e imposta por uma Autarquia estaria baseada em que norma legal para sua plena eficácia?

O direito de autorregulamentação da Agência lhe autoriza a criar normas de aplicação geral para os concessionários, cabendo aos regulamento explicar a lei, dentro dos limites definidos pela própria lei. Nem os editais nem os regulamentos podem instituir novas regras.

Além do mais, o Conteúdo Local ANP vem sendo alterado ao longo das rodadas, como critério de julgamento das rodadas de licitação da ANP, como se pode avaliar no gráfico abaixo:



E mais, com o edital da 5ª Rodada, passou-se a existir conteúdo local mínimo para cada fase (exploração e desenvolvimento da produção).

O próprio site²⁶ da ANP confirma a existência de percentuais mínimos a serem cumpridos, como também indica que a obrigação nasce de uma cláusula contratual:

Histórico do Conteúdo Local na ANP

A ANP aplica o conceito de conteúdo local desde a Primeira Rodada de Licitações de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, ocorrida em 1999, por meio da Cláusula de Conteúdo Local constante nos Contratos de Concessão. Naquela ocasião os concorrentes puderam ofertar livremente valores de bens e serviços a serem adquiridos de empresas brasileiras para a realização das atividades de exploração e desenvolvimento da produção. Os percentuais de Conteúdo Local oferecidos pelas empresas concorrentes foram computados para efeitos de pontuação das ofertas para aquisição dos blocos. Este modelo de compromisso permaneceu vigente até a Quarta Rodada de Licitações.

Na Quinta e Sexta Rodadas, a Cláusula de Conteúdo Local nos Contratos de Concessão foi modificada e passou a exigir percentuais mínimos e diferenciados para a aquisição de bens e serviços brasileiros destinados a blocos terrestres, a blocos localizados em águas rasas e a blocos em águas profundas.

Está mais do que claro que a natureza do Conteúdo Local é meramente contratual. Mas, a constatação em si não é suficiente para solucionar todos os enleados que envolvem o tema. E se, por exemplo, no Brasil, não for possível encontrar fornecedores de

26 <http://www.anp.gov.br/petro/conteudo_local.asp>. Acesso em: 15/06/2009.

bens e serviços, ao tempo e no prazo dos períodos de exploração e produção nos contratos, pela falta de capacidade instalada ou falta de infraestrutura local, pelo fornecedor não oferecer preços, prazos e qualidade compatíveis? E se nem existirem fornecedores locais para determinados bens ou serviços? E se o fornecimento de conteúdo local for apenas parcial? E se o fornecedor não cumprir com o prometido ou declarado em contrato?

O que irá alegar o concessionário junto à ANP? Poderá alegar que a cláusula contratual é de onerosidade excessiva se provados os fatos que ensejam sua ocorrência? Se fosse um contrato privado, com certeza sim. Vejamos a APELAÇÃO CÍVEL AC 20030110405317 DF (TJDF):²⁷

Processual civil. Contrato de compra e venda de imóvel. Aplicabilidade. Cdc. Inexistência. Onerosidade excessiva. Aplicabilidade. *Pacta sunt servanda*.

1. Somente circunstâncias extraordinárias entram no conceito de onerosidade excessiva, ai excluídos os acontecimentos decorrentes da álea normal do contrato, que se traduz no risco previsto que o contratante deve suportar, ou, se não previsto explicitamente no contrato, sua ocorrência é presumida. Os fatos supervenientes que ensejariam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, necessitariam ser provados, o que não ocorreu no presente caso.

O que irá alegar a ANP, se questionada em juízo, sobre o seu “poder de polícia” em instituir regras sobre matéria que não está descrita em nenhum inciso, do art. 1º, da Lei do Petróleo, mesmo quando está a Agência ciente de que determinados bens não são ou tão cedo não serão produzidos no Brasil? Até onde a lei do petró-

27 TJDF – 24 de November de 2005.

leo é considerada uma Lei standardizada,²⁸ que autoriza a ANP a decidir por si o que pode ou não fazer? Onde está o limite? Quem poderá impor esse limite?

Segundo a Constituição Federal de 1988, com a redação pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, o art. 22 atribui privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁹ em parecer firmado em 10 de março de 1999, defende a ideia que nem mesmo na lei do Petróleo deve conter questões sobre licitação:

O que a Constituição exige é que a matéria de licitação seja disciplinada por lei. A mesma idéia que se contém no artigo 22, XXVII, se repete no artigo 173, § 1º, que prevê lei estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços; essa lei deverá dispor, entre outros temas, sobre “licitação e contratação de obras, serviços compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública”. Aliás, diante desse último

28 Ou classificada na categoria das leis-quadro.

29 Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

dispositivo, não pode prevalecer nem mesmo a norma do art. 67 da Lei do Petróleo, que autoriza a Petrobras a utilizar-se de procedimento simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República; o procedimento tem que ser estabelecido em lei. O dispositivo era e continua sendo inconstitucional.

A ANP instituiu o Conteúdo Local como um dos critérios do julgamento da licitação. Ocorre que a Lei do Petróleo em seu art. 40 exige que os critérios de julgamento sejam objetivos. Ou seja, práticos, positivos e válidos para todos. Como se vê, Conteúdo Local no Brasil não é prático, há itens, subitens e planilhas ou programas enormes a serem preenchidas, dependendo de condições econômicas, preço do petróleo no mercado internacional e outras variáveis para ser possível, no futuro acertar seus percentuais. Não dá para chamar isso de critério objetivo.³⁰ O art. 40 está assim redigido:

Art. 40. O julgamento da licitação identificará a proposta mais vantajosa, segundo critérios objetivos, estabelecidos no instrumento convocatório, com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os concorrentes.

E ainda, sobre critério de julgamentos dispõe o art. 41:

Art. 41. No julgamento da licitação, além de outros critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta:

30 QUINTANS, Luiz Cezar P. Direito do Petróleo: Conteúdo Local, IBP/Freitas Bastos, 2009, p. 22.

- I – o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os volumes mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros;
- II – as participações governamentais referidas no art. 45.

Pode-se ir até um pouco mais longe, pois, caso a ANP tenha ciência de que não há disponibilidade de fornecedores no Brasil para as concessionárias alcançarem os percentuais mínimos de Conteúdo Local, por certo, estará a Agência ferindo os arts. 17 e 40 da Lei do Petróleo, por não observância do princípio da moralidade, que como consagradamente coloca o professor francês Maurice Hauriou, em sua obra *Précis de Droit Administratif* ao citar sobre esse princípio comenta que a administração deve saber distinguir, entre outras coisas “também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa”,³¹ mesmo que tenha a administração o poder discricionário.

Espera-se o bom senso da ANP para, em relação a Conteúdo Local, na falta de fornecedores locais ou na impossibilidade (ainda que parcial) dos mesmos, ao tempo de auditar ou de julgar o Conteúdo Local, considerar as circunstâncias como “extraordinárias” admitindo o caso da obrigação ter se tornado um encargo excessivo, possibilitando a sua revisão contratual, para evitar a resolução dos contratos³² oferecendo a oportunidade de modificar equitativamente as condições do contrato; ou conceder a possibilidade de alteração do modo de executar o contrato, justamente para evitar

31 *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2. ed., São Paulo, Editora Atlas, 1991. p. 66.

32 Ver art. 479 do Código Civil.

a onerosidade excessiva,³³ ou, simplesmente, incumbir ao concessionário a obrigação de provar que é caso de força maior.³⁴

Os contratos de concessão de petróleo e gás têm uma natureza diversa de outros contratos que tenham como parte um ente público. Essa constatação deriva da dificuldade de se estabelecer um consenso doutrinário do que seja a natureza jurídica desse contrato (público, privado, misto ou econômico).³⁵

Paulo Valois no livro “A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo”,³⁶ menciona em nota sobre a natureza jurídica dos contratos de concessão que:

A doutrina não é, todavia, unânime sobre a sua caracterização. Para alguns, trata-se de mero contrato de concessão de “serviços públicos”; outros entendem que se trata de concessão de “serviços de utilidade pública”. Há ainda a corrente que sustenta que se trata de concessão de “exploração de bem público”, ou de “atividade econômica”, já que o art. 177 da Carta de 1988 se refere a “atividades”, e o art. 5º da Lei n. 9.478/97 a “atividades econômicas”. Há quem entenda que o contrato de concessão petrolífera trata-se de “acordo de desenvolvimento econômico” regido pelo Direito Internacional, o que não nos parece que tenha sido a opção do legislador.

33 Ver art. 478 do Código Civil.

34 QUINTANS, Luiz Cezar P. *Direito do Petróleo: Conteúdo Local*, IBP/Freitas Bastos, 2009, p. 23.

35 QUINTANS, Luiz Cezar P. Mais um round contra o modelo de concessão de E&P. Texto inserido no site da Academia Brasileira de Direito em 11 de agosto de 2006.

36 VALOIS, Paulo, *A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, nota de rodapé 205, p. 134.

O professor Marcos Juruena Villela Souto, na sua obra *Direito Administrativo da Economia*,³⁷ encarou bem a questão e entende-se tratar de um contrato de direito econômico, com os seguintes argumentos:

O fato de ser a jazida de petróleo um bem dominical afasta a noção de concessão de serviço público, mas não transforma a concessão num contrato de direito privado.

Mesmo sendo a concessão de uso de bem público um instrumento do contrato, não é, também, desta que cuida o art. 177, § 2º, II, CF, que fez menção à concessão de atividade, tendo, pois, natureza distinta dos contratos da Lei n. 8.666/93 (...)

Não se trata de um contrato administrativo, embora seja espécie do gênero contrato da administração, porque ele a Administração explora uma atividade econômica e não desenvolve serviços públicos (CF, art. 175) ou administrativos (CF, art. 37, XXI). Considerada a divisão de atividades administrativas em polícia, prestação de serviços, ordenamento econômico e ordenamento social, é na terceira que se enquadra a exploração econômica do petróleo, por meio de concessão a agentes privados.

Também não se trata, como dito, de contrato de direito privado, porque, tendo a Administração como contratante, os interesses público e privado não se equivalem a ponto de afastar as prerrogativas de Estado.

Cabe falar em contrato de intervenção do Estado no domínio econômico, ou, simplesmente, de contrato

37 SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*, 3. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

de direito econômico, para desempenho de uma competência federal de fomentar a criação de um mercado e a competição nesse cenário, com vistas à eficiência num determinado segmento da economia, que, pela sua relevância, justificou a atividade regulatória e a instituição de um agente regulador.

As dúvidas se iniciam já no uso do vocábulo, tendo em vista que se costuma empregar a palavra concessão tanto para atividades econômicas com minerais³⁸ quanto para a prestação de serviços públicos, como é o caso da Lei n. 8.987/95. Além disso, concessão pode ser um tipo contratual, como também pode ser um dos regimes regulatórios constitucionais adotados no Brasil, no título VII, da ordem econômica.³⁹ Portanto, na doutrina, o que mais se vê nos textos publicados são comentários sobre concessões de serviços e são poucos os doutrinadores que se debruçam sobre *license agreement* ou *concession agreement* praticado no mundo do petróleo.

Pelo que se vê em algumas decisões do STF o entendimento caminha para a linha de pensamento de que os contratos de concessão de petróleo e gás devem ser admitidos como contratos econômicos, com as características e prerrogativas de contratos com a Administração. Não se deve confundir a proteção estratégica adotada pela Constituição em monopolizar a atividade com a utilidade pública que não está presente na atividade em si.

No contrato com a ANP, por certo, há cláusulas exorbitantes, como as que permitem alterações unilaterais e rescisão contratual, mas, Conteúdo Local, efetivamente, se não se tratar de cláusula exorbitante.

Há situações que o não cumprimento do Conteúdo Local por falta de fornecedores locais pode ser tipificado como força

38 Arts 176 e 177 da CF.

39 Concessão, permissão ou autorização.

maior, afinal, a essência da força maior é o impedimento de agir ou de cumprir obrigações por evento humano de terceiros. Isso é o que podemos extrair das lições de Orlando de Almeida Secco:⁴⁰

a força maior evidencia um acontecimento resultante do ato alheio (fato de outrem) que sugere os meios de que se dispõe para evitá-lo, isto é, além das próprias forças que o indivíduo possua para se contrapor, sendo exemplos: guerra, greve, revolução, invasão de território, sentença judicial específica que impeça o cumprimento da obrigação assumida, desapropriação etc.” Ou seja, todos os atos ou ações humanas que se tornem obstáculos a outrem, impedindo-os de agir ou cumprir com seus direitos ou deveres.

Declarações de entidades, pesquisas publicadas, reportagens, informações, artigos, anúncios nos jornais convocando fornecedores, tudo isso pode ajudar na fase de provas, para a inexecução da obrigação de Conteúdo Local por força maior, alheia à vontade do concessionário.

Conclusão

Há tempos estamos dizendo que Conteúdo Local é algo que não pode ser rígido. Estamos falando de uma indústria internacional que é uma atividade que depende de demanda, preço, prazo, tecnologia e qualidade. Os setores secundários e terciários da economia (indústria, comércio e serviços) dependem, sim, de fatores econômicos e geopolíticos, mas, especialmente, de tecnologias, de capital e de segurança jurídica para se instalarem ou para crescerem em qualquer Estado. É certo que aos Estados cumpre “monitorar o

40 SECCO, Orlando de Almeida. Introdução ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 125.

desenvolvimento das eventuais questões que envolvem o interesse público”.⁴¹ Todavia, fundamental é gerar dividendos humanos, porque por trás das corporações estão as pessoas. A flexibilização do Conteúdo Local é um ato inteligente, para evitar injustiças. Resta aos estudiosos o desafio de equacionar a flexibilização, sem prejuízos ao desenvolvimento e à arrecadação do Brasil.⁴²

O Conteúdo Local hoje possui uma cartilha que não pode ser preenchida por um único especialista, quer seja geólogo, geofísico, engenheiro, matemático ou advogado. O seu cálculo é puro “exercício de futurologia”, pois, ninguém pode prever os preços dos derivados de hidrocarbonetos, bem como ninguém pode prever a economia do país, a disponibilidade de bens e serviços; e, muito menos, prever o quanto uma empresa irá consumir de produtos locais, num período que ocorrerá daqui a seis ou dez anos.

Portanto, a primeira premissa que se deve ter é que: as normas de Conteúdo Local devem ser flexíveis no tempo, de acordo com o mercado e com a economia em geral. Para se ter uma idéia da complexidade da planilha, a ANP divulgou 21 (vinte e um) diferentes códigos e lista de atividades das entidades que queiram se cadastrar como Credenciadoras de Conteúdo Local. Ou seja, temos, no mínimo 21 (vinte e um) diferentes atributos profissionais para preencher uma só cartilha.⁴³

O ambiente econômico, a falta de tecnologia suficiente, as mudanças de regras, a carga tributária, preços, enfim, tudo o que já foi falado, que tenha aspectos variáveis podem influenciar no cumprimento ou não do conteúdo local; e sendo o fato alheio à vontade do concessionário no sentido de impedir que ele cumpra a sua

41 Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: as *joint ventures* na indústria do petróleo, 2. ed., Renovar, 2003, p. 54.

42 QUINTANS, Luiz Cezar P. Artigo inserido no Guia Offshore em maio de 2007, denominado: “Questionamento sobre Conteúdo Local nas licitações da ANP” em: <http://www.guiaoffshore.com.br/Materia.asp?ID_MATERIA=5200>.

43 *Idem*.

obrigação típica notadamente a força maior, sem falar na a onerosidade excessiva, por haver divergências quanto à sua aplicação em contratos com a Administração.

Paralelamente às discussões doutrinárias, se não cumprido o Conteúdo Local prometido durante o processo de leilão, temos a violação do contrato que retira a igualdade de preferência entre fornecedores (locais ou internacionais), que é punida com mera advertência. Isso segundo a Portaria ANP 234/2003, que aprova o Regulamento que define o procedimento de imposição de penalidades aplicável aos infratores das disposições e termos constantes dos contratos de concessão, dos editais de licitação e na legislação aplicável, com se vê no inciso III, do art. 3º, a saber:

Art. 3º Será aplicada advertência na ocorrência das seguintes infrações:

(...)

III – deixar de cumprir as disposições contratuais ou da legislação aplicável que estabeleçam igualdade de oportunidade e o direito de preferência entre fornecedores, no caso de aquisição de bens e serviços necessários à realização de atividades petrolíferas sob regime de concessão;

Ocorrendo a advertência será também aplicada a multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme art. 4º, II da referida Portaria. Bem como, no mesmo artigo, há um dispositivo mais genérico (inc. XXI), que menciona que a multa será de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) caso o concessionário venha a conduzir as operações de exploração, desenvolvimento ou produção de petróleo e/ou gás natural em desacordo com as disposições contratuais.

Constata-se que Conteúdo Local não é critério formal de julgamento, contrariando os arts. 40 e 41 da própria Lei do Petróleo. Não existe como lei formal e, a partir das resoluções da ANP

se pretendeu a instituição de Conteúdo Local como norma material infralegal, mas, sem legítima origem e sem efeitos concretos diretos sobre as pessoas que se sujeitam à Agência, já que determina obrigações impostas aos fornecedores nacionais e internacionais, que nada têm a ver com a agência, exceto pelas disposições contratuais que possui a ANP com os concessionários.⁴⁴

Do mesmo modo, a já mencionada Portaria ANP 234/2003, norma que abriga as condições de punibilidade dos concessionários, com vigência a partir de 2003,⁴⁵ não faz qualquer referência específica à obrigação de cumprir Conteúdo Local nem pune o seu não cumprimento, sendo obrigado o intérprete da norma a entender que as penalidades⁴⁶ (possíveis) aplicáveis são advertência e multa. Sem falar na força maior ou no fato de a obrigatoriedade se tornar excessivamente onerosa.

Portanto, é possível concluir que é questionável a legalidade da exigência de Conteúdo Legal por ser uma exigência de natureza contratual, sem amparo legal, onde a ANP, a princípio, está atuando fora da esfera estabelecida pelo legislador, não observando – em alguns casos – o princípio da moralidade, impondo obrigações a terceiros, sem poder garantir os resultados a que se propõe; pode-se concluir, ainda, que em razão do mercado e da inexistência de fornecedores locais a obrigação de cumprir Conteúdo Local pode ser considerada excessivamente onerosa, sem falar na hipótese do concessionário entender que – ao tempo da execução dos serviços e aquisição de bens o mesmo não poderia prever a inexistência ou a deficiência de fornecedores locais, caracterizando força maior em razão de que o cumprimento de uma determinada obrigação contratual torna-se impossível por um fator alheio a vontade das partes,

44 Que se veem obrigados a amarrar contratos privados com os fornecedores para tentar fechar o circuito entre Agência e fornecedores, incluindo, ainda, neste meio-campo empresas certificadoras.

45 DOU de 13.8.2003.

46 Há autores que contestam também a função punitiva das Agências Reguladoras.

se estiver fora do controle, de forma que a tendência é desobrigar a parte prejudicada de forma permanente ou temporária do cumprimento de suas obrigações contratuais.

Por último, deve ser cuidadosa a decisão de pleitear a inexecução de parte do contrato, pois, na forma do art. 10, da Portaria ANP 234/2003, poderá ocasionar a penalidade de rescisão do contrato de concessão, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações que não seja corrigido pelo concessionário dentro do prazo determinado pela ANP por meio de notificação. Se aplicada a pena de rescisão, além da perda da atividade econômica imediata, os responsáveis pela concessionária ficarão impedidos, por cinco anos, de exercer atividade de E&P.⁴⁷

Espera-se o bom senso para que grandes mudanças venham ser implantadas, em benefício da simplicidade, da objetividade de critérios e da possibilidade de fomentar o mercado local. Não se trata de esperar por novas políticas públicas ou reduções de cargas tributárias. Trata-se de melhor regular o que se tem em mão e dar publicidade a tudo isso, de forma clara e preferencialmente didática, para atingir todos os alvos, desde uma empresa transnacional até um pequeno fornecedor.

47 Sem entrar muito no mérito do poder punitivo da ANP, pode-se, ainda, alegar extrapolação dos limites de sua competência normativa (sempre inferior a Lei) esbarrando nas garantias e direitos individuais e nos princípios de direito administrativo, para evitar ou combater às penalidades aplicadas.