



SUPERINTENDÊNCIA DE CONTEÚDO LOCAL – SCL
NOTA TÉCNICA n.º 09/2019/SCL-ANP

Assunto: Análise dos subsídios recebidos na Tomada Pública de Contribuições n.º 1/2019 sobre edição de norma que possibilite a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta relativos a descumprimento de compromissos de conteúdo local.

Referências: Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP

Nota Técnica n.º 06/2017/CCL-ANP

Nota Técnica n.º 21/2017/DEPG/SPG

Resolução ANP n.º 726/2018

Resoluções CNPE n.º 07, 21 e 22/2017 e n.º 01/2018

Parecer n.º 00859/2019/PFANP/PGF/AGU

Parecer n.º 00198/2018/PFANP/PGF/AGU

Acórdão n.º 2121/2017 – TCU – Plenário

Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019

INTRODUÇÃO E OBJETIVO

1. Recentemente, reconhecendo questões a respeito da política de conteúdo local executada especialmente entre a 5ª e a 13ª Rodadas de Licitações, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP possibilitou aos detentores de direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural o aditamento de seus contratos para adoção de novo modelo de compromissos com aquisições nacionais, mais flexível e alinhado à realidade do parque fornecedor brasileiro.

2. Por limitação de ordem jurídica, contudo, não foi possível facultar o aditamento de contratos encerrados ou reconhecer seus efeitos para fases encerradas de contratos vigentes. Para tratar exclusivamente desses casos, a ANP iniciou estudos preliminares acerca da possibilidade de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs.

3. Tais estudos, com detalhado histórico, demonstração das razões de interesse público e análise de recentes decisões do Tribunal de Contas da União – TCU sobre iniciativas semelhantes de outras agências reguladoras foram apresentados na Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP, de 24 de julho de 2018, que recomendou a realização de consulta prévia à eventual edição de ato normativo que autorize a celebração de TACs.

JX



4. Em linha com a recomendação da referida Nota Técnica, a ANP realizou a Tomada Pública de Contribuições – TPC n.º 1/2019, com início no dia 3 de maio de 2019 e duração de 30 dias. Durante esse período, foram recebidas contribuições de 3 empresas e de 4 associações empresariais¹.

5. Também foram realizados debates em diversos eventos do setor para esclarecimento da proposta e das alternativas regulatórias e, tendo em conta a complexidade do tema e as dúvidas jurídicas suscitadas ao longo do processo, foi solicitada manifestação da Procuradoria da ANP que, em resposta, emitiu o Parecer n.º 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, complementado pelo despacho n.º 01476/2019/PFANP/PGF/AGU e aprovado pelo despacho n.º 01482/2019/PFANP/PGF/AGU.

6. Nesse interim, foi também aprovada a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, que ao dispor sobre normas gerais aplicáveis às Agências Reguladoras proveu autorização explícita para que esses órgãos celebrem TACs com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória.

7. A presente Nota Técnica objetiva analisar as principais contribuições recebidas e consolidar o entendimento técnico preliminar da ANP sobre a matéria no atual estágio em que se encontra, à luz do referido parecer jurídico e da inovação legislativa, de modo a facilitar o desenvolvimento do debate com a sociedade e outros órgãos do Estado e orientar as próximas ações da Administração.

TOMADA PÚBLICA DE CONTRIBUIÇÕES E MOTIVAÇÃO PARA O TAC

8. Ao expor a matéria para motivar a TPC, a Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP apresentou os seguintes pressupostos para celebração de TACs:

- a) O escopo de contratos será limitado àqueles que não puderam ser objeto de aditamento contratual nos termos da Resolução ANP n.º 726/2018 ou àquelas fases não abrangidas por tal aditamento;
- b) Os compromissos só poderão ser firmados após a apuração pela ANP do valor das multas devidas pelo descumprimento dos compromissos de conteúdo local originalmente previstos nos contratos;
- c) Os compromissos a serem firmados deverão ter valor superior ao valor das multas que lhes derem origem;
- d) Os compromissos deverão ser objetivos e mensuráveis e conter metas intermediárias com respectivas sanções por eventual descumprimento;
- e) A soma das sanções aplicáveis em caso de descumprimento de cada compromisso do TAC deverá ser superior ao montante previsto de investimento

¹Todas as contribuições estão disponíveis em <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/370-tomada-publica-de-contribuicoes/5163-tomada-publica-de-contribuicoes-n-1-2019> (Acesso em: 19/08/2019).



para o item e ao compromisso originalmente previsto no contrato e descumprido; e

- f) Parte significativa das multas deverá ser paga à vista no ato de celebração do TAC.

9. A mesma Nota Técnica apontou como objetivo da consulta prévia conhecer a opinião da sociedade sobre a possibilidade de celebração dos TACs e a melhor forma de implementá-los, tendo em conta os pressupostos e o contexto expostos. Em especial, era intenção da Agência receber comentários sobre:

- a) Os compromissos que podem ser objeto do TAC e como formatá-los, mensurá-los e cobrá-los;
- b) Os prazos máximos que devem ser definidos para execução dos compromissos previstos no TAC e se esses prazos devem ter relação com o volume ou o valor dos compromissos firmados em cada caso;
- c) A necessidade de que a concessionária que solicite a celebração de TAC possua pelo menos um contrato de exploração e produção de petróleo e gás natural vigente;
- d) A necessidade de se estabelecer uma relação entre o patrimônio líquido da concessionária e os compromissos assumidos no TAC e em que termos;
- e) Considerando que os direitos de cada bloco exploratório e campo de produção são detidos muitas vezes por consórcios formados por diversas empresas em variados percentuais de participação, 1) a forma de se proceder à individualização das obrigações de cada consorciado em um contrato, de modo a que seja mensurado o montante dos compromissos a serem firmados por cada consorciado, e 2) a forma de se definir os compromissos de cada consorciado no TAC quando houver a intenção de que esses compromissos sejam referentes a blocos ou campos com direitos de exploração detidos por consórcio diferente daquele que detinha os direitos sobre o bloco ou campo em que o compromisso de conteúdo local original foi descumprido;
- f) O percentual das multas que deve ser pago à vista no ato de celebração do TAC; e
- g) Outras questões que devem ser abordadas na eventual edição de norma autorizadora da possibilidade de celebração dos TACs propostos.

10. Durante a TPC, as contribuições recebidas incluíram os principais *stakeholders* privados do setor: a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos - Abimaq, o Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP, a Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo - Abespetro – e a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo – Abpip; além das operadoras Petrobras e Shell e da empresa fornecedora Weg Equipamentos Elétricos.



11. Nenhuma das contribuições apresentou posicionamento contrário à edição da norma proposta. Ao contrário, diversas cartas de encaminhamento de comentários saudaram e apoiaram a iniciativa – o que também ocorreu durante os eventos a que compareceram representantes da ANP.

12. Já o parecer jurídico recomendou seja realizada diligência junto ao CNPE “a fim de buscar manifestação do Conselho quanto ao interesse público em regulamentar a possibilidade de celebração do compromisso [e] com isso, além de se observar a divisão de competência fixada na lei, a sinalização positiva do CNPE traria segurança jurídica tanto ao processo de construção quanto ao próprio TAC, bem como evitaria eventual arguição de extrapolação da competência legal por parte da ANP”.

13. Contudo, a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, trouxe, em seu artigo 32, autorização explícita para que Agências Reguladoras celebrem TACs, como se vê:

Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

§ 1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

§ 2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência.

14. Nessas condições, tendo em conta as motivações já explicitadas na Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP, as contribuições recebidas e a novas disposições trazidas pela Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, entende-se não haver mais dúvida em relação à possibilidade de a ANP editar norma que discipline a possibilidade de celebração de TACs a respeito das obrigações de conteúdo local reguladas pela Agência, desde que preservadas as competências do CNPE de formulação da política pública setorial, como será discutido adiante.

ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS

a) Escopo do TAC

15. Três das contribuições recebidas insurgem-se contra a principal restrição registrada na Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP como pressuposto: a limitação do escopo do TAC às fases ou aos contratos não abrangidos pela Resolução ANP n.º 726/2018.

16. O IBP, a Abpip e a Shell ressaltam que não há vedação do TCU a se possibilitar a celebração do TAC para qualquer contrato, de modo que manter disponível essa alternativa contribuiria para a execução da política. O IBP e a Shell destacam, para além, que os índices previstos na Resolução ANP n.º 726/2018 ainda são desafiadores e que não há certeza da viabilidade de cumprimento nem mesmo dos compromissos, mais baixos e simples, adotados nas Rodadas mais recentes. Já a Petrobras chama atenção para contratos que aderiram ao aditamento já em estágio de realização avançado e apresenta proposta alternativa, de se incluir no escopo do TAC aqueles projetos que já tenham ao menos 70% de realização física.

17. Entende-se que, embora não haja limitação legal, a edição de norma específica para conteúdo local que possibilite de forma permanente a celebração de TACs poderia fornecer aos agentes econômicos sinais contraditórios a respeito da execução da política de conteúdo local. Ao eleger os novos índices e, especialmente, ao abolir a tabela de compromissos de itens e subitens, o CNPE já levou em consideração as possíveis variações dos parâmetros que influenciam na disponibilidade da oferta local de bens e serviços com preços, prazos e qualidade competitivos. Apontar para a possibilidade de cumprimento desses compromissos por meio de TAC futuro poderia estimular comportamentos oportunistas de agentes regulados que incluiriam essa hipótese como uma variável ao calcular dentre as alternativas de ação aquela com melhor resultado econômico.

18. Quanto à sugestão da Petrobras, entende-se, em princípio, não ser cabível a celebração de TAC para contratos aditados, uma vez que esses já foram beneficiados pela aplicação de novas regras, que estabeleceram percentuais alinhados à capacidade de fornecimento da indústria nacional e modelo flexível para cumprimento dos compromissos de conteúdo local.

b) Momento de celebração do TAC

19. A Abpip ressaltam que “o TAC poderá ser firmado a partir do momento em que forem identificadas as penalidades cabíveis no curso da fiscalização, [não sendo] obrigatório aguardar o decurso do prazo para apresentação/interposição das manifestações/recursos cabíveis”.

20. De fato, o entendimento que se pretendeu explicitar aparentemente está em linha com a compreensão da Abpip. Uma vez emitido o auto de infração, que é o momento em que a penalidade cabível identificada durante o processo de fiscalização é formalmente registrada, a operadora poderia manifestar à ANP interesse na celebração de TAC. Nesse momento, o processo sancionatório seria suspenso para negociação dos termos do TAC, por prazo definido, que se entende, por hora, seria apropriado fixar em 180 dias - excluindo-se da contagem o tempo em que o processo estiver sob análise da ANP.

IX

c) Valor dos compromissos do TAC

21. Neste ponto, há os mais variados entendimentos. Para o IBP, o valor do compromisso assumido no TAC deve ser inferior ao valor das multas que lhe deram origem, e sobre esse valor reduzido deve ser aplicado o desconto de 30% previsto no art. 4º, parágrafo 3º da Lei n.º 9.847/1999. A Petrobras defende que o valor seja igual ao valor das multas e a Abpip também que seja o mesmo valor, porém deduzidos os 30% de desconto. A Abespetro concorda com valor igual ou maior do que o das multas originais e a Abimaq sugere tornar o pressuposto mais rígido, de tal forma que os compromissos “[gerem] contratações no país que compensem o não atendimento original que motivou a aplicação da multa”. Por fim, a Shell apenas sugere que o pressuposto seja desconsiderado, sem apresentar solução alternativa.

22. Aqui há que se pesar, de um lado, a atratividade do TAC para as operadoras e, de outro, as exigências de compensação para a sociedade. Seria absolutamente inócua – e, portanto, representaria desperdício de recursos públicos despendidos no processo de geração da norma – uma Resolução que possibilitasse a celebração de TACs para os quais não haja interesse.

23. Em um paralelo com a economia, é como se houvesse uma curva de oferta (de TACs, pela sociedade) e demanda (por TACs, pelas operadoras) em um mercado competitivo: a maior geração de bem-estar é observada no encontro das curvas, ao seu preço de mercado. Se a sociedade exige preços altos demais para os TACs, não há negócios firmados – ou seja, nenhum TAC é assinado e no fim do dia não resta nenhum benefício para a sociedade.

24. Do ponto de vista legal, de acordo com a Procuradoria, não há regulação sobre o tema, de modo que se trata “de escolha da Administração, baseada em análise devidamente motivada, sendo que nesse aspecto deve-se ponderar a atratividade do TAC e o interesse público, de forma que a escolha da Administração não penda em demasiado para um deles”. No entanto, ainda de acordo com a consultoria jurídica, “[n]ão é adequado estender a aplicação da regra do desconto [legal de 30% para pagamento das multas à vista] para situação outra que não exatamente aquela prevista na lei. Não há respaldo legal para tanto. Há risco, inclusive, de que se alegue renúncia de receita sem previsão legal (grifo no original).”

25. Nessas condições, entende-se que a sugestão da Abimaq, de se utilizar como referência para o compromisso do TAC o valor originalmente descumprido, poderia significar condições exageradamente rígidas, reduzindo a atratividade do TAC a ponto de frustrar seus objetivos. Parece razoável, como apontado nas demais sugestões, adotar-se como parâmetro o valor das multas potenciais, uma vez que a análise das operadoras considerará justamente o pagamento da multa vis-à-vis a adoção dos compromissos no TAC. Por outro lado, a aplicação do desconto de 30% para cálculo dos compromissos, além de contrariar o entendimento jurídico da Procuradoria, poderia representar vantagem excessiva para os agentes regulados celebrantes do TAC.

yx

d) Forma dos compromissos, metas intermediárias e sanções

26. Não houve discordâncias em relação ao pressuposto de que os compromissos deverão ser objetivos e mensuráveis e conter metas intermediárias com respectivas sanções por eventual descumprimento.

e) Valor das sanções

27. O IBP discorda do pressuposto da ANP de que a soma das sanções aplicáveis em caso de descumprimento de cada compromisso do TAC deverá ser superior ao montante previsto de investimento para o item e ao compromisso originalmente previsto no contrato e descumprido. Para a entidade, o somatório das sanções relativas a eventuais descumprimentos do TAC deve ser igual ao da multa que lhe deu origem, atualizada pelo IGP-M, e eventuais atrasos poderiam ser compensados até o final do projeto, quando só então haveria aplicação de eventuais penalidades. A Petrobras também comenta em sentido semelhante.

28. As sugestões do IBP e da Petrobras não podem ser acolhidas em tanto por desconsiderarem o disposto no Acórdão n.º 2.121/2017 – TCU – Plenário, como recordado pela Abpip, quanto por deixarem de prover incentivos adequados à conclusão dos projetos pactuados.

29. Por outro lado, a vinculação do valor das sanções ao compromisso originalmente descumprido pode ser injustificadamente exagerada. Nesse sentido, a adoção de mecanismo similar ao da bem fundamentada proposta apresentada pela Abpip para calcular o valor das multas ($VFR = (PDL * \text{peso relativo}) + CNE * (1 + \text{peso relativo})$), onde VRF é o valor final a ser recolhido pela União; CNE é o valor do compromisso não executado; e PDL é a perda do desconto legal) é recomendada, por atender com equilíbrio aos imperativos descritos. Seria necessário, apenas, ajustá-la por não haver “desconto legal” aplicável à hipótese, de tal forma a manter coerência com a solução a ser adotada para o cálculo do valor dos compromissos a serem pactuados.

f) Pagamento de parte da multa na celebração do TAC

30. A Abpip, a Petrobras e o IBP argumentam contrariamente ao pagamento de qualquer percentual do valor da multa no ato de celebração do TAC, apontando que o retorno desse valor para a sociedade seria maior caso fosse investido na execução dos próprios compromissos a serem firmados e que não há exigência legal ou orientação do TCU no sentido de se adotar tal exigência.

31. De fato, a manifestação do TCU no Acórdão n.º 2.121/2017 – TCU – Plenário é no sentido de apontar o risco de que a Anatel desconsidere sua própria Resolução, que prevê o pagamento de 10% do valor da multa no ato da celebração do TAC, sendo isentos dessa obrigação os pedidos apresentados até certa data.

32. Não obstante, o mecanismo parece interessante como forma de selar o comprometimento dos celebrantes do TAC com os seus compromissos e, mais além,

como elemento simbólico a deixar claro para a sociedade não se tratar de perdão de multas, de forma a não banalizar o instrumento de soluções negociadas.

33. Nessas condições, a sugestão da Abpip de se adotar o percentual de 10% de pagamento à vista - em linha com a Resolução da Anatel -, garantindo-se isenção aos pleitos apresentados até certa etapa do processo administrativo, mostra-se razoável. Propõe-se que esse benefício de isenção seja cabível até o final do prazo para interposição de recurso contra decisão administrativa de primeira instância, de modo a desincentivar comportamento protelatório e economizar recursos para a Administração.

34. A Abimaq propõe que o percentual estabelecido na Resolução seja o patamar mínimo, podendo as empresas proponentes optar por pagar à vista percentual maior para reduzir proporcionalmente os compromissos a serem assumidos no TAC. A ideia garante maior flexibilidade sem comprometer qualquer dos objetivos da medida, de modo que merece ser acolhida.

35. Assim, caso adotas as sugestões apresentadas relativamente aos pressupostos em relação ao valor do compromisso e ao pagamento de parte da multa na celebração do TAC sejam integralmente adotadas, a proponente terá três momentos para solicitar a negociação, com consequências distintas: entre a emissão do auto de infração e o fim do prazo para alegações finais, que precede o julgamento em primeira instância, poderá negociar compromissos equivalentes a 100% da multa apurada, com isenção do pagamento à vista de 10% do valor da multa; entre o julgamento de primeira instância e o fim do prazo para interposição de recurso, poderá negociar compromissos equivalentes a 90% da multa apurada, com pagamento à vista de 10% do valor da multa; e no prazo de 30 dias após a comunicação da decisão em sede de recurso, poderá negociar compromissos equivalentes a 70% da multa apurada, com pagamento à vista de 30% do valor da multa. No primeiro caso será opcional o pagamento à vista de parcela da multa, a ser abatida dos compromissos negociados; no segundo e terceiro casos, será opcional o pagamento à vista de parcela superior a 10% e 30% da multa, respectivamente, também a ser abatida dos compromissos.

ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE AS QUESTÕES MOTIVADORAS

a) Objeto do TAC

36. Na Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP foi proposta a avaliação caso a caso dos compromissos a serem previstos no TAC, desde que cumprida a finalidade original da política de conteúdo local. Foram elencados três exemplos de compromissos para ilustrar a ideia:

- i. Realização de aquisições sísmicas adicionais às originalmente previstas, com conteúdo local;

ii. Revitalização de campos de produção não submetidos a compromissos contratuais de conteúdo local, como os da Rodada Zero, com utilização de bens e serviços nacionais; e

iii. Aquisição de bens e serviços nacionais para exportação.

37. Complementando os exemplos, a Abpip, a Abimaq, o IBP, a Petrobras e a Weg sugerem outras aquisições que poderiam ser enquadradas no objeto do TAC. São elas:

i. Aquisição de bens e serviços excedentes às obrigações contratuais vigentes, para fases de Exploração e Desenvolvimento, inclusive para contratos sem previsão de índices mínimos de compromissos de conteúdo local;

ii. Investimentos adicionais ao Programa Exploratório Mínimo;

iii. Aquisição de bens e serviços para a Etapa de Produção;

iv. Aquisição de sísmica em áreas não contratadas;

v. Desenvolvimento de bens novos;

vi. Realização de investimentos em infraestrutura local ou em capacitação técnica de recursos humanos;

vii. Realização de investimentos em refino e distribuição e em outras fontes de energia;

viii. Outros segmentos da indústria do petróleo e gás natural; e

ix. Outros segmentos que utilizem bens e serviços da mesma natureza.

38. O IBP e a Petrobras acrescentam, ademais, que as aquisições de bens e serviços deveriam ser comprovadas por nota fiscal, dispensando-se a exigência de certificação de conteúdo local por terceira parte. Apenas a Petrobras justifica a sugestão, alegando que a comprovação por nota fiscal simplifica a metodologia a ser aplicada na fiscalização periódica do cumprimento do TAC e representa mensuração mais precisa do montante financeiro revertido para a indústria local, "visto que a realização de compras no Brasil já implica diretamente em aquecimento e movimentação da economia"; além disso, argumenta que a certificação impossibilitaria a execução de compromissos do TAC em projetos a serem realizados em contratos que não preveem essa exigência.

39. Por seu turno, a Procuradoria da ANP manifestou que "cabe à Administração definir, mediante análise devidamente motivada", sobre os compromissos a serem pactuados no TAC; não obstante, "[n]um primeiro momento, a melhor orientação jurídica parece ser a de que, a não ser que Resolução do CNPE direcione para outros setores, os compromissos têm que ser focados no *upstream*".

40. Com efeito, entende-se que o mandato conferido pela legislação à ANP para celebrar TACs é adstrito ao necessário para a execução da política pública definida pelo CNPE. Em princípio, portanto, o objeto do TAC deve guardar relação direta com o objeto da política de conteúdo local. O acolhimento de sugestões de ampliação do escopo do objeto para que sejam contemplados outros segmentos da indústria do petróleo e gás natural ou mesmo outras indústrias de produção de energia, embora não desarrazoadas, carecem de definição do formulador de política pública.

41. No mesmo sentido, entende-se que, em princípio, o objeto do TAC deve manter também forma semelhante à adotada nos contratos cujos compromissos foram descumpridos – ou seja, o TAC deve prever apenas aquisição de bens e serviços nacionais, comprovados na forma da regulação vigente.

42. De outro lado, nenhum dos argumentos levantados para se dispensar a certificação de conteúdo local por terceira parte se revela tecnicamente correto ou mesmo lógico. A um, porque tal exigência é relativa à mensuração e comprovação do valor que efetivamente alcança os diversos elos da indústria fornecedora de bens e serviços brasileiros, não se confundindo com a metodologia de fiscalização periódica do cumprimento do TAC; a dois, como corolário, porque nem todas as compras realizadas no Brasil “aquecem” e “movimentam” a economia brasileira na mesma medida, uma vez que a mera montagem de componentes importados por óbvio não pode ser comparada, em termos de geração de emprego, renda, impostos e tecnologia, à produção de bens com componentes também fabricados no país; e, a três, porque não há qualquer impedimento à certificação de bens e serviços a serem utilizados em área relativa a qualquer contrato de exploração e produção, independentemente da Rodada de Licitações a que se refira.

43. Por fim, a Abespetro sugere que “a compensação seja exatamente no mesmo segmento / categoria de conteúdo local (proibida a compensação em outros segmentos)” - aparentemente em referência às linhas de compromisso, incluindo itens e subitens, constantes das tabelas anexas aos contratos firmados até a 13ª Rodada, o que por óbvio, tendo em conta o farto material produzido a respeito dessa característica do modelo anterior de conteúdo local, com seus problemas públicos e notórios, não pode ser considerado.

44. Assim, sugere-se que a possibilidade de ampliação do escopo do objeto seja encaminhada ao CNPE para eventual definição de diretrizes a esse respeito, adotando-se, na ausência de manifestação do formulador da política pública, apenas o parâmetro de aquisição de bens e serviços nacionais excedentes às obrigações contratuais vigentes, para fases de Exploração e Desenvolvimento, inclusive para contratos sem previsão de índices mínimos de conteúdo local ou para exportação e, em todos casos, utilizando-se a metodologia de mensuração e comprovação do conteúdo local vigente na regulação da ANP.

JK

b) Prazos máximos para execução dos compromissos

45. IBP, Petrobras e a Abpip comentam que, dada a natural diversidade entre os projetos, os prazos deverão ser negociados caso a caso, considerando as suas peculiaridades e observadas as práticas usuais de mercado.

46. Não se vislumbra, até este momento, forma diferente de tratar a questão.

c) Exigência de contrato de exploração e produção vigente

47. Não houve manifestações a respeito deste ponto. Entende-se que a adoção do requisito de detenção de direitos em ao menos um contrato de exploração vigente reduz o risco de descumprimento do TAC e, assim, resguarda a União.

d) Relação entre patrimônio líquido e compromissos

48. O IBP sugere que o patrimônio líquido a ser utilizado como referência seja igual ao exigido no leilão do bloco cuja obrigação de conteúdo local foi descumprida.

49. No mesmo sentido, a Procuradoria da ANP opina que “[a qualificação financeira deve ser mantida no decorrer de todo o contrato [sendo] recomendável que a ANP exija a demonstração do atendimento às regras de qualificação atuais para celebração do TAC”, mencionando, ainda, a possibilidade de serem exigidas garantias semelhantes às de oferta, de programa exploratório mínimo ou de abandono, “ou, ainda, garantia de performance das demais consorciadas para que permaneçam responsáveis pela execução dos compromissos da concessionária que carregará a obrigação”.

50. Entende-se que a exigência de manutenção da qualificação financeira requerida para celebração do contrato de exploração e produção contribui para assegurar a exequibilidade dos compromissos a serem pactuados no TAC, evitando seu uso como instrumento protelatório. Não obstante, a exigência de garantia financeira específica – não demandada para os compromissos de conteúdo local originais – pode onerar demasiadamente o TAC, reduzindo sua atratividade, o que teria que ser compensado durante o processo negociador com decréscimo de benefícios à sociedade.

e) Individualização de obrigações

51. A Petrobras e o IBP propõem a possibilidade de individualizar obrigações, de modo que, para cada consórcio que haja descumprido compromissos de conteúdo local em contrato de exploração e produção seja possível que o consórcio celebre TAC ou que cada um de seus membros opte por pagar a multa devida ou por negociar diretamente com a ANP.

J X

52. Já a Procuradoria aponta que “[a celebração de TAC individual, por cada consorciado, distribuindo-se os compromissos conforme a proporção de cada um no consórcio (...) não se parece viável ante a previsão expressa de responsabilidade solidária dos consorciados, prevista no art. 38 da Lei n.º 9.478/97”. Além disso, lembra que “os contratos firmados estipulam, apesar de alguma variação nas redações, que os consorciados são solidariamente responsáveis pelo integral cumprimento do contrato, o que inclui o cumprimento da cláusula de conteúdo local e, por consequência, de eventual TAC substitutivo dessa obrigação”. E, ainda que viável a individualização, aqueles consorciados que optassem por pagar a multa em vez de celebrar TAC não fariam jus ao desconto legal de 30% para pagamento imediato, pois, “tendo em vista a solidariedade entre os consorciados, o desconto aplica-se sobre o total da penalidade de multa aplicada, e não sobre o valor proporcional da multa à participação do consorciado no consórcio; para tanto, o pagamento deve ser integral, não apenas do equivalente à proporção da participação de cada consorciado”.

53. A Procuradoria também entende ser possível que consórcio celebre TAC assumindo compromissos a serem executados no âmbito de contratos diferentes daqueles que originaram a penalidade original, mesmo que esses tenham composição diversa, afinal, “não parece que a solidariedade citada torne obrigatório que o mesmo consórcio seja titular do consórcio a ser constituído para que a obrigação alternativa de conteúdo local seja cumprida, pois isso seria uma limitação muito grande à liberdade de contratar das empresas”.

54. Ainda para a Procuradoria, “[o] importante é que a assinatura do TAC não represente um aumento do risco do poder público quanto ao recebimento do seu eventual crédito, [de modo que] precisa ser desenvolvido um sistema de controle ou de garantias para que a parcela da obrigação do TAC não seja descumprida ou, se for descumprida, a multa volte a ser cobrada de todos os concessionários originais, em regime de solidariedade”.

55. Tendo em conta as considerações da Procuradoria, entende-se ser inviável, do ponto de vista técnico, operacionalizar a individualização das obrigações, pois os custos administrativos e os riscos envolvidos na sua efetivação parecem superar os benefícios esperados.

56. Por outro lado, nada impede que o consórcio proponente de TAC assumira compromissos de realização de atividades em áreas contempladas por contratos de exploração e produção cujos direitos sejam detidos por um ou mais de um de seus integrantes ou, mesmo, contempladas por contratos cujos direitos sejam detidos por consórcios absolutamente diversos, desde que ao menos um integrante do consórcio proponente integre o consórcio que executará o compromisso. Isso porque as concessionárias podem firmar toda sorte de acordos compensatórios entre si, comuns nessa indústria, de tal modo a tornar viável o cumprimento das obrigações assumidas. No mesmo sentido, também podem ser assumidos compromissos de aquisições de bens ou serviços para exportação por quaisquer dos integrantes do consórcio proponente, desde que garantida, em todos os casos, a responsabilidade solidária do conjunto das empresas consorciadas pelo cumprimento do TAC.

f) Percentual das multas a ser pago à vista

57. Este ponto foi tratado na discussão sobre os pressupostos apresentados.

g) Outras questões apresentadas

58. O IBP e a Petrobras sugerem, em textos idênticos, que o operador possa solicitar a consolidação do resultado da fiscalização de diversos contratos para fins de negociação de um mesmo TAC no prazo de 14 meses a contar do requerimento de celebração do TAC, como previsto na Resolução da Anatel.

59. Há lógica em se possibilitar que o mesmo TAC contemple mais de um contrato. Entretanto, o prazo de 14 meses parece demasiado. A própria Agência, ao fiscalizar, normalmente afere o cumprimento das obrigações de conteúdo local de mais de um contrato simultaneamente. Esse procedimento pode, inclusive, ser reforçado, por decisão interna, de modo a permitir a inclusão da maior quantidade de contratos em um mesmo TAC, em um único processo negociador. Assim, entende-se que não é necessário fixar na Resolução prazos específicos com esse objetivo.

60. Em relação aos procedimentos para negociação, a Abpip anota que “seria importante estabelecer que a manifestação de interesse no TAC, devidamente formalizada pela concessionária, suspende o processo de fiscalização para que seja possível a apresentação de proposta, bem como para que a Agência possa avaliar os seus termos”. Formalizado o interesse no TAC, prossegue a associação, “o processo de fiscalização (auto de infração) permanecerá suspenso durante o prazo também definido na norma – sugere-se o prazo de 90 (noventa) dias – para que os envolvidos possam negociar os termos do TAC [e, não] sendo possível a celebração do TAC, o processo de fiscalização terá regular prosseguimento, sendo resguardados todos os prazos da concessionária, inclusive o pagamento voluntário com o desconto de 30%”.

61. De fato, é preciso fixar prazo para a negociação, durante o qual o processo de fiscalização deverá permanecer suspenso. Tendo em conta a complexidade do tema e, ao mesmo tempo, a necessidade de se evitar estímulos à procrastinação, entende-se razoável o prazo total de 180 dias para manifestação de quem propuser a celebração do TAC, excluindo-se da contagem o tempo em que o processo estiver sob análise da ANP. Em caso de a negociação restar frustrada, o processo administrativo deve retornar ao mesmo ponto em que foi suspenso, permitindo eventual pagamento da multa com desconto legal, se cabível.

62. A Abespetro sugere “que a regulamentação proíba acordos condicionados a eventuais novos negócios”, possibilidade que seria de tal forma desarrazoada que se entende desnecessário mencioná-la, mesmo que para vedá-la.

63. A Abimaq propõe que “o compromisso do TAC [possa] ser repassado a outra empresa que, por ventura, venha a adquirir o bloco que originalmente tenha dado origem à multa”. A questão é complexa. O simples repasse se mostra inviável, pois o compromisso pode ser inexecutável para o novo entrante.

IX

64. O entendimento técnico é de que o TAC deve ser cumprido pelos seus proponentes, ainda que ocorra cessão de direitos de contrato que lhe originou, até porque em muitos casos a área já terá sido devolvida e o respectivo contrato, extinto. Recomenda-se a análise da questão também pelo ponto de vista jurídico, pela Procuradoria da ANP.

65. Por fim, a Abimaq também sugere seja exigida fixação de cláusula segundo a qual “as compras e ou contratações em fornecedores nacionais deverão, necessariamente, praticar a concessão de adiantamentos, sendo nas compras de longo prazo mediante a prática de ‘fluxo de caixa neutro’ e nas de curto prazo com a concessão de adiantamentos”. Entende-se que a prática preconizada pela associação pode ser benéfica, uma vez que são públicos os desafios para financiamento dos fornecedores nacionais. Contudo, a avaliação do mérito da proposta resta prejudicada por ser inviável tecnicamente para a ANP avaliar as relações comerciais dessa ordem.

OUTRAS QUESTÕES TRATADAS NO PARECER JURÍDICO

66. A Procuradoria da ANP considera juridicamente viável a implementação de cláusula que condicione a assinatura do TAC à desistência pelos proponentes dos pedidos de isenção (*waiver*) ainda pendentes de julgamento. Nesse caso, o cálculo da multa devida, que serviria de base para os compromissos negociados, seria realizado pela totalidade do valor de conteúdo local descumprido.

67. Não obstante, entende-se que tal obrigação poderia reduzir demasiadamente a atratividade do TAC, além de representar tratamento injusto e assimétrico em relação aos agentes que já tiveram pedidos de isenção julgados e aos que não faziam jus ao instrumento. Assim, ou bem são julgados todos os pedidos de isenção ainda pendentes – o que demandará intensos e extensos esforços da área técnica – ou deve-se avaliar a possibilidade de negociar os pleitos no âmbito do próprio TAC, sem julgamento do mérito.

68. Na hipótese de se contemplar a negociação dos pedidos de isenção no TAC, o valor das obrigações a serem assumidas no acordo ficaria situado em patamar enquadrado entre: a) a multa devida caso todos os pedidos de isenção fossem deferidos e b) a multa devida caso todos os pedidos de isenção fossem indeferidos.

69. Com isso seria possível, por um lado, garantir economia processual e, conseqüentemente, significativa economia de recursos da Administração; e, por outro lado, manter a atratividade do TAC para os interessados.

70. No entanto, como essa possibilidade de negociação não foi analisada pela Procuradoria, recomenda-se seja realizada nova consulta nesse sentido.

71. Em relação a eventuais limites para a multa por descumprimento do TAC, a Procuradoria entende que essa, excetuados os consectários legais, não pode ser superior ao valor da obrigação principal, embora deva ser suficiente para induzir ao adimplemento dos compromissos.

72. Quanto à viabilidade de se prever como penalidade por descumprimento do TAC a impossibilidade de celebração de outro TAC, a Procuradoria não identifica vedação legal à hipótese e anota haver precedente similar na Anatel, consoante Resolução n.º 629/2013 daquela Agência.

73. A respeito do caráter do TAC, se suspensivo ou substitutivo, inicialmente entendeu-se que a redação do art. 32. § 1º, da Lei n.º 13.848/2019, já transcrito, implicava adoção mandatória da primeira alternativa. Ou seja, compreendeu-se que na hipótese de celebração de TAC o processo de fiscalização deveria ser suspenso e, em caso de descumprimento do acordo, retomado para aplicação das sanções originais – sem prejuízo da aplicação também das penalidades devidas pela violação aos compromissos do próprio TAC.

74. Ocorre que a manifestação da Procuradoria da ANP – especificamente o item 2 do Despacho que a aprovou - parece considerar viável a concessão de caráter substitutivo ao TAC, sendo essa uma opção da Administração.

75. Assim, em reexame da matéria, entende-se que, quando a lei estabelece que "enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas", o sentido é de que se um TAC é celebrado por um determinado motivo, esse mesmo motivo não pode ser considerado para a abertura de processos sancionatórios durante a vigência desse TAC.

76. Em verdade, parece que o espírito da lei é o de impedir que a Administração celebre um TAC e, em seguida, aplique sanções referentes aos mesmos fatos que deram origem ao TAC, o que geraria insegurança aos administrados e, por consequência, minaria a credibilidade do próprio instrumento negociador como mecanismo alternativo de pacificação social. Ao estabelecer essa proteção contra a arbitrariedade, a lei aumenta a atratividade do TAC, melhorando as condições de negociação dos agentes públicos.

77. Imagine-se, por exemplo, o caso hipotético de uma fábrica que supostamente esteja despejando rejeito em um rio e esse fato motive a instauração de processo sancionatório por parte do órgão ambiental. Suponha-se que haja controvérsia a respeito do dano causado pelo rejeito, com visões opostas de especialistas na matéria, e que o órgão ambiental tenha possibilitado a celebração de TAC em que a fábrica assume, entre outros, o compromisso de atualizar o seu método produtivo de tal modo a zerar os rejeitos despejados no rio. Nessas condições, de acordo com a lei, a fábrica não poderia ser novamente autuada pelo despejo desse mesmo rejeito enquanto vigente o TAC. Finda sua vigência, caso se constate recorrência das causas que lhe deram origem, aí sim poderia o órgão ambiental novamente aplicar sanções administrativas à fábrica.

78. Embora a lei trate especificamente de Agências Reguladoras e, não, de órgãos ambientais, aos quais seus termos não se aplicam, o exemplo ilustra um caso em que a possível infração é cometida de modo contínuo. Já o descumprimento da obrigação contratual de conteúdo local só é possível ocorrer uma única vez para cada fase ou módulo de etapa de cada contrato, pois cada fase ou módulo compreende

apenas um único período durante o qual as aquisições de bens e serviços devem, na média, alcançar determinados percentuais de nacionalização, sendo materialmente impossível a ocorrência de violação à mesma obrigação específica.

79. Logo, sendo possível que o TAC promova o arquivamento do processo sancionatório, substituindo-o, essa opção é claramente preferível do ponto de vista técnico uma vez que, em matéria de conteúdo local a infração objeto do TAC não se tornará a repetir. Assim, seria possível incorporar nas sanções por descumprimento do TAC o valor total da multa devida pelo descumprimento contratual original, acarretando significativa economia processual – e, portanto, de recursos estatais –; maior segurança jurídica, tanto para o órgão regulador quanto para os agentes regulados; e mais eficácia na cobrança das multas, uma vez que o TAC se constitui em título executivo extrajudicial.

80. Nessas condições, entende-se que a questão deve ser objeto de nova consulta à Procuradoria para confirmar a viabilidade jurídica de se conferir ao TAC caráter substitutivo em relação aos processos administrativos que lhe derem origem.

CONSOLIDAÇÃO DAS DEFINIÇÕES SOBRE A REGULAÇÃO DO TAC

81. Adotados na regulação os entendimentos explicitados neste documento, serão elegíveis para celebração de TAC os contratos de exploração e produção com fases encerradas não passíveis de aditamento pela Resolução ANP n.º 726/2018 em que for constatado descumprimento de compromissos de conteúdo local.

82. As operadoras poderão manifestar interesse na celebração de TAC, por contrato de exploração e produção, assim que emitido auto de infração correspondente. A partir dessa solicitação o processo sancionatório ficará suspenso por 180 dias para negociação do TAC. Durante esse período, caso haja outros autos de infração emitidos contra a mesma empresa ou consórcio, a negociação poderá também contemplá-los para a formalização de um único acordo.

83. Como requisitos para admissibilidade da manifestação de interesse no TAC, os interessados deverão declarar: a) serem detentores de direitos sobre ao menos um outro contrato de exploração e produção vigente; e b) igualarem ou superarem a qualificação econômico-financeira exigida originalmente para assinatura do contrato de exploração e produção. Havendo dúvida sobre a declaração, a Administração poderá, para saná-las, adotar diligências ao longo do processo de negociação do TAC para que reste comprovado o atendimento aos requisitos.

84. A primeira etapa para negociação será a apresentação pela operadora de uma proposta para o TAC. Nessa proposta, deverão ser previstos compromissos de aquisições novas de bens e serviços, com conteúdo local, de uma ou mais das seguintes opções para: a) utilização em operações de exploração e desenvolvimento da produção de um ou mais dos consorciados no exterior; b) utilização em operações de exploração e desenvolvimento da produção no Brasil em área contratada sobre a qual um ou mais dos consorciados detenha direitos e que não tenha obrigações de



conteúdo local; c) utilização em operações de exploração e desenvolvimento da produção no Brasil em área contratada sobre a qual um ou mais dos consorciados detenha direitos em excedente às obrigações de conteúdo local existentes; d) realização de aquisições de dados técnicos em área não contratada. A possibilidade de ampliação desse escopo é condicionada a eventual manifestação prévia do CNPE.

85. A proposta deverá expressar o valor do conteúdo nacional das aquisições a serem realizadas, por marco temporal (variável de acordo com as condições dos interessados e do valor total do TAC), sendo desnecessário detalhar cada bem ou serviço a ser adquirido.

86. Caso a manifestação de interesse em celebração do TAC seja formalizada junto à ANP até o prazo para alegações finais que precede a decisão administrativa de primeira instância, o valor do conteúdo nacional das aquisições deverá ser no mínimo igual ao valor indicado no auto de infração para a multa que se pretender substituir, deduzido eventual pagamento parcial da multa, à vista, sem desconto, que os interessados desejem realizar.

87. Caso a manifestação de interesse em celebração do TAC seja formalizada junto à ANP até o prazo de interposição de recurso contra decisão administrativa de primeira instância, o valor do conteúdo nacional das aquisições deverá ser de no mínimo 90% do valor indicado no auto de infração para a multa que se pretender substituir, devendo 10% desse valor ser pago à vista, após a aprovação do TAC, como condição para sua celebração, e deduzido eventual pagamento parcial adicional da multa, à vista, sem desconto, que os interessados desejem realizar.

88. Caso a manifestação de interesse em celebração do TAC seja formalizada junto à ANP até 30 dias após comunicação da decisão em sede recurso, o valor do conteúdo nacional das aquisições deverá ser de no mínimo 70% do valor indicado no auto de infração para a multa que se pretender substituir, devendo 30% desse valor ser pago à vista, após a aprovação do TAC, como condição para sua celebração, e deduzido eventual pagamento parcial adicional da multa, à vista, sem desconto, que os interessados desejem realizar.

89. Em todos os casos, os valores dos compromissos do TAC deverão ser atualizados monetariamente de forma mensal, pelo IGP-DI, seguindo-se a mesma sistemática vigente para atualização dos compromissos de conteúdo local contratuais.

90. O valor da multa por descumprimento deverá ser proporcional, para cada marco temporal, ao valor dos compromissos propostos para o respectivo marco.

91. A ANP analisará a exequibilidade da proposta de TAC apresentada, a razoabilidade dos prazos indicados e a adequação da minuta à regulação, podendo solicitar alterações durante o período de negociação.

92. Findo o prazo de 180 dias sem celebração de acordo ou rejeitado definitivamente o acordo proposto, retomar-se-á o processo sancionatório do ponto em que se procedeu sua suspensão, garantindo-se, inclusive, eventual recolhimento da multa com desconto legal, se cabível.



93. Para celebração do acordo e formalização do TAC, todos os integrantes do consórcio deverão manifestar-se favoravelmente por meio da aposição da assinatura de seus representantes legais no instrumento, à semelhança do que ocorre nos casos de aditamento contratual.
94. Assinado por todas as partes, o TAC terá valor de título executivo extrajudicial e substituirá o processo sancionatório que lhe deu origem, que será arquivado em definitivo.
95. O cumprimento do TAC será apurado pela ANP por marcos temporais pactuados, sendo eventuais multas cobradas imediatamente junto à operadora, que poderá promover eventuais ajustes internos ao consórcio, transparentes para a Agência, assim como já ocorre na cobrança de multas por descumprimento de conteúdo local, sem prejuízo da responsabilidade solidária de todos os consorciados.
96. Após o último marco, a ANP tornará público documento relativo ao conjunto das apurações realizadas e das medidas sancionatórias eventualmente adotadas.
97. Caso a celebração de TAC em contratos que tenham solicitações de isenção pendentes se mostre viável técnica e juridicamente, deverão ser previstas regras específicas para esses casos.

CONCLUSÃO

98. Esta Nota Técnica expôs o entendimento técnico preliminar da ANP a respeito das principais questões objeto da Tomada Pública de Contribuições n.º 1/2019, que tratou da possibilidade de edição de norma que regulamente a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta relativos ao descumprimento de obrigações de conteúdo local em contratos com fases encerradas não passíveis de aditamento pela Resolução ANP n.º 726/2018.
99. Para confirmação da viabilidade jurídica das conclusões técnicas e tendo em conta a identificação de dúvidas jurídicas supervenientes, recomenda-se realização de nova consulta à Procuradoria da ANP incluindo, especificamente, questionamentos sobre a viabilidade de se conferir ao TAC caráter substitutivo em relação aos processos administrativos que lhe derem origem; quanto à possibilidade de negociação a respeito de pedidos de isenção pendentes de julgamento, dispensando-se julgamento de mérito, para fins de inclusão no TAC de processos sancionatórios sobrestados em decorrência desses pedidos; e, finalmente, a respeito das consequências para o TAC de eventuais cessões de direitos.
100. Recomenda-se, também, seja avaliada a conveniência de se consultar o CNPE sobre a eventual definição de diretrizes a respeito de compromissos potencialmente objeto do TAC, adotando-se, na ausência de manifestação do formulador da política pública, apenas o parâmetro de aquisição de bens e serviços nacionais excedentes às obrigações contratuais vigentes, para fases de Exploração e



Desenvolvimento, inclusive para contratos sem previsão de índices mínimos de conteúdo local ou para exportação e, em todos casos, utilizando-se a metodologia de mensuração e comprovação do conteúdo local vigente na regulação da ANP.

101. Por fim, recomenda-se seja dada publicidade a esta Nota Técnica, bem assim ao Parecer n.º 00859/2019/PFANP/PGF/AGU e aos despachos que o complementam e aprovam, de modo a fomentar o desenvolvimento do debate público e transparente com a sociedade para amadurecimento da matéria e edição da melhor norma regulatória.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2019.



ANDRÉ GISERMAN

Superintendente-Adjunto de Conteúdo Local

De Acordo. Junte-se ao processo administrativo pertinente para elaboração de ofício de consulta à PRG e dê-se publicidade no portal da ANP na internet.



LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA BISPO

Superintendente de Conteúdo Local