

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP

SUPERINTENDÊNCIA DE CONTEÚDO LOCAL

NOTA TÉCNICA Nº 10/2020/SCL/ANP-RJ

Rio de Janeiro, 09 de abril de 2020.

Assunto: Minuta de Resolução sobre celebração de Termos de Ajustamento de Conduta relativos a descumprimento de compromissos de conteúdo local.

Referências: Notas Técnicas n.º 09/2019/SCL-ANP, 09/2018/SCL-ANP e 06/2017/CCL-ANP
Nota Técnica n.º 21/2017/DEPG/SPG
Resolução ANP n.º 726/2018
Resoluções CNPE nº 07, 21 e 22/2017 e n.º 01/2018
Pareceres n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, 00741/2019/PFANP/PGF/AGU e 00198/2018/PFANP/PGF/AGU
Acórdão n.º 2121/2017 – TCU – Plenário
Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019
Decreto n.º 9.094, de 17 de julho de 2017
Tomada Pública de Contribuições n.º 01/2019

INTRODUÇÃO E OBJETIVO

1. Esta Nota Técnica tem o objetivo de apresentar a minuta de Resolução anexa, que regula a possibilidade de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs relativos a descumprimento de compromissos previstos na cláusula de conteúdo local dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural.
2. O processo para elaboração da minuta foi iniciado pela Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP, de 24 de julho de 2018, que descreveu o histórico da implementação da política de conteúdo local, demonstrou as razões de interesse público na matéria, analisou recentes decisões do Tribunal de Contas da União – TCU sobre iniciativas semelhantes de outras agências reguladoras e, ao fim, recomendou a realização de consulta prévia à eventual edição de ato normativo que autorizasse a celebração de TACs.
3. 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 empresariais[1].
4. 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.

5. Nesse interim, restou 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.
6. A seguir, foi produzida a Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP, de 10 de setembro de 2019, com o objetivo de analisar as principais contribuições recebidas e consolidar o entendimento técnico preliminar da ANP sobre a matéria no atual estágio em que se encontrava, à luz do referido parecer jurídico e da inovação legislativa. Esse entendimento foi novamente submetido a análise jurídica, efetivada pela Procuradoria-Geral da ANP - PRG por meio do Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, complementado pelo Despacho n.º 02010/2019/PFANP/PGF/AGU e aprovado pelo Despacho n.º 02159/2019/PFANP/PGF/AGU. Com o amadurecimento do tema, foram realizadas reuniões com as principais operadoras potencialmente elegíveis a firmar TACs, de modo a se projetar de forma mais acurada a forma como devem ser assumidos e cumpridos os compromissos substitutivos aos originais. Por outro lado, diversas reuniões internas contribuíram para o detalhamento do modelo de acompanhamento e fiscalização dos acordos. Assim, houve evolução de alguns entendimentos e definição de aspectos que não haviam sido antecipados.
7. Neste documento, serão discutidas as questões não tratadas anteriormente e aquelas para as quais foram firmados novos entendimentos, seja em razão das manifestações da consultoria jurídica, seja em função de questões técnicas. Em outras questões relevantes será feita, em regra, apenas menção ao documento em que houve discussão do assunto.

ANÁLISE

8. Para facilitar o acompanhamento, a análise será realizada por capítulo da minuta de resolução.

Capítulo I: objeto e abrangência

9. Optou-se por definir expressamente, logo no art. 1º, que a celebração do TAC não implica para os seus proponentes o reconhecimento da infração constante do auto que deu origem ao processo sancionador. Essa é uma forma de reduzir a insegurança jurídica e aumentar a atratividade do TAC sem perda para o interesse público[2], pois não implica redução de valores nem mudança na forma dos compromissos que serão assumidos pelas empresas. É uma medida especialmente interessante para as organizações que tem modelos mais avançados de governança, para as quais assumir o descumprimento de uma regulação implica custos internos elevados. E é uma definição essencialmente justa, uma vez que, como define o § 2º do art. 2º - incluído por orientação do Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU -, no momento de celebração do TAC o auto de infração ou o recurso sobre a decisão de primeira instância ainda não terá sido julgado.
10. No art. 2º, foram previstas como passíveis de compensação por meio da celebração de TAC as infrações de descumprimento de compromissos de conteúdo local referentes a Fase de Exploração ou Etapa ou Módulo de Desenvolvimento da Fase de Produção cujo encerramento tenha ocorrido antes do dia 12 de abril de 2018, por ser essa a data de início da vigência da Resolução ANP n.º 726, de 12 de abril de 2018, que possibilitou, por meio de seu art. 36, o aditamento da cláusula de conteúdo local dos contratos vigentes.

11. Mais além, por estar em linha com o conceito de facultar o TAC aos casos em que não foi possível o aditamento por meio da referida resolução – excluindo os que se beneficiaram do aditamento ou optaram pelo não aditamento - ampliou-se o escopo de celebração àqueles casos em que o encerramento do contrato, fase ou módulo tenha ocorrido após solicitação de aditamento da cláusula de conteúdo local do respectivo contrato de exploração e produção, porém antes de concluído o processo de aditamento.
12. Por fim, especificou-se, em linha com a orientação da PRG exposta no Parecer n.º 01068/2019 /PFANP/PGF/AGU e de modo a tornar desnecessária consulta à Procuradoria-Geral Federal a respeito da manutenção de entendimento anterior sobre a matéria, a impossibilidade de celebração de TAC quando a infração por descumprimento de compromisso contratual de conteúdo local já houver resultado em constituição definitiva de multa.

Capítulo II: procedimentos para celebração de TAC

13. Inicialmente, tencionava-se, no caso de infrações aplicadas no âmbito de contratos com direitos detidos por consórcio, possibilitar a celebração de TACs com cada empresa consorciada, na proporção de sua participação no consórcio, permitindo-se às demais consorciadas optar por também celebrar TAC ou pagar sua parcela da multa, com desconto legal, se cabível. Planejava-se, também, que um mesmo TAC pudesse abarcar diversos autos de infração para uma mesma operadora ou empresa consorciada, o que reduziria o custo administrativo de sua gestão.
14. Idealmente, do ponto de vista técnico, o TAC substituiria o processo administrativo sancionador original – ao menos relativamente aos consorciados que optassem por sua celebração. Se nem todos os consorciados celebrassem TAC, o processo sancionador seria julgado e, subsistente o auto de infração, seria aplicada multa para os consorciados não optantes pelo TAC, na proporção de sua participação no consórcio. Se julgado insubsistente o auto, os não optantes seriam isentados do pagamento de multa, sem qualquer alteração nos TACs firmados.
15. No entanto, em função das observações expostas no Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU – especialmente a mudança de entendimento da PRG a respeito do caráter potencialmente substitutivo do TAC em relação ao processo sancionador (e não apenas em relação à apuração dos fatos que lhe deram origem), mas também a afirmação da impossibilidade de desconsideração da solidariedade entre os consorciados - e discutidas na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP, foi considerada inviável a celebração de TACs de forma individualizada por empresa consorciada. Pelos mesmos motivos, também deixou de ser prevista a possibilidade de que cada TAC abarque infrações relativas a mais de um contrato de exploração e produção, nesses casos.
16. Assim, a minuta estabelece em seus arts. 3º e 4º que o processo para celebração de TAC somente será iniciado, para cada bloco ou campo, por solicitação de todos os integrantes do consórcio detentor dos direitos sobre o contrato em cujo âmbito tenha sido lavrado auto de infração. No caso de contratos de partilha de produção, é exigida concordância prévia da Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA em deferência à competência prevista na alínea “c” do inciso I do art. 4º da Lei n.º 12.304, de 2 de agosto de 2010. Já no caso da cessão onerosa, há a particularidade de que a União não é representada no contrato pela ANP, mas pelos ministérios da Fazenda – atualmente da Economia – e de Minas e Energia. Assim, optou-se por também exigir a anuência prévia desses órgãos.
17. O art. 5º estabelece que o momento inicial a partir de quando a celebração de TAC pode ser solicitada é o da lavratura do auto de infração. Isso porque é só nesse momento que se tem

conhecimento do valor exato da multa que se pretende aplicar – o que é condição necessária para a definição do valor do TAC[3].

18. Inicialmente, estudou-se a possibilidade de se permitir a celebração de TACs antes da lavratura do auto de infração nos casos em que há pedidos de isenção ou ajuste pendentes de julgamento, na forma e pelos motivos expostos na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP. No entanto, além da necessidade de se estabelecer critérios técnicos, havia dúvida sobre a viabilidade jurídica de se proceder à necessária negociação do valor a ser abatido em cada pedido de isenção ou ajuste para compor o valor do TAC, que não foi esclarecida pela PRG no Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU. Assim, essa hipótese foi descartada.
19. Por outro lado, optou-se por deixar claro os prazos máximos para apresentação de pedido para celebração de TAC, materializando o disposto no § 2º do art. 2º no sentido de explicitar de modo concreto os momentos em que ocorre a constituição definitiva de multa. Mais além, optou-se também pela inclusão de uma data limite – 31 de dezembro de 2025, quando se estima já ter sido possível concluir a fiscalização das fases, etapas e módulos encerrados -, de modo a se evitar que o procedimento de celebração e gestão de TACs estabelecido em caráter excepcional para tratar uma situação específica no conteúdo local se arraste demasiadamente.
20. O art. 6º, ao estabelecer a forma de apresentação das solicitações de celebração de TAC em verdade acaba por também fixar os requisitos de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista e de qualificação econômico-financeira para sua celebração. De forma a tornar o processo menos oneroso para as empresas e para a União e em observância ao art. 1º, incisos I, IV e V do Decreto n.º 9.094, de 2017, prevê-se apresentação de declarações pelos proponentes, resguardando-se a possibilidade de a ANP realizar diligências e solicitar documentos adicionais para comprovação das informações, em linha com o art. 8º do mesmo decreto.
21. Seguindo-se orientação da PRG expressa no Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, deixou-se de prever a exigência de que o operador ou ao menos um dos consorciados detenha ao menos um contrato de exploração e produção vigente no Brasil. Por outro lado, em relação à capacidade econômico-financeira, não parece razoável a adoção, preceituada no mesmo parecer jurídico, “[d]as regras atuais, previstas no mais recente Edital aprovado pela ANP, que fora submetido a consulta e audiência pública (sic)”. É que a situação difere por completo de uma cessão de direitos, em que o novo entrante deve estar apto a operar um campo de petróleo, com todos os riscos inerentes à atividade.
22. Na forma proposta pela PRG, os concessionários de um campo terrestre e de um campo marítimo teriam de demonstrar qualificações diferentes ainda que os dois firmassem TACs idênticos, com compromisso, por exemplo, de exportação de bens nacionais no mesmo valor. Ou, ainda, imagine-se um concessionário que detivesse direitos de exploração e produção tanto em áreas terrestres quanto em marítimas profundas e houvesse recebido um auto de infração no âmbito de contrato referente a área marítima. Não parece fazer sentido dele exigir o nível de qualificação compatível com a operação em águas profundas se a sua decisão fosse por assumir compromisso de aquisição de sísmica terrestre em área da União, por exemplo. Nem teria sentido se ocorresse o oposto – exigir-se qualificação de operador terrestre para um compromisso a ser assumido em águas profundas. E nem há que se falar em manutenção da qualificação econômico-financeira no decorrer do contrato, uma vez que na maior parte das vezes o contrato já estará extinto. Por tudo isso, adotou-se o critério, que se entende mais razoável, de compatibilidade entre a capacidade econômico-financeira e os compromissos propostos.
23. Ainda no artigo art. 6º, solicita-se, no caso de empresas organizadas em consórcio, a indicação de

qual empresa representará o consórcio perante a ANP na gestão do TAC. Uma vez celebrado o TAC, essa figura do agente responsável exercerá função similar à que o operador exerce na execução dos contratos de exploração e produção. É quem vai demonstrar para a ANP o cumprimento dos compromissos e, de modo geral se comunicar com a Agência em nome do conjunto dos integrantes do TAC. A ideia ao permitir a escolha de outro consorciado que não operador do contrato para gerir o TAC é dar flexibilidade aos consórcios, uma vez que os compromissos poderão ser executados por quaisquer dos consorciados.

24. De acordo com o art. 7º, uma vez apresentada pelo operador solicitação de celebração de TAC, a ANP verificará o atendimento aos requisitos previstos no art. 6º e, encontrando-se o processo devidamente instruído, suspenderá o processo administrativo sancionador para que o TAC possa ser negociado.
25. Após o recebimento da notificação emitida pela ANP de suspensão do processo sancionador, o operador terá 120 dias, nos termos do art. 8º, para apresentar proposta concreta de TAC, com previsão da forma, quantidade, prazo e valor dos compromissos a serem assumidos, nos termos do modelo anexo à resolução – que basicamente replica as principais disposições do normativo -, ressalvadas adaptações necessárias aos casos específicos.
26. Embora a apuração do cumprimento dos compromissos, ao final, restrinja-se à verificação dos valores dos bens e serviços adquiridos nos prazos estipulados, a indicação razoavelmente precisa do modo como os compromissos serão cumpridos – ainda que em documento apartado, no curso de reuniões ou mediante solicitação Agência - é fundamental para que a ANP possa analisar a exequibilidade da proposta, o que é tratado no art. 9º, de modo a reduzir o risco de celebração de TACs com objetivo meramente protelatório.
27. O mesmo art. 8º estabelece três formas de pagamento pecuniário, que na minuta, serão explicados posteriormente, nos arts. 16 e 18. São elas: a) pagamento pecuniário obrigatório; b) pagamento pecuniário adicional; e c) pagamento pecuniário contingente.
28. O pagamento pecuniário obrigatório é uma parcela de 30% do valor da multa a ser paga como condição para celebração do TAC quando o operador ou consórcio optar por apresentar a solicitação de celebração após o prazo para apresentação de alegações finais no julgamento do auto de infração em primeira instância. Nesse caso, o valor dos compromissos será equivalente a 70% do valor da multa. O que se pretende é incentivar que o TAC seja negociado antes do julgamento de primeira instância, tanto porque essa atividade demanda recursos públicos quanto para se evitar o comportamento protelatório. Tudo isso foi discutido com mais profundidade na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP e no Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU.
29. O pagamento pecuniário adicional é uma opção oferecida às empresas com o objetivo de permitir maior flexibilidade em seus arranjos internos. Por esse mecanismo, o operador ou consórcio pode optar por pagar parte da multa à vista, abatendo esse valor dos compromissos a serem firmados. Isso pode ser útil especialmente nas situações em que não forem vislumbrados compromissos suficientes para dar conta de todo o valor da multa ou quando apenas parte dos consorciados desejar se comprometer com atividades. Não há nenhuma perda para a União – pelo contrário -, pois na ausência de TAC os mesmos valores seriam cobrados, se subsistente o auto de infração, após a constituição da multa, acarretando custos administrativos mais elevados e riscos de contestação judicial.
30. Já o pagamento pecuniário contingente foi introduzido para minimizar os problemas resultantes do caráter suspensivo do TAC em relação ao processo sancionador, já tratado neste documento. Trata-se de um valor a ser pago no caso de os compromissos físicos de aquisição de bens e serviços não

serem cumpridos integralmente nos prazos estabelecidos. Na prática, qualquer atraso poderia levar a que o TAC fosse descumprido e, em consequência, fosse necessário retomar o processo sancionador, o que traria diversas consequências negativas: custos administrativos muito elevados; insegurança jurídica; perda de atratividade para o TAC.

31. Imagine-se, em um exemplo simplificado que desconsidera atualização monetária, uma situação em que houvesse um auto de infração no valor de R\$ 10 milhões, convertido por meio de TAC em obrigação de aquisição de bens para exportação com valor nacional certificado equivalente aos mesmos R\$ 10 milhões, no prazo de um ano. Imagine-se também que, ao final desse período, por motivos diversos, a empresa tivesse logrado adquirir apenas R\$ 9,5 milhões em conteúdo local desses bens. Em princípio, o TAC teria sido descumprido, acarretando execução do valor não cumprido – R\$ 500 mil - e retomada do processo sancionador original, com possível aplicação, ao final do processo, da multa de R\$ 10 milhões constante do auto de infração. Ou seja, no final a empresa teria cumprido 95% do novo compromisso e, mesmo assim, sofreria duas consequências que, somadas, ultrapassariam o valor da multa original que dera origem ao TAC - e tudo isso com custos de gestão que à própria ANP interessa evitar.
32. Com o pagamento pecuniário contingente, o valor que a empresa não lograr despendar na aquisição pactuada dos bens e serviços nacionais será convertido em valor pecuniário na proporção de R\$ 1,3 para cada R\$ 1 que deixar de ser cumprido, consoante o disposto nos arts. 18 e 34[4]. Assim, no exemplo acima, em que se deixou de investir R\$ 500 mil em gastos nacionais, a empresa poderia recolher R\$ 650 mil aos cofres da União para dar cumprimento ao TAC. Por estar incluído entre os compromissos, ainda que de forma contingente, somente no caso de esse pagamento não ser feito é que o TAC seria descumprido, acarretando as sanções propriamente ditas, com todos os seus custos. Com isso, oferece-se uma alternativa não apenas justa mas também vantajosa tanto para os potenciais interessados em firmar TACs quanto para a Administração.
33. Não fosse essa alternativa, muito provavelmente teria de ser considerada a possibilidade de repactuação de prazos ou compromissos do TAC, o que poderia resultar em ainda mais custos administrativos, perda da credibilidade do instrumento e risco moral. O pagamento pecuniário contingente poderá ainda ser feito a qualquer tempo, nos termos do art. 29, de forma reduzir proporcionalmente os compromissos de aquisição de bens e serviços, mantendo-se a mesma proporção de R\$ 1,3 de pagamento para cada R\$ 1 de compromisso de aquisição.
34. Os arts. 9º a 13 tratam da dinâmica de negociação e aprovação das propostas de TAC. A preocupação foi em estabelecer prazos razoáveis, que impeçam comportamentos protelatórios e, ao mesmo tempo, sejam suficientes para que os proponentes realizem os estudos de que necessitarem, apresentem compromissos factíveis e alinhados às suas estratégias e aprovem internamente seus projetos – o que por vezes envolve diversas instâncias decisórias.

Capítulo III: compromissos

35. A título de introdução, é preciso recordar a distinção entre os contratos em cujo âmbito poderão ser celebrados TACs – consoante art. 2º - e os contratos em que os compromissos firmados serão executados. Por exemplo, os contratos resultantes da Rodada Zero não previam percentuais mínimos de conteúdo local a serem atingidos e por isso não haverá lavratura de auto de infração nesse sentido. No entanto, como se discutirá a seguir, investimentos realizados em áreas da Rodada Zero poderão ser incluídos entre os compromissos de TACs referentes a outros contratos. E também poderão ser incluídos compromissos totalmente desvinculados de áreas contratadas – como é o

caso da compra de bens e serviços brasileiros para uso em operações no exterior e da aquisição de dados técnicos em área não contratada.

36. O art. 14 elenca, de forma ampla, o rol de compromissos de aquisição de bens e serviços que poderão constar das propostas de TAC. Em linha com o exposto na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP e seguindo a orientação da PRG, são previstos compromissos apenas no âmbito das atividades de exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e gás natural, preservando a competência original do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE de formulação da política pública. Por outro lado, prevê-se desde logo a hipótese o Conselho se manifestar no sentido de possibilitar a inclusão de outra atividade ou segmento da indústria, de maneira que, nessa circunstância, não será necessário alterar a Resolução para contemplar tal ampliação de escopo.
37. No rol, procurou-se abarcar todas as atividades de exploração e desenvolvimento que já não são objeto de obrigações contratuais vigentes, de modo a evitar que uma mesma aquisição de bem ou serviço resulte no cumprimento de duas obrigações distintas. Esse conceito também é reforçado no § 4º do próprio art. 14.
38. Inicialmente, cogitou-se incluir a hipótese de aquisição de bens e serviços em excedente a obrigações contratuais vigentes. No entanto, verificou-se posteriormente que a execução e a fiscalização desse compromisso demandariam demasiado tempo e que seria difícil estabelecer marcos intermediários para esses casos, uma vez que os excedentes só podem ser apurados ao final da Fase de Exploração, ou da Etapa ou Módulo de Desenvolvimento.
39. Já em relação a áreas da denominada Rodada Zero, optou-se por considerar para efeito de compromisso do TAC apenas as aquisições de bens e serviços que excederem o percentual de conteúdo local constante da Resolução do CNPE aprovada mais recentemente em relação à data de apresentação da proposta de TAC para ambiente equivalente ao do bloco ou campo referido na proposta. Isso porque em uma atividade como de revitalização, possivelmente já prevista, algum conteúdo local seria naturalmente realizado em função das condições de competitividade em determinados segmentos dos fornecedores brasileiros. Com efeito, seria até virtualmente impossível não utilizar nenhum bem ou serviço nacional em atividades dessa natureza.
40. Assim, considerar, nesses casos, toda a parcela nacional das aquisições poderia configurar uma vantagem excessiva aos proponentes do TAC, na medida em que seriam beneficiados por algo que já iriam fazer de qualquer forma. Afinal, como discutido na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP, o objetivo do TAC é alterar o comportamento dos celebrantes para gerar aquisições novas de bens e serviços nacionais, compensando obrigações que deixaram de ser cumpridas no passado.
41. Nessas condições é que, na ausência de melhor referência, adotou-se como parâmetro a partir do qual serão contabilizadas as aquisições nacionais a manifestação do CNPE vigente à época em que o TAC for negociado. Atualmente, por exemplo, seriam adotados como percentuais base aqueles previstos na Resolução CNPE n.º 2, de 21 de março de 2018, para áreas em ambiente terrestre e, para em ambiente marítimo, aqueles constantes da Resolução CNPE n.º 24, de 18 de outubro de 2019.
42. Não se vislumbra aqui a dificuldade operacional de verificação do excedente que ocorreria no caso áreas licitadas pois, diferentemente daqueles casos, nas áreas concedidas na Rodada Zero não há marcos temporais para aferição previamente estabelecidos em contrato, de modo que é possível apurar o cumprimento do compromissos durante as janelas temporais a serem previstas no próprio TAC.
43. O art. 15 explicita que os compromissos de aquisição serão estabelecidos em valor monetário,

facilitando sobremaneira seu posterior acompanhamento e assegurando flexibilidade aos celebrantes de TAC sem onerar a Administração com análises posteriores de pedidos de ajustes nos compromissos – e ao mesmo tempo garantindo que o interesse público será preservado, uma vez que, de qualquer forma, deverão ser adquiridos os bens e serviços mencionados no art. 14.

44. O art. 16 estabelece o valor dos compromissos a serem assumidos, em princípio equivalente ao valor indicado no auto de infração. A motivação para esse parâmetro foi discutida em profundidade na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP[5]. Já a PRG consignou a seguinte manifestação no Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU:

22. (...) Sugere-se considerar nessa avaliação a capacidade do mercado para receber o investimento compromissado, além do volume de investimento e o prazo para implementá-lo e, ao final, avaliar se a razão de 1:1 se justifica e por isso deve ser mantida ou se seria melhor avaliada no caso concreto, considerando as variáveis de cada proposta.

45. Entende-se que a sugestão da PRG é de se proceder aos referidos estudos de avaliação e capacidade do mercado vis à vis aos investimentos propostos em cada caso concreto, para que então a Administração negocie junto aos proponentes de cada TAC. Embora esse procedimento pareça razoável, pois cada TAC terá mesmo condições específicas, do ponto de vista técnico uma disposição nesse sentido não seria justificável: a uma, porque não há recursos humanos ou materiais na Administração para realização de tais estudos individuais; a duas, porque mesmo que houvesse os recursos, não há critério conhecido em nenhuma literatura para definir se um compromisso deve ser maior ou menor – e muito menos em que proporção - a depender da capacidade de cada mercado de receber o volume compromissado; a três, porque a avaliação da situação de cada mercado deve competir às empresas que tiverem interesse em celebrar o TAC – que como sistemáticas tomadoras de bens e serviços são as maiores conhecedoras de suas nuances - garantindo-se-lhes flexibilidade para realização de suas escolhas; a quatro, porque o valor financeiro já é o melhor parâmetro conhecido para equalizar as diferenças entre os diversos mercados – e por isso mesmo é o utilizado na própria cláusula de conteúdo local dos contratos de exploração e produção, que não preveem, por exemplo, multas diferentes para cada segmento fornecedor em que ocorra descumprimento dos compromissos, mas um parâmetro único baseado no valor financeiro do conteúdo local não realizado -; e, por fim, porque uma negociação caso a caso do valor do compromisso acarretaria demasiados riscos de se introduzir tratamentos não isonômicos, dada a falta de parâmetros objetivos para fixação dos valores.
46. No âmbito do mesmo parecer da PRG, o Despacho n.º 02010/2019/PFANP/PGF/AGU se expressa nos seguintes termos:

4. (...) [S]obre a possibilidade de o valor a ser investido em conteúdo local poder ser igual ao da multa a ser eximida (...) entendemos que cabe uma manifestação mais incisiva da Procuradoria. Isso porque, de acordo com a totalidade dos contratos já celebrados, o valor da multa de conteúdo local é sempre igual ou inferior ao valor que originalmente não foi aplicado. Assim, nas situações em que a multa for inferior ao conteúdo local descumprido, e puder ser transformada em igual volume de novos investimentos, passaria a haver uma vantagem ao concessionário que descumpra a obrigação de conteúdo local original e passa a cumprí-la por meio do TAC, o que vai totalmente de encontro com a finalidade da norma proposta.

5. Desse modo, é necessário comparar não a multa, mas o valor original de conteúdo local descumprido, acrescido dos consectários legais, com a nova obrigação de conteúdo

local. E mesmo nessa comparação, é seguro afirmar que essa proporção nunca deveria ser de 1:1, já que a lei exige que o compromisso seja uma forma de resolver a irregularidade de forma "proporcional e equânime". Não conseguimos imaginar como uma mera postergação de um investimento que deveria ter sido realizado anos atrás, sem qualquer acréscimo, possa ser considerada proporcional. Afigura-se irrefutável que haja algum acréscimo, até para coibir descumprimentos generalizados, ainda que não caiba a esta Procuradoria propor uma proporção específica. Essa é, aliás, a orientação já contida no Parecer nº 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, bem como no Despacho nº 01476/2019 /PFANP/PGF/AGU que o acompanhou.

47. Entende-se a preocupação de que o cumprimento do TAC possa ser menos oneroso do que o da obrigação contratual original, o que poderia incentivar o comportamento infrator por parte de agentes econômicos racionais. No entanto, é imperioso considerar o contexto específico em que a presente resolução está sendo proposta.
48. Em primeiro lugar, não se pretende aplicar a presente proposta às fases vigentes ou vindouras dos contratos de exploração e produção. Trata-se, como exaustivamente discutido, de se buscar uma solução exclusivamente para os casos em que não foi possível a adesão ao aditivo previsto na Resolução ANP n.º 726/2018 em função de o contrato já ter sido extinto ou de sua fase, etapa ou módulo já haver sido encerrado. Assim, é impossível que a conversão da multa em nova obrigação de fazer possa resultar em incentivo a “descumprimentos generalizados”, uma vez que nada mais podem os concessionários fazer para cumprir ou deixar de cumprir os compromissos relativos a marcos de apuração encerrados.
49. Neste ponto, remete-se a toda a argumentação exposta na Nota Técnica n.º 09/2018/SCL-ANP, que inclui detalhado histórico da política de conteúdo local e das razões que levaram à publicação da Resolução ANP n.º 726/2018. Ora, se foram identificadas condições excepcionais que justificaram a celebração de aditivos contratuais que reduziram significativamente as obrigações de conteúdo local – e até mesmo suavizaram a fórmula de cálculo da multa em caso de descumprimento - dos marcos de apuração não encerrados sem que tal medida tenha sido considerada “vantagem ao concessionário que descumpra a obrigação de conteúdo local original”, não há razão para que as mesmas condições excepcionais não possam ser levadas em conta no âmbito da solução alternativa de celebração de TACs aqui proposta para os concessionários que puderam se beneficiar do aditamento contratual.
50. Imagine-se uma situação em que dois concessionários adquiriram blocos em uma mesma Rodada de Licitações – com obrigações de conteúdo local elevadas, incluindo tabela de itens e subitens - e realizaram os dispêndios relativos à Fase de Exploração de forma quase simultânea – e também quase simultaneamente, os dois consórcios obtiveram as informações técnicas que lhes orientavam a declarar comercialidade. Imagine-se, ainda, que um dos consórcios efetivamente declarou comercialidade antes do advento da Resolução ANP n.º 726/2018 – e o outro apenas após sua data de publicação. Parece pouco justificável, do ponto de vista técnico, que por uma questão de gestão interna dos consórcios – por exemplo, pela necessidade de um dos consórcios de obter aprovações de mais empresas ou de executivos baseados no exterior -, aquele que conseguiu ser mais ágil para declarar comercialidade se veja prejudicado em relação ao mais lento. Pois foi exatamente o que ocorreu, em função da orientação jurídica da PRG, à época, no sentido de impossibilitar a extensão dos efeitos do aditamento a fase, etapa ou módulo já encerrado.
51. Foi para corrigir essa distorção, já identificada àquele tempo, que a área técnica iniciou estudos com vistas a prover outra solução para os casos passados que não puderam ser contemplados pela

Resolução ANP n.º 726/2018. Portanto, é com esse pano de fundo que os critérios aqui propostos merecem ser interpretados.

52. Não obstante, o que se propõe não é a concessão de nenhuma benesse gratuita. Ao longo de todo o processo, como documentado nas notas técnicas produzidas, busca-se um balanço entre os benefícios para a sociedade decorrentes da realização de aquisições novas de bens e serviços e os custos para os agentes regulados de adotarem essa opção - que quase sempre implicarão gasto significativamente superior ao compromisso previsto no TAC, uma vez que para esse fim será contabilizada apenas a parcela nacional certificada da aquisição -, vis-à-vis a alternativa, sempre disponível, de simplesmente pagar as multas originais com desconto legal de 30% ou, mesmo de contestá-las na justiça. Se as condições para celebração de TAC não forem mais atrativas do que suas alternativas, todos os custos em que a Administração está incorrendo para construir a norma em questão resultarão desperdiçados e a sociedade deixará de obter quaisquer dos benefícios esperados.
53. Nota-se, ainda, que utilizar o compromisso originalmente descumprido significaria tratar de forma não isonômica os possíveis interessados em celebrar TAC. Isso porque há diferentes fórmulas para cálculo das multas nos contratos de exploração e produção. Na Rodada 2, por exemplo, a multa foi fixada no valor equivalente a duas vezes o valor das compras de fornecedores brasileiros que teriam sido necessárias para atingir a porcentagem de conteúdo local exigida, ao passo que na Rodada 7 a multa varia de 60% - caso o percentual de conteúdo local não-realizado seja inferior a 65% do valor oferecido - a 100% do conteúdo local não realizado. Ou seja, em uma situação em que falte R\$ 100,00 para cumprimento dos compromissos, a multa irá variar entre R\$ 60,00 e R\$ 200,00, dependendo do contrato em que houver acontecido a infração. Isso significa que, caso se adotasse a sugestão em debate, o valor do compromisso a ser previsto no TAC seria superior a R\$ 100,00 – R\$ 120,00, por hipótese -, mas idêntico para os dois casos, o que tornaria a medida extremamente desigual, pois significaria o dobro da multa em um caso – sendo, portanto, muito pouco interessante para o concessionário que estivesse nessa situação - e apenas 60% da multa no segundo caso – resultando, aí sim, em verdadeira benesse a esse concessionário.
54. Nessas condições, foi mantido o entendimento expresso na Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP, baseado na lógica econômica e na teoria da escolha racional. Caso se pretenda, no futuro, elaborar outro normativo para regular a possibilidade de celebração de TACs em contexto diverso ou mesmo contratos e períodos de apuração vigentes ou vindouros, aí sim, do ponto de vista técnico, será necessário avaliar outra fórmula para conversão de compromissos, de tal sorte que não sejam providos incentivos contraditórios aos agentes regulados em relação à necessidade de cumprimento tempestivo das normas da ANP. Mas este, repita-se, não é o caso da norma aqui analisada, uma vez que essa não tem o condão de influenciar comportamentos passados.
55. As demais disposições do art. 16, bem como dos arts. 17 e 18, tratam dos compromissos pecuniários, já discutidos neste documento.

Capítulo IV: execução, demonstração e comprovação

56. O art. 19 especifica que os bens e serviços adquiridos para cumprimento dos compromissos previstos no TAC deverão ser certificados. Trata-se de uma premissa básica para aferição do valor que efetivamente alcança a indústria nacional, considerando suas cadeias de suprimento e não apenas o fornecedor direto da empresa operadora, como discutido na Nota Técnica n.º 09/2019 /SCL-ANP.

57. Não se vislumbra a necessidade de muitos ajustes na regulação atual para uso do mesmo sistema de certificação já operante, regulamentado pelas resoluções ANP n.º 19/2013 e 25/2016. Os bens e serviços que serão certificados são basicamente os mesmos pois, em princípio, são aqueles próprios das atividades de exploração e desenvolvimento da produção. Caso o CNPE se manifeste em relação à inclusão de outras atividades, aí sim poderá haver necessidade de se instituir novos escopos de certificação, para garantir que os organismos de certificação contem com responsáveis técnicos adequados também nessas áreas.
58. Uma única diferenciação em relação aos certificados de conteúdo local já emitidos diz respeito à exigência, prevista no § 2º do mesmo art. 19, de que nos certificados emitidos para fins de cumprimento de TAC conste referência específica ao TAC em que o bem ou serviço será utilizado. O objetivo aqui é duplo: por um lado, segregar esses certificados dos demais, evitando a criação de distorções estatísticas na base de dados, que é utilizada para estudos e pesquisas; por outro, facilitar a fiscalização dos TACs por meio do cruzamento de dados apresentados pelas operadoras e pelos organismos de certificação.
59. Os arts. 20 a 28 tratam da apresentação à ANP dos dados de execução dos compromissos previstos no TAC e da guarda dos documentos comprobatórios. A forma prevista é bastante similar à já adotada em relação aos compromissos de conteúdo local contratuais, com alguns poucos ajustes pertinentes.
60. No art. 30, esclarece-se que, no caso de cessão de direitos de contrato de exploração e produção, os compromissos assumidos no TAC permanecerão sob responsabilidade de quem celebrou o TAC, não sendo transferidos em conjunto com o contrato cedido. Isso porque os compromissos podem ser bastante específicos e seu cumprimento pode ser inviável para os cessionários. É o caso, por exemplo, de uma empresa que tenha operações no exterior e assumo no TAC o compromisso de adquirir e exportar bens brasileiros para uso nessas operações, mas que ceda os direitos do contrato que gerou o TAC para outra empresa que não tenha operações no exterior – e, portanto, seja incapaz de exportar. Se as obrigações do TAC também fossem transferidas, haveria necessidade de sua repactuação, acrescentando complexidade ao processo e custos para a Administração.
61. Portanto, se o TAC originário de um contrato posteriormente cedido for descumprido, responderão pelo seu descumprimento os cedentes dos direitos de exploração e produção que celebraram o TAC. No entanto, nesse caso será também retomado o processo sancionador original – e por esse responderão os cessionários dos direitos de exploração e produção – nos termos do art. 38.
62. Essa sistemática segue a orientação jurídica da PRG, expressa no Parecer n.º 01068/2019/PFANP /PGF/AGU. Ainda de acordo com a PRG, compete “ao novo entrante – cessionário – a análise da pendência de compromisso de TAC durante o procedimento de *due diligence* para aquisição do ativo”.
63. Nessas condições, é razoável esperar que no processo de cessão de direitos cedentes e cessionários negociem a inclusão de dispositivo contratual que regule, entre as partes, as consequências de eventual descumprimento dos TACs – por exemplo, por meio da retenção do pagamento do valor constante do auto de infração que originou o TAC até que seu cumprimento seja atestado pela ANP – tudo isso de forma transparente para a Agência.
64. Por outro lado, uma alternativa à disposição das empresas para simplificar a negociação será o recolhimento à União do valor restante para cumprimento dos compromissos de aquisição de bens e serviços, a qualquer tempo, a título de pagamento pecuniário contingente - já discutido neste documento -, nos termos do art. 29, resultando em cumprimento do TAC e, conseqüentemente, extinção do processo sancionador.

Capítulo V: fiscalização

65. Os arts. 31 a 33 basicamente replicam a sistemática de fiscalização tal como atualmente ocorre, de forma bem sucedida, no âmbito dos contratos de exploração e produção. A principal diferença em relação à apuração dos compromissos contratuais diz respeito aos marcos de apuração, que são estabelecidos no próprio TAC e devem, em regra, ser mais curtos do que a fase de exploração e a etapa ou módulo da etapa de desenvolvimento, em linha com recomendação constante do Acórdão n.º 2121/2017 – TCU – Plenário.
66. O art. 34 trata da operacionalização do pagamento pecuniário contingente, já discutido, após a constatação de descumprimento de compromissos de aquisição de bens e serviços. Garante-se, em homenagem ao direito de ampla defesa, a apresentação de recurso administrativo, embora não haja nesta etapa do processo propriamente uma sanção, mas apenas apuração do valor devido a título de pagamento pecuniário contingente.
67. O art. 35 explica a consequência lógica de extinção do processor sancionador original quando atestado que o TAC que lhe suspendeu foi integralmente cumprido – ainda que com utilização de pagamento pecuniário contingente - e o art. 36 estabelece que no caso de seu descumprimento será lavrado atestado em que constará o valor de conteúdo local que deixou de ser cumprido, de modo a facilitar sua execução.

Capítulo VI: consequências do descumprimento

68. As consequências do descumprimento do TAC são tratadas no art. 37. Como a fiscalização será feita por marco, o descumprimento será caracterizado quando, em qualquer dos marcos, não for comprovada a aquisição de bens e serviços que deveriam ser adquiridos até aquele momento e nem o pagamento do valor pecuniário contingente devido em função do que deixou de ser adquirido tempestivamente.
69. Além da execução do valor do TAC que deixou de ser cumprido e da retomada do processo sancionador original – consequências já discutidas neste documento – prevê-se a impossibilidade de que os signatários do TAC descumprido celebrem outro TAC com o mesmo fundamento normativo. Em regra, seria razoável se pensar em um prazo limite para essa última sanção; no entanto, isso se torna desnecessário em razão de, no caso concreto, a Resolução em questão se referir a um problema específico e com data para sua conclusão – recorde-se, a esse respeito, inclusive, o prazo previsto no art. 5º.
70. O art. 38 dispõe sobre a consequência da cessão de direitos de contrato de exploração e produção originar TAC – o que já foi tratado neste documento.

Capítulo VII: publicidade e transparência

71. O art. 39 esclarece que será garantida publicidade e transparência ao processo de celebração, ao acompanhamento e à fiscalização dos TACs, sendo resguardadas, porém, as informações cuja divulgação possa representar vantagem e competitiva a outros agentes econômicos, em linha com o disposto no § 2º do art. 5º do Decreto n.º 7.724, de 2012. Um exemplo de informação que deve

ser protegida é o valor pago por uma empresa em uma aquisição específica junto a um fornecedor, pois sua divulgação poderia favorecer outros compradores, que poderiam requerer condições comerciais iguais ou mais benéficas, ou ainda outros fornecedores, que poderiam oferecer seus produtos em condições ligeiramente mais benéficas do que seus concorrentes em um quadro de assimetria de informações. Por outro lado, adotou-se a recomendação da PRG constante do Parecer n.º 01068/2019/PFANP/PGF/AGU de não se aguardar o término do último marco de aferição para se proceder à divulgação dos documentos pertinentes.

Capítulo VIII: disposições finais e transitórias

72. Resguardando-se casos em que há risco de prescrição, nos termos da orientação da PRG expressa no Parecer n.º 00741/2019/PFANP/PGF/AGU, desde a realização da TPC n.º 1/2019 os processos de fiscalização do cumprimento dos compromissos de conteúdo local têm tramitado apenas até o momento de julgamento do auto de infração, de modo a possibilitar a celebração do maior número de TACs caso de fato seja editada norma nesse sentido.
73. Se a norma proposta na minuta em tela for aprovada, ainda será necessário um espaço de tempo para que as empresas autuadas possam analisar a viabilidade de solicitar a celebração de TACs. O objetivo do art. 40 é normatizar esse período, fixando-o em 120 dias, de forma a conferir segurança e transparência a esse processo. Além disso, o mesmo artigo também isenta, nesse prazo, o pagamento do valor pecuniário obrigatório, uma vez que seu objetivo de desincentivar o comportamento protelatório não se aplica aos casos em que as empresas não tiveram oportunidade de solicitar antes a celebração de TAC. Por outro lado, mantém-se e se formaliza a possibilidade de que as empresas solicitem a retomada do tramite regular dos processos sancionadores, mediante manifestação irretratável de que não têm interesse em celebrar TAC.
74. O art. 42 já foram fixa a impossibilidade de redefinição das obrigações do TAC ou de seus compromissos, pelos motivos já discutidos neste documento. Sua redação apresenta-se em linha com a constante dos contratos de exploração e produção das Rodadas de Licitações mais recentes.
75. Por fim, o art. 43 prevê a edição de informes técnicos complementares - que já são usuais na regulação do conteúdo local e que devem ser necessários em razão da complexidade e do pioneirismo da matéria - e o art. 44 prevê vigência imediata da Resolução em razão de não serem necessários prazos para adequação de condutas dos agentes regulados nem da Administração, uma vez que já se prevê o prazo de suspensão dos processos em curso no art. 41.

CONCLUSÃO

76. Esta Nota Técnica apresentou a minuta de Resolução anexa - que objetiva regulamentar 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.
77. Entende-se se tratar de caso de dispensa de Análise de Impacto Regulatório - AIR, nos termos do documento "Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR" da Casa Civil em função de a Resolução proposta se enquadrar na categoria de "atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não permitam a possibilidade de diferentes alternativas regulatórias", uma vez que a própria

Lei das Agências prevê o TAC para situações como a que se pretende enfrentar.

78. De qualquer forma, procurou-se discutir e justificar, nesta nota técnica e nas anteriores, para todas as questões específicas da regulação proposta para as quais havia mais de uma possibilidade de escolha, as opções até este momento adotadas, à luz das alternativas técnicas, da orientação jurídica recebida e das contribuições externas e internas apresentadas desde o início deste processo de regulamentação, de maneira que se pode afirmar que o conteúdo material de uma análise de impacto regulatório sobre o tema já foi produzido de forma estruturada, constituindo-se seu eventual rearranjo formal em outro documento retrabalho de que resultariam gastos sem correspondentes benefícios para a sociedade.
79. Por outro lado, em função da complexidade do tema e de seu pioneirismo na ANP, recomenda-se seja proposta à Diretoria Colegiada, caso se decida pelo prosseguimento do processo de regulamentação do tema, o prazo de 60 dias para a consulta pública pertinente.

ANDRÉ GISERMAN

Superintendente-Adjunto de Conteúdo Local

De Acordo. Junte-se ao processo administrativo pertinente para subsidiar proposta de ação para encaminhamento da minuta de resolução à Diretoria Colegiada, com vistas a que delibere sobre sua submissão a audiência pública, precedida de consulta pública pelo prazo de 60 dias.

LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA BISPO

Superintendente de Conteúdo Local

[1] Todas 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: 23/03/2020).

[2] Para uma discussão mais aprofundada sobre a relação entre atratividade e interesse público remete-se à Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP.

[3] A discussão sobre o valor dos compromissos a serem assumidos no TAC consta da Nota Técnica n.º 09/2019/SCL-ANP.

[4] O valor moderadamente superior do pagamento pecuniário contingente em relação ao compromisso físico não executado tem o objetivo de desestimular a desistência de realização das aquisições de bens e serviços nacionais, que é o principal objetivo do TAC.

[5] Pode-se discordar das conclusões da Nota Técnica, mas não do fato de que as justificativas foram apresentadas.



Documento assinado eletronicamente por **ANDRE GISERMAN, Superintendente Adjunto**, em 09/04/2020, às 12:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA BISPO, Superintendente**, em 09/04/2020, às 13:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0711799** e o código CRC **48E415E9**.
