



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS SEDE
CONSULTORIA DE MATÉRIA FINALÍSTICA NO RIO DE JANEIRO

PARECER n. 00859/2019/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.007366/2018-95

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO.
MEMORANDO Nº 36/2019/SCL-E. SOLICITAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURÍDICA ACERCA DE
ASPECTOS GERAIS DE NEGOCIAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA - TAC DE CONTEÚDO LOCAL

EMENTA: CONTEÚDO LOCAL - POLÍTICA PÚBLICA - ART. 2º, INCISOS IX E X E ART. 8º, INCISO I DA LEI Nº 9.478/97 - RECOMENDAÇÃO DE DILIGÊNCIA JUNTO AO CNPE - MANIFESTAÇÃO JURÍDICA QUANTO A PONTOS ESPECÍFICOS.

1. Trata-se de consulta formulada pela Superintendência de Conteúdo Local (SCL), através do Memorando nº 36/2019/SCL-e, contendo "solicitação de orientação jurídica acerca de aspectos gerais de negociação para celebração de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC de Conteúdo Local".
2. Em suma, a SCL narra que pretende elaborar ato normativo "que deverá regulamentar a possibilidade de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta relativos a descumprimento de compromissos de conteúdo local mínimo em contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural, cujas bases iniciais foram descritas na Nota Técnica n. 09/2018/SCL-ANP (pág. 4 do Processo), as quais foram objeto da Tomada Pública de Contribuições TPC nº 01/2019, finalizada em 03/06/2019, com as contribuições recebidas consolidadas no documento 0283599". A SCL informa que levantou "aspectos de potencial relevância jurídica, que carecem de uma consultoria jurídica prévia, com o propósito de auxiliar na construção da Resolução específica"; traz, no decorrer do Memorando, perguntas que espera sejam respondidas por esta Procuradoria Federal junto à ANP.
3. Autos eletrônicos acessados via SEI. Tarefa para análise jurídica distribuída a esta Procuradora Federal no dia 23/07/2019. É o relato. Passo à análise.
4. Preliminarmente, cabem algumas considerações quanto ao escopo da presente análise jurídica e quanto ao papel tanto da ANP como Conselho Nacional de Política Energética - CNEP no que se refere à política pública do conteúdo local.
5. Inicialmente, cabe destacar que não é atribuição desta Procuradoria apreciar as questões de interesse e oportunidade dos atos que se pretende praticar, visto que estão na esfera da conveniência e oportunidade da Administração Pública, nem avaliar questões técnicas como justiça ou eficiência das alternativas regulatórias eventualmente existentes e outras questões correlatas. Da mesma forma, não lhe compete proceder à auditoria em todos os atos praticados ao longo da instrução processual dos presentes autos, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos.
6. Cabe-nos, entretanto, alertar para a necessidade de atender os requisitos legais e seguir os entendimentos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais consolidados sobre a matéria, incluindo-se os do Tribunal de Contas da União (TCU), quando for o caso. Contudo, diante necessidade de posterior interpretação jurídica das normas regulatórias a serem editadas, não nos furtamos a fazer recomendações que, ainda que de caráter não exclusivamente jurídico, possam repercutir na clareza e segurança jurídica da futura interpretação e aplicação do ato normativo proposto, de modo a melhor atender o interesse público e os princípios que regem a atividade administrativa.
7. Chamo atenção, nesse contexto, para o art. 28 da Portaria PGF nº 261/2017 e para o Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Portaria PGF nº 261/2017

Art. 28. A manifestação do órgão consultivo tem por finalidade verificar a viabilidade legal da consulta formulada pelo órgão assessorado e deverá abordar todas as dúvidas jurídicas trazidas, mencionar os fatos envolvidos, além de indicar os fundamentos jurídicos que sustentam o posicionamento adotado.

Parágrafo único. **A manifestação não abrangerá a análise de conteúdo técnico de documentos do processo.**

Boa Prática Consultiva - BPC nº 07

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se

posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento

8. Com efeito, o conteúdo local encontra definição no art. 2º da Lei nº 12.351/2010:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

(...)

VIII - conteúdo local: proporção entre o valor dos bens produzidos e dos serviços prestados no País para execução do contrato e o valor total dos bens utilizados e dos serviços prestados para essa finalidade;

9. A obrigação de conteúdo local tem como objetivo, "aumentar a participação de empresas brasileiras de bens e serviços na cadeia produtiva da indústria do petróleo e gás natural, em bases competitivas, (...) nas fases de exploração e produção ", tendo sido inicialmente estipulada como critério de oferta durante o processo licitatório, característica que mais recentemente foi afastada. Visa, assim, à indução do incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, conforme dispõe o art. 2º, inciso X, da Lei nº 9.478/97, e deve, por força do art. 2º, inciso IX da Lei nº 9.478/99, ser alinhada com "a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento". Confira-se o art. 2º da Lei nº 9.478/97:

Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

(...)

IX - definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento; [\(Redação dada pela Lei nº 12490, de 2011\)](#)

X - induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX. [\(Incluído pela Lei nº 12.351, de 2010\)](#)

(...)

10. A Lei nº 9.478/97, alterada pela Lei nº 12.351/2010, deixa claro no art. 2º, que compete ao CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas, o que inclui a indução e o incremento de índices mínimos de conteúdo local, conforme inciso X. Exemplo disso são resoluções do CNPE, sendo as mais recentes: (a) Resolução CNPE nº 01, de 21/03/2018, que estabeleceu "diretrizes para que a ANP avaliasse a possibilidade de adotar exigências de Conteúdo Local distintas daquelas vigentes nos Contratos assinados até a Décima Terceira Rodada de Concessão, da Primeira e Segunda Rodadas de Partilha de Produção e da Cessão Onerosa; (b) Resolução CNPE nº 02/2018, de 21/03/2018, que estabeleceu "diretrizes para definição de Conteúdo Local na Rodada de Licitações de Blocos Exploratórios sob o Regime de Concessão, no âmbito do processo de Oferta Permanente de áreas a ser iniciado em 2018"; e (c) Resolução ANP nº 17, de 11/04/2017, que definiu o "Conteúdo Local em áreas unitizáveis e aprova as exigências de Conteúdo Local para Rodadas de Licitações de áreas para exploração e produção de petróleo e gás natural".

11. A definição da política de conteúdo local compete, portanto, ao CNPE. À ANP cabe implementá-la, conforme dispõe o art. 8º, inciso I da Lei nº 9.478/97, *in verbis*: "implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;". É o que faz a ANP ao inserir os percentuais mínimos nos editais das rodadas de licitações que realiza e ao regular a possibilidade de aditamento de contratos para adotar percentual diverso daqueles ofertados.

12. Do exposto, na mesma linha adotada para regular a possibilidade de celebração dos aditivos contratuais, considerando a natureza de política pública do conteúdo local, recomenda-se diligenciar junto ao CNPE a fim de buscar manifestação do Conselho quanto ao interesse público em regulamentar a possibilidade de celebração do compromisso sugerido pela SCL sob a justificativa "da elevada complexidade técnica dos procedimentos de avaliação e deliberação final sobre os pedidos de *waiver* em aberto, que somam mais de cem neste momento, constituindo em direito potencialmente exigível com elevada discricionariedade de decisão, que interferem diretamente no prazo de fiscalização e cálculo das multas por eventual descumprimento das cláusulas de conteúdo local". 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 para evitar eventual arguição de extrapolação da competência legal por parte da ANP.

13. No que se refere aos Termos de Ajuste de Conduta, chamados de Compromissos na legislação mais recente, a possibilidade de celebração no âmbito de agências reguladoras cuja legislação específica não estabelece tal possibilidade, como é o caso da Lei nº 9.478/97, que criou a ANP, já foi reconhecida pelo TCU no Acórdão TCU 2121/2017 - Plenário, ao levar em conta o art. 5º, parágrafo 6º da Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública (ACP):

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

IV - a **autarquia**, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta** às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial

14. Cita-se, ainda, o disposto no art. 4º-A da Lei nº 9.469/97, incluído pela Lei nº 12.249/2010, que regulamenta a atribuição do Advogado Geral da União para desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União (Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, inciso VI):

Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:

I - a descrição das obrigações assumidas

II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;

III - a forma de fiscalização da sua observância;

IV - os fundamentos de fato e de direito; e

V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.

15. Qualquer dúvida remanescente quanto a possibilidade de celebração de compromissos foi espancada com a inserção do art. 26 no Decreto nº 4.657/1942, Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB), pela Lei nº 13.655/2018:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)

(Grifos nossos)

16. Na mesma linha, seguiu o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/42, e expressamente prevê no artigo 10, balizas iniciais e gerais para a celebração do compromisso:

Compromisso

Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

I - após oitiva do órgão jurídico;

II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e

III - presença de razões de relevante interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o compromisso a que se refere o **caput** será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º O compromisso:

I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e

III - preverá:

- a) as obrigações das partes;
- b) o prazo e o modo para seu cumprimento;
- c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito;
- e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e
- f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 3º O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterá a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterá as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no [§ 4º do art. 1º](#) ou no [art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997](#), ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do [art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997](#).

17. Mais recentemente, a Lei nº 13.848, de 25/07/2019, que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, e altera as leis que instituíram as agências reguladoras, prevê a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta:

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.

18. Por hora, o regramento acima transcrito é o norte para a formalização de compromisso, já que não se tem notícia de discussão quanto a regulação das hipóteses de cabimento, as condições e a fiscalização no âmbito da ANP. Saliente-se, porém, que a lei e o decreto não respondem a todas as dúvidas da Administração, especificamente no que se refere à obrigação substitutiva a ser prevista no compromisso, e que suscita as maiores dúvidas e questionamentos.

19. Quanto aos questionamentos sobre eventual compromisso relacionado ao conteúdo local, considerando o teor do Memorando nº 36/2019/SCL-E, desde já salienta-se, e responde-se, que a maioria deles diz respeito ao coração do compromisso, às obrigações que serão exigidas, à substituição que se pretende fixar, às escolhas da Administração, as quais devem ser justificadas pela Administração, tendo em foco o interesse público, e, ao mesmo tempo, permitindo criar atratividade ao agente regulado.

20. As escolhas não são fáceis; requerem profunda e apurada análise da área técnica, tudo devidamente motivado. Nesse aspecto, a Lei nº 13.848, de 25/06/2019, em *vacatio legis* por 90 dias, mas muito provavelmente em vigor quando a iniciativa da SCL caminhar, estabelece expressamente a necessidade de motivação na atividade das agências reguladoras:

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

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

21. Especificamente, ao posto no Memorando nº 36/2019/SCL-E, passa-se a comentar e responder às perguntas, com foco naquelas cujas escolhas da ANP possam encontrar alguma vedação legal.

Item 2.4: A proposta da SCL é que "para um determinado contrato cujas fases de exploração e/ou desenvolvimento da produção estão concluídas e que não tiveram seus compromissos

de conteúdo local alterados por meio do aditamento contratual previsto pela Resolução ANP n.º 726/2018, havendo pedidos de *waiver* em aberto, passível de celebração de TAC caso forem detectadas potenciais penalidades por descumprimento dos compromissos de conteúdo local, seria estabelecido como requisito de negociação a desistência, com posterior arquivamento, destes pedidos em aberto para cada uma das fases, passando a calcular sem ajustes as multas aplicáveis, que serão utilizadas como base para determinação do valor dos compromissos do instrumento de ajustamento de conduta"; caso haja viabilidade jurídica de aplicação aos TACs do mesmo entendimento dos aditamentos contratuais sob a égide da Resolução ANP n.º 726/2018, vislumbra-se um potencial ganho em economia processual, celeridade da fiscalização, transparência e previsibilidade no processo de negociação dos compromissos de ajustamento.

Não parece haver vedação legal ao entendimento da SCL. Primeiro, porque no caso da celebração de TACs, alguma negociação e concessão recíproca fará parte do processo; segundo porque a desistência referida foi condição posta para os aditamentos previstos na Resolução ANP n.º 726/2019; terceiro, esse tipo de condição é comum nas legislações que tratam de regularização de débitos junto à União, a exemplo a exigência de desistência de ações, prevista no art. 10, §2º da Lei nº 11.941/2018.^[1]

Item 2.6 (i) As empresas poderiam propor a celebração de TACs individualmente, distribuindo os compromissos a serem firmados conforme as suas proporções no consórcio?

A celebração de TAC individual, por cada consorciado, distribuindo-se os compromissos conforme a proporção de cada um no consórcio, sem exigência de que seja celebrado pelo consórcio que celebrou o contrato, à primeira vista, não se parece viável ante a previsão expressa de responsabilidade solidária dos consorciados, prevista no art. 38 da Lei nº 9.478/97:

Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterá as seguintes exigências:

(...)

II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;

(...)

Além da previsão legal, 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.

De qualquer forma, entendo que esse aspecto pode ser aprofundado a fim de se chegar ao entendimento técnico e jurídico adequado. Como ficaria a responsabilidade de um consorciado em caso de descumprimento de um TAC individual por outro consorciado quando ambos assinaram o mesmo contrato? Essa avaliação deve se dar à luz da responsabilidade solidária dos consorciados

Item 2.6 (ii) Caso o consórcio opte pela celebração do TAC em conjunto, os compromissos a serem firmados poderão estar relacionados a contratos diferentes do que originou o processo sancionatório?

Trata-se de escolha da Administração, baseada em análise devidamente motivada, salientando-se que a efetividade da fiscalização do TAC é fator que deve ser considerado com atenção nessa escolha. Como já posto, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação é solidária. Recomenda-se maior aprofundamento quanto a proposta.

Item 2.6 (iii) Se possível prever compromissos para outros contratos, distintos daqueles que originaram as multas para o consórcio, há necessidade de exigir a existência de consórcio de idêntica composição e mesmos percentuais de participação?;

A pergunta requer melhor explicação, mas, à primeira vista, trata-se de escolha da Administração, baseada em análise devidamente motivada, salientando-se que a efetividade da fiscalização do TAC é fator que deve ser considerado com atenção nessa escolha. A responsabilidade pelo cumprimento da obrigação é solidária, de forma que reunir consorciados diversos e/ou com diferentes composições pode levar, à primeira vista, a uma dificuldade de imposição de responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação. Recomenda-se maior aprofundamento quanto a proposta.

Item 2.6 (iv) Caso o consorciado queira pagar multa, ao invés de celebrar o TAC, seria aplicada a multa estipulada no Auto de Infração proporcionalmente às suas participações no consórcio?;

Remete-se à resposta do item 2.6 "i", salientando-se que a responsabilidade solidária pela obrigação de conteúdo local não pode ser desconsiderada.

Item 2.6 (v) Uma vez que um consorciado opte pelo pagamento da multa individualizada, haveria possibilidade de aplicação do desconto de 30% previsto no artigo 11, § 1º, da Portaria ANP n.º 234/2003 e art. 4º da Lei n.º 9.847/99, nos casos em que o autuado expressamente renunciar ao direito

de recorrer da decisão proferida no processo administrativo?;

Remete-se à resposta do item 2.6 "i"; 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.

Item (vi) Sendo possível a aplicação do desconto e uma vez que o marco de verificação de sua elegibilidade é o prazo estipulado para a interposição do recurso no âmbito do processo sancionatório, é possível suspender o prazo durante a negociação do TAC entre a ANP e as diferentes partes do consórcio, caso optem por iniciar este processo, voltando a contar caso não haja sucesso na celebração do acordo, permanecendo a possibilidade de aplicação do desconto? (prejudicada ante a resposta do item v).

Item 2.8: necessidade e possibilidade de exigir qualificação econômico-financeira para a celebração de TAC, estipulando, por exemplo, valores mínimos de patrimônio líquido compatíveis com os compromissos a serem assumidos. Solicita-se "análise jurídica da viabilidade deste tipo de requerimento, sendo importante ponderar se seria suficiente a qualificação econômico-financeira ocorrida no procedimento licitatório do contrato de exploração e produção de petróleo e gás natural que originou a sanção de conteúdo local que será alvo de conversão em compromissos para ajustamento de conduta, e que não há este tipo de requerimento caso a opção seja pelo pagamento da multa".

Não compete à Procuradoria Federal junto à ANP avaliar "se seria suficiente a qualificação econômico-financeira ocorrida no procedimento licitatório do contrato de exploração e produção de petróleo e gás natural". A qualificação econômico-financeira deve ser mantida no decorrer de todo o contrato, o que significa que não há qualquer vedação, aliás, é recomendável, que a ANP exija a demonstração do atendimento às regras de qualificação atuais para a celebração do TAC.

Item 2.9 (i) Há possibilidade de prosseguir com a manutenção da relação entre o valor do TAC e o valor da multa?;

Não há, seja na legislação supra, seja na ANP, regulação que trate sobre o tema. Trata-se 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; observar o disposto no art. 26, §1º, inciso I do Decreto nº 4.657/42, acima transcrito.

Item 2.9 (ii) o valor do TAC pode ser superior ao valor da multa de origem, como forma de potencializar os efeitos da reparação de danos e correção da conduta para atingir a finalidade original da regulação de estimular os fornecedores nacionais de bens e serviços?;

Sim, o valor do TAC pode ser superior - o dobro ou o triplo, por exemplo -, ao da multa de origem; trata-se 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; deve-se observar o disposto no art. 26, §1º, inciso I do Decreto nº 4.657/42, acima transcrito.

Item 2.9 (iii) caberia a aplicação da correção monetária da multa conforme período compreendido entre a aplicação da multa e a celebração do TAC?;

Em regra, sobre o valor das penas de multa, incide taxa referencial (SELIC) e multa de mora.

Até a data do efetivo pagamento da multa, incide sobre o valor da multa a taxa referencial (SELIC) de 1%, acumulada mensalmente, calculada a partir do 1º dia subsequente ao do vencimento até o mês anterior ao do pagamento, acrescida de 0,33% de multa de mora por dia de atraso, limitada a 20%, se os fatos geradores ocorrerem a partir de 01/01/97:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. [\(Vide Decreto nº 7.212, de 2010\)](#)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Item 2.9 (iv) Se seria possível considerar o desconto de 30% de pagamento da multa previsto no artigo 11, § 1º, da Portaria ANP n.º 234/2003 e art. 4º da Lei n.º 9.847/99 no momento de

conversão do valor da multa em compromissos do TAC, não havendo pagamento de multa em espécie?

Não é adequado estender a aplicação da regra do desconto 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.

Item 2.11 (i) Haveria limites juridicamente estipulados para as multas por descumprimento do TAC?;

Por hora, tendo em vista que não há no âmbito da ANP resolução que trate da celebração de TACs, a legislação aplicável é a acima transcrita e o Código Civil.

A multa por descumprimento do compromisso é fixada em cláusula penal, que pode ter natureza compensatória (quando ditará regras para o caso de inadimplemento total da obrigação fixada no compromisso) ou natureza moratória (estipulada em razão da demora no cumprimento da obrigação, no cumprimento defeituoso ou de uma ou outra cláusula do compromisso; destina-se a intimidar o devedor a cumprir a obrigação).

Se compensatória, a multa equivalerá à pre-fixação das perdas e danos e o credor, ao pagá-la, se desincumbe da obrigação principal, não podendo exigir a multa e a obrigação principal. No entanto, pode-se estipular na cláusula penal a possibilidade de, se o credor entender que os prejuízos foram maiores que o valor da multa, demandar perdas e danos, hipótese em que a multa será o mínimo da indenização. É o que preceitua o art. 416 do C.C.:

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.
Parágrafo único. Ainda que o **prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencional. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.** (Grifos nosso)

Se a multa for fixada por cláusula penal moratória, o credor pode pedir o valor da multa e o cumprimento da obrigação:

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

O valor da multa por descumprimento da obrigação deve ser fixado de forma a não induzir o descumprimento do compromisso, ou seja, não deve "valer à pena" descumprir o TAC; essa análise motivada deve ser realizada pela área técnica. De qualquer forma, por força do art. 412 do C.C., a multa por descumprimento do TAC não pode ser superior ao da obrigação principal, conforme preceitua o art. 402 do C.C.:

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Incumbe à SCL, a partir dos esclarecimentos, fazer as escolhas que entender mais adequadas para o compromisso que pretende desenhar.

Item 2.11 (ii) As multas por descumprimento podem ser superiores aos compromissos assumidos no TAC?; (respondida pelo item 2.11 "i")

Item 2.11 (iii) Considerando a natureza de título executivo extrajudicial, há obrigatoriedade de prever multas adicionais por atraso no cumprimento (astreintes), além das penas convencionais por descumprimento?

Astreintes são espécie de multa processual; mecanismo de execução indireta com finalidade é coagir o devedor ao cumprimento da obrigação. Não se confunde com a multa decorrente da cláusula penal. Está prevista no Código de Processo Civil, e é fixada, quando for o caso, pelo juiz da execução:

Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, **ao despachar a inicial, o juiz fixará multa** por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.
Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo. (Grifos nossos)

Item 2.11 (iv) O valor dos compromissos a serem considerados para aplicação das multas podem ser atualizados monetariamente ao longo da execução do TAC, para fins de cálculo das multas no momento da apuração?;

Não parece claro o questionamento, ou pelo menos o objetivo da correção monetária - "para

fins de cálculo da multa no momento da apuração". Se o questionamento for no sentido da necessidade de o valor do compromisso levar em conta o valor histórico ou o valor atualizado das multas, a resposta é que a multa deve sofrer incidência da taxa SELIC, em atenção à legislação já citada. O inadimplemento não pode sair mais vantajoso do que o adimplemento da obrigação.

Item 2.11 (v) Cabe aplicar o desconto de 30% para as multas por descumprimento do TAC, nos casos em que o autuado expressamente renunciar ao direito de recorrer da decisão proferida no processo administrativo, ou tal desconto não se aplica a título executivo extrajudicial?

Não é adequado estender a aplicação da regra do desconto para situação outra que não exatamente aquela prevista na lei. No caso, não se estará aplicando pena por infração administrativa (que permite o desconto, por autorização do art. art. 4º da Lei n.º 9.847/99), mas sim multa por descumprimento do compromisso.

Item 2.14: encontra-se em estudo na SCL a possibilidade de previsão de mecanismo de penalidade adicional às multas, que consistiria no impedimento de celebração de um novo TAC por uma mesma sociedade empresarial ou consórcio na ocorrência das seguintes hipóteses: **(i)** Enquanto houver um TAC em processo de apuração de cumprimento, para emissão do respectivo atestado de cumprimento/descumprimento; ou **(ii)** caso exista um TAC descumprido parcial ou totalmente, já com atestado emitido.

Não se identifica vedação legal à iniciativa da SCL e, inclusive, há previsões nesse sentido na regulação de TACs por outras agências, a exemplo da Resolução nº 629, de 16/12/2013 da ANATEL, da Resolução Normativa nº 372, de 30/03/2015. Esse é um dos aspectos que mereciam uma regulação geral no âmbito da ANP.

Item 2.15 Para este ponto (item 2.14), consultamos a viabilidade jurídica de prever este tipo de penalidade, assim como se haveria limites e/ou recomendações para sua aplicação, tais como: **(i)** Definição de procedimento de apuração de ocorrências diversas nos TACs em vigência antes da celebração de novo termo; **(ii)** Estabelecimento de prazo máximo de impedimento (a empresa não ficaria impedida *ad eternum* de celebrar novo TAC); **(iii)** Previsão de diferentes prazos de impedimento conforme critérios de proporcionalidade com medição de compromissos efetivamente cumpridos, nos casos de descumprimentos parciais de TACs; e **(iv)** Previsão de possibilidade de pagamento de uma espécie de pedágio caso queira celebrar um novo TAC antes do término do prazo de impedimento, que poderia ser calculado utilizando como base o valor dos compromissos descumpridos no que deu origem ao impedimento e deveria ser pago no momento de celebração do novo instrumento.

Não se identifica vedação legal à iniciativa e, inclusive, há previsões nesse sentido na regulação de TACs de outras agências, a exemplo da Resolução nº 629, de 16/12/2013 da ANATEL, da Resolução Normativa nº 372, de 30/03/2015. Esse é um dos aspectos que mereciam uma regulação geral no âmbito da ANP. De qualquer forma, as escolhas administrativas sobre o tema requerem forte motivação, precedida de análise, em atenção à legislação acima transcrita.

Item 2.16: sobre os compromissos a serem definidos para o cumprimento do ajustamento de conduta, indagamos a Procuradoria sobre a viabilidade jurídica de prever investimentos em conteúdo local em setores de atividades econômicas da indústria do petróleo e derivados distintos da exploração e produção, abrangendo, por exemplo, processamento, transporte, distribuição e revenda de combustíveis.

Por fim, aqui também, cabe à Administração definir, mediante análise devidamente motivada. Nesse aspecto, parece-me que a sinalização do formulador da política pública de conteúdo local, o CNPE, é relevante. Num 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*.

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

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2019.

TATIANA MOTTA VIEIRA
PROCURADORA FEDERAL
MAT. 1311581

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610007366201895 e da chave de acesso ddf938e

Notas

1. [^] Art. 10. Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos

termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento a vista ou parcelamento. (...)§ 2o Tratando-se de depósito judicial, o disposto no caput somente se aplica aos casos em que tenha ocorrido desistência da ação ou recurso e renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação, para usufruir dos benefícios desta Lei.

Documento assinado eletronicamente por TATIANA MOTTA VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 294896269 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): TATIANA MOTTA VIEIRA. Data e Hora: 06-08-2019 15:22. Número de Série: 13162443. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS SEDE
CONSULTORIA DE MATÉRIA FINALÍSTICA NO RIO DE JANEIRO

DESPACHO n. 01476/2019/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.007366/2018-95

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral,

1. Estou de acordo com o PARECER n. 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, e recomendo a sua aprovação. Diante do caráter propositivo da consulta realizada, aproveito para fazer os seguintes complementos.
2. Na resposta ao item 2.6 e seus subitens, concordamos com o referido parecer no sentido de que a obrigação contratual é solidária. Contudo, acrescento que tudo parece indicar que a modelagem pretendida para o TAC implicaria numa suspensão do processo de aplicação de multa para que o concessionário assine e cumpra o TAC. Em caso de descumprimento, a cobrança da multa seria retomada, com os devidos acréscimos.
3. Nesse sentido, 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 cumprido, pois isso seria uma limitação muito grande à liberdade de contratar das empresas.
4. Convém não confundir obrigação solidária com obrigação indivisível. Parece-nos possível, em tese, que as obrigações e seus consectários sejam cindidos entre os concessionários de um consórcio para que cada um deles venha a cumprir de uma forma (carregando para outro contrato, pagando uma parte com o desconto previsto, etc.)
5. O que precisa ser desenvolvido é um sistema de controle ou de garantias para que a parcela da obrigação objeto do TAC não seja descumprida ou, se for descumprida, a multa volte a ser cobrada de todos os concessionários originais, em regime de solidariedade. O importante é que a assinatura do TAC não represente um aumento de risco do poder público quanto ao recebimento do seu eventual crédito.
6. Nesse sentido, é em tese viável não só a ideia de qualificação financeira de quem for assinar o TAC (objeto dos itens 2.7 e 2.8, mas também outras possibilidades como a apresentação de garantias (à semelhança das garantias de oferta, de PEM 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.
7. No que toca aos valores dos compromissos a serem assumidos em eventual TAC (item 2.9), destacamos que não há qualquer empecilho à estipulação de compromissos de conteúdo local nos TACs em valores superiores aos das multas que estão sendo substituídas.
8. O artigo 412 do Código Civil de fato limita a multa constante de uma cláusula penal ao montante da obrigação principal. Esse limite aplica-se, contudo, estritamente ao valor da multa, e é devidamente respeitado pela fórmula de cálculo da multa de conteúdo local prevista nos contratos de concessão da ANP. Não vale para os consectários legais (juros, multa de mora e quejandos) que podem resultar num montante superior.
9. Do mesmo modo, tal limite não se aplica a uma conversão voluntária do valor da multa em nova obrigação de conteúdo local, conforme proposto para o TAC. Aliás, entendo que devido a natureza do TAC de negociação com concessão recíproca, bem delineada no parecer citado, é importante que o valor convertido em obrigação de fazer tenha algum acréscimo em relação à multa atualizada que for convertida.
10. Do mesmo modo, em caso de descumprimento do TAC, a multa convertida deve voltar a ser cobrada com todos os consectários legais, e preferencialmente com mais um acréscimo, desta vez em face do descumprimento do TAC.
11. De qualquer modo, estamos de acordo com as demais conclusões do Parecer já citado, e poderemos nos aprofundar nas questões discutidas a partir da existência de uma proposta concreta.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2019.

ARTUR WATT NETO
Procurador Federal
Subprocurador-Geral de Exploração & Produção

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610007366201895 e da chave de acesso ddf938e

Documento assinado eletronicamente por ARTUR WATT NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 301128859 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTUR WATT NETO. Data e Hora: 13-08-2019 21:44. Número de Série: 13898499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS SEDE
GABINETE DO PROCURADOR GERAL-RIO DE JANEIRO

DESPACHO n. 01482/2019/PFANP/PGF/AGU

NUP: 48610.007366/2018-95

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Aprovo o PARECER n. 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, com os complementos expostos no DESPACHO n. 01476/2019/PFANP/PGF/AGU.
2. Encaminhe-se à SCL.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019.

EVANDRO PEREIRA CALDAS
PROCURADOR-GERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À ANP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48610007366201895 e da chave de acesso dfff938e

Documento assinado eletronicamente por EVANDRO PEREIRA CALDAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 301533338 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EVANDRO PEREIRA CALDAS. Data e Hora: 14-08-2019 14:08. Número de Série: 8453823778070658731. Emissor: AC CAIXA PF v2.
