



**ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA-ANP**

PARECER Nº 8/2020/PRG RJ-ANP/PGF/AGU
PROCESSO Nº 48610.007366/2018-95
INTERESSADO: SCL - LUIZ BISPO

PARECER n. 00130/2020/PFANP/PGF/AGU NÚMERO SAPIENS

ASSUNTO:

**DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE
DIREITO PÚBLICO. CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICAS
SOBRE RESOLUÇÃO RELATIVA A TERMOS DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TACS DE CONTEÚDO
LOCAL.**

CONTEÚDO LOCAL - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) - MINUTA DE RESOLUÇÃO - RECOMENDAÇÕES PARA COMPLEMENTO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - RECOMENDAÇÕES PARA ADEQUAÇÕES DE ARTIGOS DA MINUTA DE RESOLUÇÃO - MANIFESTAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO PARA CELEBRAÇÃO DO TAC DEPENDENTE DA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL FEDERAL - CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICAS SEM ÓBICES JURÍDICOS, DEPOIS E ATENDIDAS AS RECOMENDAÇÕES.

Senhor Procurador-Geral,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de ação iniciada pela Superintendência de Conteúdo Local (SCL) com o objetivo de "Obter aprovação da Diretoria Colegiada para realização de consulta pública e audiência públicas sobre minuta de 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 não contemplados pela possibilidade de aditamento prevista no art. 36 da Resolução ANP n.º 726, de 12 de abril de 2018".

2. A SCL recomenda à Diretoria Colegiada "Aprovar a realização de consulta pública, pelo período de 60

(sessenta) dias, seguida de audiência pública, sobre minuta de ato normativo que objetiva 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 não contemplados pela possibilidade de aditamento nos termos do art. 36 da Resolução ANP n.º 726/2018".

3. O tema já foi previamente analisado por esta Procuradoria Federal junto à ANP, que emitiu o **PARECER n. 00859/2019/PFANP/PGF/AGU** (SEI 0358421), em atenção ao Memorando n.º 36/2019/SCL-e, que solicitava orientação jurídica acerca de aspectos gerais de negociação para celebração de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC de Conteúdo Local, bem como o **PARECER n. 01068/2019/PFANP/PGF/AGU** (SEI 0485923), que em atenção ao Ofício n.º 155/2019/SCL/ANP-RJ-e, manifestou-se quanto a diretrizes apresentadas pela SCL, com base nas contribuições recebidas na Tomada Pública de Contribuições - TPC n.º 01/2019, para edição de regulação de Termos de Ajustamento de Conduta - TACs em casos de descumprimento de obrigações de conteúdo local em contratos de exploração e produção com fases não contempladas pela possibilidade de aditamento prevista na Resolução ANP n.º 726/2018.

4. Em suma, o PARECER n. 00859/2019/PFANP/PGF/AGU, analisado nos termos do DESPACHO n. 01476/2019/PFANP/PGF/AGU, e aprovado com complementos do DESPACHO n. 01482/2019/PFANP/PGF/AGU, apresentou as seguintes recomendações e conclusões:

(i) Por força do art. 2º, incisos IX e X da Lei nº9.478/97, cabe à ANP diligenciar junto ao Conselho Nacional de Política Energética (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"; observar-se-á, assim, a divisão de competência fixada na lei, além de que a sinalização positiva do CNPE traria segurança jurídica tanto ao processo de construção da regulação, quanto ao próprio TAC, reduzindo o risco de eventual arguição de extrapolação da competência legal por parte da ANP.

(ii) A possibilidade de celebração de TACs por agências reguladoras 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 (LACP); a possibilidade consta 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); 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 13.655/28, e pelo art. 32 da Lei nº 13.848, de 25/07/2019.

(iii) As escolhas administrativas devem ser motivadas, como reforçam os artigos 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019.

(iv) Respostas específicas aos questionamentos postos no Memorando nº 36/2019/SCL-E constam nos itens do parágrafo 21.

5. Posteriormente, o PARECER n. 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, com as ressalvas do DESPACHO n. 02010/2019/PFANP/PGF/AGU, aprovado pelo DESPACHO n. 02159/2019/PFANP/PGF/AGU, expuseram as seguintes conclusões:

- (i) O procedimento adotado no processo de construção dos compromissos, considerando a ausência de regulação do instituto no âmbito da ANP, deve respeito ao Decreto nº 9.830/2019, e conter motivação, em atenção ao artigos 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019; não se vislumbra óbices jurídicos à definição posta nos parágrafos 82 e 92 da Nota Técnica nº 09/2019/SCL-ANP.
- (ii) Não parece de todo irrazoável a exigência de que o beneficiado pelo TAC tenha um contrato ativo com a ANP se a sua finalidade for a de exigir uma garantia a mais para o cumprimento das exigências, sendo que tal avaliação extrapola em muito o âmbito de análise desta Procuradoria, ainda que a título de sugestão. Ressalva-se o entendimento da Procuradoria Federal que subscreveu o presente parecer, que recomendou à SCL avaliar a razoabilidade de exigir que o compromitente detenha contrato de exploração e produção assinado, a fim de manter o requisito ou não, tendo em vista que não se identifica relação entre a exigência e a possibilidade de que o investimento em bem e/ou serviço nacional possa se dar para fins de exportação ou para aquisição sísmica em área não contratada, bem como que a exigência poderia impedir a adesão ao TAC por interessado sem contrato vigente, mas com pendências de conteúdo local devido aos contratos antes assinados.
- (iii) No que diz respeito à qualificação econômico financeira do compromitente para celebração do TAC, recomenda-se aplicar as mesmas regras para Cessão de Direito, previstas atualmente na Resolução ANP nº 785/2019, ou seja, as regras atuais, do mais recente Edital de Rodada de Licitações aprovado pela ANP, depois de submetido a consulta e audiência pública.
- (iv) A decisão de limitar os compromissos a atividades do *up stream* permite afirmar que a ideia do TAC fica mais alinhada com a política pública instituída como obrigação de investimento em conteúdo local; reduz, portanto, o risco de questionamento por parte dos órgãos de controle.
- (v) Não se vislumbra óbices jurídicos a que o percentual de pagamento de multa exigido considere o momento em que ocorrerá a manifestação de interesse no TAC; identifica-se, inclusive, incentivo para que a manifestação seja formalizada o quanto antes, bem como valoriza-se a eficiência.
- (vi) No que diz respeito à relação entre o valor da multa e o valor do investimento objeto do TAC, recomenda-se aprimorar a avaliação e, para tanto, sugere-se considerar a capacidade do mercado para receber o investimento compromissado, além do volume de investimento e o prazo para implementá-lo, para, então, avaliar se a razão de 1:1 (multa - investimento) se justifica, e por isso deve ser mantida, ou se seria melhor avaliada no caso concreto, considerando as variáveis de cada proposta. Salienta-se o complemento contido no Despacho no sentido de que "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".
- (vii) Como a multa servirá de base para fixar o valor do investimento, uma vez fixado tal valor, não se tratará exatamente de atualização da multa, mas de atualização do valor do investimento, que, por isso, pode seguir as regras aplicáveis para correção dos investimentos em conteúdo local, ou seja, com base no IGP-DI, quando a manifestação de interesse por celebrar o TAC ocorrer antes da decisão de primeira instância; já quando a manifestação de interesse ocorre em momento posterior, cabe aplicar o art. 61 da Lei 9.430/96, ou seja, a

Taxa SELIC a partir do primeiro dia do mês subsequente àquele em que o devedor foi notificado da decisão de primeira instância administrativa e, uma vez manifestado o interesse pelo TAC, pode ser aplicado o IGP-DI. Em caso de descumprimento do TAC dá-se a continuidade do processo administrativo sancionador original, e todos os valores originários/valor da multa submetem-se à regra do art. 61 da Lei nº 9.430/96, como se não houvesse sido celebrado TAC.

(viii) É entendimento da Procuradoria Geral Federal, conforme descrito acima, a impossibilidade de celebração de TAC depois de definitivamente constituído o crédito, o que ocorre uma vez transitada em julgado a decisão administrativa, seja de primeira instância, quando não interposto recurso administrativo, seja depois de julgado tal recurso e comunicado ao agente do resultado do julgamento.

(ix) Não se vislumbra óbices jurídicos para fixação de marcos para comprovação do cumprimento do TAC, bem como multa por descumprimento proporcional ao marco temporal e ao valor do compromisso descumprido; a imediata cobrança de eventuais multas após cada marco valoriza a eficiência.

(x) A exigência de anuência ao TAC por todos os membros do consórcio acrescenta segurança jurídica ao compromisso, tendo em vista a solidariedade entre eles quanto às obrigações contratuais.

(xi) Não se verifica, na Nota Técnica nº 09/2019, justificativa para conferir publicidade a documentos de apuração e medidas sancionatórias apenas depois do último marco, e não depois de cada marco e avaliação do cumprimento do compromisso fixado para cada marco; mantido o entendimento da SCL, recomenda-se complementar esse aspecto, motivando-o.

(xii) Pode haver sim razoabilidade na restrição à cessão de direitos sobre contratos que tenham obrigações ainda a serem cumpridas, salvo aderência do cessionário à responsabilidade solidária, como um elemento adicional de garantia do cumprimento do que foi compromissado. Ressalva-se o entendimento da Procuradoria Federal que subscreveu o Parecer, no sentido de que não se identifica a possibilidade de transferir para o cessionário a obrigação assumida pelo cedente ao celebrar o TAC, até porque, em caso de descumprimento do TAC, a multa originária objeto do processo administrativo suspenso poderá ser cobrada e, aí, de forma solidária, conforme estabelece a regulação específica.

(xiii) Não se verifica dúvida quanto ao efeito que deve ser conferido aos processos administrativos sancionadores originais, enquanto em vigor e pendente de cumprimento o TAC: ficam suspensos por força do art. 32 da Lei nº 13.848/2019.

(xiv) O TAC tem natureza de título executivo extrajudicial do compromisso e seu efeito é suspensivo, conforme expresso no art. 32 da Lei nº 18.484/2019.

6. Após as citadas manifestações jurídicas, foram anexados aos autos os seguintes documentos:

- Nota Técnica nº 10/2020/SCL/ANP-RJ
- Minuta de Resolução
- Parecer nº 7/2020/SEC-CQR/SEC/ANP-RJ-e e anexos
- Parecer nº 14/2020/SCL-E-ANP e anexo
- Minuta de Resolução atualizada
- Cópia do fluxo da Proposta de Ação nº 209/2020

7. Autos eletrônicos acessados via SEI. Tarefa para análise jurídica aberta no sistema SAPIENS/AGU NO DIA 11/05/2020. reunião realizada, via aplicativo *Teams*, nos dias 19/05/2020 e 1/05/2020, com a equipe da SCL responsável pelo tema, bem como reunião com Procuradores Federais que compõem a equipe da

Procuradoria Federal junto à ANP, no dia 02/06/2020. Registra-se que a extrapolação do prazo ordinário de doze dias estabelecido para a manifestação jurídica consultiva deveu-se à complexidade jurídica da matéria, tema novo no âmbito da ANP, bem como os valores de multa envolvidos, que levaram à necessidade de mais tempo para a conclusão da presente análise jurídica, o que se registra em atenção ao art. 14, §§1º e 2º da Portaria PGF nº 261/2017. É o relato. Passo à análise.

II. FUNDAMENTAÇÃO

ESCOPO DA ANÁLISE JURÍDICA

8. 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.

9. 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.

10. 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.

DA FORMA DA MINUTA - AVALIAÇÃO DA SEC

11. A SCL propõe, em suma, a regulação da possibilidade de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) relativos ao descumprimento do compromissos de conteúdo local mínimo em Contratos de

Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural não contemplados pela possibilidade de aditamento prevista no art. 36 da Resolução ANP n.º 726, de 12 de abril de 2018, tudo como exposto na NOTA TÉCNICA N.º 10/2020/SCL/ANP-RJ (SEI 0711799).

12. No que diz respeito à **forma** da minuta de resolução, cabe registrar a necessidade de observação do Manual para a Elaboração de Atos Normativos da ANP, aprovado pela Diretoria Colegiada da ANP (Resolução da Diretoria n.º 803/2018) em 06/12/2017, que atende as regras contidas na Lei Complementar n.º 95/1998, a qual, por sua vez, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis em geral.

13. Em linha com essa legislação, e considerando os aspectos de técnica legislativa e formais, houve análise e manifestação da Coordenação de Qualidade Regulatória (CQR) da Secretaria Executiva (SEC) da ANP, conforme Parecer n.º 7/2020/SEC-CQR/SEC/ANP-RJ, o qual recebeu a atenção da SCL, conforme Parecer n.º 14/2020/SDP/ANP-RJ-e (SEI 0745490).

DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

14. A Lei n.º 9.478/97 não exige da ANP a realização de **ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)** como fez a lei que criou outras agências reguladoras. No entanto, a Lei n.º 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e altera legislação específica, trouxe a obrigação de realizar AIR ao prever, no art. 6º, que a "adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo." Aguarda-se, ainda, regulamento sobre o tema.

15. Nada impede, aliás, recomenda, a aplicação do disposto no Decreto n.º 9.191/2017, que regulamenta a Lei Complementar n.º 95/98. O ANEXO do Decreto traz "QUESTÕES A SEREM ANALISADAS QUANDO DA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL", e que, uma vez respondidas fariam as vezes do AIR. A Nota Técnica n.º 10/2020/SCL/ANP-RJ refere-se à Nota Técnica Nota Técnica n.º 09/2018/SCL/ANP-RJ, que descreve o histórico da implementação da política de conteúdo local, demonstra as razões de interesse público na matéria, analisa recentes decisões e, ao fim, recomenda a realização de consulta pública prévia à eventual edição de ato normativo que autorizasse a celebração de TACs. Tomando-se como base as duas notas técnicas, passa-se à primeira parte do parecer.

16. Nessa análise, a necessidade de **MOTIVAR** as escolhas regulatórias das agências reguladoras, com base em elementos técnicos e econômicos, é condição essencial da regulação e tem como fundamento, também, na necessidade de legitimar tais escolhas frente à sociedade, os agentes regulados e os órgãos de controle. Permite-se, com isso, a melhoria da qualidade regulatória, com foco na eficiência; e, para não ir além, é de boa técnica, atendendo aos artigos 26, 27 e 30, do Decreto 9.191/2017, segundo os quais deve haver exposição de motivos para justificar a edição de atos normativos.

17. Na hipercomplexidade que envolve a regulação de setores econômicos, a famosa escolha baseada no conhecido binômio conveniência e oportunidade, já não basta. Mostra-se cada vez mais importante que a decisão regulatória esteja bem fundamentada, em um processo público, participativo, com foco no interesse geral e nos princípios da proporcionalidade e da eficiência.

18. O **princípio da eficiência**, constitucionalizado pela Emenda 19/98, e cuja obediência se impõe a toda a

administração pública, surge com mais força nas escolhas regulatórias adotadas pelas agências, cuja legitimidade de atuação depende das suas posições técnicas e neutras, na busca da melhor efetividade do mercado regulado, em benefício da sociedade.

19. Atualmente, com a vertente moderna do direito público voltado para a eficiência e para as consequências práticas da tomada de decisão, na forma do conhecido **pragmatismo jurídico**, mostra-se ainda mais importante que a análise jurídica seja feita dentro do caso concreto, com a exposição dos impactos gerados pela tomada de decisão, do interesse público protegido e dos direitos tutelados. Nas lições da doutrina de Oliveira^[1]:

No âmbito da denominada 'administração de resultados', a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com os resultados impostos pelo texto constitucional.

Outrossim, o pragmatismo jurídico de que trata essa nova diretriz do direito público consubstancia-se como argumento de reforço ou de descarte da decisão – sem que se admita sua aplicação em linhas gerais. Nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça: “o pragmatismo serve como guia à interpretação da norma, inclusive a regulatória, asseverando-se como último passo de justificação da decisão.

20. Nesta toada, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada recentemente para confirmar essa direção que vem sendo tomada pela administração pública, de modo a dispor sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Parágrafo único. A **motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo exposto suas consequências jurídicas e administrativas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

21. Desse modo, evidencia-se que a Administração Pública está vinculada a essa nova perspectiva de tomada de decisões, buscando, dessa forma, alcançar efetividade concreta e a satisfação do interesse geral tutelado a partir dos atos normativos que produz, distanciando-se do paradigma jurídico de que a produção das normas corresponde apenas à elaboração de atos que atendiam aos requisitos formais, mas não materiais.

22. Por conseguinte, o interesse público queda-se muito mais resguardado, uma vez que a consequência prática das normas deve passar a ser considerada, em respeito ao princípio constitucional da eficiência.

23. Por fim, reforça-se que a motivação/justificativa para as escolhas regulatórias das agências reguladoras é precedente para a legitimidade das normas que edita. Oliveira esclarece que "A necessidade de maior legitimidade, transparência e *accountability* justifica a instituição de canais participatórios na regulação, que permitem a integração da sociedade civil na formulação de políticas públicas regulatórias e na fiscalização dos reguladores". Explica, o autor, que a participação social pode ser instrumentalizada através das consultas e audiências públicas e salienta que o risco trazido pela reduzida participação é a "captura dos interesses pelas empresas reguladas". Após descrever os avanços na implementação de instrumentos e participação, aponta a necessidade de aprimoramento através de medidas como "**apresentação das informações necessárias para a compreensão da discussão**, com linguagem clara e acessível, especialmente quando envolver questões técnicas, abrindo margem para efetivas contribuições por parte dos setores econômicos e sociais".

24. Posto isso, vejamos, então, a ALTERAÇÃO REGULATÓRIA pretendida, e especialmente **se a área técnica demonstrou nos autos a necessidade, adequação e proporcionalidade necessárias**.

25. Primeiramente, é preciso que conste nos autos a **identificação do problema regulatório**, com a apresentação do problema que levou a Agência a vislumbrar uma possível necessidade de intervenção regulatória. Importante destacar que o problema deve estar descrito de forma clara, sem dubiedades, de maneira a facilitar seu entendimento para que possa alcançar a solução mais condizente. Nesse sentido, é de suma relevância essa identificação, principalmente das causas do problema regulatório em questão, a fim de elaborar uma solução que trate das mesmas, não apenas de seus efeitos. Assim, recomenda-se que essa identificação elucide as seguintes questões: (i) em que contexto o problema se insere; (ii) a natureza do problema e suas consequências; (iii) as causas da adversidade; (iv) a sua magnitude – onde ocorre, com que frequência, a extensão dos grupos afetados etc; (v) a evolução esperada do problema no futuro, em caso de inércia do agente regulador.

26. Nesse aspecto, a SDP relata que: (i) a rigidez dos compromissos contribuiu também para a grande quantidade de pedidos de isenção (*waiver*) apresentados pelos operadores à ANP - mais de 300 até o momento -, o que se traduziu na redução do grau de segurança no ambiente em que operam os atores abrangidos pela política de conteúdo local; (ii) isso motivou o Tribunal de Contas da União - TCU a realizar auditoria operacional a respeito da política de conteúdo local, o que resultou no Acórdão nº 3072/2016, proferido pela Corte em 30 de novembro de 2016; TCU, verificou "que o problema não estava concentrado apenas na falta de regulamentação do mecanismo de isenção, mas na sistemática vigente da PCL [política de conteúdo local]", além de preocupar-se com a questão das multas (até o momento, haviam sido fiscalizados 448 blocos exploratórios, dos quais 154 - ou seja, cerca de 35% dos casos - gerara multas pelo descumprimento do conteúdo local contratual); (iii) a aplicação de multas não traz nenhum benefício à indústria de óleo e gás, e tampouco à cadeia fornecedora; (iv) como resultado dos estudos do Programa de Estímulo à Competitividade da Cadeia Produtiva, ao Desenvolvimento e ao Aprimoramento de Fornecedores do Setor de Petróleo e Gás Natural - PEDEFOR, instituído por força do Decreto nº 8.637/2016, o CNPE, por meio da Resolução nº 01/2017, criou um conjunto de regras de conteúdo local para rodadas de licitações vindoura, adotando-se compromissos de conteúdo local global para a fase de exploração em blocos terrestres e marítimos; global na etapa de desenvolvimento de blocos em terra; e na forma de "macro-grupos" (que representam as principais etapas envolvidas no projeto de desenvolvimento) nos campos marítimos; (v) a ANP editou a Resolução ANP nº 726/2018, possibilitando aos operadores aderir facultativamente ao novo modelo, mediante celebração de aditamento da cláusula de conteúdo local dos contratos, com adoção da redação aprovada para o contrato de concessão da 14ª Rodada, não acarretando novação dos contratos

originais celebrados e das garantias prestadas; (vi) por limitação de ordem jurídica, expressa no Parecer n.º 00198/2018/PFANP/PGF/AGU, não foi possível facultar o aditamento de contratos encerrados e contratos vigentes, cujas fases haviam sido encerradas (272 blocos exploratórios e 120 campos de produção). Segundo a SCL, visa-se solucionar pendência oriundas desses contratos. Parece-me, assim, estar identificado o problema regulatório.

27. Deve constar dos autos a **identificação dos atores ou grupos afetados** pelo problema regulatório, de modo a compreender a visão dos mesmos acerca da problemática. Portanto, deve ser delineada uma estratégia de consulta ou de diálogo com os grupos afetados, uma vez que esse entendimento é relevante para assimilar adequadamente as causas e a correta dimensão do problema. **Este requisito não parece integralmente atendido, já que das Notas Técnicas em referência, percebe-se a identificação apenas dos concessionários/contratados/cessionária; não se verifica a identificação de outros atores, nem mesmo dos setores da cadeia de fornecimento de bens. Recomenda-se suprir esse aspecto.**

28. Faz-se necessária a **identificação da base legal que ampara a ação da Agência Reguladora** em apreço. Essa identificação da base legal vai revelar se os agentes reguladores têm o amparo da lei para agir sobre o problema que se pretende solucionar. Outrossim, é importante, também, para avaliar se há competências concorrentes e/ou complementares com outros agentes, ou se a Agência é o ator mais adequado para agir acerca do problema. A verificação da competência legal da Agência Reguladora é imprescindível, de modo a direcionar sua ação em estrita conformidade com o princípio da legalidade, disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal. Há, na Nota Técnica n.º 10/2020/SCL/ANP-RJ, referência à Lei n.º 13.848/2019, que prevê expressamente a possibilidade de as agências reguladoras celebrarem TACs, e às cláusulas contratuais relativas a obrigação de conteúdo local. No entanto, parece-me que esse aspecto merece aprimoramento para que seja feita menção ao artigo art. 8º, caput, inciso I, da Lei n.º 9.478/97. Recomenda-se, ainda, oficial ao CNPE, em atenção ao art. 2º, incisos IX e X, da Lei 9.478/97, a fim de dar notícias da iniciativa objeto da minuta de resolução e, assim, minimizar risco de questionamento da competência da ANP para celebrar o TAC.

29. A análise técnica deve vir instruída, também, com a correta **definição dos objetivos** que a mudança regulatória promovida pretende alcançar. Deve-se verificar se os objetivos delineados estão em conformidade com as políticas públicas definidas para o setor, bem como se estão diretamente relacionados ao problema regulatório apresentado e se há proporcionalidade. Sem a definição dos objetivos, não é possível identificar as melhores alternativas de ação, nem as avaliar segundo sua adequação. Nesse sentido, não devem ser estabelecidos objetivos ou metas propositalmente restritas, que tenham como propósito estreitar as possibilidades de ação e direcionar a análise para a escolha de uma determinada ação previamente acertada.

30. Destaque-se que ao órgão de assessoramento jurídico é vedada a prestação de consultoria de matéria em tese, portanto é imprescindível que haja a definição dos objetivos pretendidos com a mudança regulatória, de modo a pautar a correta verificação da viabilidade legal por esta Procuradoria.

31. No presente caso, tem-se a impressão de que os objetivos constam de forma esparsa nas Notas Técnicas, **de modo que se recomenda compilá-los em seção específica, a fim de conferir maior transparência ao processo de regulação.**

32. Em seguida, deve a área técnica apresentar a **descrição das possíveis alternativas** para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação, além das soluções normativas, e, sempre que possível, opções não normativas. É o momento em que se identifica as diferentes possibilidades de se tratar o problema: a boa prática regulatória orienta que se evite a inclusão de alternativas claramente não viáveis ou ineficazes apenas para justificar a alternativa de inação ou ressaltar as vantagens de uma ação

já previamente preferida. **Esse aspecto requer atenção; recomenda-se supri-lo.**

33. A correta instrução do processo regulatório requer, também, a exposição dos **possíveis impactos das alternativas identificadas**. Ora, se é feita uma análise do impacto das medidas regulatórias, por óbvio, cada alternativa cogitada para resolver o problema deve ter seus possíveis impactos medidos. O objetivo central desse ponto é analisar se as alternativas identificadas são capazes de gerar benefícios e ganhos superiores aos seus custos e desvantagens, de modo a orientar a escolha dentre as diferentes possibilidades de ação. Com efeitos, apesar de relevante a análise, não se espera aqui a avaliação dos impactos das alternativas para enfrentamento do problema. **Espera-se que, apontadas alternativas - não regular, regular, e como regular -, fossem então avaliados os impactos de cada alternativa a fim de levar a escolhas mais conscientes, lastreadas nos impactos que cada uma delas teria o potencial de gerar. Não se identifica tal análise nas Notas Técnicas, o que se recomenda suprir.**

34. Uma vez escolhida a melhor das alternativas e ação, faz-se necessário que conste do processo regulatório a sua **estratégia de implementação**. Em caso de a ação pretendida envolver a criação de obrigações para terceiros, é preciso indicar **mecanismos de fiscalização** e coerção para que a medida pretendida seja eficaz, bem como a estratégia de **monitoramento dos resultados**. **A opção de regular já traz na própria minuta regras para fiscalização, de modo que se mostra atendido o requisito.**

DA MINUTA DE RESOLUÇÃO

35. Nessa segunda parte do parecer, analisa-se, sob o aspecto jurídico, a minuta da resolução.

36. Capítulo I - Disposições Preliminares:

Art. 1º e §1º: parece haver contradição entre as redações, quando o *caput* diz que o TAC é relativo à infração descumprimento de compromissos da cláusula de conteúdo local dos contratos, e o parágrafo estabelece que o TAC não implica o reconhecimento da infração por seus proponentes; ou seja, segundo a ANP, há infração, e segundo os agentes regulados, não.

Os TACs ou Compromissos destinam-se a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da LINDB). Segundo Saddy e Greco^[2] TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos". Destina-se, assim, a compensar os efeitos do descumprimento da obrigação contratual. No entanto, para a celebração do TAC, a condição é que o processo administrativo sancionador não tenha transitado em julgado, ou seja, que o crédito (no caso de aplicação de multa) não tenha sido definitivamente constituído, o que significa que não haveria, por hora, a caracterização definitiva da infração no âmbito da Administração. Desse modo, **para afastar a aparente contradição apontada e a fim de evitar dúvidas e interpretações conflitantes, sugere-se:**

Art. 1º (...) TAC, com visas a corrigir descumprimento de compromisso constante de cláusulas de conteúdo local (...)

§1º A propositura e a celebração de TAC não importam em confissão da Compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Art. 1º, §2º: prevê que o TAC terá valor de título executivo extrajudicial; previsão constante em lei - art. 32

da lei nº 13.848/2019 – e em linha ainda, como art. §2º, inciso III, alínea "e" do Decreto nº 9.830/2019, que também exige tal previsão no corpo do TAC. Não se vislumbra irregularidade, posto que não se está, por meio da resolução, conferindo natureza de título executivo extrajudicial ao TAC, mas apenas inserindo na resolução atributo dado por lei ao compromisso.

Art. 2º: pelas mesmas razões apontadas para a sugestão de redação para o *caput* e parágrafo 1º, **sugere-se a seguinte redação para esse artigo:**

Art. 2º São passíveis de compensação, por meio de celebração de TAC, as ~~infrações de os~~ descumprimentos dos compromissos de conteúdo local (...)

Art. 2, parágrafo único: pode-se dizer que a decisão condenatória no processo administrativo sancionador transita em julgado, tornando-se definitiva, ou que o crédito (decorrente da multa aplicada) foi definitivamente constituído. **Para tomar mais clara a redação do parágrafo, e não exatamente por haver ilegalidade, sugere-se a seguinte:**

Art. 2º

Parágrafo único: não é admitida a compensação por meio de TAC quando aplicada multa por decisão definitiva no processo administrativo sancionador que apurou a infração de descumprimento de compromissos de conteúdo local.

37. Capítulo II - Procedimentos para Celebração de TAC

Art. 3º §1º: a redação está de acordo com o apontado no parágrafo 38 do Parecer 01068/2019/PFANP /PGF/AGU.

Art. 3º §2º: questiona-se a referência a contratos de partilha de produção na resolução porque, provavelmente, não tiveram fase de exploração extintas ainda. A inclusão indevida desses contratos pode levar ao entendimento de que seria permitido o TAC futuramente para esses contratos ainda que a fase de exploração e etapas de desenvolvimento não se encontrem já encerradas.. **Recomenda-se avaliar e corrigir.**

Art. 4º parágrafo único: a referência a “bloco” justifica-se pelo fato de que os contratos assinados no passado conferiam o direito de exploração e produção em mais de um bloco, de modo que o TAC pode, se assim desejar o concessionário, englobar compromissos descumpridos de conteúdo local em mais de um bloco.

Art. 5º, inciso II: há impropriedade na redação, pois, como posto antes, não é o julgamento do recurso administrativo contra a decisão condenatória de primeira instância que impede a celebração do TAC, mas sim o trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso, tornando assim definitiva a condenação e constituindo definitivamente a multa aplicada. **Recomenda-se, então, a seguinte redação:**

II – o trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso administrativo contra a decisão de primeira instância que determine a aplicação da penalidade de multa.

Art. 5º parágrafo único: deve-se corrigir a parte final do parágrafo, pois **o pagamento, no estágio indicado (depois de julgado o recurso), deve tomar como base no valor da condenação e não o constante no auto infração** por que, em tese, é possível que sejam diferentes, quando os fatos e provas apresentadas no processo administrativo sancionador levarem ao recálculo da multa inicialmente considerada adequada quando da emissão do auto de infração.

Art. 6º, inciso II: incluir “administrativo” para que conste “processo administrativo sancionador” e assim manter padrão no texto da resolução.

Art. 6º, inciso III: em reunião com a equipe da SCL, foi esclarecido que o termo “proponente” inclui todos os concessionários em caso de consórcio, de modo que todos devem apresentar regularidade jurídica, fiscal e trabalhista, bem como capacidade econômico-financeira compatível com a execução dos compromissos.

Quanto aos parâmetros para avaliar a capacidade econômico-financeira, a SCL opinou diferente na Nota Técnica n 10/2020/SCL, contrariamente ao recomendado no parágrafo 13 do Parecer nº 01068/2019/PFANP /PGF/AGU:

10. No que diz respeito à qualificação econômico financeira, objeto da consulta feita no item 2.8, o Parecer nº 00859/2019/PFANP/PGF/AGU registrou que:

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.

(...)

13. O mesmo racional deve ser aplicado para a qualificação econômico financeira para fins de celebração do TAC: aplica-se as regras atuais, previstas no mais recente Edital aprovado pela ANP, que fora submetido a consulta e audiência pública. (Grifos nossos)

Entende a SCL que a capacidade econômico-financeira para fins de qualificar o proponente a celebrar o TAC tem fundamentos para diferir daquela exigida para manter a posição de concessionário/cessionário /contratante:

21. (...) 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.

Pois bem. As empresas detentoras de direito de exploração e produção de hidrocarbonetos devem manter a qualificação econômico-financeira durante toda a vigência do contrato assinado. Não há discussão quanto a esse aspecto. A consequência é que a empresa com contrato vigente que proponha TAC deve comprovar que

atende a regulação nesse ponto até porque, se não o faz, sujeita-se às consequências contratuais por descumprimento de obrigação contratual, o que pode, inclusive, levar à extinção do contrato assinado. O concessionário de um campo terrestre deve possuir capacidade econômico financeira para atuar nesse ambiente, assim como o concessionário de um campo marítimo; em se tratando de um mesmo concessionário, que detenha áreas em ambientes terrestre e marítimo, espera-se que quem tem o mais (para atuar no ambiente marítimo), terá, obviamente, o menos (capacidade para atuar no ambiente terrestre). E aí não importa qual atividade/compensação realizará para cumprir o objeto do TAC para fins de avaliar sua capacidade econômica financeira. Se um agente que atua em campos terrestres se propõe a realizar atividades mais robustas do que as que realiza normalmente, a SCL vai avaliar sua capacidade de cumprimento do TAC ao avaliar a proposta concreta.

O que parece relevante, nesse aspecto, é que a SCL deixou de prever a necessidade que o operador ou ao menos um dos consorciados detenha ao menos um contrato de exploração e produção vigente no Brasil, “seguindo orientação da PRG expressa no Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU”.

Primeiro, observa-se que apesar do entendimento posto no citado Parecer, o Despacho nº 02010/2019/PFANP/PGF/AGU, que o aprovou com ressalvas, entendeu que “não parece de todo irrazoável a exigência se a sua finalidade for a de existir uma garantia a mais para o cumprimento das exigências. De qualquer sorte, considero que tal avaliação extrapola em muito o âmbito de análise desta Procuradoria, ainda que a título de sugestão, por isso recomendo a ressalva”. Nesse aspecto, a Procuradora Federal que subscreve o presente parecer ratifica o entendimento posto no Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, mas recomenda, considerando o despacho mencionado, sejam apresentadas motivações para a escolha realizada de permitir a celebração de TAC mesmo quanto o proponente não detenha contrato de exploração e produção em vigor, especialmente no que concerne à possibilidade de que tal exigência configure – ou não – “garantia a mais para o cumprimento das exigências”.

Retornando-se ao ponto da capacidade econômico-financeira, é inegável que, ao menos para os casos em que a proposição e celebração de TAC for permitida por aqueles que não detêm contrato de exploração e produção em vigor, a situação é diferente, como entende a SCL, e a compatibilidade entre a capacidade econômico-financeira e os compromissos propostos poderia ser o parâmetro. **Falta, porém, apontar os elementos que balizarão essa validação de tal capacidade, o que se recomenda consta na resolução.**

Art. 7º: como recomendado para o art. 6º, inciso II, **utilizar a expressão “processo administrativo sancionador”** no *caput*, mantendo o padrão, como consta no parágrafo único.

Art. 8º: o artigo está alinhado com o art. 26, §1º, inciso IV da LINDB. Quanto ao prazo de cento e vinte dias estabelecido pela SCL, **recomenda-se, apenas, motivar sua razoabilidade.**

Art. 8º, inciso II: não consta da minuta a definição de "agente responsável", mas como esclarecido na Nota Técnica, não se exige que seja o operador do contrato de exploração e produção assinado. A SCL registra que "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".

O termo "operador" não se encontra previsto na Lei nº 9.478/97, mas consta na Lei nº 12.351/2010. Vejamos a definição legal e contratual do termo no mais recente modelo de contrato de concessão aprovado para a 16ª

Rodada de Licitações:

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

(...)

VI - operador: o responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção; (Grifos nossos)

1.2.26. Operador: Concessionário designado, na forma do Anexo VII, para conduzir e executar todas as Operações previstas neste Contrato em nome dos Concessionários.

(...)

14.2. O Operador é designado pelo Concessionário para, em seu nome:

- a) conduzir e executar as Operações previstas neste Contrato;
- b) submeter planos, programas, garantias, propostas e comunicações à ANP;
- c) receber respostas, solicitações, propostas e outras comunicações da ANP.

Nota-se que o operador fica responsável pelas atividades relacionadas ao objeto principal do contrato de concessão, ou seja, atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações. Já o agente responsável do TAC ficará responsável pelos investimentos como compensação à multa que seria ou foi aplicada (quando há houve decisão de primeira instância) ante o descumprimento da obrigação contratual de investimento mínimo em conteúdo local, ou seja, não exatamente pela execução do objeto do contrato de exploração e produção. Por isso, não haveria impedimento legal para que o agente responsável não fosse a mesma pessoa jurídica que o operador. Acrescente-se que o fato de indicar outro que não o operador para ser agente responsável não viola a necessidade de manifestação e anuência de todos os membros do consórcio, para a solicitação, proposição e principalmente celebração do TAC.

Art. 9º, parágrafo único: aqui **há erro material, devendo constar parágrafo 1º**.

Art. 9º, §2º: quanto à análise final, **recomenda-se**, para maior segurança e observância pela Administração, **deixar expreso na resolução a obrigatoriedade de manifestação técnica quanto aos requisitos previstos no Decreto nº 9.830/2019, art. 10, incisos II e III; §2º, inciso I: (i) presença de razões de relevante interesse geral; (ii) avaliação da solução proposta: se é proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; e (iii) necessidade ou não de realização de audiência pública para justificar a celebração do TAC. Tudo isso deve ser considerado quando da avaliação da proposta no caso concreto.**

Além disso, **incluir o adjetivo conclusivo após parecer técnico: “parecer técnico conclusivo”**, como denomina o art. Decreto nº 9.830/2019, art. 10, §4º, inciso I.

A fim de dar cumprimento ao art. 26, *caput*, da LINDB e ao art. 10, §4º, inciso II, do Decreto nº 9.830/2019, **impõe-se, ainda, inserir na minuta a previsão de que, após o parecer técnico conclusivo, haverá manifestação da Procuradoria Geral junto à ANP.**

Art. 10 parágrafo único: a exigência expressa de motivação no parágrafo único pode levar à conclusão e que apenas a decisão de aprovação com condicionantes depende de motivação quando, na verdade, a motivação deve estar presente nas decisões administrativas, de forma geral, em atenção a uma série de leis: art. 2º, *caput*, 38 §1º, 5 inciso I e II §1º, da Lei 9.784/99; art. 20 do Decreto-lei 4.657/1942; art. 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019.

Desse modo, **se objetivo da SCL for especificar o que deve constar na motivação da decisão de aprovação mediante condicionante, recomenda-se inserir os elementos no inciso II do art. 10; não sendo esse o objetivo, as leis citadas são suficientes, nada impedindo que seja inserido no caput que a motivação é obrigatória.**

Art. 11, inciso I: inserir anuentes para constar a seguinte redação:

“TAC assinado eletronicamente por todos os proponentes e anuentes, por meio de certificado digital (...)”

Art. 12, inciso I: inserir anuentes para constar a seguinte redação:

“assinado eletronicamente por todo os proponentes e anuentes, por meio de certificado digital (...)”.

Art. 13: a regra está perfeitamente adequada à do art. 32 §1º da Lei nº 13.848/2019, segundo o qual, 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. Sendo assim, e como exposto no Despacho 01476/2019/PFANP/PGF/AGU, está claro que haverá a suspensão do processo que aplicou a multa e retomada em caso de descumprimento do TAC:

(...) 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 acréscimo. (Grifos nossos)

38. Capítulo III - Compromissos

Art. 14: o capítulo trata das compensações, do coração do TAC, dos compromissos a serem firmados. Como será posto ao final e justificado, para melhor compreensão da minuta, recomenda-se inserir definições. No art. 14, carecem de definição as expressões “pagamento pecuniário contingente” e “pagamento pecuniário adicional”.

Art. 15: os incisos descrevem as espécies de aquisições que podem ser objeto do TAC. Sobre o tema, o Parecer nº 00859/2019/PFANP/PGF/AGU registrou que:

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, [...], 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 norma

Vejamos. A Nota Técnica nº 10/2020/SCL/ANP-RJ assim motiva as possibilidades de aquisições descritas nos incisos:

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.(Grifos nossos)

O primeiro aspecto que se registra é o fato de que não há no âmbito na ANP atualmente balizas para a celebração de TACs, tanto que está sendo necessária a construção da presente regulação, específica para o caso de descumprimento de obrigações de conteúdo local. Segundo, cabe registrar que definir a obrigação que substituirá aquela descumprida, ou seja, a compensação, não é tarefa simples, posto que se irrazoável e desproporcional, pode gerar questionamentos por órgãos de controle, pelos que não forem contemplados pela possibilidade de solucionar suas pendências pela via do TAC e, inclusive, o risco de responsabilização dos agentes públicos que analisam e aprovaram o acordo. A fim de mitigar tais riscos, o compromisso deve buscar, ao máximo, aderência às regras postas e, pelo menos num primeiro momento, como é a situação atual, inovadora para a ANP, não ampliar em demasiado as possibilidades de compensação. Neste ponto, parece-me que a SCL foi cuidadosa.

Com efeito, nota-se que os compromissos a serem assumidos são no sentido de dar cumprimento à política pública do conteúdo local: propõe-se que os agentes econômicos se comprometam a investir mais do que investem atualmente por força de obrigações constantes dos contratos com fases de exploração e etapas de desenvolvimento não encerradas, o que em tese busca induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços em prol do desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimentos (art. 2º, incisos IX e X da Lei n] 9478/97).

Além disso, mediante análise das consequências práticas, a SCL entendeu por bem afastar algumas hipóteses de compromissos, como a aquisição de bens e serviços em excedente a obrigações contratuais vigentes, porque verificou que isso dificultaria, pois retardaria, a fiscalização do cumprimento do TAC, uma vez que os excedentes só poderiam ser apurados ao final da Fase de Exploração, ou da Etapa ou Módulo de

Desenvolvimento, ou seja, depois de fiscalizar o cumprimento da obrigação regular, é que se poderia fiscalizar o cumprimento do TAC.

Da mesma forma, considerando que os contratos da Rodada Zero não têm obrigação de conteúdo local, não haveria excedente, e considerar todas as aquisições como conteúdo local acarretaria certo favorecimento para a empresa detentora desses contratos. A solução sugerida pela SCL - considerar o excedente aos limites vigentes para investimento em conteúdo local instituídos pelo CNPE quanto da celebração do TAC - parece razoável por ser um parâmetro objetivo e atual.

De qualquer forma, cada proposta de TAC, cada caso concreto - o volume de obrigações descumprida e a proposta de aquisição realizada - deve ser analisado considerando a presença de razões de relevante interesse geral e a avaliação da solução proposta: se é proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; tudo como posto acima e recomendado fosse inserido na redação do art. 9º.

Em suma, como regra geral, não se vislumbra óbices aos compromissos inseridos na resolução, mas no caso concreto, cada proposta deve ser cuidadosamente avaliada pela SCL. Por hora, é o que se tem a colocar. Depois de recebidas as sugestões da consulta e audiência públicas, pode-se vislumbrar aspectos jurídicos que mereçam análise.

Art. 16: o artigo trata do volume de investimento em relação ao valor da multa. Sobre esse aspecto, registre-se, primeiro, as manifestações da Procuradoria Federal no PARECER n. 01068/2019/PFANP/PGF/AGU e no Despacho n.º 02010/2019/PFANP/PGF/AGU, que o aprovou com ressalvas, respectivamente:

PARECER n. 01068/2019/PFANP/PGF/AGU

21. Sobre o valor do investimento no TAC, resgata-se a colocação posta no Parecer nº00859/2019/PFANP/PGF/AGU, bem como no Despacho nº 01476/2019/PFANP/PGF/AGU que o aprovou:

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. 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.

22. A avaliação quanto ao valor do TAC/compromisso é, repita-se, eminentemente técnica, cabendo, no entanto, robusta motivação pela Administração, nesse aspecto em especial e, aí, recomenda-se melhoria. 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.

Despacho n.º 02010/2019/PFANP/PGF/AGU

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 cumpri-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.

A SCL optou por manter a relação 1:1 (multa:investimento/compensação no TAC), sob a seguinte justificativa na Nota Técnica nº 10/2020/SCL/ANP de que:

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.

(...)

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 exhaustivamente 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. [...] 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.

(...)

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.

Como dito, a escolha não tem condão eminentemente jurídico, a não ser no que diz respeito à necessidade de restar devidamente avaliada e motivada pela SCL solução proposta, a fim de verificar se é proporcional,

equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, como exige o art. 10, §2º, inciso I do Decreto nº 9.830/2019. Dentro dos limites para a análise jurídica, a Nota Técnica parece atender o previsto na lei, sem prejuízo de reanálise do tema após consulta e audiência públicas.

No que diz respeito à exigência de pagamento pecuniário obrigatório, pagamento pecuniário adicional e pagamento pecuniário contingente, não se vislumbra vedação legal, e parece haver motivação suficiente nos parágrafos 28 a 33 da Nota Técnica nº 10/2020/SCL/ANP pelo menos até o presente estágio do processo de regulação, sem prejuízo de reanálise a depender das manifestações vindas da consulta e audiência públicas. De qualquer forma, **recomenda-se, como será reforçado ao final, criar capítulo com definições para essas e outras expressões.**

Art. 16, § 7º: trata da atualização dos valores nominais do compromisso. A Nota Técnica não justifica a aplicação do IGP-DI.

Nota-se que os modelos de contratos e concessão até a 12ª Rodada de Licitações não estabeleciam atualização para a multa por descumprimento da obrigação de conteúdo local; a partir da 13ª e 14ª Rodadas de Licitações, passaram a trazer a seguinte regra, respectivamente:

20.24 O valor da multa deverá sofrer atualização pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M) até a data em que realizado o efetivo o pagamento.

20.14.O valor da multa será atualizado pelo Índice Geral de Preços –Disponibilidade Interna (IGP-DI) até a data em que realizado o efetivo o pagamento.

Merece atenção a característica contratual da multa por descumprimento de obrigação contratual que se está a tratar, bem como o fato de que a forma de calculá-la consta em fórmula a descrita no próprio contrato de exploração e produção; a dosimetria consta no próprio contrato. A título de exemplo, e de forma geral, os modelos de contratos de concessão acima referidos estabelecem que, caso o compromisso de investimento em conteúdo local seja descumprido, aplica-se sobre o valor monetário descumprido um percentual (que varia conforme o percentual descumprido) e chega-se ao valor da multa. Tanto o valor monetário do descumprimento quanto o valor da multa são atualizados e a multa constante do auto de infração apresenta valor fixo, diferente das infrações legais, vêm descritas no auto de infração, mas cujo valor da multa depende de dosimetria e vem fixada na decisão administrativa de primeira instância. Desse modo, não se verifica óbices à redação do parágrafo 7º do art. 16 quando determina a atualização do valor da multa desde a lavratura do auto de infração.

No entanto, aplicar o IGP-DI a partir da decisão de primeira instância, como prevê o parágrafo 7º, vai de encontro ao art. 61 da Lei nº 9.430/96, aplicado por força do art. 37-A da Lei nº 10.522/2002. É que a partir desse momento, o valor da multa é o resultante da aplicação da Taxa SELIC^[2]:

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. ([Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998](#)) ([Vide Lei nº 9.716, de 1998](#))

Art. 37-A. Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais.

Ratifica-se, destarte, o apontado no Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, parágrafos 24 a 28, mas com as alterações sublinhadas conforme transcrito a seguir e que vão ao encontro do entendimento jurídico posto nos parágrafos anteriores.

28. Sendo assim, **se a manifestação de interesse por celebrar o TAC ocorrer antes da decisão de primeira instância, não se vislumbra óbices em aplicar o IGP-DI. Depois, cabe aplicar o art. 61 da Lei 9.430/96, conforme posto acima, e, uma vez celebrado o TAC, não se vislumbra óbices à aplicação do IGP-DI, na forma dos contratos, ao valor consolidado. Lembra-se que, em caso de descumprimento do TAC o processo administrativo sancionador original volta a tramitar, e todos os valores originários/valor da multa submetem-se à regra do art. 61 da Lei nº 9.430/96, aplicando-se, então, apenas a Taxa SELIC, como se não houvesse sido celebrado TAC.**

Impõe-se adequar a redação do art. 16, parágrafo 7º, então.

Art. 17: prevê a aplicação dos índices de atualização IGP-DI ao valor dos investimentos objeto TAC, o que está em linha com as previsões dos contratos de concessão, a exemplo da minuta para a 16ª Rodada de Concessão, de modo que se mantém a regra:

19.6. Para a determinação do Conteúdo Local, os valores monetários correspondentes às contratações de bens e serviços serão atualizados para o mês e ano em que se efetivar a verificação do cumprimento do disposto nesta cláusula, utilizando-se o IGP-DI ou outro índice que venha a substituí-lo.

39. Capítulo IV - Execução, Demonstração e Comprovação

O capítulo trata das regras para dar cumprimento à obrigação de conteúdo local, o que inclui a necessidade de certificação do percentual de conteúdo local, agora para fins de dar cumprimento ao TAC. Por hora, não se verifica óbices jurídicos, reservando-se o direito de reanálise após consulta e audiência públicas.

40. Capítulo V - Fiscalização

A inclusão do capítulo na resolução está em linha com o disposto no art. 10, §2º, inciso III do Decreto nº 9.830/2019, pois prevê a forma de fiscalização do TAC.

Art. 30: trata da responsabilidade pelo cumprimento do TAC em caso de cessão direito. O entendimento jurídico sobre o tema mostrou-se divergente, como se pode notar no parágrafo 47 e 48 do Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU e no parágrafo 8 do Despacho n. 01476/2019/PFANP/PGF/AG, divergência que ainda não foi dirimida pelo Procurador Geral da ANP no Despacho nº 02159/2019/PFANP/PGF/AG, de acordo com o qual "a análise jurídica [do parecer e do despacho] fica em grande parte prejudicada enquanto não estiver totalmente delineado e fundamentado os termos do acordo que se pretende. Somente nesse momento se poderá verificar a aderência do acordo ao disposto no § 1º, do art. 26 da LINDB. Portanto, reserva-se a aprovação jurídica definitiva para essa etapa do processo".

47. Não se vislumbra possibilidade ou utilidade de vedar ou condicionar a Cessão de Direitos para além do que prevê a Resolução nº 785/2019, assim como não se identifica a possibilidade de transferir para o cessionário a obrigação assumida pelo cedente ao celebrar o TAC, até porque, em caso de descumprimento, a multa originária objeto do processo administrativo suspenso poderá ser cobrada e, aí, de forma solidária, conforme estabelece a regulação acima citada

48. Compete, então, ao novo entrante - cessionário - a análise da pendência de compromisso de TAC durante o procedimento de *due diligence* para aquisição do ativo

8. No parágrafo 47, à semelhança do parágrafo 9 citado acima, entendemos que pode haver sim razoabilidade na restrição à cessão de contratos que tenham obrigações ainda a serem cumpridas, salvo aderência do cessionário à responsabilidade solidária, como um elemento adicional de garantia do cumprimento do que foi compromissado, motivo pelo qual fazemos igual ressalva.

Sobre o tema, a Procuradora Federal que subscreve o presente parecer ratifica o entendimento posto no Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AG, acrescentando que a limitação para cessão de direitos pode reduzir a atratividade do TAC, enquanto que permiti-la não se configura irrazoável ou desproporcional, pois em caso de descumprimento do TAC, o processo administrativo sancionador volta a fluir para cobrança da multa originária, uma vez concluído o processo administrativo sancionador, sendo possível cobrá-la tanto do cedente quanto do cessionário (nesse caso, mediante o devido processo legal), conforme estatuído na Resolução ANP nº 785/2019, art. 8º e 26:

Art. 8º A transferência, total ou parcial, da titularidade de direitos e obrigações decorrentes do contrato de E&P objeto da cessão incidirá sobre a participação da cedente no respectivo contrato, sem prejuízo da responsabilidade solidária entre cedente e cessionária pelas obrigações perante a ANP e a União.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária a que se refere o caput abrange:

I - as obrigações constituídas em data anterior à transferência; e

II - as obrigações decorrentes de atividades realizadas em data anterior à transferência, ainda que constituídas somente em momento posterior.

Art. 26. A transferência da titularidade do contrato de E&P decorrente da execução da garantia caracteriza-se como cessão prevista no art. 3º e dependerá de prévia e expressa autorização da ANP ou da União, e deverá submeter-se ao processo de cessão previsto nesta Resolução.

§ 1º A transferência da titularidade do contrato prevista no caput não terá eficácia perante a ANP ou a União e não alterará a responsabilidade da devedora por todas as obrigações do contrato de E&P até o início da eficácia do termo aditivo previsto no art. 42.**Art. 34:** recomenda-se inserir a

expressão "mediante devido processo legal" após "constatado".

Art. 30, §3º: sugere-se substituir "resolvido o recurso" por "julgado o recurso".

Art. 36: recomenda-se inserir a expressão "mediante devido processo legal" após "constatado".

41. Capítulo VI - Consequências do Descumprimento

Art. 37, inciso I: recomenda-se deixar clara a natureza da cobrança descrita no inciso, que é de sanção/multa pelo descumprimento do TAC; sugere-se, para tanto, a seguinte redação:

I - execução do valor não cumprido constante do atestado de descumprimento do TAC, a título de sanção pecuniária, atualizado pelo IGP-DI ou outro índice que venha a substituído, até o momento de eventual inscrição em Dívida Ativa, quando passa a incidir o índice legal. A inserção deixa expresso o cumprimento do art. 26, inciso IV da LINDB.

Recomenda-se também deixar clara a incidência juros e multa de mora, na forma do art. 37-A da Lei nº 10.522/2002:

Sobre a multa/sanção por descumprimento do TAC vencida e não paga serão acrescidos juros e multa de mora, calculadas nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais, conforme previsto no art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Art. 38: vai na linha das recomendações da Procuradoria Federal junto à ANP, como posto no Despacho n. 01476/2019/PFANP/PGF/AG e no Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU, como mostram as citações respectivas:

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.

39. A natureza de título executivo extrajudicial do compromisso e seu efeito suspensivo - este tratado mais adiante - estão expressos no art. 32 da Lei nº 18.484/2019, bem como art. 10 do Decreto nº 9.830/2019, de modo que não há espaço para negociação ou mesmo regulação em sentido diverso.

No que toca à situação de cessão de direitos, pelos fundamentos apontados no comentário ao art. 30, **recomenda-se revisar a redação seja para colocar ponto final após "retomado", deixando assim incidir sobre o tema a regulação específica - Resolução ANP nº 785/2019 -, seja para substituir "será respondido pelos cessionários" por "observando-se a regulação específica" ou algo semelhante.**

Art. 39: atende recomendação da Procuradoria também posta nos parágrafos 40 a 44 do Parecer nº 01068/2019/PFANP/PGF/AGU.

Art. 40, §2º: o artigo contém mais um incentivo para celebração precoce do TAC - isenção do pagamento pecuniário obrigatório quando o TAC é solicitado durante os 120 dias de suspensão dos processos sancionatórios a partir da publicação da resolução -, sob a justificativa de "desincentivar o comportamento protelatório". Avaliar a atratividade para celebrar o TAC e interesse público envolvido não chegam a ser

questões jurídicas; tais análises devem constar da manifestação técnica que avalia as propostas, e aí está o requisito legal. No entanto, **questiona-se se mais esse incentivo não seria demasiado, considerando a possibilidade de pagamento pecuniário contingente como opção pelo não descumprimento do TAC.**

Registra-se que quanto aos artigos não mencionados ou analisados sob o aspecto jurídico neste parecer, não se verificou, no presente momento, óbices jurídicos; resguarda-se, no entanto, a possibilidade de nova análise, depois de recebidas as sugestões da consulta e audiência públicas e realizada a análise técnica.

42. Anexo - Minuta do TAC

Inicialmente, salienta-se que **as sugestões e recomendações acima devem ser refletidas na minuta do termo anexo.**

Como regra geral, a minuta do TAC deve observar o art. 26, §1º da LINDB e o art. 10, §2º, inciso III do Decreto nº 9.830/2019, de modo que deve prever:

- a) as obrigações das partes, com clareza, conforme consta na cláusula primeira e segunda;
- b) o prazo para seu cumprimento, que será descrito, conforme prevê o item 2.1 da cláusula segunda;
- c) o modo de cumprimento; conforme consta na cláusula segunda;
- d) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento, conforme cláusula quarta;
- e) a forma de fiscalização quanto a sua observância, conforme cláusula terceira;
- f) fundamentos de fato e de direito;
- g) eficácia de título executivo extrajudicial.

Levando-se em conta a legislação atual, pode-se dizer que são essas as cláusulas essenciais do TAC, sem impedimento de que sejam incluídas outras que a SCL entenda necessárias ou que esta Procuradoria Federal recomende, assim como fez a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no art. 11^[3] da Resolução nº 5823, de 12 de junho de 2018, o qual sugerimos consultar.

No presente momento, considerando os termos da minuta anexa, **recomenda-se complementar com os fundamentos de fato e de direito, a previsão de que o TAC terá eficácia de título executivo extrajudicial.** Ressalva-se a possibilidade de nova análise jurídica depois de oferecidas e analisadas pela SCL as sugestões durante a consulta e a audiência públicas.

43. **Recomenda-se, ainda, inserir definições de termos essenciais para a compreensão das regras do TAC,** como por exemplo, mas não apenas, definir “pagamento pecuniário contingente”, “pagamento pecuniário adicional”, “pagamento pecuniário obrigatório”, “agente responsável”; “valor de referência do TAC”, “valor nominal do compromisso”, “parcela nacional” e “parcela estrangeira”. Em alguns casos, pode-se extrair a definição em meio à norma, mas em outros a Procuradoria Federal que subscreve o presente parecer teve que recorrer à Nota Técnica nº 10/2020/SCL/ANP para compreender a regra. As resoluções editadas pela ANP trazem, na maioria das vezes, artigo contendo definições, de modo que o agente regulado já está acostumado a elas. O risco de haver contradição entre a definição e resoluções já publicadas sempre

existe, mas deve ser mitigado ao máximo pelos agentes públicos envolvidos na construção da norma; isso, no entanto, não desencoraja inserir definições na minuta da resolução proposta se permite gerar clareza e segurança ao texto.

44. Por fim, **sugere-se avaliar a inclusão de previsões sobre:**

- a) necessidade de elaborar ata de reuniões presenciais a ser assinada por todos os presentes em reuniões realizadas, a qual deve ser juntada ao processo que tem por objeto cada TAC, além de se observar as regras específicas acerca de reuniões com particulares;
- b) publicação da relação de TAC em vigor e da versão pública de cada TACs celebrados na página específica no sítio eletrônico na Internet da ANP, para fins de consulta;
- c) a necessidade de renúncia à pretensão caso haja ação judicial relativa aos processos sancionatórios sobre os quais se trata o TAC;
- d) a necessidade de prestação de garantias pelo agente regulado, como inclusive sugerido no Despacho n. 02010/2019/PFANP/PGF/AGU.

DA AUTORIZAÇÃO DA AGU PARA CELEBRAÇÃO DO TAC

45. É entendimento da Advocacia Geral da União (AGU) que "não há distinção entre o TAC da Lei nº 7.347/1985 e o TAC a que se refere o art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997, consoante se infere do **Parecer nº 030/2011/Decor-CGU/AGU**", assim como se verifica a "indispensabilidade da intervenção da AGU na celebração de TAC's, pois *“as disposições legais e procedimentais não fazem qualquer distinção se a Administração Pública Federal está firmando Termo de Ajustamento de Conduta como comprometente, ou como compromissária”*, tudo como posto no Parecer nº 056/2018/Decor-CGU/AGU (26/07/2018), exarado no processo 00407.007554/2011-26, que, dentre outras conclusões, afirmou que:

4- Orientando-se o TAC do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1965 (LACP) à prevenção e encerramento de litígios, finalidade homóloga à do art. 1º da Lei nº 9.469/1997, essa sua potencial vinculação instrumental os sujeita ambos a homogênea orientação hermenêutica, permitindo que a exegese do art. 4º-A da lei por último referida coordene-se com a de seus art. 1º e 2º, que via delegação admitem excluir da apreciação do Advogado-Geral da União - dentre outros - os autorizativos de ajustes terminativos não excedentes do teto regulamentar;

5- Consoante precedentes do Decor/CGU, para os estritos fins de submissão de termos de ajustamento de conduta à decisão do Advogado-Geral da União, em inexistindo disposição diversa referentemente a órgão ou entidade específico, a legislação não diferencia situações em que a Administração Pública os celebre na condição de comprometente ou de compromissária, sem prejuízo de outras autoridades manifestarem-se sobre sua conveniência e oportunidade.

(...)

7- A prerrogativa do art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997 para decisão sobre celebração de termos de ajustamento de conduta em que órgãos ou entes públicos federais figurem meramente como comprometentes ou reciprocamente como compromissários e comprometentes pode ser objeto de delegação administrativa, solução admitida como regra geral, tanto pela Lei nº 9.784, de

29/01/1999, quanto pelo Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967, e regulamentada com ampla flexibilidade pelo Decreto nº 83.397, de 06/09/1979.

46. O Parecer nº 56/2018/Decor-CGU/AGU foi aprovado pelo Despacho n. 199/2019/DECOR/CGU/AGU, do Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, pelo Despacho n. 419/2019/GAB/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União, e pelo Despacho do Advogado-Geral da União nº 293, de 3.6.2019.

47. Com efeito, a necessidade de aprovação do TAC pelo Advogado Geral da União decorre da redação do parágrafo único do art. 4º-A, inserido na Lei nº 9.469/97 pela Lei nº 12.249/2010, *in verbis*:

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;

- 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.** (Grifos nossos)

48. Em atenção à citada lei, os parágrafos 5º e 6º no art. 10 do Decreto nº9.830/2019 devem ser observados:

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:

(...)

§ 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](#).

49. Comunicada do entendimento da AGU, a PGF avaliou seus os efeitos, conforme consta no PARECER n. 00025/2019/DEPCONSUS/PGF/AGU, tendo concluído que:

13. No âmbito desta Procuradoria-Geral Federal, o advento do Parecer n. 56/2018 /DECOR-CGU/AGU tornou necessária a imediata revogação do citado inciso I do parágrafo primeiro do art. 1º da Portaria PGF n. 201, de 28 de março de 2013, o qual dispõe que os procedimentos regulados pela portaria "não se aplicam aos Termos de Ajustamento de Conduta em que as autarquias e fundações públicas federais figurem apenas como compromitentes ou quando assumirem compromissos tomados por órgãos da administração direta federal ou por outras autarquias e fundações públicas federais, que poderão ser celebrados independente de prévia autorização do Advogado-Geral da União". Assim, enquanto não efetivada a mencionada uniformização normativa entre os órgãos de direção da AGU, é premente esse ajuste na Portaria PGF n. 201/2013, para oferecer a segurança jurídica necessária aos entes da administração pública indireta para a atuação nos procedimentos referentes aos termos de ajustamento de conduta. Por isso, uma vez realizada a revogação desse dispositivo específico, deverá a PGF dar ampla publicidade ao fato e orientar seus diversos órgãos de execução a aplicar os procedimentos previstos na Portaria PGF n. 201/2013 para a solicitação de autorização ao Advogado-Geral da União para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta também nas hipóteses em que as autarquias e fundações públicas federais figurem apenas como compromitentes ou quando assumirem compromissos tomados por órgãos da administração direta federal ou por outras autarquias e fundações públicas federais.
(Grifos nossos)

50. Seguiu-se, então, a revogação, pela Portaria PGF 640/2019, do inciso I do parágrafo 1º do art. 1º da Portaria PGF nº 201/2013, que "estabelece os procedimentos para a solicitação de autorização para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, judicial ou extrajudicial, em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como parte", ou seja, como compromitente ou como compromissária, bem como a inserção do artigo 1º-A e alteração da redação dos artigos 1º, 3º e 4º, pela Portaria PGF 24, de 17/01/2020:

Art. 1º-A A competência para autorizar a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, judicial ou extrajudicial, em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como tomadoras do compromisso (compromitentes), fica subdelegada aos Procuradores Chefes das Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas.

(...)

Art. 3º O pedido de autorização para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta deverá ser instruído com os seguintes documentos e informações:

(...)

Art. 4º Firmado o Termo de Ajustamento de Conduta, a Procuradoria Federal, especializada ou não, junto à autarquia ou fundação pública federal deverá comunicar o fato ao Departamento de Consultoria, se extrajudicial, ou ao Departamento de Contencioso, se judicial

51. No âmbito da ANP, em Despacho nº 00532/2020/PFANP/PGF/AGU prolatado pelo Procurador Geral da PF/ANP no processo nº 48610.015014/2017-22, que aprovou em parte o Parecer nº 00057/2020/PFANP /PGF/AGU, considerou suficiente a oitiva do órgão jurídico para fins de celebração de Termo de Compromisso (que o despacho distingue de TAC), sem necessidade da aprovação pelo Procurador Geral da ANP, nos termos do art. 26 da LINDB:

Aprovo, em parte, o PARECER n. 00057/2020/PFANP/PGF/AGU, pelas razões a seguir

expostas.

(...)

Por outro lado, deixo de aprovar o parecer no que toca aos itens 24 e 25, que condicionam à celebração do acordo à autorização do Procurador-Geral. Com relação a esse ponto, importante observar que o art. 26 da LINDB apenas exige "a oitiva do órgão jurídico". Ademais, a consensualidade, e os acordos a ela inerentes, é característica intrínseca da função reguladora.

Com efeito, a regulação surge naquelas áreas sensíveis nas quais a intervenção leve substitui de forma preferencial as intervenções diretas do Estado em áreas econômicas e, em alguns casos, também sociais. O Estado, incapaz de atender diretamente os anseios da sociedade moderna, principalmente em setores complexos, que envolvem vultosos investimentos e rápida evolução tecnológica, passa de órgão executor para órgão regulador, admitindo que a cooperação com a sociedade, por meio de instrumentos negociais e consensuais, é a forma mais eficiente de alocação de recursos e de prestação de serviços essenciais ao cidadão.

(...)

Dessa forma, **sendo as ferramentas da consensualidade inerentes à regulação, não poderia a utilização delas depender do aval de um representante de outro ente público, sob pena de violação à autonomia e independência técnica da agência. Por tal razão, entendo descabida a autorização indicada na Portaria AGU n. 012, de 16 de janeiro de 2020 (D.O.U, 17/01/2020).**

Por fim, **ressalto que o tema está sendo debatido no processo 00407.020726/2019-12. Sendo assim, independente da presente manifestação, o que restar definido lá deverá ser adotado pela Procuradoria Federal junto à ANP.** Quando do retorno deste processo à Procuradoria, provavelmente já se terá uma definição sobre o tema.” (grifos nossos)

52. O Despacho 00538/2020/PFANP/PGF/AGU, exarado pelo Procurador Geral da PF/ANP nos autos do processo nº 00407.020726/2019-12, prelecionou o seguinte:

De outra monta, seria importante o DEPCONSU delimitar o uso do termo Termo de Ajustamento de Conduta, adotando um conceito estrito. Há diversos tipos de acordo celebrados pela Administração. Ademais, ajustar ou moldar condutas, faz parte da atividade finalística das agências, podendo esse ajuste ocorrer por diversas formas, termos, resoluções, contratos, etc.

(...)

Como não há na lei nenhuma definição precisa da expressão Termo de Ajustamento de Conduta, bem como pelo fato de sua base ser principalmente o § 6º, do art. 5º da Lei nº 7.347/85, parece que **o melhor seria reservar esse termo para aqueles casos onde haja ação civil pública. Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma apontam que o nome “Termo de Ajustamento de Conduta – TAC” ficaria adstrito ao âmbito da ação civil pública em fase de inquérito ou após o ajuizamento enquanto o termo de compromisso abarcaria todas as outras hipóteses previstas no art. 26 da LINDB, com redação da Lei 13.655/2018: (...)**” (grifos nossos)

53. Recentemente, o Despacho n. 00734/2020/PFANP/PGF/AGU, que aprovou o Parecer nº 00119/2020

/PFANP/PGF/AGU, também no processo nº 48610.015014/2017-22, considerou mais uma vez o tema da necessidade ou não da aprovação do TAC pelo Procurador Geral Federal:

No que tange à controvérsia sobre a interpretação e aplicação da Portaria AGU n. 012, de 16 de janeiro de 2020, verifica-se que ainda não houve manifestação do DEPCONSU no processo 00407.020726/2019-12. Esta portaria, que alterou a Portaria PGF nº 201, de 28 de março de 2013, e incluiu o art. 1-A, delegou ao Procurador-Chefe a competência para autorizar a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, judicial ou extrajudicial, em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como tomadoras do compromisso (compromitentes).

Embora o presente caso se trate de termo de compromisso, fica a dúvida a respeito da aplicação ou não do citado dispositivo, haja vista a dificuldade de se diferenciar os instrumentos legais utilizados para a realização de acordos. Dessa forma, a fim de se garantir a higidez do presente processo e do acordo a ser celebrado, fica o presente despacho de aprovação válido como ato autorizativo da celebração do termo de compromisso, observadas as recomendações expostas no parecer que ora se aprova.

54. Por todo o exposto, **verifica-se que, por força das manifestações jurídicas citadas, faz-se necessário a autorização do Advogado Geral da União, atualmente subdelegada aos Procuradores Chefes das Procuradorias Federais junto às autarquias, para celebrar o TAC**. No entanto, o tema passa por nova discussão, e até a presente data, não consta manifestação conclusiva da Procuradoria Geral Federal no que tange à controvérsia sobre a interpretação e aplicação da Portaria AGU n. 012, de 16 de janeiro de 2020.

55. Sendo assim, **relativamente à possibilidade de assinatura do TAC independentemente de autorização referida, deixamos de nos manifestar conclusivamente, no presente parecer, porquanto como explicitado acima, o tema está sendo debatido no âmbito da Procuradoria Geral Federal. Isso não impede a tramitação do presente processo de regulação, ressalvando-se apenas que a necessidade autorização celebração de cada TAC proposto pode vir a se confirmar**. De qualquer forma, sugere-se inserir desde logo a seguinte previsão na minuta:

A celebração do TAC rege-se ainda pelas demais diretrizes normativas da Advocacia Geral da União sobre o tema.

DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

56. A audiência pública constitui modalidade de participação popular na atividade administrativa do Estado; é também instrumento de segurança e viabilização do Estado Democrático de Direito. Encontra previsão legal no art. 32 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Federal, no art. 19 da Lei nº 9.478/97, lei específica, que trata da política energética nacional, das atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, nos arts. 6º, parágrafo 4º e 10 da Lei nº 13.848/2019, bem como no art.29, incluído pela Lei nº 13.655/2018 no Decreto nº 4.657/1942. Confira-se:

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que

impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP. ([Redação dada pela Lei nº 12490, de 2011](#))

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

(...)

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;

II - para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.

§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

57. A audiência pública é um mecanismo de legitimação da regulação e da licitação. Segundo a OLIVEIRA^[4]:

A necessidade de maior legitimidade, transparência e *accountability* justifica a instituição de

canais participatórios na regulação, que permitem a integração da sociedade civil na formulação de políticas públicas regulatórias e na fiscalização dos reguladores".

(...)

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

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

58. Sobre o tema, Souto^[5] faz as seguintes observações:

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

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

(...)

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

59. Impõem-se, assim, a realização da consulta e da audiência públicas. No entanto, enquanto perdurarem as medidas temporárias de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19) estabelecidas pelo governo federal, a recomendação de consulta e audiência públicas deve se dar ressalvas e orientações, conforme decidiu a Diretoria Colegiada ao exarar a Resolução de Diretoria nº 195/2020, que determinou a suspensão temporária dos prazos das consultas públicas em andamento, a suspensão da realização de audiências públicas organizadas pela ANP, para serem retomadas por determinação da Diretoria Colegiada, após a reavaliação do cenário que ensejou a sua suspensão.

III. CONCLUSÃO

60. Por todo o exposto, **recomenda-se suprir o apontado nos parágrafos 27, 28, 31, 32 e 33 (Análise de Impacto Regulatório); parágrafos 36 a 44 (Minuta de Resolução); parágrafo 55 (Autorização da AGU); e parágrafo 59 (Audiência Pública).**

61. Atendidas as recomendações contidas no presente parecer, não haverá óbices jurídicos à aprovação da recomendação da SCL à Diretoria Colegiada para que autorize a consulta e a audiência públicas, levando em conta o observado no parágrafo prévio.

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

Rio de Janeiro, 03 de junho de 2020.

TATIANA MOTTA VIEIRA

PROCURADORA FEDERAL

MAT. 1311581

NOTAS

1._*OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Oliveira; Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório, p. Ed. Forense.*

2._**Atualização (SELIC):** ART. 39, PARÁGRAFO 4º, DA LEI N.º 4.320/1964 C/C ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI N.º 6.830/1980 C/C ARTIGO 37-A DA LEI N.º 10.522/2002, INCLUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 449/2008, CONVERTIDA NA LEI N.º 11.941/2009 C/C ART. 61 DA LEI N.º 9.430/ **de Mora:** ART. 39 §4º DA LEI N.º 4.320/1964 C/C ARTIGO 37-A DA LEI N.º 10.522/2002, INCLUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 449/2008, CONVERTIDA NA LEI N.º 11.941/2009 C/C ART. 61 DA LEI N.º 9.430/1996.

3._ Art. 11. O TAC conterá, sem prejuízo de outras cláusulas específicas a cada ajuste: I – identificação completa das partes; II - relação das obrigações legais, contratuais e regulamentares objeto do ajuste, com indicação de eventuais processos administrativos correspondentes; III – descrição do compromisso do Agente Regulado em promover o ajustamento de conduta, devidamente organizado em cronograma de execução de obrigações assumidas com o objetivo de corrigir ou compensar obrigações descumpridas e eventualmente reparar os danos causados; IV - regras para o acompanhamento e fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas no TAC; V - obrigação de prestação de informações periódicas à sobre o cumprimento do cronograma de execução e sobre as condições dos compromissos; VI - penalidades pelo descumprimento de cada item do cronograma de execução e das condições estabelecidas no termo, inclusive multas moratórias; VII - penalidade para o caso de rescisão do TAC em razão de seu descumprimento; VIII - matriz de riscos associada às obrigações assumidas no TAC; IX - garantias a serem prestadas pelo Agente Regulado e o prazo para sua apresentação, quando couber; X - valor de referência do TAC; XI - compromisso, por parte do Agente Regulado, de dar publicidade às obrigações assumidas no TAC e aos resultados a serem obtidos com o seu cumprimento; XII - forma de atualização dos valores das penalidades contempladas no TAC; XIII - data e assinatura das partes; - renúncia pelo Agente Regulado, do prazo previsto no art. 38, §3º, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, salvo no caso previsto no art. 1º, §3º.

4. _, *Rafael Carvalho . Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro. Forense.*

5. _, Marcos Juruena . *Direito Regulatório, 2ª Ed., pg. 59*



Documento assinado eletronicamente por **TATIANA MOTTA VIEIRA, Procuradora Federal**, em 03/06/2020, às 15:20, 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 **0777149** e o código CRC **0287B4D5**.