

Salvador, 03 de junho de 2019.

À Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
Superintendência de Conteúdo Local - SCL

Assunto: Tomada Pública de Contribuições nº 1/2019

Prezados (as) Senhores (as),

1. Referenciamos a Tomada Pública de Contribuições nº 1/2019, lançada no dia 03/05/2019 por esta Agência, com o objetivo de coletar dados, informações e evidências que contribuam para a elaboração de marco regulatório que venha a possibilitar a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (“TAC”) referentes a eventuais descumprimentos de compromissos de Conteúdo Local.

2. De início, elogiamos a postura da Agência em consultar os agentes da indústria de petróleo e gás natural acerca do tema, considerada a elevada importância em se adaptar as normas relativas a Conteúdo Local às condições comerciais e operacionais do setor.

3. Entendemos ser de grande valia o estabelecimento mecanismo alternativo que permita aos entes regulados adequar suas condutas ao passo que colaboram com o regulador no atingimento do objetivo final da política pública em questão – geração de empregos, investimentos, tecnologia e impostos no Brasil - em suma, benefícios à sociedade brasileira.

I. Da elegibilidade para celebração de TAC

4. Ensejando o melhor aproveitamento do presente esforço para edição de ato normativo, sugere-se que não haja restrição para celebração do TAC somente nas fases contratuais encerradas e para contratos que não puderam aderir ao aditamento previsto na Resolução ANP nº 726/2018.

5. Neste ponto, deve-se considerar que não há por parte do Tribunal de Contas da União (“TCU”) ou de quaisquer outros órgãos da administração pública restrição sobre o alcance do TAC, de forma que eventual decisão neste sentido somente reforçará a lógica existente apontada pelo TCU¹. A adoção de mecanismo amplo, que contemple um escopo mais abrangente de Contratos de Concessão, só tem a contribuir com a reparação de danos causados pela não aderência aos índices de Conteúdo Local contratualmente fixados, permitindo a adequação do comportamento dos agentes e a realização de medidas compensatórias que contribuam efetivamente para os objetivos da política pública.

¹ Item 472 do Acórdão 3.072/2016. “A sistemática atual, que apresenta graves distorções, tem dificultado a fiscalização dos compromissos e, em última análise, não tem oferecido incentivo eficiente para incremento de competitividade da indústria nacional”.

6. Tal entendimento encontra, inclusive, reverberação na NT nº 09/2018, que discorre no item 31: *“No caso presente, propõe-se que as aquisições de bens e serviços nacionais que deixaram de ser feitas no momento e na forma estabelecidos no contrato possam ser efetivadas em nova janela temporal. Em outras palavras, é dar cumprimento ao objetivo original da política que, repita-se, não é gerar multas, mas demanda de bens e serviços no País, com os benefícios resultantes dessas aquisições.”*

II. Dos pressupostos para aplicação de TAC

- a. Os compromissos só poderão ser firmados após a apuração pela ANP do valor das multas devidas pelo descumprimento dos compromissos de conteúdo local originalmente previstos nos contratos;**

8. O TAC poderá ser firmado a partir do momento em que forem identificadas as penalidades cabíveis no curso da fiscalização. Não seria necessário, portanto, aguardar o decurso do prazo para apresentação/interposição das manifestações/recursos cabíveis.

9. Por outro lado, havendo divergência entre a Concessionária e a Agência sobre o valor das multas, as manifestações da Concessionária deverão ser apreciadas pela Agência antes da celebração do TAC. Conforme será adiante proposto, a partir da formalização da Concessionária sobre o interesse na celebração do TAC, o processo de fiscalização (auto de infração) deverá permanecer suspenso até que seja possível ajustar as obrigações que serão assumidas pela Concessionária.

- b. Os compromissos a serem firmados deverão ter valor superior ao valor das multas que lhes derem origem;**

10. Considerando que a manifestação da Concessionária pela adesão ao TAC configura sua concordância com penalidade aplicada pela Agência, o compromisso estabelecido deve ser igual ao valor original da multa, sendo respeitado o desconto de 30% (trinta por cento) estabelecido na Lei nº 9.847/1999, artigo 4º. Caso o desconto previsto em lei seja desconsiderado, a celebração do TAC estaria, por via oblíqua, reduzindo o desconto aos concessionários previsto na legislação.

11. Em outras palavras, deverá ser preservado o desconto que seria aplicável em caso de pagamento espontâneo da multa – sem interposição de recursos – sendo firmado compromisso em que as Concessionárias realizarão investimentos sem discutir o mérito da penalidade aplicada. Não faria sentido o TAC possuir condições mais desfavoráveis às Concessionárias.

12. Em adição, a legislação vigente não exige que a obrigação assumida em TAC seja superior à multa aplicada.

13. No mesmo sentido, o TCU já decidiu que *“não [se] exige a correspondência entre o volume de multas trocadas pelo exato volume de recursos a serem investidos pelas empresas. Isso porque parte-se do princípio de que, independentemente do volume dos gastos das empresas, as condutas irregulares devem ser ajustadas no âmbito do TAC”* (TC 022.280/2016-2).

14. Inexiste, em outras palavras, violação ao interesse público pela diminuição dos valores de multa e/ou substituição por obrigação de fazer, uma vez que o benefício obtido pela sociedade civil com novos investimentos se sobrepõe à lógica de arrecadação.

15. Considerando que o descumprimento do TAC importará na aplicação da multa prevista no auto de infração, bem como na aplicação de penalidade prevista no próprio TAC, a submissão do administrado a esse regime deverá levar em conta que ele abriu mão de seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa ao celebrar o compromisso e aceitar a penalidade imposta pela Agência.

16. Por fim, o acréscimo de valor adicional sobre a penalidade poderá impactar acentuadamente a atratividade do mecanismo, em especial para Concessionárias de menor porte, detentoras de portfólios mais enxutos, planos de investimento mais modestos e fluxo de caixa mais reduzido. Aumentar o valor da multa aplicada, nos termos da proposta, tornará o desconto legal mais atrativo para estes agentes, perpetuando a lógica sancionatória em detrimento de investimentos eficientes em prol do setor e da sociedade.

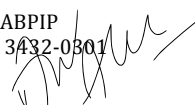
- c. Os compromissos deverão ser objetivos e mensuráveis e conter metas intermediárias com respectivas sanções por eventual descumprimento;**
- d. A soma das sanções aplicáveis em caso de descumprimento de cada compromisso do TAC deverá ser superior ao montante previsto de investimento para o item e ao compromisso originalmente previsto no contrato e descumprido;**

17. Os compromissos a serem firmados no TAC devem ser estabelecidos em Plano de Trabalho acordado entre a Concessionárias e a ANP quando da celebração do TAC, incluindo o cronograma de execução de atividades e de desembolsos financeiros. Ressalta-se que a eventual incapacidade de aderência ao cronograma devido a externalidades – como emissão de licenças, autorizações e outorgas - não devem caracterizar o descumprimento dos termos do TAC, ficando à cargo da Concessionária reunir documentação comprobatória do impacto destas questões sobre a aderência ao cronograma.

18. Entende-se que é intenção da ANP criar mecanismo que impossibilite aos agentes a obtenção de benefício econômico através de um eventual descumprimento do TAC, sendo este caráter similar ao disposto no âmbito da Tomada de Contas nº 022.280/2016-2, que teve decisão substanciada no Acórdão nº 2121/2017 – TCU – Plenário: *“9.4.3 garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, (...), seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item (...).”*

19. Neste sentido, sugere-se: i) que o valor originalmente retirado do montante a ser convertido em investimentos por efeito do desconto legal seja multiplicado pelo peso relativo do compromisso descumprido no conjunto do TAC e acrescentado ao valor final a ser recolhido; ii) que seja aplicado fator multiplicador em caso de descumprimento parcial do TAC, caracterizado pela inexecução ou execução insuficiente de um dos compromissos fixados, de modo a considerar o peso relativo do compromisso não executado no conjunto do TAC. A equação em destaque demonstra o racional do cálculo proposto:

$$\text{VFR} = (\text{PDL} * \text{peso relativo}) + \text{CNE} * (1 + \text{peso relativo})$$



VFR = Valor Final a ser recolhido pela União
CNE = Valor do Compromisso não executado
PDL = Perda do Desconto Legal

20. Considerando cenário hipotético em que a penalidade fosse fixada no valor de R\$ 100 (cem reais), ter-se-ia o seguinte cenário demonstrado na Tabela 1:

Tabela 1				
	Valor R\$	Peso Relativo	Compromisso*Peso Relativo	Valor Final Recolhido
Penalidade administrativa apurada	100	-	-	-
Desconto legal	30	-	-	-
Valor dos compromissos do TAC	70	1	70	-
Compromisso I	35	0,50	17,5	67,5
Compromisso II	25	0,36	8,93	44,8
Compromisso III	10	0,14	1,43	15,6
Descumprimento integral do TAC	70	1,00	70,00	127,9

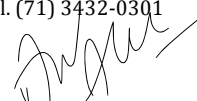
21. Considerando o exposto, em um cenário em que a execução do Compromisso I previsto no TAC não foi plenamente executada, a União garantiria arrecadação de 67,5 (sessenta e sete reais e cinquenta centavos) para além dos 35 (trinta e cinco) reais já investidos pela Concessionária através da execução plena dos Compromissos II e III.

22. Dessa forma, garante-se que haja incentivo aos infratores para realizar plena e integralmente o TAC celebrado junto a ANP, ao passo que se preserva o pleno atendimento ao interesse público em casos em que o agente não ajuste sua conduta de forma adequada. Finalmente, a configuração proposta garantiria a atratividade do mecanismo de TAC.

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

23. Como citado na Nota Técnica nº 09/2018, *“A aplicação de multas não traz nenhum benefício à indústria de óleo e gás, e tampouco à cadeia fornecedora. O propósito da penalidade no âmbito da política de conteúdo local é induzir ao comportamento adequado dos agentes...”*. Entende-se, portanto, que a fixação de percentual a ser recolhido no ato de celebração do TAC não permitirá o pleno atendimento ao objetivo final do instrumento.

24. Não obstante, não se verifica no Acórdão 2121/2017 do TCU a obrigatoriedade do pagamento de percentual da multa no ato de celebração do TAC. Entretanto, considerando a normatização existente nos arcabouços de outras autarquias, conforme abaixo detalhado, sugere-se que, caso prospere a tese de pagamento de valor percentual da penalidade no ato de celebração, este deverá ser limitado à 10% da multa aplicável e **somente nos casos em que o requerimento seja apresentado após a decisão condenatória de primeira instância** – ou seja, deve ser exigido percentual no ato da celebração apenas nos casos em que a manifestação da Concessionária sobre o interesse no TAC for realizada após a manifestação final da Agência em primeira instância.



25. Este modelo de pagamento inicial encontra subsídio na Resolução nº 629/2013 da ANATEL, que prevê o recolhimento de 10% da multa aplicável a depender do momento de proposição do TAC:

“Art. 5º (...) § 2º Caso o requerimento seja apresentado após a decisão condenatória de primeira instância, será devido, como condição para a celebração do Termo, o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC.”

III. Da implementação, metas e características do TAC.

Os compromissos que podem ser objeto do TAC e como formatá-los, mensurá-los e cobrá-los;

26. A Nota Técnica nº 09/2018 propõe alguns exemplos de compromissos que potencialmente poderiam ser formato em um TAC, sendo estes: “a) Realização de aquisições sísmicas adicionais às originalmente previstas, com conteúdo local; b) Revitalização de campos de produção, como os da Rodada Zero, com utilização de bens e serviços nacionais; e c) Aquisição de bens e serviços nacionais para exportação”.

27. Em complemento à possibilidade de reversão de penalidades através dos investimentos supracitados, sugere-se que seja possibilitado às Concessionárias a proposição de outros compromissos circunscritos às atividades relacionadas aos contratos de concessão ou não.

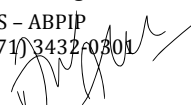
28. Em linha com o objetivo “a)” supracitado, sugere-se a possibilidade de aumento do Programa Exploratório Mínimo de Contratos de Concessão em Fase Exploratória, seja através da perfuração de novos poços exploratórios, execução de levantamentos sísmicos e reprocessamentos, aquisição de dados geofísicos e geoquímicos, conforme parâmetros estabelecidos no Anexo II do Contrato de Concessão no qual será executada a atividade.

29. Em linha com o objetivo “b)” supracitado, sugere-se que a assunção de índices de Conteúdo Local em contratos de Rodada 0 não esteja limitada à revitalização de campos de produção, mas que contemple também a Fase de Desenvolvimento destes, haja vista existência de ativos comerciais cujos investimento nesta fase nunca foram implementados.

30. Em complemento às proposições trazidas pela Agência, sugere-se o que se segue:

Aquisição sísmica em áreas não contratadas

a) Objetivando o aumento da atratividade das Rodadas de Licitação da indústria de petróleo e gás natural, sugere-se que seja possível reverter penalidades de conteúdo local em aquisições sísmicas em áreas não contratadas, sendo os dados adquiridos por meio de Empresa de Aquisição de Dados (“EAD”) independente e encaminhados diretamente à ANP, a fim de garantir que não haja vantagem competitiva do agente autuado em certames futuros. Nesta proposição, as Superintendências de Definição de Blocos (“SDB”) e Promoção de Licitações (“SPL”) poderiam estipular áreas prioritárias para investigação e fornecer a todos os agentes de mercado mais informações para participação nos leilões quando da execução da licitação. Não se vislumbra, contudo, exoneração da concessionária quanto ao ônus de execução do projeto, ficando esta responsável pela contratação da prestadora, acompanhamento do cronograma e



garantia de conformidade dos dados adquiridos aos padrões estabelecidos pela ANP nas normas vigentes.

b) Vislumbra-se, principalmente, que a execução destes levantamentos permita à ANP aumentar a atratividade de sua Oferta Permanente de blocos exploratórios e acumulações marginais, cuja regulamentação através de edital, ocorrida em 20/07/2018, ainda não foi ativada pelos agentes de mercado.

c) Neste ponto, cabe ressaltar que há precedente, constante da regulamentação da ANATEL (Resolução nº 629/2019, Art. 18º) e do IBAMA (Decreto nº 6.514/2008, Art. 139º), no sentido de que os investimentos não sejam restritos ao objeto da concessão ou da atividade explorada pela empresa, podendo ser destinados a outros fatos e atividades não diretamente relacionados às irregularidades constatadas. Há precedente, ainda, para que a empresa possa optar entre fazer ela mesma o investimento ou escolher projeto aprovado pela Administração Pública para alocar o valor dos investimentos mencionados pelo TAC.

d) Esses dois precedentes são importantes para o caso ora analisado na medida em que, em tese, poderá ser difícil ou impossível para as empresas que descumpriram os percentuais de conteúdo local converter os valores de multas em investimentos em conteúdo local, como cogitado pela ANP neste primeiro momento.

e) No Processo 022.280/2016-2, envolvendo a ANATEL, e como interessada, a Telefônica Brasil S/A, o TCU avalia a legalidade do TAC realizado e traz importantes considerações. O acórdão afirma claramente que as multas aplicadas podem ser convertidas em investimentos, mas destaca que essa decisão deve ser compatível como interesse público:

“61. Também cabe lembrar que o TAC na Anatel é um instrumento que possibilita a troca de recursos públicos, multas aplicadas, por investimentos privados alinhados com o interesse público. Nesse sentido, é imprescindível que os projetos aprovados no TAC efetivamente sejam direcionados para essa finalidade, sob pena de se permitir que multas sejam trocadas por investimentos de interesse predominantemente comercial da prestadora.”

f) Para o TCU, o que importa, ao fim e ao cabo, é a construção de um cenário em que se permita substituir a lógica de aplicação de penalidades pela conversão em benefícios à sociedade e ao setor:

“9. Acórdão: (...) 9.3.3 tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento” (Acórdão 2121/2017 – Plenário).

Investimentos em infraestrutura local e em capacitação técnica da população na zona de influência do bloco exploratório/campo produtor;

31. Em consonância com os objetivos estratégicos constantes do Programa de Revitalização de Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em Áreas Terrestres (“REATE”), sendo estes “*Revitalizar as atividades de E&P em áreas terrestres no território nacional; Estimular o desenvolvimento local e regional; e Aumentar a competitividade da indústria petrolífera onshore nacional*”, sugere-se que sejam possibilitados às Concessionárias investimentos em infraestrutura local e capacitação técnica da população regional, a fim de que seja aumentada a oferta de mão-de-obra qualificada habilitada a formar não só os quadros técnicos do agente atuado, bem como de outras companhias da indústria de petróleo e gás e sua cadeia de fornecedores.

32. Tais investimentos privados estariam alinhados com os interesses públicos, respeitando não só as diretrizes da política setorial, que envolvem questões socioeconômicas e de desenvolvimento, mas também o objetivo nacional de redução de assimetrias entre regiões brasileiras, conforme já apreciado pelo TCU:

*“Além dos itens em oitiva, outras duas deliberações do Acórdão 2121/2017/TCU-Plenário tangenciam **o tema da adequação dos TACs com as diretrizes socioeconômicas do setor**, de modo que também serão consideradas na análise que segue. A primeira é o item 9.6.6, que recomendava que a minuta da nova versão do Ato-Anatel 50.004/2016 fosse submetida a consulta pública, visando contribuir para aprimorar as decisões da Agência, **em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial.**”*

33. Nesse caso, o TCU entendeu que o TAC pode ser utilizado, inclusive, como instrumento de redução de desigualdade entre as cinco regiões do país:

*“93. De fato, se o TAC será firmado com uma prestadora de atuação restrita a uma região ou a algumas cidades, não seria razoável exigir compromissos nacionais, sob pena de inviabilizar o TAC. Entretanto, isso não se aplica no caso concreto do TAC da Telefônica. Verifica-se que, **por se tratar de um TAC de uma grande operadora que atua em âmbito nacional, seria ainda mais essencial considerar a redução da desigualdade entre as cinco regiões do país**, sobretudo por haver, nesse acordo, a previsão de investimentos cuja abrangência engloba todo o país.”*

34. Verifica-se, portanto, que a proposta ora apresentada está em linha com o objetivo do TCU para que o TAC possibilite a conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos que atendem ao interesse público, desde que apoiadas em estudos técnicos sólidos.

Os prazos máximos que devem ser definidos para execução dos compromissos previstos no TAC e se esses prazos devem ter relação com o volume ou o valor dos compromissos firmados em cada caso;

35. Considerando a variedade de possíveis investimentos para fins de conversão de penalidades por meio do TAC, sugere-se que os prazos máximos de cada um dos compromissos sejam negociados caso a caso entre a Concessionária e a ANP quando da apresentação do Plano de Trabalho, que conterá cronograma de execução do projeto e de desembolsos financeiros. Neste sentido, entende-se que os prazos devem guardar relação direta com o volume, o valor dos

compromissos/investimentos e os prazos usualmente verificados para consecução de projetos análogos na indústria.

Outras questões que devem ser abordadas na eventual edição de norma autorizadora da possibilidade de celebração dos TACs propostos.

38. Seria importante a norma estabelecer que a manifestação de interesse no TAC, devidamente formalizada pela Concessionária, suspende o processo de fiscalização para que seja possível a apresentação de proposta, bem como para que a Agência possa avaliar os seus termos.

39. Assim, uma vez emitido o relatório de fiscalização pela Agência, a Concessionária deverá, dentro do prazo a ser fixado na norma, formalizar o interesse no TAC. Ato contínuo, o processo de fiscalização (auto de infração) permanecerá suspenso durante o prazo também definido na norma – sugere-se o prazo de 90 (noventa) dias – para que os envolvidos possam negociar os termos do TAC.

40. Não sendo possível a celebração do TAC, o processo de fiscalização terá regular prosseguimento, sendo resguardados todos os prazos da Concessionária, inclusive o pagamento voluntário com o desconto de 30%, acima mencionado.

41. Tal previsão confere segurança jurídica aos atos praticados pela Agência e garante o contraditório e ampla defesa das Concessionárias, sem causar qualquer tipo de prejuízo para as Partes.

42. Certos de sua atenção, reiteramos nossos votos da mais alta estima e consideração e nos colocamos à disposição para continuar contribuindo para este debate.



Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás - ABPIP