

GRUPO I – CLASSE I – PLENÁRIO

TC 016.905/2000-7 (com 15 anexos)

Natureza : Pedido de Reexame – Acompanhamento

ENTIDADE: Agência Nacional de Petróleo - ANP

RECORRENTE: Agência Nacional de Petróleo - ANP

SUMÁRIO: Pedido de Reexame. Agência Nacional de Petróleo. Acompanhamento da Terceira Rodada de Licitações para concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Aprovação com ressalva e determinações à ANP. Alegações insuficientes para reformar a decisão recorrida. Conhecimento. Improvimento. Ciência à recorrente.

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pela Agência Nacional de Petróleo - ANP (fls. 1/13), representada pelo Diretor-Geral Sebastião do Rego Barros, contra a Decisão 232/2002 do Plenário (fl. 66), por meio da qual o Tribunal aprovou, com ressalvas, o primeiro e o segundo estágios, e sem ressalva, o terceiro estágio da fiscalização do processo de privatização concernente à Terceira Rodada de Licitações para concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, expedindo determinações à ANP.

Irresignada com algumas das determinações que lhe foram dirigidas, a entidade opõe-se, pela via recursal, às seguintes determinações, examinadas em conjunto com os argumentos da recorrente e com as análises efetuadas pelo Analista da Secretaria de Recursos, na instrução fls. 40/7:

Determinação: **“8.2.1. não realize mais licitações sem o pronunciamento prévio do CNPE acerca dos critérios adotados para escolha dos blocos a serem ofertados, nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.478/97”**

“7. Argumento:

7.1O recorrente afirma que a determinação não possui respaldo legal, pois a função do CNPE seria apenas ‘propor ao Presidente da República políticas nacionais dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior [Capítulo I da Lei 9478/97] e com o disposto na legislação aplicável’ (fl. 3-vol.15).

7.2 Assim, o exame do Decreto nº 3.520/2000, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), indicaria que o referido órgão somente teria função de assessoramento para a formulação das políticas e diretrizes de energia, uma vez que o acatamento ou não das políticas propostas pelo CNPE estaria ao alvedrio do Presidente da República.

7.3 Para tal conclusão, o recorrente analisa o conteúdo das resoluções editadas pelo CNPE, que, em sua maioria, possuiriam apenas proposições e recomendações sem caráter impositivo (fls. 3-4-vol.15).

7.4 Ademais, assevera que os arts. 8º e 23 da Lei 9.478/97 seriam explícitos na atribuição de competência exclusiva para ANP para proceder às rodadas de licitação, verbis:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

(...)

II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

(...)

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei.

Parágrafo único. A ANP definirá os blocos a serem objeto de contratos de concessão.

7.5 Afirma que o art. 2º da Lei nº 9.478/97 não conferiria ao CNPE poderes para definição ou aprovação de critérios para escolha dos blocos, mas somente a definição de diretrizes genéricas para a política energética. Por outro lado, teria a ANP a competência técnica para definir os critérios de escolha dos blocos de licitação.

7.6 Neste ponto, analisa a distinção entre os conceitos lingüísticos de diretriz e critério, concluindo que a definição de diretrizes seria genérica e apenas viabilizaria um determinado plano, enquanto o critério estaria relacionado a um embasamento técnico direcionado a uma escolha.

7.7 Questiona o recorrente a capacidade técnica do CNPE para definir ou avaliar os critérios técnicos adotados pela ANP, pois aquela análise seria feita conjuntamente por 5 Superintendências Técnicas da agência.

7.8 Ao final, analisa que, por suposição, se fosse necessária a manifestação prévia do CNPE acerca dos critérios adotados para definição dos blocos a serem licitados, estar-se-ia conferindo ao CNPE a atribuição de se pronunciar previamente sobre todas as atividades da ANP previstas no art. 8º da Lei do Petróleo, desde a regulação da execução de serviços geológicos até a fiscalização de postos revendedores de combustíveis.

8. Análise:

8.1 Para além da simplicidade com que o recorrente apresenta a questão, discute-se no presente auto a própria natureza das agências reguladoras no Brasil e o grau de autonomia concedida a esses órgãos.

8.2 Prima facie, a eventual obrigação de submissão das deliberações da Agência Nacional do Petróleo, conforme proposta encaminhada pela unidade técnica e encampada pelo E. Relator, significaria dar ao Conselho Nacional de Política Energética amplos poderes para obstar a execução das concessões nos moldes propostos pela ANP, resultando numa afronta ao desenho legal destas agências.

8.3 Ainda assim, numa análise perfunctória das atribuições do CNPE, previstas no art. 2º da Lei 9478/97, não se vislumbra qualquer obrigatoriedade de a ANP comunicar ao Conselho a realização de novas rodadas de licitações.

8.4 Todavia, existem dois momentos cruciais no processo de concessão para exploração de petróleo e gás natural.

8.5 Num primeiro momento, surge a proposição da política energética para o setor petrolífero, esta iniciada pelo CNPE e encaminhada ao Presidente da República, conforme art. 2º da 9478/97. Num segundo momento, a execução da política energética para o setor é concretizada pela ANP, nos moldes do art. 8º da Lei do petróleo.

8.6 Por um imperativo lógico, é impossível a execução de uma política sem a sua prévia proposição. Neste viés, não se pode admitir que a ANP esteja executando uma política energética sem que o órgão competente para declara-la ainda não o tenha feito. No caso, a proposição da política energética, à despeito do Conselho, é atribuição privativa do Presidente da República, conforme art. 84, II da Constituição Federal.

8.7 Destarte, faz-se necessária a comunicação ao CNPE, não para um exercício de controle a priori da execução da política energética, segundo alega o recorrente, mas para

instigar o órgão a apresentar qualquer manifestação sobre a política a ser implementada nas concessão de exploração de petróleo e gás natural.

8.8 Entendimento diverso seria uma afronta à lei do petróleo, usurpando-se a competência constitucional de proposição da política de concessões.

8.9 Neste sentido, importante as considerações erigidas pela unidade técnica, afirmando, verbis: ‘O critério mais citado, para todos os tipos de blocos, foi a sugestão das empresas. Não há nada de estratégico ou de geopolítico em se pautar pelo interesse das empresas, a não ser garantir o sucesso do leilão’ (fl. 34 do volume principal).

8.10 Faz-se absolutamente imperioso que a ANP demonstre a relação entre os critérios para escolha dos blocos licitados e a política energética proposta, sob o risco de a própria agência subsumir-se na atividade de proposição da política energética para o setor. Ora, tal fato jamais poderia ocorrer, pois, até o momento, o CNPE não se havia manifestado sobre o assunto.

8.11 Ao final, devem ser rechaçadas as alegações do recorrente, pois decorre da própria lógica do sistema proposto na Lei 9.478/97 a necessidade prévia da existência de uma política energética proposta pelos órgãos competentes, sem a qual não pode o órgão regulador iniciar as concessões de exploração.”

Determinações: “8.2.3. regulamente, no prazo de 180 dias, as penalidades relativas aos contratos da Primeira Rodada de Licitações, encaminhado a esta Corte o resultado dos trabalhos realizados.

8.2.4. não realize mais nenhuma rodada de licitações até que exista norma jurídica definidora das penalidades aplicáveis às atividades da indústria do petróleo”

“10. Argumento:

10.1 Em síntese, afirma o recorrente que a existência de penalidades nos Contratos Administrativos seria fundamental para sua execução e que a Administração teria implicitamente a faculdade de aplicar penalidades contratuais e legais, ainda que não previstas.

10.2 Assegura também que, com a edição da MP 1.883/98, convertida na Lei 9.847/99, o setor petrolífero passou a ter uma regulamentação própria, afastando a necessidade da edição de qualquer preceituário por parte da ANP.

10.3 Ademais, a ANP, com alegado fundamento no princípio da auto-tutela, firmou aditivos aos contratos firmados com a PETROBRÁS, remetendo a imputação das sanções administrativas, civis e penais à legislação pertinente.

10.4 Alega o recorrente que a Lei 9.478/97 alcançaria todas as hipóteses de sanção para eventual descumprimento dos contratos, especialmente as obrigações previstas no art. 44 da Lei.

10.5 Da mesma maneira, os contratos preveriam a possibilidade de rescisão, nos casos em que o concessionário quedasse inerte, bem como a possibilidade de aplicação de sanções administrativas e pecuniárias previstas na legislação vigente.

11. Análise:

11.1 No particular, logra o recorrente comprovar a existência de mecanismos para a asseguarção do cumprimento do pactuado. Quanto às determinações do art. 44 da Lei 9478/97, os contratos da Terceira rodada de licitações foram devidamente contemplados com cláusulas de garantia do programa exploratório.

11.2 Ademais, a Lei 9.847/99 é normativo suficiente para justificar a regularização das penalidades nos contratos de concessão, pois suas regulamentações se aplicam tanto ao downstream quanto ao upstream do setor petrolífero.

11.3 Finalmente, em contraste com as advertências da unidade técnica, os contratos de concessão previam conseqüências relativas ao descumprimento do programa de exploração mínimo, devolução de áreas, descobertas, avaliação, plano de desenvolvimento, medição e participações, destacando-se que os contratos exigiam garantias financeiras para o programa exploratório mínimo [Cláusula 15.1 do Contrato-fl.82-83 do vol.3], assegurando-se o escoreito cumprimento financeiro do contrato.

11.4 Neste ponto, merece reparo a v. decisão, excluindo-se as determinações contidas nos itens 8.2.3 e 8.2.4, em face da edição da lei 9.847/99 em conjunto com as supra-citadas cláusulas contratuais, previstas no contrato da terceira rodada de licitações.”

Determinação: “8.2.5. exclua dos futuros contratos as cláusulas do decurso de prazo, ou de mecanismos de aprovação tácita ou automática, tais como as existentes nos contratos da Primeira, Segunda e Terceira Rodadas”

“13. Argumento:

13.1 Alega o recorrente que o mecanismo de aprovação tácita estaria presente nos seguintes itens do Contrato de Concessão:

‘a) alteração do Programa Exploratório Mínimo (45 dias para pronunciamento da ANP, contados do recebimento da solicitação, item 5.2.1. Não está previsto explicitamente o reinício da contagem após pronunciamento da ANP)

b) Plano de Avaliação (60 dias para pronunciamento da ANP, contados do recebimento do Plano, item 6.4)

c) Plano de Desenvolvimento (60 dias para pronunciamento da ANP, contados do recebimento do Plano de Desenvolvimento, item 9.3)

d) Cessão (90 dias para manifestação da ANP, contados a partir do recebimento do pedido e da entrega dos documentos, 30 dias para os concessionários responderem e reinicia-se o processo, item 28.5/BR3 ou 28.6/BR4)

e) Programa de Desativação das Instalações (30 dias para pronunciamento, contados da data de recebimento do Programa, item 8.6.2/R4 e 9.5.1/R3)

f) Acordo para individualização da Produção entre concessionários (60 dias para pronunciamento, 60 dias para as partes e repete-se o procedimento, item 12.3)

g) Estimativa de Custos das Atividades para Programa Exploratório Mínimo do período subsequente (30 dias, sem previsão de reinício da contagem, item 15.2)’ (fls. 11-12-vol. 14).

13.2 Assevera que o art. 26 da Lei 9.478/97 prevê o mecanismo de aprovação tácita dos planos e projetos de exploração, aplicáveis aos atos listados nos itens ‘c’, ‘e’ e ‘f’ acima.

13.3 Ademais, entende que o caráter genérico da determinação legal deveria ser estendido à aprovação dos atos previstos nos itens ‘a’, ‘b’, ‘d’, ‘g’, pois a intenção do legislador seria a minimização do risco regulatório, estabelecendo um limite máximo para as perdas dos concessionários decorrentes de uma demora por parte da ANP.

13.4 À guisa de argumentação, raciocina o recorrente que a exclusão da cláusula de decurso de prazo poderia acarretar uma possível quebra de contrato, em face da demora da agência em se manifestar sobre a aprovação do projeto, haja vista o item 10.6 do Contrato de Concessão (fl. 78-verso-vol. 3), que versaria sobre a interrupção temporária da produção e não acarretaria qualquer conseqüência para a ANP quando esta aprovasse a suspensão extemporaneamente.

13.5 Ao final, alega que a ausência do mecanismo de aprovação por decurso de prazo seria uma sinalização negativa para o mercado, cuja ausência impactaria os resultados da Rodada de Licitações.

14. Análise:

14.1 A aprovação de projetos por decurso de prazo é instrumento previsto no art. 26 da Lei do petróleo, verbis:

Art. 26. (...)

§ 2º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.

§ 3º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

14.2 Ora, a Lei assegura um prazo de até 180 dias para que o órgão regulatório se manifeste sobre os planos e projetos de desenvolvimento e exploração. É de se verificar que tal mecanismo implica consequência muito grave para a Administração Pública: permitir-se a aprovação de planos de desenvolvimento e exploração sem que a ANP sequer tenha emitido qualquer manifestação sobre o assunto.

14.3 Para a presente análise, necessário ressaltar a situação depauperada de recursos humanos da agência, apontada em auditorias anteriores na agência, verbis:

‘... a Superintendência de Exploração conta com apenas oito técnicos para fazer a regulamentação e fiscalizar os concessionários. Considerando que os técnicos estivessem voltados apenas para a fiscalização, mesmo assim seriam 148 áreas com possibilidade concreta de exploração, número que deve subir depois da terceira rodada de licitação, para serem divididos entre oito pessoas. Nesse caso, cada técnico envolvido com atividade de fiscalização seria responsável, em média, por 19 áreas de exploração, um número que denota a insuficiência de pessoal dedicado à fiscalização.

.....
Assim como nas atividades de exploração, a fiscalização das atividades de produção encontra-se em fase incipiente, não havendo rotinas sistemáticas nem parâmetros objetivamente definidos. A resposta ao questionário elaborado pela equipe de auditoria dá conta de que apenas sete pessoas, incluindo o Superintendente, estão diretamente envolvidas na fiscalização das operações de desenvolvimento e produção.’ (fl. 41-vol.principal).

14.4 Desta forma, um mecanismo de aprovação tácita de projetos mostra-se incompatível com a situação de penúria em termos de recursos humanos existente no órgão. Ora, se a própria lei garante o prazo de 180 dias, porque a agência insiste em regular o decurso em prazo menor? Correta seria a fixação do prazo que o órgão regulador julgasse adequado para cada caso (30, 45, 60 ou 90 dias), e, por outro lado, estabelecesse o direito do concessionário em ver aprovado o projeto no prazo máximo de 180 dias.

14.5 Ademais, a própria ANP reconhece que inseriu cláusulas no contrato de concessão em frontal violação dos dispositivos legal.

14.6 Senão vejamos: A Cláusula 28.5 do Contrato assim dispõe sobre cessão do contrato, verbis:

‘A ANP terá o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da data de recebimento do pedido e documentos referidos no parágrafo 28.3(a), para, nos termos do parágrafo único do art. 29 da Lei do Petróleo, manifestar ou não sua aprovação da Cessão, bem como para exigir documentos adicionais que julge necessários, respeitadas as disposições deste Contrato e da legislação brasileira aplicável. **Caso a ANP não se manifeste neste prazo, a Cessão será considerada aprovada, e proceder-se-á à assinatura do aditivo ao Contrato (...)**’ (fl. 92-vol.3 - destaque nosso).

14.7 Todavia, prevê o parágrafo único do art. 29 da Lei 9.478/97: ‘A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP’.

14.8 Ora, trata-se de patente contrariedade a lei, que deveria ser corrigida em todos os contratos de concessão.

14.9 Outrossim, não deve ser acolhido o argumento de que a suposta intenção do legislador justificaria a extensão do instrumento da aprovação tácita para outros atos que não aqueles açambarcados pelo art. 26 da Lei do Petróleo.

14.10 De fato, na administração pública, em decorrência do princípio da legalidade, não pode o administrador, sob a alegação de 'diminuição do risco regulatório', promover uma extensão interpretativa inadequada do texto legal.

14.11 Veja-se que a interpretação proposta pela agência somente traz benefícios para as empresas contratadas, sem que qualquer interesse público esteja contemplado.

14.12 Não se pode olvidar que nas pactuações da administração pública, qualquer redução das prerrogativas da administração deve estar justificada pelo atingimento de um interesse público maior. Atender somente as meras expectativas de mercado, segundo alega o recorrente, não prefigura qualquer interesse público a ser atingido, mas somente o agraciamento dos interesses privados.

14.13 Por conseguinte, na determinação atacada, não merece provimento o recurso, considerando que, nas cláusulas açambarcadas pelo art. 26 da Lei do Petróleo [Cláusulas 9.3 e 12.3 do Contrato da Terceira Rodada], o prazo para aprovação tácita deve ser aquele previsto em lei (180 dias) e, nas outras cláusulas, a agência não pode incluir qualquer mecanismo de aprovação tácita.”

Conclusivamente, a instrução fls. 40/7 propõe o conhecimento do pedido de reexame, com fulcro no art. 48 da Lei 8.443/92, e seu provimento parcial, de modo a excluir as determinações contidas nos itens 8.2.3 e 8.2.4 da Decisão 232/2002-Plenário.

O diretor-interino e o secretário da Serur dissentem do encaminhamento alvitrado pelo analista e propõem o total improvimento do recurso, sob os seguintes argumentos (fls. 48/50):

“7. O item ‘d’ [item 8.2.4] já foi objeto de determinação à ANP na Decisão nº 351/99, de 10 de junho de 1999, e na Decisão nº 493/99, de 04 de agosto de 1999.

8. Consta do voto condutor da decisão que analisou os embargos (fls. 23/24, Vol. 15) que a ANP, por ocasião da apreciação por esta Corte da Primeira Rodada de Licitações, afirmou que o regulamento exigido por esta Corte estava consubstanciado no Decreto nº 2.593/1999. Entretanto, já houve pronunciamento deste Tribunal no sentido de que esse Decreto não atende às exigências expressas no inciso XII do art. 43 da Lei nº 9.478/1997.

9. Por ocasião da Primeira Rodada, recomendou-se à ANP que utilizasse nas licitações o mesmo padrão de contrato que firmava com a Petrobras, em relação às penalidades, e que também editasse regulamentação acerca delas.

10. Está consignado no relatório que acompanha a Decisão nº 232/2002 – Plenário (fls. 58/66, Vol. Principal) que, na minuta de contrato, não há referência à própria regulamentação da ANP e sim à legislação aplicável, onde serão definidos, entre outros, os casos de advertência e multa, os procedimentos para sua aplicação, os prazos para correção de falhas e pagamentos de multas e os juros de mora.

11. Nesse mesmo relatório está consignado que a Lei nº 9.874/1999 não atende ao que o TCU determinou seguidamente à ANP:

‘66. Compulsando-se a legislação atual, verifica-se que a Lei nº 9.847/1999 não preenche essa lacuna, uma vez que se aplica mais a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis. Embora a definição de abastecimento nacional de combustíveis inclua também a produção de petróleo e gás natural (art. 1º, §1º), as penalidades e procedimentos ali indicados não conseguem abarcar as complexas atividades definidas nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural.

67. Para esclarecer essa questão, relacionamos a seguir as sanções administrativas indicadas no art. 2º da Lei nº 9.847/1999: a) multa; b) apreensão de bens e produtos; c)

perdimento de produtos apreendidos; d) cancelamento do produto junto à ANP; e) suspensão do fornecimento de produtos; f) suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação; g) cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; h) revogação de autorização para o exercício de atividade.

68. No art. 3º, estão explicitados os casos que podem ensejar a aplicação da pena de multa. Alguns exemplos: a) inobservar preços fixados na legislação aplicável para a venda de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico: multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 1.000.000,00; b) sonegar produtos: multa de R\$ 50.000,00 a R\$ 1.000.000,00; c) comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor: multa de R\$ 20.000,00 a R\$ 5.000.000,00.'

12. Cumpre recordar que o Decreto nº 2.705/1998 exigia, no par. único do art. 2º, a existência de penalidades nos contratos de concessão. Entretanto, o Decreto nº 3.491/2000 remeteu as penalidades no caso de falta de pagamento para uma lei ainda inexistente.

13. A recorrente citou, além da Lei nº 9.847/1999, já considerada lacunosa por esta Corte, dispositivos da Lei nº 9.478/1997, onde discorreu-se sobre a responsabilização civil da concessionária.

Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

(...)

V - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades de exploração, desenvolvimento e produção contratadas, devendo ressarcir à ANP ou à União os ônus que venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

14. Entretanto, cabe ressaltar que o que se pretende é a elaboração de uma regulamentação própria da ANP que atenda às especificidades dos contratos em questão, além da sua previsão nesses instrumentos. A mera menção a normativos não contempla o devido cuidado com a coisa pública que a questão merece. Inclusive o art. 43 da Lei nº 9.478/1997 prevê a necessidade de previsão de penalidades no caso de não cumprimento das obrigações contratuais:

'Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.'

15. Observa-se uma displicência no poder regulador em relação aos contratos firmados com os concessionários, além de as determinações desta Corte terem sido seguidamente ignoradas. Adicionalmente, a mera menção a normativos, na minuta do contrato, não é suficientes para atender às determinações desta Corte. Essas considerações não permitem que sejam aceitas as alegações da recorrente, o que conduz a uma proposta de negar provimento ao recurso."

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 48 c/c o art. 33 da Lei 8.443/92, conheço do Pedido de Reexame interposto pela Agência Nacional de Petróleo -

ANP contra a Decisão 232/2002, por meio da qual o Tribunal Pleno aprovou, com ressalvas, os dois primeiros estágios e, sem ressalva, o terceiro estágio da Terceira Rodada de Licitações para concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, expedindo determinações àquela agência reguladora.

No mérito, acolho o entendimento esposado pelo diretor-interino e pelo titular da Secretaria de Recursos, que divergem em parte da instrução levada a efeito na instrução fls. 40/7 e, em consequência, propõem o não-provimento do recurso.

As divergências dizem respeito às determinações desta Corte contidas nos itens 8.2.3 e 8.2.4 da decisão recorrida, transcritas a seguir:

“8.2.3. regulamente, no prazo de 180 dias, as penalidades relativas aos contratos da Primeira Rodada de Licitações, encaminhado a esta Corte o resultado dos trabalhos realizados;

8.2.4. não realize mais nenhuma rodada de licitações até que exista norma jurídica definidora das penalidades aplicáveis às atividades da indústria do petróleo”

Na sessão de 4.8.99, ao aprovar, também com ressalva, os três estágios da Primeira Rodada de Licitações, o Tribunal já havia determinado à ANP que editasse regulamentação relativa às penalidades aludidas nos contratos, como o celebrado com a Petrobras, em cuja minuta havia a previsão de que tais sanções seriam definidas em regulamentos futuramente emitidos pela ANP (Decisão 493/99-Plenário, itens 8.2.2.2 e 8.2.2.3).

Nas minutas de contrato desta Terceira Rodada de Licitações, diversamente, remete-se a disciplina das penalidades já não à regulamentação a cargo da ANP, mas à *“legislação brasileira aplicável”*.

A Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo) - dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo - estabelece em seu art. 8º, inciso VII, dentre as competências da ANP, a de fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo e *“aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato”*.

A Medida Provisória 1.883/99, convertida na Lei 9.847, de 26.10.99, foi regulamentada pelo Decreto 2.953, de 28.1.99, dispondo sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis.

Com efeito, o citado decreto regulamenta as modalidades de sanções administrativas pertinentes às hipóteses de infração, bem como a todo o procedimento administrativo concernente à aplicação das penalidades.

Nisso se baseiam as alegações da recorrente, no sentido de asseverar a desnecessidade da regulamentação das aludidas penalidades mediante ato normativo próprio da ANP.

Todavia, é patente que as hipóteses de incidência da pena de multa previstas na Lei 9.847/99 (art. 3º) e de igual modo no Decreto 2.953/99 (art. 28) mais se atêm às atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, praticamente não alcançando as atividades relacionadas à indústria do petróleo, em sentido estrito, em que se insere a *“exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural”*, conforme se depreende da definição do art. 6º, inciso XIX, da Lei 9.478/97, atividades estas que são objeto das Rodadas de Licitação cujos processos estão sendo submetidos à fiscalização deste Tribunal.

De fato, o Decreto 2.953/99 regulamentou sanções administrativas relativas às atividades de abastecimento nacional de combustíveis, não o fazendo, entretanto, quanto às hipóteses de infração relacionados com o conjunto das complexas atividades ligadas à exploração de petróleo e gás natural, de interesse neste processo, que envolvem, conforme exemplifica a Secretaria de Fiscalização de Desestatização - Sefid, programa exploratório

mínimo, devolução de áreas, descobertas, avaliação, plano de desenvolvimento, medição e participações, afetas ao segmento denominado “*upstream*”.

Como agente regulador das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, uma das principais aptidões legais conferidas à ANP certamente é o poder de normatizar, de estabelecer regras para o exercício de tais atividades, entre as quais se incluem as de caráter punitivo.

Se a lei e sua regulamentação por decreto não previram, de modo suficiente, os casos de infração relacionados às atividades da indústria do petróleo, não pode a ANP se esquivar do poder-dever de fazê-lo por ato normativo próprio.

Nesse sentido, verifico que realmente devem ser mantidas as determinações desta Corte de que tratam os itens 8.2.3 e 8.2.4 da decisão recorrida.

Quanto às demais determinações com as quais não se conformou a entidade, inseridas nos itens 8.2.1 e 8.2.5 da Decisão 232/2002-Plenário, acolho os pareceres uniformes da Secretaria de Recursos, que refutam os argumentos apresentados pela recorrente.

Com efeito, o pronunciamento prévio do Conselho Nacional de Política Energética, como órgão que tem a competência de propor ao Presidente da República a política energética nacional, se afigura indispensável a que validamente possa a Agência Nacional de Petróleo promover a licitação de concessões para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, sob pena de a ANP usurpar a competência do CNPE e do próprio Presidente da República na formulação e definição da política energética para o setor.

Quanto às cláusulas de decurso de prazo ou de aprovação tácita ou automática de pleitos das empresas concessionárias, impõe-se, como determinado por essa Corte sua exclusão de futuras licitações e mesmo sua não-aplicação nos contratos já assinados por infringência ao princípio da legalidade.

A lei do Petróleo estabelece que as concessionárias, em certas hipóteses, têm direito a que a ANP emita seu parecer sobre os planos e projetos das concessionárias no prazo máximo de cento e oitenta dias.

Não se há de admitir que a ANP, que aponta a todo o tempo sua carência de recursos humanos com causa de insuficiência operacional, imponha a si mesma cláusula restritiva de seu poder-dever de examinar os planos e projetos das concessionárias, agravando assim sua situação de insuficiência operacional.

Note-se, por exemplo, a gravidade da cláusula 28.5 do contrato de concessão, que assim dispõe sobre cessão do contrato, *in verbis*:

*“A ANP terá o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da data de recebimento do pedido e documentos referidos no parágrafo 28.3(a), para, nos termos do parágrafo único do art. 29 da Lei do Petróleo, manifestar ou não sua aprovação da Cessão, bem como para exigir documentos adicionais que julge necessários, respeitadas as disposições deste Contrato e da legislação brasileira aplicável. **Caso a ANP não se manifeste neste prazo, a Cessão será considerada aprovada, e proceder-se-á à assinatura do aditivo ao Contrato (...)**”* (grifou-se).

Entretanto, o parágrafo único do art. 29 da Lei 9.478/97 estabelece que: “A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP”.

Como bem apontou a Serur, verifica-se aí patente contrariedade à lei, que deve ser corrigida em todos os contratos de concessão.

Em decorrência do princípio da legalidade, não pode prevalecer o argumento de “*diminuição do risco regulatório*”, mediante inadequada interpretação extensiva do texto legal. Notadamente em situação que só traz benefícios para as empresas concessionárias, sem nenhum interesse público a justificar tal interpretação. O desejo de atender as expectativas de

mercado, para garantir a todo o custo o sucesso da licitação, não configura interesse público a ser atingido, mas benefício indevido de interesses privados.

Dessa forma, assiste razão à Serur quando assevera que também quanto a este ponto do recurso, “*não merece provimento o recurso, considerando que, nas cláusulas açambarcadas pelo art. 26 da Lei do Petróleo [Cláusulas 9.3 e 12.3 do Contrato da Terceira Rodada], o prazo para aprovação tácita deve ser aquele previsto em lei (180 dias) e, nas outras cláusulas, a agência não pode incluir nenhum mecanismo de aprovação tácita.*”

Por essas razões, VOTO por que seja adotado o ACÓRDÃO que ora submeto à apreciação do Plenário.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 498/2003 TCU – PLENÁRIO

1. Processo TC 016.905/2000-7 (com 15 anexos)
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame.
3. Recorrente: Agência Nacional do Petróleo - ANP.
4. Entidade: Agência Nacional do Petróleo - ANP.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Ubiratan Aguiar.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades técnicas: Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip e Secretaria de Recursos – Serur.
8. Advogado constituído nos autos: não consta.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos este Pedido de Reexame interposto contra a Decisão 232/2002-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 c/c o art. 33 da Lei 8.443/92, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame e negar-lhe provimento; e
- 9.2. dar ciência à recorrente deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam.

10. Ata nº 17/2003 – Plenário

11. Data da Sessão: 14/5/2003 – Ordinária

12. Especificação do quorum:

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Augusto Sherman Cavalcanti.

12.2. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

VALMIR CAMPELO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral