

Identificação

Decisão 351/1999 - Plenário

Número Interno do Documento

DC-0351-23/99-P

Ementa

Acompanhamento. Concessões de áreas para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Licitação e contrato. ANAP. Impropriedade quanto à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica. Inexistência de cláusula autorizando à ANAP a aplicar outras penalidades a não ser a rescisão. Edital. Omissão quanto à proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco. Ausência de exigência de que a outorga da concessão estará condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio e de que a empresa estrangeira deverá constituir empresa segundo as leis brasileiras. Beneficiamento dos consórcios em detrimento dos concorrentes individuais. Pagamento de taxas diferenciadas pelos concorrentes. Utilização de critérios subjetivos. Determinação. Comunicação as autoridades competentes.

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo II - CLASSE VII - Plenário

Processo

005.109/1999-0

Natureza

Acompanhamento

Entidade

Entidade: Agência Nacional de Petróleo - ANP

Interessados

Responsável: David Zylbersztajn (Diretor-Geral)

Dados Materiais

DOU de 22/06/1999

Sumário

Acompanhamento de procedimento licitatório para a concessão de áreas voltadas para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Irregularidades no edital e no contrato. Fixação de prazo para o exato cumprimento da lei.

Relatório do Ministro Relator

Cuidam os autos de processo de acompanhamento das primeiras concessões de áreas do território brasileiro para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, com fundamento na Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo) e na Portaria ANP nº 6, de 12 de janeiro de 1999, realizadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, mediante procedimento licitatório.

2. Por intermédio do Ofício nº 147/99-DZ-DG/ANP-RJ, datado de 30 de abril de 1999, e protocolizado neste Tribunal em 12.05.1999, o ilustre Diretor-Geral da ANP, Dr. David Zylberstajn, dando cumprimento ao que determina a IN/TCU nº 27, de 07 de dezembro de 1998, após descrever, de forma sucinta os trabalhos até então desenvolvidos pela ANP, com o objetivo de proceder às primeiras concessões para a exploração de petróleo, seguidas da quebra do monopólio da Petrobrás, encaminhou a este Tribunal cópia do que denominou "Pré-Edital" e do Edital de licitação, acompanhados dentre outros documentos, da minuta do contrato a ser firmado com as empresas vencedoras do certame.

3. Em análise prévia da minuta do contrato encaminhada, a Unidade Técnica destaca que não foram identificadas cláusulas estabelecendo as penalidades previstas no inciso XII, art. 43, da Lei nº 9.478/97.

4. Destaca, ainda, a 9ª SECEX que as "cláusulas que deveriam tratar do assunto (Cláusulas Vigésima Sétima e Vigésima Oitava), referem-se ao direito de reparação e de rescisão em caso de descumprimento das obrigações por parte do concessionário".

5. Diante dessa constatação, a Unidade Técnica manifesta-se nos termos a seguir transcritos: "5. A inexistência de cláusula autorizando a ANP a aplicar outras penalidades, poderá fazer com que reste à Agência apenas o instituto da rescisão. A possível inserção de uma cláusula posteriormente à realização do leilão poderia motivar a negativa dos vencedores em assinar o contrato já que a mesma não constava do edital (princípio da vinculação ao instrumento convocatório).

6. Dessa maneira, com vistas a assegurar a eficácia da licitação e, também, evitar possíveis demandas judiciais, sugerimos que o Diretor-Geral da ANP manifeste-se sobre a não inclusão na minuta de contrato de cláusula contendo todas as penalidades a que está sujeito o concessionário, conforme determina a Lei nº 9.478/97, art. 43, XII." É o Relatório.

Voto do Ministro Relator

De início, esclareço aos nobres Pares que o presente processo está sendo examinado nesta oportunidade por força do art. 17 da IN/TCU nº 27/98, visto que a 9ª SECEX aponta a existência de irregularidade na minuta do contrato. Observe-se que tal procedimento reveste-se de caráter pedagógico e não punitivo, posto que permite a correção de eventuais falhas antes que produzam seus efeitos que poderiam, em momento posterior, se não sanadas, conduzir até mesmo à irregularidade e à conseqüente nulidade dos procedimentos, com prejuízos aos participantes da licitação, ao Erário e à sociedade como um todo.

2.Examinando a documentação encaminhada, endosso, de pronto, o entendimento defendido pela Unidade Técnica de que não existe na minuta do contrato cláusula penal exigida e prevista no art. 43, inciso XII, da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97).

3.Por oportuno, o presente processo foi tramitado ao meu Gabinete no dia 02.06.99. Apesar do exíguo prazo, considerando o fato de que a apresentação de proposta e a abertura dos envelopes estão marcadas para os próximos dias 15 e 16, sem aprofundar-me tanto quanto desejaria (o que me reservo fazer em uma próxima oportunidade), haja vista a complexidade da matéria, realizei uma análise, em complemento àquela já produzida pela 9ª SECEX, da documentação encaminhada pela ANP, máxime quanto ao aspecto formal, e constatei a existência de outras ilegalidades/irregularidades, que precisam ser, também, corrigidas pela Autarquia, e sobre as quais passo a discorrer.

4.Mais que isso, verifiquei ainda a existência de irregularidade na regulamentação (Portaria nº 06, de 12 de janeiro de 1999) para a outorga dos contratos de concessão, expedida pela ANP, precedente obrigatório ao próprio procedimento licitatório, conforme dispõe o art. 36, da Lei nº 9.478/97.

5.Determina, o art. 39 c/c o seu inciso I, da Lei do Petróleo que "o edital conterà a exigência de que a empresa estrangeira que concorrer isoladamente ou em consórcio deverá apresentar, juntamente com sua proposta e em envelope separado, prova de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, nos termos da regulamentação a ser editada pela ANP".

6.Da Portaria nº 06, de 12 de janeiro, de 1999, verifica-se, no entanto, que nenhum requisito dessa natureza foi disciplinado. Na verdade, a referida norma limitou-se, em seu art. 15, de forma incompreensível, a determinar que "o concorrente estrangeiro que pretenda ter a sua regularidade jurídica e sua qualificação econômico-financeira analisada pela CEL, sem prejuízo do disposto neste artigo, ficará obrigado a apresentar os documentos e informações referidos no artigo 39 da Lei 9.478/97".

7.Como se observa, a Lei determinou que a regulamentação constasse da Portaria ANP nº 06/99; esta, no entanto, devolveu a regulamentação para o próprio texto da lei. Assim o dispositivo legal do item I do art. 39 da Lei do Petróleo restou não regulamentado.

8.Passando-se ao exame do Edital, no que refere à participação de empresas sob a forma de consórcio, objeto do item 6.8, observa-se que o mesmo é omissivo quanto à "proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco", conforme prescrito no inciso IV do art. 38 da Lei nº 9.478/97.

9.O Edital deixou ainda de contemplar a exigência consignada no inciso V, do mesmo art. 38, de que a outorga da concessão ao consórcio vencedor da licitação estará condicionada ao registro do instrumento

constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

10. Ainda, com referência à regulamentação alusiva à participação sob a forma de consórcios, constato o beneficiamento destes em detrimento dos concorrentes individuais, posto que quando do disciplinamento das garantias facultava-se aos primeiros (consórcios) a apresentação de Cartas de Crédito diversas, "desde que o valor total seja igual ao valor especificado para o bloco objeto do Contrato de Concessão", ao passo que para os segundos (concorrentes individuais) tal faculdade não está prevista, concluindo-se que o montante garantido deve constar de uma única Carta de Crédito.

11. Tal fato contraria o princípio da isonomia contemplado nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 40 da Lei nº 9.478/97.

12. Novamente foi ferido o princípio da isonomia, no referente ao pagamento das taxas de participação dos diversos licitantes (item 6.6 do Edital). Observe-se que quando da divulgação do Pré-Edital alguns dos concorrentes pagaram as taxas nele fixadas e habilitaram-se, assim, a participar do certame. Ocorre que quando foi publicado o Edital o valor das taxas foi majorado, conforme quadro abaixo, sem que tenha sido cobrado daqueles concorrentes a diferença entre as parcelas fixadas no Pré-Edital e aquelas fixadas no Edital:

Bacia	Taxa cobrada pelo Pré-Edital (US\$)	Taxa cobrada no Edital (US\$)	Campos	120,000.00
150,000.00 Santos	120,000.00	150,000.00	Espírito Santo	80,000.00
100,000.00 Camamu-Almada	60,000.00	75,000.00	Cumuruxatiba	40,000.00
50,000.00 Paraná	30,000.00	37,500.00	Potiguar	30,000.00
37,500.00 Foz do Amazonas	20,000.00	25,000.00	Todas as Bacias	300,000.00
375,000.00				

13. Conforme se verifica, competidores interessados em participar de uma mesma licitação, com acesso aos mesmos documentos, pagaram taxas diferenciadas para ingressar no certame. Foram violados, repito, os preceitos contidos no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, e art. 40, da Lei nº 9.478/97.

14. No Edital também não foi consignada a exigência de que a empresa estrangeira, caso seja vencedora, deverá constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, conforme determina o art. 39, inciso IV da Lei do Petróleo. Essa exigência, em verdade, objetiva dar cumprimento ao art. 5º da mesma Lei que somente permite o desenvolvimento de atividades pertinentes à exploração de petróleo a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

15. Passando ao exame do item 6.2 do Edital, que trata da qualificação técnica das concorrentes, verifica-se que, para as empresas operadoras, quais sejam, aquelas que atuam no ramo de exploração e produção de petróleo, são feitas as seguintes exigências: a) informações sobre os locais, onde a empresa realiza, atualmente, atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural; b) informações sobre os níveis de investimentos, separados por exploração e produção; c) informações sobre o volume de produção realizado nos últimos 5 (cinco) anos, devendo separar os volumes produzidos como operadora e como não operadora; d) informações sobre a extensão e localização das áreas marítimas onde a empresa atua, como operadora e não operadora.

16. Com base em tais informações as empresas operadoras, ainda de acordo com o Edital, serão classificadas em três categorias: "a) operadora 'A' ? empresa qualificada para operar em qualquer bloco oferecido na

Primeira Rodada de Licitações; b) operadora 'B' ? empresa qualificada para operar em qualquer bloco terrestre e em alguns blocos em lâmina d'água rasa; c) operadora 'C' ? empresa qualificada para operar apenas no bloco BT-POT-2." 17. Novamente de acordo com o Edital, a classificação acima transcrita será efetuada com base nos seguintes parâmetros: " - produção de óleo equivalente; - operações de exploração e produção onshore; - operações de exploração e produção offshore; - operações de exploração e produção em águas profundas e ultra -profundas; - operações de exploração e produção em ambientes adversos; - preocupações com meio ambiente e experiência em operações em áreas ambientalmente sensíveis; - experiência em operações internacionais." 18. Como se pode observar, não obstante a existência dos parâmetros definidores da qualificação técnica, a classificação das empresas como operadora A, B ou C, possui alto conteúdo de subjetividade, visto que não foram definidos, de forma antecipada, quais critérios, daqueles indicados no item 15 acima, e a sua unidade de medida e a respectiva quantidade, que devem ser preenchidos para que uma determinada empresa seja classificada como operadora A, B ou C. 19. Dessa forma, a classificação das empresas concorrentes dependerá única e exclusivamente da avaliação da Comissão Especial de Licitação, o que é vedado expressamente pelo art. 40, da Lei nº 9.478/97, e pela Constituição Federal, Art. 37, inciso XXI, que exigem critérios objetivos no julgamento das licitações. 20. Examinando o item 6.4 do Edital, concernente à "Qualificação Jurídica", verifica-se que é solicitado dos concorrentes, dentre outros, o seguinte "documento": "comentários a respeito de toda pendência legal ou judicial relevante, incluindo aquela que poderá acarretar a insolvência, falência, ou qualquer outro evento prejudicial à empresa". 21. Consoante se verifica, simples comentários, dado o caráter subjetivo das informações, não constituem documento, stricto sensu, que possibilite à administração utilizá-lo em eventuais demandas judiciais. 22. Neste caso, para que os concorrentes sejam responsáveis, a ANP deverá solicitar a apresentação de certidões negativas ou de declaração expressa firmada pelo dirigente da concorrente interessada, afirmando inexistir qualquer pendência judicial capaz de acarretar a insolvência, falência, ou outro evento prejudicial à empresa. 23. Atendo-me, ainda, à análise do Edital, verifico que o item 6.4 possibilita a apresentação de documentos grafados em língua inglesa, com dispensa de tradução. Como exemplo citam-se: Procuração; Termo de Confidencialidade (compromisso expresso assinado pelas empresas participantes de que não divulgarão as informações a elas repassadas pela ANP, sem a autorização desta); Carta de Crédito. 24. A Constituição Federal estabelece, no art. 13, que a língua portuguesa é o idioma oficial do Brasil. 25. O Código Civil, no art. 140, dispõe que "Os escritos de obrigação redigidos em língua estrangeira serão, para ter efeitos legais no país, vertidos em português" 26. O Código de Processo Civil, nos arts. 156 e 157, estabelece que: "Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. Art. 157. Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado." 27. Não se pode conceber, por dedução lógica, que a Administração exija documentos que estejam despidos de valor probatório junto ao Poder Judiciário. De que serve, por exemplo, uma carta de crédito que não pode ser executada? À propósito, vejamos os seguintes arestos, todos do Supremo Tribunal Federal: "Documentos em idioma estrangeiro: não podem ser apresentados em juízo desacompanhados de tradução para o Português (art. 228 do Código de Processo Civil); nem fazem prova em juízo, sem a formalidade (art. 140 do Código Civil)." (RE-26.696) "Documentos em idioma estrangeiro: devem ser traduzidos para o idioma nacional para produzirem efeitos legais." (RE-

26.364) "Documento em idioma estrangeiro, desacompanhados de tradução para o nacional: não pode o juiz permitir-lhes a juntada aos autos, nem dar-lhes efeito legal (arts. 228 do Código do Processo Civil e art. 140 do Código Civil)." (RE 25.275) "É indispensável a conferência de cópias fotostáticas, bem como a tradução de documentos em língua estrangeira, para que possuam eficácia em juízo." (RE -25.261). 28. Considero importante a utilização do idioma inglês na divulgação da licitação ora desenvolvida pela ANP. Os documentos, em língua inglesa, no entanto, por não serem admitidos sem a tradução realizada por tradutor juramentado pelo nosso ordenamento jurídico, não que ser excluídos do procedimento licitatório, devendo a ANP limitar-se a pedir no Edital documentos em português ou em língua estrangeira (não somente em inglês), e neste caso, acompanhados, obrigatoriamente de tradução realizada por tradutor juramentado.

29. Aproveitando a oportunidade, passo a discorrer sobre outras falhas detectadas, que embora não possam macular a licitação, entendo oportuno que a ANP proceda às suas devidas correções. 30. De acordo com o art. 36 da Lei nº 9.478/97 "a licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 obedecerá ao disposto nesta lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital". Observo, de pronto, no preâmbulo do Edital e do Contrato, a ausência de qualquer referência a essas normas. Tal referência não é simples formalidade, e é sumamente importante para os interessados, visto que afasta, em definitivo, a aplicação de outras normas que regulamentam também procedimentos licitatórios, a exemplo da Lei nº 8.666/93. 31. Observo, ainda, que existe divergência da redação da descrição do objeto consignado no item 2 do Edital e daquele descrito na Cláusula Segunda da minuta do Contrato. Tal divergência de redação poderá suscitar dúvidas aos licitantes, as quais poderiam ser evitadas se fosse adotada a definição constante do art. 23, parágrafo único, c/c o art. 6º, inciso XIII, ambos da Lei nº 9.478/97, no sentido de que o objeto da concessão é a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural em "partes de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pela coordenadas geográficas de seus vértices", denominada de Blocos que, no caso do Edital, encontram-se detalhados nas Tabelas 1 e 2 de seu Anexo I. 32. Finalizando, merece registro a forma como foram redigidos o Pré-Edital, o Edital e a Minuta do Contrato, pois, em menor grau neste último, todos os documentos apresentam dificuldades na sua compreensão, não apenas pela complexidade da matéria como por sua apresentação sistêmica, visto não terem sido organizados de forma a ordenar os assuntos enfocados em cláusulas, subcláusulas, itens, subitens, alíneas. 33. Feitas estas considerações, esclareço por derradeiro, aos nobres Pares, que a abertura das propostas da licitação de que se trata ocorrerá nos dias 15 e 16 próximos. Tenho absoluta consciência da importância e da urgência desse evento para os Administradores da ANP, para o Governo e, em geral, para a sociedade brasileira, que deposita grandes esperanças neste programa. Ele gera a esperança de mais empregos, de preços mais acessíveis para os derivados de petróleo, enfim, de um maior desenvolvimento econômico-social para o país, do qual todos venhamos a nos beneficiar.

34. Exatamente por estas razões deve este Tribunal ? detentor do poder-dever da fiscalização e do controle dos atos administrativos de que ora se trata ? oferecer, na oportunidade, sua institucional contribuição, uma vez constatadas falhas nos procedimentos examinados, que poderão ensejar futuras demandas nos âmbitos do Poder Judiciário e desta Corte, frustrando a todos quantos nutrem favoráveis expectativas quanto aos resultados deste Programa. Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

Assunto

VII - Acompanhamento

Ministro Relator

ADHEMAR GHISI

Unidade Técnica

9ª SECEX

Decisão

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 15 (quinze) dias, para que a Agência Nacional do Petróleo - ANP dê exato cumprimento à lei, adotando os seguintes procedimentos e deles dando ciência ao Tribunal:

8.1.1 expedir a regulamentação a que alude o art. 39, inciso I, da Lei nº 9.478/99, que determina que a "prova de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal", no que se refere às empresas estrangeiras, serão obrigatoriamente incluídas no edital, conforme regulamento expedido pela ANP, uma vez que não consta da Portaria ANP nº 06/99;

8.1.2 faça incluir no "Edital de Licitação para a contratação de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural ? Primeira Rodada de Licitações":

8.1.2.1 as exigências consignadas nos incisos IV e V do art. 38, IV do art. 39, e XII do art. 43, todos da Lei nº 9.478/97, fazendo constar este último também da respectiva minuta do contrato;

8.1.2.2 critérios iguais para a apresentação de Cartas de Crédito pelos competidores individuais e consórcios, em obediência ao princípio da isonomia contemplado nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 40 da Lei nº 9.478/97;

8.1.2.3 idênticos valores para a cobrança de Taxa de Participação, independentemente do momento de seu pagamento, também em obediência ao princípio da isonomia contemplado nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 40 da Lei nº 9.478/97;

8.1.2.4 critérios objetivos no que se refere à unidade de medida e os quantitativos que serão utilizados como parâmetros para classificar ou desclassificar as empresas interessadas, quanto à qualificação técnica indicada no item 6.2 do Edital, em observância ao princípio do julgamento objetivo das propostas, contemplado no art. 40, da Lei nº 9.478/97;

8.1.2.5 a exigência de certidões negativas ou declaração expressa firmada pelo dirigente da concorrente interessada, afirmando inexistir qualquer pendência judicial capaz de acarretar a insolvência, falência, ou qualquer outro evento prejudicial à empresa, em substituição ao documento denominado "comentários a respeito de toda pendência legal ou judicial relevante, incluindo aquela que poderá acarretar a insolvência, falência, ou qualquer outro evento prejudicial à empresa", constante de seu item 6.4, visto que o documento originalmente solicitado, dado o seu caráter subjetivo, não vincula o administrador às informações nele contidas;

8.1.2.6 a exigência de que todo e qualquer documento seja apresentado em língua portuguesa ou que, quando em outro idioma, se faça acompanhar de tradução realizada por tradutor juramentado, tendo em vista o que dispõem o art. 13 da Constituição Federal, o art. 140 do Código Civil e os arts. 156 e 157 do Código de Processo Civil;

8.1.2.7 indicação expressa de que o procedimento licitatório e o contrato dele decorrente reger-se-ão pelas disposições contidas na Lei nº 9.478/97 e na Portaria ANP nº 06, de 12 de janeiro de 1999, ou noutro regulamento que venha a substituí-la; 8.1.3 promova a compatibilização entre a descrição do objeto constante do edital de licitação com aquela constante da minuta do contrato, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, constante do art. 43 da Lei nº 9.478/97;

8.2 determinar à ANP que não dê prosseguimento ao procedimento licitatório enquanto não adotar as providências constantes dos itens 8.1.1 a 8.1.3 supra, dando ciência a este Tribunal acerca de seu cumprimento;

8.3 promover a remessa de cópia do Relatório, Voto e desta Decisão ao Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo-ANP, aos Exmos Srs. Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, da Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

Quorum

1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Marcos Vinícios Vilaça, Homero Santos, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta e Walton Alencar Rodrigues. 2. Ministro com voto vencido: Adylson Motta.

Sessão

T.C.U., Sala de Sessões, em 10 de junho de 1999