

Identificação

Decisão - 493/1999 Plenário

Número Interno do Documento

DC-0493-33/99-P

Ementa

Acompanhamento. Agência Nacional do Petróleo. Outorga de concessão de áreas no território nacional para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Estágios 1, 2 e 3. Não encaminhamento dos estudos de viabilidade econômica. Ausência de padronização em relação aos contratos já assinados no que se refere às penalidades. Estipulação de critérios técnicos para a classificação das empresas operadoras. Procurações e dos termos de confidencialidade não traduzidos. Ausência de certidões negativas ou declarações visando assegurar a inexistência de pendências judiciais. Ausência de documento pela empresas estrangeiras assumindo compromisso de constituir empresa segundo as leis brasileiras. Determinação.

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo I - CLASSE VII - Plenário

Processo

005.109/1999-0

Natureza

Acompanhamento

Entidade

Entidade: Agência Nacional do Petróleo - ANP

Interessados

Responsável: David Zylberstajn

Dados Materiais

DOU de 13/08/1999

Sumário

Acompanhamento dos procedimentos adotados pela ANP, visando a concessão de áreas no território nacional para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Detecção de falhas que, entretanto, não prejudicaram o andamento do procedimento da licitação. Determinações.

Relatório do Ministro Relator

Adoto como meu relatório a bem elaborada instrução do Analista Teodomiro Aires Sampaio,

em que, de forma detalhada, examinou os procedimentos adotados pela ANP, no que se refere às primeiras concessões para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural:

"Em exame o processo de acompanhamento das primeiras concessões para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural realizadas pela Agência Nacional de Petróleo ? ANP ? entidade instituída pela Lei nº 9.478, de 06/8/97, como órgão regulador da indústria do petróleo.

2. A licitação para concessão dessas atividades segue o disposto na Lei nº 9.478/97, na regulamentação expedida pela ANP e no respectivo edital (arts. 23 e 36 da Lei nº 9.478/97). Da regulamentação expedida pela ANP, destaca-se a Portaria nº 006, de 12/1/1999, que aprovou os procedimentos a serem adotados nas licitações previstas na mencionada Lei.

3. Deve ser ressaltado que não se aplicam a essas licitações nem a Lei nº 8.666/93 (a lei geral de licitações) nem a Lei nº 8.987/95 (lei de concessões): o artigo 23 da Lei 9.478/97, já mencionado, dispõe que a licitação para concessão das atividades relativas à petróleo e gás deve obedecer ao disposto nesta Lei.

4. No âmbito do Tribunal, a fiscalização dos processos de desestatização é realizada com base nos procedimentos definidos na Instrução Normativa-TCU nº 27/98. No caso de uma concessão, a IN divide o acompanhamento em quatro estágios:

Primeiro Estágio: relatórios prévios (viabilidade técnica e econômica, estudos vinculados à outorga e impacto ambiental);

Segundo Estágio: edital e minuta de contrato;

Terceiro Estágio: habilitação; e

Quarto Estágio: outorga.

5. O art. 9º da IN dispõe que a Unidade Técnica especializada analise os documentos remetidos pelo responsável pela desestatização e encaminhe os autos ao Relator, numa primeira etapa, após o fim do terceiro estágio. A segunda etapa corresponde ao exame do contrato já assinado com o vencedor da licitação (quarto estágio).

6. Antes de se prosseguir na análise, convém que se façam alguns esclarecimentos:

por meio do Ofício -9ª SECEX nº 13/99 (fl.108), de 08/2/1999, foi remetida à ANP uma cópia da IN nº 27/98 e solicitou-se o encaminhamento da documentação ali prevista no que se refere às concessões para exploração e produção de petróleo e gás natural;

o pré-edital foi entregue à 9ª SECEX em 11/3/1999, numa reunião com integrantes da ANP, sem que houvessem sido apresentados os documentos relativos ao primeiro estágio;

o aviso de licitação foi publicado no DOU de 03/5/1999 (fl.97);

o Ofício nº 147/99-DZ/ANP-RJ, datado de 30/4/1999, por meio do qual o Presidente da ANP encaminhou "os informes iniciais inerentes à evolução dos procedimentos adotados para a 1ª Rodada de Licitações" e uma cópia do edital, foram recebidos nesta Secretaria em 06/5/1999 e autuados em 12/5/1999 (fls. 01/07);

o ofício e o edital foram entregues pela Procuradora da ANP e pelo Presidente da Comissão de Licitação durante rápida visita a esta Unidade e sem nenhuma explanação sobre o material entregue.

7. Numa primeira análise da documentação encaminhada, verificou-se a ausência de

elementos requeridos pela IN nº 27/98 bem como a necessidade de serem prestados esclarecimentos adicionais a propósito da inexistência, na minuta de contrato, de cláusula estabelecendo as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento do contrato, conforme determina o art. 43, XII, da Lei nº 9.478/97.

8. Em vista disso, foram tomadas as seguintes providências:

proposta de manifestação do Diretor-Geral da ANP sobre a não inclusão na minuta de contrato de cláusula contendo as penalidade a que está sujeito o concessionário; foi sugerido também que os autos fossem submetidos à consideração do Ministro-Relator (art. 17 da IN nº 27/98). Em 02/6/1999, o processo foi encaminhado ao Relator (instrução de fls. 53/55 e Despacho de fl. 56);

simultaneamente, de modo a ganhar tempo na instrução definitiva, cobrou-se da ANP documentos não encaminhados e informações adicionais necessárias à conclusão da análise na forma prevista na IN nº 27/98 (instrução de fl. 72, de 02/6/1999, e Ofício 9ª SECEX nº 64/99, de 04/6/1999, fl. 73).

9. Ressalte-se que a instrução inicial (fls. 53/55) resultou do fato, considerado grave, da inexistência na minuta de contrato de cláusula relativa às penalidades.

10. O Relator, ao examinar o processo, endossou a proposta da Unidade Técnica e constatou ainda uma série de irregularidades que, de acordo com Sua Excelência, precisavam ser corrigidas pela ANP (Relatório e Voto de fls. 57/62).

11. O Tribunal acatou a proposta do Relator e determinou que a ANP, no prazo de quinze dias, adotasse as providências ali indicadas, não desse prosseguimento ao processo licitatório enquanto não atendesse a essas providências e desse ciência ao Tribunal acerca de seu fiel cumprimento (Decisão nº 351, de 10/6/1999, fls. 63/64).

12. No Despacho de fl. 74, datado de 16/6/1999, o Ministro-Relator determinou que se juntassem aos autos os esclarecimentos apresentados pelo Presidente da ANP em razão da Decisão nº 351/1999 (Ofício nº 188/99/DZ/GAB, fls. 75/78, de 11/6/1999). Também foi juntado aos autos um outro Ofício da ANP, de nº 189/99/DZ-DG/ANP-RJ (fls. 83/87), datado de 11/6/1999 e autuado em 18/6/1999, que responde à solicitação de informações adicionais a respeito da licitação formuladas pelo o Ofício 9ª SECEX nº 64/99.

13. O Ministro-Relator determinou, ainda, que fosse juntado aos autos, para exame em conjunto, um expediente do RECOM dirigido ao Presidente da ANP (Despacho de fl. 81). RECOM é o Sindicato dos Revendedores do Comércio Varejista de Combustíveis Líquidos e Gasosos e de Derivados de Petróleo do Município de São Paulo.

14. Em 07/7/1999, em reunião com integrantes da ANP, foram entregues cópias de documentos relativos à divulgação feita às empresas e à imprensa em relação ao pré-edital, cópias de atas de reuniões da Comissão Especial de Licitação e cópia do processo relativo ao pagamento dos dados adquiridos da PETROBRÁS, Volume II, fls.01/17 e 23/151.

15. No intuito de fornecer informações complementares, a ANP encaminhou, por intermédio do Ofício s/nº (fl. 116), de 13/7/1999, recebido nesta Secretaria em 16/6/1999, cópias dos seguintes documentos (Volume II, fls. 152/172):

modelo de envelope e formulário de oferta utilizado nas licitações;
qualificações técnicas, jurídicas e financeiras das empresas;
comentários sobre a taxa de participação e transparências sobre assunto;
comentários sobre a avaliação econômica e transparências sobre o assunto.

16. Serão examinados, a seguir, os documentos relativos aos três primeiros estágios, bem como os elementos juntados aos autos em razão dos Despachos do Relator.

PRIMEIRO ESTÁGIO

17. No primeiro estágio, devem ser analisados os seguintes elementos:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relação dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

18. A ANP encaminhou, por meio do Ofício nº 147/99-DZ-DG/ANP-RJ (fls. 01/07), as informações que entendeu necessárias. Considerando a insuficiência dos dados encaminhados, solicitou-se, por meio do Ofício-9ª SECEX nº 64/99 (fl. 73), informações que pudessem fornecer elementos para a análise desse primeiro estágio.

19. Relativamente ao item "a" acima, e para complementar os dados já encaminhados, foi solicitado da Agência que informasse os critérios adotados na escolha dos blocos incluídos na Primeira Rodada de Licitações.

20. Quanto ao item "b", foi solicitada a relação dos estudos e os critérios adotados na fixação do valor da taxa de participação.

Relatório Sintético - item "a"

21. A Agência afirma que adotou como critério para escolha dos blocos a disponibilidade de dados técnicos. Essa disponibilidade levou a uma pré-seleção de blocos (38), e a seleção final (27 blocos) deu-se em razão da prospectividade dos blocos pré-selecionados, ou seja, áreas com maior perspectiva de exploração de petróleo (fl.83).

22. Segundo a ANP, a disponibilidade de informações é fundamental para que uma empresa decida investir em uma determinada área. Nessas informações estão incluídos dados sísmicos, dados referentes a poços eventualmente já perfurados, dados gerais sobre a geologia da bacia e sobre a infraestrutura já existente, além de mapas de interesse técnico (fls. 04 e 83).

23. Embora existam no Brasil 29 bacias sedimentares, áreas onde se pode encontrar petróleo e gás natural, as atividades petrolíferas ficaram concentradas basicamente em quinze bacias. Esse desconhecimento a respeito das bacias, diz a ANP, é uma consequência da execução das atividades

econômicas do monopólio do petróleo por apenas uma empresa (fl.83).

24. Para superar esse desconhecimento a respeito das potenciais reservas petrolíferas, a Lei nº 9.478/97 determina que 40% dos recursos oriundos da participação especial sejam direcionados para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de petróleo e gás natural (fl. 84).

25. Também nesse sentido, a ANP já autorizou o levantamento de dados técnicos não exclusivos, conforme previsão contida no inciso III, art. 8º da Lei do Petróleo (Portaria nº 188/98, fls. 88/93). Dez empresas já estão autorizadas a levantar dados não exclusivos em dez diferentes bacias sedimentares e com o compromisso de realizar 241.000 km de linhas sísmicas 2D e de cobrir uma área de 69.049 km² com sísmica 3D (fl.84).

26. Vê-se, portanto, que na escolha dos blocos incluídos nessa Primeira Rodada de Licitações a ANP adotou como critérios a disponibilidade de dados técnicos e a prospectividade dos blocos de forma a atrair eventuais interessados. Segundo a própria Agência, não estão ainda disponíveis dados técnicos sobre todas as áreas em que se poderiam encontrar reservas de petróleo e gás natural no País. Espera-se que, futuramente, em razão dos estudos em andamento, estejam disponíveis informações sobre outras bacias sedimentares.

27. As informações sobre objeto, área, prazo da concessão, fase de qualificação, fase de ofertas garantias e outros dados específicos de uma licitação para concessão do direito de explorar e produzir petróleo e gás natural já constavam do pré -edital, documento lançado em 14/1/1999 e que será avaliado no segundo estágio.

28. No que se refere a viabilidade econômica, a ANP encaminhou algumas informações sobre a dificuldade de se avaliar uma descoberta (Volume II, fls. 268/272) e apresentou a metodologia de avaliação econômica de blocos para o caso do Bloco BM-S-1, localizado na Bacia de Santos (Volume II, fls. 259/267). Esse bloco foi um dos que não recebeu oferta nessa licitação (Volume II, fl. 46).

29. Recomenda-se, portanto, que nas próximas licitações, a ANP encaminhe estudos de viabilidade econômica de todos os blocos a serem licitados.

Relação dos Estudos - item "b"

30. Sobre o item "b", relação dos estudos, a ANP informa que existem estudos técnicos relativos a dados sísmicos, poços já perfurados, dados sobre a geologia das bacias e sobre a infraestrutura existente, mapas técnicos e estudos de viabilidade econômica.

31. Os estudos técnicos foram adquiridos da PETROBRÁS e repassados aos interessados mediante a cobrança da chamada Taxa de Participação.

32. Perguntada sobre os critérios adotados na fixação dessa taxa, a ANP alega que levou em consideração os custos de aquisição e a quantidade de dados oferecidos (fls. 85/86). Assim, as taxas cobradas variaram de US\$ 20.000,00 (Foz do Amazonas) a US\$ 120.000,00 (Bacias de Campos e de Santos).

33. Com a venda dos dados, a ANP arrecadou o equivalente a US\$ 9.715.000,00 (fl.06). O valor combinado entre a PETROBRÁS e a ANP como pagamento pelos dados incluídos nessa licitação foi de US\$ 3.748.830,00 (Volume II, fls. 23/40).

34. Uma última observação sobre a Taxa de Participação: a Agência esclarece que os valores inicialmente fixados foram majorados a partir de 1º/4/99 para evitar que os interessados deixassem o processo de habilitação para o final do prazo. O objetivo foi o de evitar o acúmulo de documentos que teriam de ser analisados num curto período de tempo (fl. 86).

35. A ANP informa ainda que, ao aumentar o valor da Taxa de Participação, foi observado o princípio da isonomia, pois todas as empresas foram comunicadas da adoção desse critério desde o lançamento do pré-edital, em janeiro do ano corrente, e puderam então escolher a melhor oportunidade para o recolhimento dessa taxa.

36. Dessa maneira, entendemos que fica adequadamente respondida uma das questões apresentadas na Decisão nº 351/1999, a de que não estaria sendo cumprido o princípio da isonomia previsto no art. 37, XXI, da Constituição e no art. 40 da Lei nº 9.478/97 (item 8.1.2.3).

Relatório de Impacto Ambiental - item "c"

37. Perguntada sobre o impacto ambiental, a ANP informa que a legislação vigente não exige a realização de estudos de impacto ambiental previamente às licitações para concessão das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural (fl. 85).

38. Em relação ao licenciamento ambiental (fl. 85), todos os trâmites e encargos associados ficam sob a responsabilidade do futuro concessionário. A minuta do contrato de concessão contém cláusula específica sujeitando o concessionário à legislação e regulamentação brasileiras sobre meio ambiente (Cláusula Vigésima). Atualmente, a Resolução CONAMA 23/94 (fls. 94/96), aplicada exclusivamente às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, exige quatro tipos de licenças: Licença Prévia para Perfuração (LPPER); Licença Prévia de Produção para Pesquisa (LPPRO); Licença de Instalação (LI); e Licença de Operação (LO).

39. Nessa fase de licitação, portanto, não podem ser exigidos relatórios de impacto ambiental: é um assunto a ser tratado entre o futuro concessionário, por sua conta e risco, e as entidades governamentais encarregadas de emitir as licenças específicas.

AVALIAÇÃO DO PRIMEIRO ESTÁGIO

40. Considerando que foram apresentados os documentos exigidos na IN nº 27/98, à exceção dos estudos de viabilidade econômica, e que a ANP seguiu as exigências previstas na Lei nº 9.478/97, propomos a aprovação, com ressalva, do primeiro estágio desse processo de desestatização, determinando-se à entidade que, em futuras licitações, apresente os estudos mencionados para todos os blocos.

SEGUNDO ESTÁGIO

41. No segundo estágio são examinados os seguintes documentos:

- a) edital de pré-qualificação;
- b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;
- c) relatório de julgamento da pré-qualificação;
- d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;
- e) edital de licitação;
- f) minuta de contrato;

g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

42. Foi mencionado anteriormente que a licitação para outorga dessas concessões segue o disposto na Lei nº 9.478/97. Dispõem os arts. 23 e 36 da Lei:

"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."

"Art. 36 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"

43. Em seguida, a Lei relaciona os itens que devem constar do edital (arts. 37, 38 e 39) e define as cláusulas consideradas essenciais para o contrato de concessão (arts. 43 e 44).

44. Essas determinações condicionam o acompanhamento desse processo uma vez que a IN nº 27/98 foi elaborada pensando-se nas concessões de uma maneira geral e não levou em conta, e não poderia levar, as particularidades de uma concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural na forma prevista pela Lei do Petróleo.

45. Dessa maneira, não se procederá a análise dos itens b, c e d acima, integrantes desse segundo estágio, pois, na regulamentação expedida pela ANP, a pré-qualificação tem um sentido diferente do que lhe é conferido convencionalmente, como se mostrará a seguir.

46. Relativamente ao edital e à minuta de contrato, o exame será baseado na verificação das exigências contidas na Lei.

PRÉ-EDITAL

47. Conforme previsto na Lei, a ANP expediu a Portaria nº 006/1999 regulamentando os procedimentos a serem adotados nas licitações de blocos destinados à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural.

48. De acordo com essa Portaria, a licitação será constituída das seguintes etapas (art. 4º): pré-qualificação; habilitação; publicação do edital; julgamento da licitação; homologação da licitação e assinatura do contrato de concessão.

49. No que diz respeito a pré-qualificação, o art. 5º da Portaria nº 006/1999 dispõe que, antes da publicação do edital, poderá ser estabelecido um pré-edital, mediante aviso publicado no DOU e em outros jornais e publicações, com o objetivo de tornar disponíveis informações sobre a licitação de blocos e permitir a habilitação dos interessados.

50. Sobre o pré-edital, o art. 6º da Portaria determina que contenha as seguintes informações:

I - objeto da licitação;

II - cronograma da licitação;

III - critérios, parâmetros e documentos necessários para a qualificação técnica, regularidade jurídica e qualificação econômico - financeira;

IV - valor a ser pago para o acesso aos dados;

V - local, período e horário para retirada dos dados técnicos referentes aos blocos;

VI - nome, mapa, localização, área, coordenadas, período de exploração, programas exploratórios mínimos, critérios de devolução e outras informações pertinentes sobre cada bloco que será objeto da licitação;

VII - compromisso de confidencialidade;

VIII - modelo para credenciamento do representante legal do concorrente junto à ANP;

IX - bônus mínimo;

X ? valor da caução.

51. Como a pré-qualificação restringe-se ao pré-edital, e como o pré-edital deve conter as informações determinadas pela Portaria nº 006/1999, cabe então verificar se o pré-edital foi publicado, e se o foi como previsto na Portaria.

52. O Aviso a propósito do pré-edital foi amplamente divulgado: segundo a ANP, foram difundidas informações via Internet (endereço <http://www.Brazil-Round1.com>) e foram contactadas diversas empresas e publicações em todo o mundo (fl. 05 e Volume II, fls. 01/17 e 129/151)

53. As informações que devem constar do pré-edital, de acordo com a Portaria nº 006/1999, estão assim distribuídas:

objeto da licitação ? item 2, fls. 14/19;

cronograma da licitação ? item 1, fl. 13; o item 8.2, h (fl. 38), estabeleceu que o cronograma detalhado seria fornecido no Edital de Licitação;

critérios, parâmetros, e documentos necessários para a qualificação técnica, regularidade jurídica e qualificação econômico-financeira ? item 3, fls.20/29;

valor a ser pago para o acesso aos dados ? item 6, fl. 34;

local, período e horário para retirada dos dados técnicos referentes aos blocos ? item 5, fl.33;

nome, mapa, localização, área, coordenadas, período de exploração, programas exploratórios mínimos, critérios de devolução e outras informações pertinentes sobre cada bloco que será objeto da licitação ? item 2, fls. 14/16;

compromisso de confidencialidade ? item 4, fl. 30;

modelo para credenciamento do representante legal do concorrente junto à ANP ? Anexo 1, fl. 42;

bônus mínimo ? item 2.3, fl. 18;

valor da caução ? item 8.1, fl. 37.

EDITAL E MINUTA DE CONTRATO

Publicidade

54. Em cumprimento ao princípio da publicidade, a ANP fez publicar Avisos anunciando a realização da Primeira Rodada de Licitação no Diário Oficial de 03/5/1999 e em jornais de grande circulação (fls. 97/102).

Lei nº 9.478/97

55. A Seção III, (Capítulo V da Lei), da qual fazem parte os arts. 36, 37, 38 e 39, apresenta as exigências que devem fazer parte do Edital de Licitação; a Seção V contém as cláusulas essenciais de um contrato de concessão. Em outros artigos da Seção VI, artigos 45, 46, 50, 51 e 52, a Lei refere-se a

outras disposições que devem integrar o Edital e a Minuta de Contrato.

56. Apresentamos em seguida uma comparação desses dispositivos com o edital e com a minuta de contrato. Será verificado, também, se foram atendidas as determinações constantes da Decisão nº 351/1999 relativas ao edital e à minuta de contrato.

Artigos 36 e 37

57. O art. 36 informa que a presente licitação obedecerá ao disposto na Lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital. Como o caput do art. 37 dispõe que o edital será acompanhado da minuta de contrato, este instrumento deve ser também pesquisado para verificar os procedimentos da licitação.

58. A seguir, buscaremos no edital e na minuta de contrato as exigências previstas nos incisos do art. 37:

inciso I:

blocos objeto da concessão: são vinte e sete blocos, quatro em áreas terrestres (três na Bacia do Paraná e um na Bacia Potiguar) e vinte e três em áreas marítimas (seis na Bacia de Campos, seis na Bacia de Santos, quatro na Bacia do Espírito Santo, três na Bacia de Camamu, dois na Bacia de Cumuruxatiba, um na Bacia Potiguar e um na Bacia da Foz do Amazonas), fls. 3 e 4, e Volume I, fls. 31/69;

prazo para fase de exploração: a fase de exploração está dividida em períodos, cada um com uma duração diferente (por exemplo, dois períodos de dois anos na bacia potiguar ou três períodos de três anos na bacia da foz do Amazonas). Nessa fase de exploração, ao final de cada período, o concessionário é obrigado a devolver à ANP um percentual da área de concessão original, Volume I, Tabela 1, fl. 31 e Minuta de Contrato, Cláusula Quinta, fls. 79/80;

investimentos: Volume I, Tabela II, fl. 32;

programas exploratórios mínimos: exige-se do concessionário, entre outras coisas, um mínimo de levantamentos sísmicos e de poços perfurados. Se o programa não for cumprido, a ANP executará a Carta de Crédito prevista na Cláusula Décima-Quinta, Volume I, Tabela 2, fl. 32 e Minuta de Contrato, Cláusula Quinta, item 5.2;

inciso II:

requisitos exigidos dos concorrentes, nos termos do art. 25, e os critérios de pré-qualificação, quando este procedimento for adotado: a ANP não adotou critérios de pré-qualificação;

inciso III:

as participações governamentais mínimas, na forma do disposto no art. 45: as participações governamentais (bônus de assinatura, royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área) estão descritas no item 12.1 do Edital, Volume I, fls. 24/25;

a participação dos superficiários prevista no art. 52 da Lei: essa participação corresponde a 1% da produção de petróleo e gás, e é devida ao proprietário da terra onde se localizar a produção conforme o disposto na Portaria ANP nº 143/98, Volume I, fl. 25;

inciso IV:

relação de documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade

técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para o julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta: o Edital, nos itens 6.2, 6.3 e 6.4, estabelece os requisitos para a qualificação técnica, financeira e jurídica, Volume I, fls.09/12. Os itens 6.2 (Qualificação Técnica) e 6.4 (Qualificação Jurídica) foram objeto de determinação na Decisão nº 351/1999 e serão analisados posteriormente;

inciso V:

a expressa indicação de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por desapropriações ou servidões necessárias ao cumprimento do contrato: essa indicação está prevista nos itens 13.4, 18.3 e 18.4 da Minuta de Contrato, Volume I, fls. 95 e 100/101;

inciso VI:

o prazo, local e hora em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e demais elementos e informações, necessários à elaboração das propostas, bem como o custo de sua aquisição: o pré-edital, nos itens 5 e 6 (fls. 31/34), já trazia esse material, que foi repetido no Edital, itens 6.6 e 6.9, Volume I, fls. 13/14 e 15/16. A cobrança de uma taxa mais elevada a partir de 1º/4/99 foi mais um item considerados na Decisão nº 351/1999 e foi devidamente esclarecido na resposta encaminhada pela ANP (ver §§ 34/35 e 117/120).

Artigos 38 e 39

59. Confrontam-se a seguir as exigências do art. 38 com o edital e com a Minuta de Contrato:

inciso I:

comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas: as empresas devem comprovar esse compromisso em modelo a ser fornecido pela ANP, Volume I, item 6.8, fl. 14 e Volume II, fl. 152;

inciso II:

indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade das demais consorciadas: Volume I, Cláusula Décima-Terceira, fls.93/94;

inciso III:

apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio: o item 6.8 exige que as empresas terão que se habilitar individualmente e as habilitadas poderão formar consórcios para apresentação de ofertas (Volume I, fl. 14);

inciso IV:

proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco: o item 6.8 exige que nenhuma empresa, nem tampouco suas afiliadas, conforme definidas no Contrato de Concessão, poderá fazer mais de uma oferta para um mesmo bloco, seja individualmente ou em consórcio, Volume I, fl. 14. Essa questão foi suscitada na Decisão nº 351/1999 e será retomada posteriormente;

inciso V:

outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do

instrumento constitutivo do consórcio (Volume I, fl. 14), na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: o item 6.8 exige a comprovação do compromisso de constituição de consórcio mas não o registro na forma do disposto na Lei nº 6.404/76. Esse item também faz parte da Decisão nº 351/1999 e será avaliado juntamente com a resposta da ANP.

60. Confrontamos a seguir as exigências previstas no art. 39 para as empresas estrangeiras com o disposto no Edital e na Minuta de Contrato:

inciso I:

prova de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, nos termos da regulamentação a ser editada pela ANP: os itens 6.1, 6.2, 6.3 e 6.4 do Edital, Volume I, fls. 09/12, apresentam as provas que serão exigidas tanto de empresas nacionais como de empresas estrangeiras. Cumprindo uma determinação do Tribunal (item 8.1.1 da Decisão nº 351/1999), a ANP expediu uma re-ratificação da Portaria nº 06/1999. Essa questão será retomada quando da avaliação das respostas da ANP a todos os quesitos da Decisão citada;

inciso II:

inteiro teor dos atos constitutivos e prova de que encontra-se organizada e em funcionamento regular, conforme a lei de seu país: itens 6.1 e 6.4 do Edital, Volume I, fls. 09/12;

inciso III:

designação de um representante legal junto à ANP, com poderes especiais para a prática de atos e assunção de responsabilidades relativamente à licitação e à proposta apresentada: Volume I, item 6.1 do Edital e Anexo III, fls. 09 e 116;

inciso IV:

compromisso de, caso vencedora, constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil: no item 10 do Edital, Volume I, fl. 23, está previsto que até, a assinatura do contrato de concessão, os vencedores deverão fornecer, entre outros documentos, o ato constitutivo e suas alterações, devidamente arquivados na junta comercial pertinente, caso a empresa habilitada opte por assinar o Contrato de Concessão através de uma subsidiária ou outra empresa criada para esse fim específico. A Minuta de Contrato, Volume I, fl. 71, também exige que o concessionário seja uma sociedade comercial constituída sob as leis brasileiras. Essa foi mais uma das questões apontadas na Decisão nº 351/1999 e será retomada posteriormente.

Artigos 43, 44 e 45

61. O art. 43 dispõe que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora, e deve conter as seguintes cláusulas essenciais:

inciso I:

definição do bloco de concessão: bloco, nos termos do art. 6º, XIII, da Lei, é a parte da bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural. Como já mencionado, nessa licitação foram ofertados vinte e sete blocos, quatro em áreas terrestres e vinte e três em áreas marítimas, Volume I, fls. 31/69;

inciso II:

prazo de duração da fase de exploração: período de tempo definido para exploração, Volume I, fl. 31 e Minuta de Contrato Cláusula Quinta, fls. 79/81;

condições para prorrogação da fase de exploração: Cláusula Quinta, item 5.1.2, Volume I, fls. 79/80;

inciso III:

programa de trabalho: conjunto de atividades que serão desenvolvidas pelo concessionário ao longo de um ano civil qualquer, Cláusula Décima-Sexta, Volume I, fls. 98/99;

volume do investimento previsto: Volume I, fl.32;

inciso IV:

a) as obrigações do concessionário quanto às participações, conforme o disposto na Seção VI: as participações, art. 45 da Seção VI, são: bônus de assinatura (Volume I, item 4.3, fl. 78); royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área (Volume I, Tabela 1, fl. 31; item 3.2, fl. 77 e item 22.1, fl. 106).

inciso V:

a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase: na assinatura do Contrato, o Concessionário deve fornecer à ANP Cartas de Crédito irrevogáveis de instituições financeiras aceitas pela ANP relativas ao Programa Exploratório Mínimo para o Primeiro Período de Exploração. Os demais procedimentos relativos às garantias, inclusive quanto à devolução da Carta de Crédito pela realização de todo o Programa Exploratório Mínimo, estão na Cláusula Décima-Quinta, Volume I, fls. 97/98;

inciso VI:

a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens: ao final de cada período exploratório o Concessionário é obrigado a devolver à ANP um percentual da área de concessão original de acordo com o disposto no Contrato de Concessão. Os percentuais de devolução estão indicados na Tabela 1, Volume I, fl. 31. As regras para devolução e desocupação aparecem em diversos itens da Minuta de Contrato, dentre eles os de nº 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 5.1.1, 5.3, 8.6, 18.6;

inciso VII:

os procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato: a ANP, diretamente ou por meio de convênios, exercerá o acompanhamento e fiscalização das operações realizadas na área de concessão com o objetivo de assegurar o cumprimento do contrato e da legislação aplicável. A ANP terá livre acesso à área de concessão e às operações em curso, bem como a todos os registros e dados técnicos disponíveis, Volume I, itens 14.1 e 14.2, fls. 96;

os procedimentos para auditoria do contrato: sempre que julgar conveniente e pelo menos uma vez a cada ano, a ANP realizará auditoria financeira e contábil do Contrato, Volume I, item 25.2, fl. 108;

inciso VIII:

a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativas às atividades desenvolvidas: além dos demais documentos exigidos em outras cláusulas do contrato, o Concessionário colocará à disposição da ANP todas as informações necessárias para caracterização do progresso os trabalhos, Volume I, Cláusula Décima -Sétima, fl. 99;

inciso IX:

os procedimentos relacionados com a transferência do contrato, conforme disposto no art. 29: de acordo com esse artigo, são condições para transferência do contrato a preservação do objeto e das condições contratuais, bem como o atendimento, pelo novo concessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP. A transferência deverá ser também autorizada prévia e expressamente pela ANP, Cláusula Vigésima-Sexta, Volume I, fls. 108/110;

inciso X:

as regras para solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional: Volume I, fls. 111/112;

inciso XI:

os casos de rescisão e extinção do contrato: o descumprimento de qualquer cláusula do contrato que não seja corrigida no prazo de noventa dias, após notificação da ANP para esse fim, poderá levar à rescisão. Outros motivos para rescisão contratual: falência, insolvência ou concordata do Concessionário ou de qualquer dos seus integrantes, Volume I, Cláusula Vigésima-Oitava, fls. 10/111. Na hipótese de caso fortuito ou força maior, as partes poderão alterar o Contrato ou decidir pela extinção do mesmo, implicando a extinção da concessão e na devolução da Área de Concessão; Volume I, Cláusula Trigésima, fls. 112/113;

inciso XII:

as penalidades aplicáveis no caso de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais: a Cláusula Vigésima-Sétima, Descumprimento e Penalidades, não menciona as penalidades, referindo-se apenas ao direito à reparação por parte da ANP. A Cláusula Vigésima Oitava trata da rescisão motivada pelo descumprimento do Contrato. A inexistência de uma cláusula especificando as penalidades a que está sujeito o concessionário foi uma das questões constantes da Decisão nº 351/1999 e será tratada na avaliação das justificativas da ANP.

62. O art. 44 obriga o concessionário a:

inciso I:

adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, para segurança das pessoas e dos equipamentos e para proteção do meio ambiente: esse inciso foi integralmente transcrito no item 13.3 (Diligência na Condução das Operações), da Cláusula Décima-Terceira, Volume I, fl. 94;

inciso II:

comunicar à ANP, imediatamente, a descoberta de qualquer jazida de petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos ou de outros minerais: o Concessionário deve notificar à ANP qualquer descoberta, em caráter exclusivo e por escrito, no prazo máximo de setenta e duas horas. A notificação será acompanhada de todos os dados e informações disponíveis pertinentes, Volume I, Cláusula Sexta, fl.

81;

inciso III:

realizar a avaliação da descoberta nos termos do programa submetido à ANP, apresentado relatório de comercialidade e declarando seu interesse no desenvolvimento do campo: a avaliação da descoberta será realizada durante a Fase de Exploração. Se decidir avaliar uma descoberta, o concessionário deve notificar à ANP e entregar uma Plano de Avaliação com a descrição do trabalho que se propõe a executar. Antes do término da Fase de Exploração, o Concessionário poderá efetuar a Declaração de Comercialidade e apresentará um relatório detalhado com os resultados da Avaliação que justifique a proposta de retenção de área para a Descoberta, Volume I, Cláusula Sexta, itens 6.3 e 6.4, e Cláusula Sétima, fls. 81/84;

inciso IV:

submeter à ANP o plano de desenvolvimento de campo declarado comercial, contendo o cronograma e a estimativa de investimento: cento e oitenta dias após a Declaração de Comercialidade, o Concessionário entregará à ANP um Plano de Desenvolvimento preparado de acordo com a legislação aplicável e as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo. Esse Plano deverá estar de acordo com o previsto na Cláusula Nona e deverá apresentar, entre outros aspectos, a duração estimada para a execução do Desenvolvimento, com o cronograma das atividades e os investimentos previstos, acompanhados de estudos de avaliação técnica e econômica (Volume I, fls. 85/86);

inciso 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: a Cláusula Segunda, item 2.2.1, fl. 76. repete essa exigência;

item VI:

adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas: as melhores práticas da indústria do petróleo são as práticas e procedimentos geralmente empregados na indústria do petróleo em todo o mundo, por operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes às aquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações (Volume I, item 1.2.24, fl. 74). A exigência do inciso VI consta da Cláusula -Segunda, item 13.3, fl. 94;

63. O art. 45 enumera as participações governamentais, já previstas no edital de licitação (art. 37, II) que devem constar do contrato de concessão:

inciso I:

bônus de assinatura: Volume I, Cláusula Segunda, item 4.3, fl. 78;

inciso II, III e IV:

royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de áreas: todos esses pagamentos devem ser calculados de acordo com os Decretos e regras promulgados pela União e pela

ANP, Volume I, Cláusula Vigésima-Segunda, item 22.1, fl. 106.

Artigos 46, 50, 51 e 52

64. O art. 46 estabelece que o bônus de assinatura terá seu valor mínimo estabelecido no Edital, corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão e será pago no ato da assinatura do contrato.

65. O item 8.1 do Edital (Volume I, fl. 20) traz os valores mínimos para o bônus de assinatura:

blocos que requerem operadores "A": R\$ 250.000,00

blocos que requerem operadores "B": R\$ 170.000,00

blocos que requerem operadores "C": R\$ 85.000,00

66. A definição do que sejam operadores "A", "B" e "C" está contida no item 6.2, Volume I, fl. 10:

operadora "A" ? empresa qualificada para operar em qualquer bloco oferecido na Primeira Rodada de Licitações;

operadora "B" ? empresa qualificada para operar em qualquer bloco terrestre e em alguns blocos em lâmina d'água rasa;

operadora "C" ? empresa qualificada para operar apenas no bloco BT-POT-2 (bloco terrestre localizado na bacia sedimentar potiguar).

67. Em seguida o Edital apresenta os critérios para que uma operadora seja classificada como operadora "A", "B" ou "C":

produção de óleo equivalente;

operações de exploração e produção on shore;

operações de exploração e produção off shore;

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.

68. Essa foi mais uma das questões objeto da Decisão nº 351/1999 (considerou-se como subjetiva a classificação das empresas como operadora "A", "B" ou "C") e será também vista em um tópico separado.

69. O art. 50 exige que conste do Edital e do Contrato, nos caso de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, o pagamento de participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. O Decreto nº 2.705, de 03/8/98, Capítulo VII, arts. 21 a 27, define e detalha como será calculada tal participação.

70. No Edital, a participação está indicada Volume I, item 12, fl. 25; na Minuta de Contrato, Cláusula Vigésima-Segunda, Volume I, fl. 106.

71. No art. 51 exige que o Edital e a Minuta de Contrato disponham sobre o pagamento pela ocupação ou retenção de área. Esse pagamento deve ser feito anualmente e fixado por quilômetro

quadrado. Esse assunto também foi regulamentado pelo Decreto nº 2.705/98.

72. A participação especial está indicada no item 12 do Edital, Volume I, fl. 25; na Minuta de Contrato, Cláusula Vigésima-Segunda, Volume I, fl. 106.

73. O art. 52 exige que conste do contrato de concessão de bloco localizado em terra cláusula determinando o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP.

74. O item 12.2 do Edital (Volume I, fl. 25) menciona que essa participação, de acordo com a Portaria ANP nº 143/98, deve ser de 1% sobre o valor total da produção de petróleo e gás natural, Volume I, fl. 25. Na Minuta de Contrato o pagamento dessa participação também está indicado na Cláusula Vigésima-Segunda, Volume I, fl. 106).

DECISÃO Nº 351/1999

75. Conforme já mencionado, o Tribunal, na Sessão de 10/6/1999, determinou que a ANP, no prazo de quinze dias, adotasse as providências indicadas nos itens 8.1.1 a 8.1.3, não desse prosseguimento à licitação enquanto essas providências não fossem tomadas e desse ciência ao Tribunal acerca do seu cumprimento (fls. 63/64).

76. Comunicado dessa Decisão por meio do Aviso nº 547-SGS-TCU (fl. 68), de 10/6/1999, o Presidente da ANP, no dia seguinte, em reunião com o Ministro-Relator, apresentou informações e esclarecimentos acerca das providências adotadas para cumprir a determinação desta Corte. Um resumo dessa reunião foi comunicado ao Plenário pelo Ministro-Relator na Sessão de 16/6/1999.

77. A ANP apresentou suas justificativas por meio do Ofício nº 188/99/DZ/GAB (fls. 75/80). No Despacho de fl. 74, de 16/6/1999, o Ministro-Relator determinou a juntada dessa documentação a esse processo para exame em conjunto com as demais questões que seriam abordadas por força da IN nº 27/98. Confrontaremos, a seguir, cada item da Decisão nº 351/1999 com a resposta da ANP.

Item 8.1.1

78. 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 jurídico 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.

Resposta da ANP

79. Atendendo a essa determinação, "procedemos a re-ratificação da Portaria ANP nº 006/99, que será publicada no DOU do dia 14.06.99" (fl. 75).

Comentário

80. De fato, no DOU de 14/06/1999 foi publicada a Portaria ANP nº 105. Uma cópia da Portaria (fls.79/80) foi encaminhada junto com as demais justificativas da ANP.

81. Atentando-se para o conteúdo dessa Portaria, percebe-se que se trata de uma reprodução do que já estava previsto no Edital de Licitação, itens 6.2, 6.3 e 6.4 (Volume I, 09/12) como requisitos para qualificação técnica, financeira e jurídica. Repetiu-se, assim, outro problema identificado pelo Ministro-Relator: o da não apresentação no Edital dos requisitos para classificação do licitante como

operador "A", "B" ou "C" (qualificação técnica), assunto objeto dos §§ 121 a 128 abaixo.

82. No preâmbulo da Portaria nº 105, menciona-se "considerando o disposto nos arts. 23, 35 e 36 e demais dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e tendo em vista a deliberação de que trata a Resolução de Diretoria RD nº 286, de 11 de junho de 1999" (destaquei).

83. O art. 23, já citado, exige que "as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei".

84. O art. 35 é específico para o relacionamento entre a PETROBRÁS e a ANP; o art. 36 impõe que a licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 obedeça ao disposto na Lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital. Se o objetivo era regulamentar o art. 39, inciso I, ele ficou relegado aos demais dispositivos mencionados no preâmbulo da Portaria.

85. A questão acima não pode ser considerada relevante, mas exemplifica a desatenção da ANP em relação a uma determinação do Tribunal e a uma exigência da própria Lei nº 9.478/97. O art. 39 dispõe que o edital de licitação contenha exigência de que a empresa estrangeira apresente, juntamente com sua proposta e em envelope separado, entre outras coisas, prova de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, nos termos de regulamentação a ser editada pela ANP.

86. Se o edital deve conter tal exigência, é por que entendeu-se que da empresa estrangeira deva ser pedida uma documentação diferente da solicitada à empresa nacional. E a regulamentação providenciada pela Portaria nº 105/1999 transcreveu as prescrições constantes do Edital, dando tratamento igual às empresas nacional e estrangeira, diversamente do estabelecido na Lei.

87. Para encerrar o assunto, veja-se a maneira como será avaliada a qualificação financeira. A empresa estrangeira é obrigada, entre outras informações, a apresentar as mesmas demonstrações exigidas pela legislação brasileira. A critério de quem fica a responsabilidade de determinar quais demonstrações serão exigidas, uma vez que nem todos os países seguem os padrões brasileiros de demonstrações financeiras?

88. Entendemos, portanto, que a determinação desta Corte não foi atendida e que se deva fazer uma nova determinação à ANP no sentido de regulamentar o inciso I do art. 39 da Lei nº 9.478/97.

Item 8.1.2.1

89. Incluir no Edital de Licitação 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 de contrato.

Resposta da ANP

90. Sobre o inciso IV do art. 38 (fl. 75), a ANP refere-se ao contido na seção 6.8, página 14 do Edital: "nenhuma empresa, tampouco sua afiliadas, conforme definido no Contrato de Concessão, poderá fazer mais de uma oferta para um mesmo bloco, seja individualmente seja em consórcio".

Comentário

91. A respeito desse item, o Ministro-Relator, em pronunciamento feito ao Plenário em 16/6/1999, reconheceu que, "não obstante a manifestação desta Corte, as exigências apontadas estavam expressamente contempladas no Edital"(Volume II, fl. 273).

Resposta da ANP

92. Sobre o inciso V do mesmo art. 38 (fl. 75), a ANP informa que providenciou um esclarecimento ao Edital, através de uma errata, visto que, embora existisse o compromisso do registro do consórcio, não havia referência expressa à Lei nº 6.404/76. Acrescenta que tal providência foi possível tendo em vista que não se trata de uma alteração de mérito e sim de um esclarecimento.

Comentário

93. O art. 38, inciso V, exige que a outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação fica condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404/76.

94. Embora a ANP não tenha remetido cópia da errata nem informado se foi publicada em algum jornal, verifica-se, na página mantida na INTERNET sobre essa licitação, que esse esclarecimento foi anunciado, conforme cópia juntada ao Volume II, fl. 22.

Resposta da ANP

95. Sobre o inciso IV do art. 39 (fls. 75/76), a ANP esclarece que na página 23 do Edital está estabelecida a necessidade de o concorrente vencedor fornecer, entre outros documentos, o ato constitutivo e suas alterações, devidamente arquivados na junta comercial pertinente, caso a empresa habilitada opte por assinar o Contrato através de uma subsidiária ou outra empresa criada para esse fim específico.

96. A ANP acrescenta que, o contrato de concessão, parte integrante do Edital, especifica em seu cabeçalho, " sociedade comercial constituída sob as leis do Brasil, com sede na....., na cidade , Estado d.. .., inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CGC/MF) sob o nº/. (doravante designada 'Concessionário')".

Comentário

97. O art. 39, IV, exige que, no caso de empresa estrangeira, deva constar do Edital o compromisso de, caso vencedora, constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil.

98. Entendemos que a justificativa da ANP atende à determinação prevista no art. 39, inciso IV.

Resposta da ANP

99. Sobre o inciso XII do art. 43 (fl. 76), a ANP alega que o contrato de concessão, parte integrante do edital, contém vários dispositivos relativos a sanções e penalidades que seguem as práticas da indústria do petróleo. Em seguida cita algumas dessas penalidades:

- perda do direito à avaliação de uma descoberta;
- perda do direito ao desenvolvimento do campo;
- execução das cartas de crédito no valor total dos investimentos obrigatórios;
- encerramento do contrato de concessão.

100. Adicionalmente, acrescenta a ANP, a Cláusula 27.1 do Contrato assegura o direito à reparação da ANP no caso de descumprimento de qualquer das obrigações por parte do Concessionário, nos termos da legislação administrativa, civil ou penal que reger a matéria, sem prejuízo da

responsabilidade civil e penal do Concessionário, inclusive pelo ressarcimento das perdas e danos que a ANP e a União venham a sofrer (destaque da ANP).

101. É mencionado ainda o Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis. O capítulo III desse Decreto detalha as penalidades a que estão sujeitos os responsáveis por infrações cometidas nas mencionadas atividades.

Comentário

102. O art. 43 enumera as cláusulas essenciais de um contrato de concessão. Entre essas cláusulas, a das penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

103. As penalidades indicadas pela ANP, além de outras, estão distribuídas por todo o Contrato. Transcrevemos, a título de exemplo, algumas dessas situações:

item 5.1.3: se o concessionário não fornecer uma Carta de Crédito ao término de Período de Exploração, a Fase de Exploração é automaticamente encerrada e a Área de Concessão original devolvida;

item 5.2.1: o não cumprimento do Programa Exploratório Mínimo dá à ANP o direito de executar a Carta de Crédito;

item 5.3.2: se o concessionário não efetuar a notificação prevista no item 5.3, o Contrato é considerado encerrado, a concessão extinta e toda a Área de Concessão devolvida;

item 7.2: se o concessionário não fizer a Declaração de Comercialidade de uma descoberta avaliada, ou se não entregar o Plano de Desenvolvimento, a Área de Concessão estará sujeita a devolução.

104. São todas penalidades do tipo rescisão, execução da carta de crédito, devolução de área, reparação. Para um contrato de longa duração (mais de vinte e sete anos) e em que deve estar presumida a idéia de um bom relacionamento, tais penalidades são extremas. No caso de descumprimento do contrato, não está prevista a possibilidade de uma gradação de penalidades, como advertência e multa, por exemplo.

105. No contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural assinado com a PETROBRÁS, poderão ser aplicadas, nos termos do item 28.3 e com base no artigo 8º, inciso VII, da Lei, sanções administrativas e pecuniárias cabíveis, conforme previsto no regulamento sobre sanções a ser emitido pela ANP, no qual serão definidos, entre outros aspectos, os casos de advertência e multa, o procedimento para sua aplicação através de auto de infração, os prazos para correção de falhas e pagamento das multas, os juros de mora e outras consequências do não pagamento das mesmas, e os pedidos de reconsideração e recursos a que terá direito o Concessionário (Volume II, fl. 18).

106. O item 28.3 do contrato assinado com a PETROBRÁS dispõe que serão aplicadas as sanções previstas na Cláusula Vigésima-Sétima, quando o descumprimento deste Contrato não tiver caráter de gravidade ou não configurar inadimplemento reiterado, revelador de imperícia, imprudência ou negligência contumazes, independentemente de sua gravidade (Volume II, fl. 20).

107. Se em um contrato de concessão já assinado está prevista a aplicação de penalidades

outras que não a execução da carta de crédito e a rescisão, seria razoável exigir que nos contratos resultantes dessa licitação fosse aplicado o mesmo procedimento.

108. Como a ANP não menciona o regulamento referido no item 27.1 do contrato assinado com a PETROBRÁS, resta saber se o Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999, citado nas explicações da ANP, atende a esse requisito.

109. O Decreto nº 2.953/1999 dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis e dá outras providências.

110. Percebe-se, de início, que o alcance do Decreto é bastante amplo, incluindo tanto as infrações à indústria do petróleo como ao abastecimento nacional. No Capítulo III do Decreto (Penalidades) estão previstas as seguintes sanções:

multa;

cancelamento do registro do produto junto à ANP;

suspensão de fornecimento de produtos;

suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação;

revogação de autorização para o exercício de atividade

111. O art. 28 do Decreto relaciona quatorze diferentes infrações e as multas associadas a cada uma. Embora em algumas dessas infrações haja referência à indústria do petróleo, a maior parte relaciona-se com a atividade de distribuição de combustíveis. Alguns exemplos:

inobservar preços fixados na legislação aplicável para a venda de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível;

Multa: de R\$ 5.000,00 a R\$ 1.000.000,00;

deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento de combustíveis;

Multa: de R\$ 100.000,00 a R\$ 1.000.000,00

sonegar produtos;

Multa: de R\$ 50.000,00 a R\$ 1.000.000,00.

112. As multas definidas no Decreto não são compatíveis com as atividades, complexas, de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural expostas no Edital e na Minuta de Contrato.

113. A essa maneira, entendemos que se deva determinar à ANP a adoção, nesses contratos, do padrão definido no contrato assinado com a PETROBRÁS, no que se refere a aplicação de penalidades, e que seja editada a regulamentação ali prevista.

Item 8.1.2.2

114. Incluir no Edital de Licitação critérios iguais para apresentação de Cartas de Crédito pelos competidores individuais e consórcios, em obediência ao princípio da isonomia.

Resposta da ANP

115. A ANP afirma (fl. 76) que os critérios são iguais para competidores individuais e para consórcios e que, para evitar interpretação dúbia, foi providenciado um esclarecimento às empresas por meio do website específico dessa licitação (www.brazil-round1.com).

Comentário

116. Consultando-se o website citado, verifica-se que a providência acima foi adotada, conforme cópia à fl. 22 do Volume II.

Item 8.1.2.3

117. Incluir no Edital de Licitação idênticos valores para a cobrança de Taxa de Participação, independentemente do seu momento de pagamento, também em obediência ao princípio da isonomia.

Resposta da ANP

118. O fato de os valores da Taxa de Participação terem sido majorados a partir da Publicação do Edital não desobedece o princípio da isonomia: o princípio foi observado pois as empresas tinham conhecimento prévio das condições oferecidas e podiam escolher a melhor alternativa. Buscou-se com esse procedimento, segundo a ANP, incentivar a habilitação das empresas antecipadamente (fl. 76).

Comentário

119. Esse item foi comentado (§§ 34/36 acima) na análise da resposta da ANP ao Ofício 9º SECEX 64/1999 (fl. 73). Segundo a ANP, o objetivo foi o de incentivar a habilitação antecipada dos interessados, evitando o acúmulo de documentos para analisar em um curto período de tempo. E como esse critério foi divulgado antecipadamente, foi observado o princípio da isonomia.

120. Concordamos com a justificativa da ANP: o critério de pagamento da Taxa de Participação foi divulgado com antecedência e todos que escolhessem pagar até 31/3/1999 pagavam o mesmo valor; a partir de 1º/4/1999, cobrou-se um outro valor, maior, mas de todos os interessados.

Item 8.1.2.4

121. Incluir no Edital de Licitação 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 classificação técnica indicada no item 6.2 do Edital, em observância ao princípio do julgamento objetivo das propostas (art. 40 da Lei).

Resposta da ANP

122. Segundo a ANP (fls. 76/77), os critérios do item 6.2 foram adotados porque são adequados para esse tipo de licitação. As informações solicitadas visavam avaliar a capacidade dos participantes em operações, entre outras possibilidades, em terra e no mar, águas profundas e ultra profundas. Esses critérios permitiram classificar as empresas em operadoras A, B ou C.

123. Como exemplo, a ANP cita a exigência para operadora A: comprovar experiência em operações on shore, em águas rasas e profundas.

124. Por último, a ANP ressalta que 57 empresas foram qualificadas tecnicamente e que nenhuma apresentou recurso contra a decisão da Comissão Especial de Licitação (CEL). Fica comprovada, assim, a objetividade dos critérios adotados.

Comentário

125. A resposta da ANP não atende à determinação contida no item 8.1.2.4. O objetivo da

determinação foi o de definir antecipadamente como, a partir dos critérios do item 6.2 do Edital, uma empresa seria classificada como operadora A, B ou C.

126. O exemplo dado, de que a empresa para ser enquadrada como operadora A deva preencher tais e quais requisitos, não consta do Edital; foi uma decisão baseada na subjetividade mencionada no Voto do Ministro -Relator.

127. O fato de não ter havido recurso contra a decisão da CEL não comprova a objetividade dos critérios adotados. Comprova apenas isso: apesar, da subjetividade, as empresas não apresentaram recurso, o que não assegura a repetição dessa situação em outras licitações.

128. Considerando que a licitação já foi realizada, entendemos que se deva fazer à ANP a mesma recomendação contida no item 8.1.2.4 acima: incluir nos próximos editais de licitação critérios objetivos de classificação das empresa como operadora A, B ou C.

Item 8.1.2.5

129. Incluir no Edital de Licitação a exigência de certidões negativas ou declaração expressa firmada pelo dirigente da concorrente interessada, afirmando inexistir qualquer pendência prejudicial à empresa, em substituição ao documento previsto no item 6.4.

Resposta da ANP

130. Segundo a ANP (fl. 77), a documentação apresentada pelos concorrentes é suficiente para comprovar a veracidade das informações prestadas e a idoneidade das empresas, pois vêm firmadas por representante legal da empresa. Os concorrentes ficam, então, sujeitos à sanção prevista no item 6.11 do Edital (inabilitação) e ao disposto no item 28.1 do Contrato de Concessão (rescisão e extinção do contrato).

131. Foram solicitadas ainda demonstrações financeiras consolidadas, auditadas por auditor independente para os três últimos anos, a classificação atual e histórica das empresas interessadas segundo renomadas agências de classificação de risco, ou linhas de crédito, contratos de crédito e outras referências bancárias.

Comentário

A justificativa da ANP não pode ser aceita pelos seguintes motivos:

o caráter subjetivo das informações, apontado pelo Ministro -Relator em seu Voto, não foi afastado;

item 6.11 prevê o cancelamento da habilitação do concorrente pelo descumprimento das disposições do Edital; se o contrato já tiver sido assinado, essa medida já não poderá ser adotada;

a rescisão e a extinção são recursos extremos que poderiam ser evitados, no caso, com a solicitação de certidões negativas ou de declarações na forma sugerida pelo Ministro -Relator;

as demonstrações financeiras auditadas e a classificação do interessado pelas agências de risco não garantem a veracidade das declarações apresentadas: a auditoria apenas assegura maior credibilidade às demonstrações financeiras enquanto as agências de risco fazem classificações com base em informações disponíveis e conhecidas.

133. Entendemos, portanto, que, nas próximas licitações, devam ser solicitados dos participantes, relativamente à qualificação jurídica e em substituição aos comentários previstos no item

6.4 do Edital, certidões negativas ou declaração expressa dos dirigentes afirmando

inexistir pendências judiciais capazes de acarretar a insolvência, falência ou outro evento prejudicial à empresa, como consta do Voto do Ministro-Relator.

Item 8.1.2.6

134. Incluir no Edital de Licitação a exigência de 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 art. 156 e 157 do Código de Processo Civil.

Resposta da ANP

135. Os documentos aceitos em inglês são a procuração, o termo de confidencialidade e a carta de crédito. A procuração e o termo de confidencialidade são notarizados e consularizados e já está sendo providenciada a sua tradução. Quanto a carta de crédito, quando emitida por banco estrangeiro, serão executados, se for o caso, na praça de pagamento no exterior, não havendo necessidade de traduzi-las para o português para que sejam executadas (fl. 77).

Comentário

136. Concordamos com a justificativa da ANP; já que se providenciou a tradução das procurações e do termo de confidencialidade, que essa exigência seja incluída nos próximos editais.

Item 8.1.2.7

137. Incluir no Edital de Licitação 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 outro regulamento que venha a substituí-la.

Resposta da ANP

VIDE INTEIRO TEOR NO DOCUMENTO ORIGINAL

Voto do Ministro Relator

Como se pode observar, a Unidade Técnica procedeu a um exame minudente dos três estágios da primeira licitação realizada pela Agência Nacional de Petróleo ? ANP, relativa às primeiras concessões de áreas para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cotejando uma a uma as exigências contidas na Lei nº 9.478, de 06.08.97, com o inteiro teor do Pré-edital, do Edital e da minuta do contrato.

2. Como ressaltou a 9ª SECEX, a respeito do primeiro estágio, a ANP, exceto pelos estudos de viabilidade econômica, encaminhou os documentos exigidos na IN/TCU nº 27/98 e justificou os motivos pelos quais deixou de encaminhar parte deles, tendo observado as exigências previstas na Lei nº 9.478/97.

3. Não obstante as dificuldades alegadas pela ANP para verificar a viabilidade econômica de um bloco, concordo com a Unidade Técnica que seria importante que a Autarquia desenvolvesse estudos de forma a proceder a uma avaliação de tais blocos nas futuras licitações, encaminhando os resultados a esta Corte. Tal providência assegurará maior transparência aos procedimentos adotados, evitando dúvidas sobre a possível negociação do patrimônio nacional a preços defasados. Concordo, por isso mesmo, com a

proposta de que seja aprovado o primeiro estágio do procedimento, sem prejuízo de que seja feita a determinação sugerida pela 9ª SECEX.

4.Com relação ao segundo estágio, coloco-me de acordo também com a Unidade Técnica, quando sugere seja o mesmo aprovado com ressalvas, e determinado à Autarquia que adote as providências consignadas no item 161, alíneas "b" da instrução, cujo teor adotei como meu relatório.

5.De fato, não obstante as falhas apuradas, não restou comprovado qualquer ato lesivo ao Erário ou a terceiro, sendo certo, inclusive, que o procedimento licitatório se desenvolveu em todas as suas etapas sem notícia da interposição de recursos.

6.Todavia, relativamente à hipótese prevista no inciso IV, do art. 39, objeto da determinação contida no item 8.1.2.1, da Decisão nº 351/1999 ? TCU ? Plenário, não obstante concordar que a matéria está regulamentada no edital e na minuta do contrato, entendo, de todo prudente, que a ANP deva fazer constar dos próximos editais de licitação exigência no sentido de que a empresa estrangeira apresente documento escrito assumindo o compromisso de, caso vencedora, constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil.

7.Concordo, ainda, com a Unidade Técnica quando sugere seja aprovado o terceiro estágio do procedimento, uma vez cumpridas as exigências da Lei nº 9.478/97.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 04 de agosto de 1999.

ADHEMAR PALADINI GHISI

Ministro-Relator

Assunto

VII - Acompanhamento

Ministro Relator

ADHEMAR GHISI

Unidade Técnica

9ª SECEX

Decisão

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

8.1 aprovar com ressalva os três estágios da "Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Permissão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, realizada pela Agência Nacional de Petróleo ? ANP";

8.2 determinar à Agência Nacional do Petróleo ? ANP que:

8.2.1 em relação ao primeiro estágio, encaminhe ao Tribunal de Contas da União, em futuras licitações, os estudos de viabilidade econômica para todos os blocos que façam parte dessas licitações, conforme previsto na alínea "a", inciso I, art. 7º, da Instrução Normativa TCU nº 27/98;

8.2.2 em relação ao segundo estágio:

8.2.2.1 regulamente o inciso I do art. 39 da Lei nº 9.478/97 uma vez que a regulamentação promovida pela Portaria ANP nº 105/1999 não atendeu ao disposto no item 8.1.1 da Decisão nº 351/1999;

8.2.2.2 adote para os contratos decorrentes da "Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Permissão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural" o mesmo padrão utilizado nos contratos já assinados com a PETROBRÁS no que se refere à aplicação de penalidades, ante o que dispõe o art. 43, inciso XII, da Lei nº 9.478/93;

8.2.2.3 edite regulamentação relativa às penalidades previstas nos contratos assinados com a PETROBRÁS;

8.2.2.4 defina, para as próximas licitações, critérios técnicos objetivos para a classificação das empresas como operadoras A, B ou C, incluindo-os nos respectivos editais;

8.2.2.5 exija, nas próximas licitações, a tradução das procurações e dos termos de confidencialidade;

8.2.2.6 exija, nas próximas licitações, em substituição aos comentários previstos no item 6.4 do edital da "Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Permissão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural", certidões negativas ou declarações expressas dos dirigentes da concorrente interessada afirmando inexistirem pendências judiciais capazes de acarretar a insolvência, concordata, falência ou outro evento prejudicial à empresa;

8.2.2.7 exija nos próximos editais de licitação que a empresa estrangeira, na fase de habilitação, apresente documento escrito assumindo o compromisso de, caso vencedora, constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, ante o que dispõe expressamente o inciso IV, art. 39, da Lei nº 9.478/97;

8.3. restituir os autos à 9ª SECEX para que seja dado prosseguimento ao acompanhamento do processo de concessão;

8.4. encaminhar cópia da presente Decisão, bem como o Relatório e do Voto que a fundamenta à Senhora Procuradora da República no Estado do Rio de Janeiro, Dr^a Adriana de Farias Pereira, por intermédio do Senhor Procurador-Geral da República.

Quorum

Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Marcos Vinícios Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

Sessão

T.C.U., Sala de Sessões, em 4 de agosto de 1999