



FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES
CONSULTA PÚBLICA Nº 3/2012 – DE 05/03/2012 a 03/04/2012

INSTITUIÇÃO: BG E&P BRASIL LTDA.

Consulta Pública sobre Regulamentação que estabelece os critérios e procedimentos para o credenciamento de Instituições de Pesquisa e Desenvolvimento, conforme previsto nos Contratos para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e/ou Gás Natural.		
ARTIGO DA MINUTA DE RESOLUÇÃO / ITEM DA MINUTA DE REGULAMENTO	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
4. REQUISITOS GERAIS PARA CREDENCIAMENTO Item 4.3.4. Fica vedada a subcontratação de atividades de pesquisa e desenvolvimento e de programas de formação de recursos humanos desenvolvidos no âmbito dos projetos e dos programas das Cláusulas de destinação de recursos para Pesquisa e Desenvolvimento	Incluir a possibilidade de parcerias tecnológicas e/ou subcontratação das instituições credenciadas com empresas nativas e incubadas, uma vez que estas também são desenvolvidas a partir dos departamentos de universidades, as quais, muitas vezes, já são consideradas aptas para aporte dos investimentos em P&D pelos concessionários.	Justificativas no texto abaixo.
10. PENALIDADES 10.7. A partir da data de publicação da Suspensão no Diário Oficial da União, e até que sejam sanadas as pendências, fica vedado o repasse de recursos das Cláusulas de destinação de	Alterar para “10.7. Ficam vedadas novas contratações com recursos da Cláusula de Investimentos em P&D a partir da data de publicação da Suspensão do credenciamento no Diário Oficial da União, e até que sejam sanadas as pendências.”	Justificativas no texto abaixo.

recursos para Pesquisa e Desenvolvimento		
10. PENALIDADES 10.14. Fica vedado o repasse de recursos decorrentes das Cláusulas de destinação de recursos para Pesquisa e Desenvolvimento a partir da data de publicação do Cancelamento do credenciamento no Diário Oficial da União.	Alterar para “10.14. Ficam vedadas novas contratações com recursos da Cláusula de Investimentos em P&D a partir da data de publicação do Cancelamento do credenciamento no Diário Oficial da União, e até que sejam sanadas as pendências.”	Justificativas no texto abaixo.

Este formulário deverá ser encaminhado à ANP para o endereço eletrônico: consulta_credenciamento@anp.gov.br, fax (21) 2112 8389, ou diretamente em um dos protocolos da ANP indicado no item 2.1 do Aviso dessa Consulta Pública.



FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES

CONSULTA PÚBLICA Nº 3/2012 – DE 05/03/2012 a 03/04/2012

JUSTIFICATIVAS

“4. REQUISITOS GERAIS PARA CREDENCIAMENTO

Item 4.3.4 Fica vedada a subcontratação de atividades de pesquisa e desenvolvimento e de programas de formação de recursos humanos desenvolvidos no âmbito dos projetos e dos programas das Cláusulas de destinação de recursos para Pesquisa e Desenvolvimento.”

A cláusula de Investimento em Pesquisa e Desenvolvimento nos Contratos de Concessão determina o seguinte:

24.1.3 Até 50% (cinquenta por cento) das Despesas Qualificadas com Pesquisa e Desenvolvimento poderão ser realizadas através de atividades desenvolvidas em instalações do próprio Concessionário ou suas Afiliadas, localizados no Brasil, ou contratadas junto a empresas nacionais, independentemente do fato destas envolverem ou estarem relacionadas às Operações deste Contrato. O restante deverá ser destinado à contratação dessas atividades junto a universidades ou institutos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico nacionais que forem previamente credenciados para este fim pela ANP, independentemente do fato destas envolverem ou estarem relacionadas às Operações deste Contrato.

As nativas ou incubadas em incubadoras, por sua vez, são caracterizadas por serem micro e pequenas empresas de base tecnológica criadas no ambiente das atividades de pesquisa das próprias ICTs, conforme arts. 9º e 27 da Lei 10.973/2004 (“Lei de Inovação”), transcritos abaixo:

Art. 9 da Lei de Inovação: “É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.”

Artigo 27, inciso IV da Lei de Inovação: “Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes: (...) dar tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das ICTs.¹”

¹ ICT - Instituição Científica e Tecnológica: “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico”, conforme definição do Art. 2º, inciso V da Lei 10.973/2004.

Nesse sentido, considerando que as nativas e incubadas estão direta ou indiretamente subordinadas às Universidades, assim como as Instituições de Pesquisa, estas são verdadeiras extensões da Universidade, e fechariam o ciclo do desenvolvimento, finalidade das regras aplicadas pela ANP. A nova regra deveria prever, portanto, a possibilidade de parceria com empresas nativas ou incubadas em incubadoras.

Com isso, os investimentos realizados pelos concessionários não seriam realizados somente nas áreas de pesquisa científica, mas também no desenvolvimento de inovação. Isso contribuiria, por sua vez, na criação de novas empresas, serviços e tecnologias aplicadas à indústria de petróleo e gás e na criação de conteúdo local.

É muito comum que Universidades, como, por exemplo, a Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, por meio de seu órgão suplementar COPPE², firmem acordos de cooperação e intercâmbio científico com empresas nativas ou incubadas.

Com efeito, fica evidente que o objetivo do referido marco legal é estimular a parceria tecnológica entre as Instituições de Pesquisa e as empresas nativas ou incubadas – que contribuem para a valorização econômica da produção tecnológica da pesquisa realizada - de forma que a própria Universidade possa fechar o ciclo de inovação de forma autônoma.

* * *

“10. PENALIDADES

10.7 A partir da data de publicação da Suspensão no Diário Oficial da União, e até que sejam sanadas as pendências, fica vedado o repasse de recursos das Cláusulas de destinação de recursos para Pesquisa e Desenvolvimento

10.14. Fica vedado o repasse de recursos decorrentes das Cláusulas de destinação de recursos para Pesquisa e Desenvolvimento a partir da data de publicação do cancelamento do credenciamento no Diário Oficial da União.”

A desconsideração dos investimentos realizados antes e após o cancelamento ou suspensão do credenciamento de uma Instituição de Pesquisa e Desenvolvimento (“Instituição de Pesquisa”) credenciada deve ser confrontada com os princípios e parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Uma vez que a regra imposta pela ANP tem como objetivo fomentar a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, as penalidades aplicadas não devem ser excessivamente extensas, a ponto de desconsiderar os investimentos já realizados de boa-fé ou encerrar precocemente projetos nos quais o concessionário já tenha investido grande quantia. Neste sentido, a providência administrativa não poderia ser mais extensa ou mais severa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra, por consistir em um transbordamento da finalidade legal³.

² Normas de Credenciamento de Empresas Nativas da COPPE/UFRJ, disponível em <www.coppetec.coppe.ufrj.br/site/intranet>).

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 28ª edição, 2011, p. 79.

O **princípio da proporcionalidade** se divide em três elementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A **adequação** ‘impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes’; a **necessidade** traz a idéia de que ‘o cidadão tem direito à menor desvantagem possível’ e, por fim, o princípio da **proporcionalidade em sentido estrito** é ‘entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim’⁴.

A desconsideração, por parte da ANP, dos investimentos já contratados ou o encerramento precoce de projetos realizados por uma Instituição de Pesquisa que porventura tenha seu credenciamento suspenso ou cancelado não obedece à adequação da norma, visto que interrompe a prossecução do fim da norma que obriga os concessionários a realizarem investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (“P&D”). Adicionalmente, tal penalidade também não obedece aos elementos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, já que desconsidera os investimentos em P&D já realizados e os projetos já em andamento, sendo, portanto, uma medida desproporcional à finalidade da regra.

A penalidade aplicada deve obedecer ao **princípio da razoabilidade**, devendo ser aferida a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública⁵. Caso a penalidade aplicável preveja que a suspensão e/ou o cancelamento do credenciamento de uma Instituição de Pesquisa deva levar ao cancelamento da contratação dos investimentos em P&D já realizados e dos projetos em andamento, tal penalidade terá caráter claramente abusivo, uma vez que a contratação de determinada Instituição de Pesquisa levou em conta sua condição no momento em que tal contratação foi realizada, não sendo possível prever se esta se tornará inidônea a qualquer tempo futuro. Vale lembrar, ainda, que no momento da contratação a Instituição de Pesquisa era devidamente credenciada pela ANP, havendo, portanto, a chancela desta agência quanto à idoneidade da instituição quando da decisão pelo concessionário de nela fazer investimentos.

Adicionalmente, a aplicação de tal penalidade feriria o **princípio da segurança jurídica**, ao qual está ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas⁶. Por este princípio, visa-se evitar alterações surpreendentes que desestabilizem a situação dos administrados e, ainda, minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso⁷. Assim, impor a sanção prevista a todo o investimento realizado em uma Instituição de Pesquisa traz insegurança jurídica aos concessionários, uma vez que os investimentos realizados por estes podem ser, a qualquer momento, considerados nulos pela ANP, caso a Instituição de Pesquisa receptora destes investimentos tenha seu credenciamento suspenso ou cancelado.

Importa notar que com base na **Teoria do Adimplemento Substancial**, ao aplicar a penalidade de suspensão ou cancelamento do credenciamento da Instituição de Pesquisa, a ANP não pode desconsiderar os investimentos já realizados pelo concessionário e vedar o repasse dos recursos de um projeto em andamento se a Instituição de Pesquisa tiver cumprido consideravelmente com as suas obrigações perante a ANP com relação ao referido projeto e tiver agido de acordo com os princípios da boa-fé objetiva para sanar eventuais contingências.

Assim, deve-se avaliar se o descumprimento da obrigação assumida pela Instituição de Pesquisa que ensejou a aplicação da penalidade de suspensão ou cancelamento, **confrontado com a boa-fé objetiva**,

⁴ *Idem*, p. 110.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, p. 94.

⁶ *Idem*, p. 100.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 87.

justifica a paralisação e até mesmo o encerramento precoce do projeto, no qual o concessionário já tenha investido grandes quantias.

Ademais, de acordo com a jurisprudência firmada pelo STJ, anexa ao presente formulário (**Anexo I**), **a declaração de inidoneidade** – equiparável à penalidade de cancelamento por ser uma sanção extremamente grave e pressupor a prática de conduta igualmente séria – **só produz efeitos para o futuro (efeito “ex nunc”)**, sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.

Nesse sentido, a proibição do repasse de recursos para Instituições de Pesquisa que tiverem seu credenciamento suspenso ou cancelado, em se tratando de projetos em andamento, fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de adotar uma postura contrária ao e excessivamente mais severa que o entendimento jurisprudencial que estabelece que a penalidade aplicada só deve produzir efeitos em contratos futuros.

Deve-se notar, por fim, que se mantida a redação original dos itens 10.7 e 10.13 do Regulamento proposto, e caso sejam desconsiderados os investimentos já feitos em Instituições de Pesquisa cujo credenciamento com a ANP fosse posteriormente suspenso ou cancelado, teríamos potencialmente o **inadimplemento fortuito** pelos concessionários de sua obrigação de investimento.

De acordo com Orlando Gomes, a inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor⁸. Dessa forma, o dever de prestar a obrigação não pode ser exigido além de um limite razoável.

Em vista disso, em caso de **inadimplemento fortuito**, ou seja, caso a Agência mantenha a postura de desconsiderar os investimentos realizados em projetos em andamento, em função da suspensão ou cancelamento do credenciamento da Instituição de Pesquisa, não se pode exigir do concessionário o cumprimento integral da obrigação de investimento em pesquisa e desenvolvimento, conforme disposto na cláusula vigésima quarta do Contrato de Concessão.

Nesta hipótese, a ANP deve ao menos conceder um novo prazo razoável para o cumprimento da obrigação, considerando que parte dos investimentos do concessionário foi desconsiderada, devido a um fato estranho e alheio à sua vontade.

⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense Ed., 2007, p. 176.

ANEXO I
JURISPRUDÊNCIA STJ

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – EFEITOS. 1. O aresto embargado (após intenso debate na Primeira Seção) examinou de forma devida o ato impugnado, adotando o entendimento de que a sanção de inidoneidade deve ser aplicada com efeitos "ex nunc". 2. Aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade hierarquicamente superior apontada coatora, ao prestar informações, defende o mérito do ato impugnado. 3. A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93. 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para prestar esclarecimentos (Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 13101 Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça).

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos. 2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88). 3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade. 4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento. 5. Segurança denegada (Mandado de Segurança nº 13101 Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. 1. Ainda que reconhecida a ilegitimidade da utilização, em processo administrativo, de conversações telefônicas interceptadas para fins de instrução criminal (única finalidade autorizada pela Constituição - art. 5º, XII), não há nulidade na sanção administrativa aplicada, já que fundada em outros elementos de prova, colhidas em processo administrativo regular, com a participação da empresa interessada. 2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93. 3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante. 4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 13964, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. 1. Devem ser providos os presentes embargos para fazer constar da ementa do acórdão do recurso especial, conforme está no voto condutor, que a declaração de inidoneidade reconhecida como legítima só produz efeitos ex nunc. 2. Inexistência de omissão sobre a presença de provas concretas a ensejar a declaração de inidoneidade. 3. Acórdão que está fundamentado no reconhecimento de validade das provas concretas analisadas pela administração pública, inclusive as constantes do Inquérito 544/STJ, para que, com base nelas, a declaração de inidoneidade fosse decretada. 4. Embargos de declaração parcialmente providos para suprir a omissão constatada, sem emprestar-lhes efeitos modificativos. Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Castro Meira. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Humberto Martins (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. EDcl no MS 13041 / DF).