



Copyright 2004, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico Científico foi preparado para apresentação no 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, a ser realizado no período de 2 a 5 de outubro de 2005, em Salvador. Este Trabalho Técnico Científico foi selecionado e/ou revisado pela Comissão Científica, para apresentação no Evento. O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho será publicado nos Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás

A PERIODICIDADE E A INDETERMINAÇÃO DOS CONTRATOS DE CESSÃO DE ESPAÇO E ARRENDAMENTO DE INSTALAÇÕES DE ARMAZENAMENTO DE COMBUSTÍVEIS PARA FINS DE OBTENÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO: EXIGÊNCIAS DA PORTARIA 202/99 DA ANP

Diogo Pignataro de Oliveira ¹

¹ Bacharelando do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Aluno Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural - PRH-ANP/MCT nº 36; Av. Getúlio Vargas, 550, apto 701, Petrópolis, Natal/RN;
diogopo@digizap.com.br

Resumo – O presente trabalho objetiva-se a realizar uma análise acerca dos contratos de cessão de espaço e de arrendamento de instalações de combustíveis para fins de obtenção de autorização para o exercício da atividade de distribuição dos mesmos. A Portaria 202/99 da ANP, que regulamenta e estipula as exigências e os requisitos para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis, dispõe acerca da necessidade de o distribuidor ter uma base própria para armazenar uma tancagem mínima de combustível. Ocorre que essa base própria pode ser arrendada a um terceiro ou pode ter-se complementada a tancagem mínima com a cessão de espaço de um terceiros. Tais fatos originam os ditos contratos em apreço. Essa análise, portanto, dar-se-á tendo em vista a possibilidade de caracterização desses contratos em relação a sua periodicidade e a sua indeterminação, ou seja, em face da possibilidade de ajustes periódicos e a sua duração temporal.

Palavras-Chave: Distribuição; Combustíveis; Contratos; Cessão de Espaço; Arrendamento.

Abstract – The present paper is aimed at accomplishing an analysis of the space cession and leasing agreements for fuel installations in order to obtain the authorization to the activity of fuel distribution by the government. The ANP norm 202/99, that regulates and stipulate the exigencies and the requisites to exercise that fuel distribution activity, states on the necessity imposed to the distributor of having a proper base to store a minimal fuel quantity. That base can be leased to a third party or the distributor can have its minimum quantity complemented by a space cession by a third. These facts origins the present agreements. Hence, it will be done the proposed analysis bearing in mind the possibility of characterization of these agreements according to their periodic terms and their temporal indetermination.

Keywords: Distribution; Fuel; Agreements; Space Cession; Leasing.

1. Introdução

Trata o presente trabalho de questão relacionada à possibilidade jurídica de formulação e celebração de certos tipos de contratos, pactuados entre particulares de maneira periódica e indeterminada, tendo em vista a obtenção de autorização para o exercício da atividade de distribuição junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biodiesel (ANP), bem como procurar-se-á analisar as peculiaridades que permeiam a feitura dos mesmos a fim de que se atinja os resultados jurídicos pretendidos, como, por exemplo, com relação a determinação ou não de seu prazo e a necessidade de sua homologação perante a ANP.

A situação fática que compreende a questão suscitada diz respeito à necessidade que impõe uma Portaria da ANP, portanto uma norma infralegal, de que, para se obter a autorização da Agência para o efetivo exercício da atividade de distribuição de combustíveis é necessário e indispensável, dentro outros requisitos postos, que o distribuidor possua base própria ou arrendada para fins de armazenar os combustíveis que serão objetos da atividade daquela distribuidora.

Esta dita norma é a Portaria nº 202 de 30/12/1999, publicada no DOU em 31/12/1999 e republicada no DOU em 3/5/2004, que estabelece os requisitos a serem cumpridos para acesso a atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos.

A Portaria ANP nº 29, de 9/2/1999, publicada no DOU em 10/2/1999, também será de certa valia para o nosso estudo, apesar das revogações trazidas em seu texto, uma vez que a mesma estabelece a regulamentação da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos.

Resta dúvida, pois, acerca da realização e homologação desses contratos, em caso de serem os mesmos de curta duração, com prazos de 10 (dez) a 15 (quinze) dias, bem como periódicos, revelando premente necessidade de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca do assunto.

2. Dos Contratos de Cessão de Espaço e Arrendamento de Instalações para Armazenamento e Distribuição de Combustíveis

A Portaria 202/99 da ANP, que veio regular as atividades de distribuição de combustíveis no âmbito nacional, é a norma encontrada dentro do nosso ordenamento jurídico responsável por elencar os requisitos básicos atinentes à obtenção de autorização junto à ANP para o exercício das atividades acima descritas.

Nem entraremos no mérito da discussão relativa à natureza jurídica do ato administrativo em apreço, tal seja, a autorização, e, por conseguinte não analisaremos a possibilidade ou não da ANP requisitar outras condições ao distribuidor que não aquelas relacionadas na Portaria 202/99. Não em virtude da não relevância do tema, mas sim por não constituir o objeto a que se presente este parecer.

O que de fato buscaremos no caso em tela será efetuar uma avaliação jurídica em torno de um dos requisitos postos pela ANP para que a distribuidora logre êxito no seu pedido de autorização para o exercício da atividade junto a ANP.

Neste sentido, ponderaremos a interpretação literal e sistemática das disposições da Portaria 202/99, a fim de ter por concluída a análise que visa, prioritariamente, atentar para os aspectos da possibilidade da celebração de contratos dessa natureza por tempo indeterminado e da homologação dos mesmos pela ANP.

É de bom alvitre ressaltar que a ANP foi criada com o fim de regular a atividade petrolífera no Brasil após a edição da Lei 9.478/97 (LP), ou seja, após a mudança trazida pela EC 09/95 na forma do exercício do monopólio do petróleo e do gás no país. Portanto, a autarquia de regime especial atua como um braço do Estado na área petrolífera ao passo que pretende regular a atividade econômica desenvolvida pelos vários atores atuantes nesse ramo.

Essa é a determinação legal nos dada pelo art. 8º, XV da LP:

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

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Nesse desiderato, os professores Marcos Juruena Villela Souto e Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicam os motivos pelos quais foram criadas as agências reguladoras. “O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abranger todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo”. (SOUTO, 2002). “Com efeito, essa competência normativa atribuída às

agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Paramentos, e que depois se prolemtam nas escolhas administrativas discricionárias...” (MOREIRA NETO, 2001)

Dessa forma, a ANP nada mais fez do que tentar cumprir com um dos mandamentos legais que lhes fora outorgado, qual seja, a regulação e autorização das atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, estatuinto, para tanto, requisitos e condições indispensáveis por meio da supramencionada Portaria 202/99.

Nesse contexto, a ANP atua de forma a regular todo o mercado de petróleo e gás, inclusive o abastecimento de combustíveis, editando para tanto normas advindas de suas autoridades representativas. Essa competência destinada à sua esfera se denomina poder normativo, encontrando nas palavras de Hely Lopes Meirelles válidas lições ao estatuir que “No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Desse modo, está reconhecida a possibilidade das autarquias elaborarem portarias com o intuito de regulamentar determinadas matérias normativas”. (MEIRELLES, 2001)

O sistema nacional de combustíveis é regido, podemos assim afirmar, por princípios de direito público, em razão da própria natureza de serviço público que o mesmo adquire, o que, por conseguinte, importa dizer que a obediência ao princípio da reserva legal tem inigualável importância. Dessa forma, inconcebível que os agentes privados explorem comercialmente serviço público de fornecimento de bens necessários ao consumo do povo, sem, entretanto submeter-se à disciplina jurídica própria, que nada mais é do que a relacionada pela ANP, no cumprimento dos mandamentos constitucional e legal.

Para o exercício da atividade de distribuição, ou seja, da atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis, e que compreende a aquisição, armazenamento, transporte, comercialização e o controle de qualidade dos combustíveis, é condição *sine qua non* que se atenda dois requisitos básicos. O primeiro é possuir registro de distribuidor e o segundo é o de possuir autorização para o exercício da atividade de distribuição, conforme nos leciona o art. 2º, I e II da Portaria 202/99.

O primeiro é obtido inicialmente e não condiz com a análise a ser feita no momento. Já no segundo requisito, a obtenção da autorização pela ANP, é que se encontra presente a exigência que nos pusemos a avaliar. Nessa esteira, para o recebimento da autorização, que é o segundo passo para a atuação na área, se faz indispensável o atendimento de determinados requisitos postos na Portaria 202/99 da ANP.

Os rigores e requisitos observados nas disposições em comento das Portarias específicas ao setor de distribuição de combustíveis, a saber, a 202/99 e a 29/99, amparam-se em face da exigência da garantia da prestação adequada de serviços públicos e da própria definição feita pelo legislador na Lei 9847/99 do abastecimento nacional de combustíveis como sendo atividade de utilidade pública.

Nesse diapasão, assim prescreve o art. 10º da Portaria 202/99:

Da Autorização para o Exercício da Atividade de Distribuição

Art. 10. A autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos, somente será concedida se a pessoa jurídica atender aos seguintes requisitos:

I - possuir registro de distribuidor; e

II - possuir base, própria ou arrendada, com instalações de armazenamento e distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos, autorizada pela ANP a operar, com capacidade mínima de armazenamento de 750 m³ (setecentos e cinquenta metros cúbicos).

Objetiva o inciso II do art. 10º evitar o estabelecimento de distribuidoras que funcionem de maneira precária, muitas vezes inclusive atuando de forma a prejudicar o mercado. O que se propôs foi, então, exigir um requisito que pretendesse proteger e melhor corresponder aos anseios para um melhor abastecimento nacional de combustíveis.

O que se fez, destarte, foi se estatuir a indispensabilidade de ter o requerente à autorização base própria para armazenamento de combustíveis com capacidade mínima de 750 m³, que este arrende alguma para si, ou mesmo que complemente a sua tancagem com a cessão de espaço de uma instalação de um terceiro.

No caso da base própria ser efetivamente de propriedade da empresa não há questão a se enfrentar. Todavia, o que se põe é exatamente no que concerne à possibilidade dessa base própria poder vir a ser uma base arrendada ou de se ter um espaço seu cedido a um terceiro para fins de adequação aos mandamentos normativos da ANP.

O arrendamento é entendido como um contrato pelo qual uma das partes concede à outra o gozo temporário de um prédio, no todo ou em parte, mediante retribuição. No caso concreto, o prédio a ser concedido a gozo é a base própria em si, utilizando-se a mesma para as finalidades sobre as quais se assentam os objetivos da Agência ao se exigir tal tipo de requisito para as distribuidoras.

Apesar de tratarem, à primeira vista, do mesmo caso concreto, há, contudo, certas diferenças pontuais entre os contratos com fins de adequação à Portaria 202/99 da ANP de arrendamento e os de cessão de espaço, tendo em vista a distinta disciplina jurídica relacionada a ambos nas Portarias editadas pela ANP sobre os mesmos.

No entanto, esses contratos de arrendamento, para serem considerados como suficientes aos ditames visionados pela ANP necessitam serem redigidos de maneira formal, comprovando-se à ANP, assim, a sua existência e validade jurídica. Omissis o é em relação aos de cessão de espaço. Não é a outra a interpretação da leitura do parágrafo 1º do art. 10º da Portaria 202/99:

§ 1º A comprovação da condição de proprietário ou de arrendatário, de que trata o inciso II, deverá ser feita, respectivamente, mediante apresentação de cópia autenticada da Certidão do Registro de Imóveis ou do instrumento contratual de arrendamento.

3. Da Indeterminação e da Periodicidade dos Contratos e sua Aplicação ao Caso Concreto

Os contratos, de uma maneira geral, podem ser classificados com relação à condição resolutiva que limita a duração de um contrato em contratos por tempo determinado e por tempo indeterminado. Quando as partes estipulam uma data certa para o termo final do instrumento, tem-se o contrato por tempo determinado, conhecido sua duração desde já.

Por seu turno, os contratos por tempo indeterminado têm como característica a sua imprevisibilidade temporal, sua indeterminação quanto à duração do mesmo, assim como quanto ao fim dos direitos e obrigações das partes geradas pelo instrumento contratual. Sendo assim, a sua extinção advirá da vontade de alguma das partes, em qualquer momento, desde que notificado previamente a outra parte, se assim dispuser o contrato.

O que se constata do contrato de arrendamento a que se refere o art. 10 da Portaria 202/99 é que, além da ANP fazer a exigência da propriedade da base própria ou do arrendamento de uma para a distribuidora, exige ela também que em se tratando de base própria arrendada esta seja contratada por um prazo mínimo de 05 (cinco) anos com a expressa previsão de sua renovação. São mais dois requisitos que agora atuam na esfera privativa propriamente dita, ou seja, que adentram na liberdade de contratar das partes, limitando-a. Assim dispõe a norma a respeito:

§ 2º O instrumento contratual de arrendamento, de que trata o parágrafo anterior, deve ter prazo igual ou superior a 05 (cinco) anos com expressa previsão de renovação, devidamente registrado em cartório, na forma de extrato, se for o caso.

Deste modo, pode-se inferir que a referida Portaria não proíbe a celebração de contratos de arrendamento de base para armazenamento e distribuição por tempo indeterminado. Ela apenas impõe de maneira transversa que os que assim forem celebrados não terão o respectivo aval da ANP com o fito de autorizar a atividade de distribuição de combustíveis.

Outro, porém, é o entendimento relativo aos contratos de cessão de espaço utilizados para complementação da tancagem mínima necessária, pois os mesmos não estão expressamente expostos no dispositivo destacado que exige o prazo mínimo de duração contratual e, por isso, não se pode exigir que os mesmos tenham prazo mínimo de 05 (cinco) anos.

Já com relação ao ajustamento periódico do contrato, ou seja, com relação à sua periodicidade, o que se pode compreender do texto normativo é que não há qualquer tipo de vedação quanto à sua realização, contanto que, se for assim pactuado o ajuste periódico, que seja o mesmo vislumbrado para após o término mínimo instituído para o contrato como um todo, que é de 05 (cinco) anos, ou que trate esse ajuste periódico de questões outras que não a duração do contrato. Nos contratos de cessão de espaço, por sua vez, nada obsta que seja ele celebrado estipulando-se ajustes periódicos de qualquer sorte.

Não se pode deixar de atentar, todavia, para a expressa necessidade de cláusula prevendo a renovação do contrato de arrendamento. De outro modo, então, não se pode ter esse contrato para os fins almejados. Essa exigência é mandamental e também invalida qualquer pretensão que se forme com a sua ausência.

4. Da Homologação dos Contratos de Cessão de Espaço e Arrendamento pela ANP

Para que surta os efeitos jurídicos desejados, os contratos mencionados neste Parecer necessitam de homologação por parte da ANP, até como maneira de dar maior transparência e maior segurança à agência para sua decisão de autorizar a atividade ou não, garantindo aqueles objetivos preconizados e já citados que dizem respeito à exigibilidade de base própria ou arrendada.

Nesse diapasão, abaixo segue o artigo da Portaria 202/99 referente à exigibilidade de homologação dos contratos pela ANP:

Art. 11. Os contratos de cessão de espaço e de arrendamento de instalações de terceiros somente serão homologados, pela ANP, após o atendimento da capacidade mínima de armazenamento estabelecida no inciso II, do art. 10 desta Portaria.

Parágrafo único. O distribuidor deverá apresentar à ANP, para os casos previstos no caput deste artigo, os contratos registrados em cartório, na forma de extrato, bem como a Formulário de Comprovação de Tancagem - FCT, preenchida pela empresa locadora, em modelo próprio da ANP.

Consoante entendimento fixado pela leitura do artigo destacado, acredito ser indispensável para a elaboração do pedido de autorização para atuação na atividade de distribuição a existência de contratos de cessão de espaço e/ou de arrendamento de instalações com a capacidade mínima fixada previamente homologados junto a ANP, o que, desde já justifica a posição de que tal documentação, devidamente registrada no cartório competente, deve instruir o procedimento de requisição da autorização.

É bem verdade que há uma diferenciação nos contratos de cessão de espaço e de arrendamento. Todavia, os efeitos jurídicos pretendidos com ambos, bem como as consequências jurídicas que implicam na autorização de distribuição e concernem aos propósitos fixados pela ANP são os mesmos. Complementando a tancagem mínima da base própria do requerente ou simplesmente arrendando uma base própria por completo busca-se unicamente atender ao requisito estabelecido pela Portaria com relação a tancagem mínima de 750 m³ em base própria ou arrendada. E esses contratos só surtirão os efeitos a que se objetivam se forem devidamente registrados em cartório e se passarem pelo crivo da ANP, com a sua consequente homologação.

5. Considerações Finais

Por tudo demais exposto, conclui-se que o que a ANP fez ao regular desta maneira o mercado de distribuição de combustíveis, estabelecendo tais tipos de requisitos sem os quais se torna impossível a obtenção da autorização para o exercício da atividade, foi regular o mercado de abastecimento nacional de combustíveis instituindo regras mínimas para que alguma empresa possa atuar na área. Nesse aspecto, a ANP nada mais fez do que transparecer sua preocupação com o interesse público e coletivo do mercado de combustíveis, criando nesses contratos de cessão de espaço e de arrendamento uma função social para os mesmos.

Nada obstante a ilustre proposição da Agência, indaga-se acerca da legalidade e da constitucionalidade desses requisitos postos relativos a esses contratos, uma vez que poderiam estar em confronto com o princípio da legalidade, com o princípio da livre iniciativa, com o princípio da autonomia das partes, enfim, discussões teóricas condizentes ao exame do poder normativo da ANP e da possibilidade de se impor obrigações e limitar direitos para que se possa adentrar no mercado de distribuição de combustíveis.

Conclui-se ainda pela impossibilidade da indeterminação da duração do prazo final dos contratos de arrendamento de instalações de terceiros para efeitos de cumprimento dos requisitos da Portaria 202/99, em face da existência de um prazo mínimo fixado para tanto. Entretanto, em se tratando de contratos de cessão de espaço de instalações para complementar a tancagem mínima da distribuidora e, assim lograr êxito no preenchimento do requisito do art. 10 da Portaria 202/99, é possível a indeterminação quanto à duração do contrato já que a Portaria nada dispõe acerca de limite mínimo de duração do contrato para os contratos de cessão de espaço. Diferentemente ela o faz para os de arrendamento, conforme entendimento nosso em linhas anteriores. Portanto, não havendo qualquer disposição legal ou infralegal que trate sobre a duração dos contratos de cessão de espaço em apreço, prevalece a liberdade de contratar das partes.

Por fim, pode-se afirmar, em sede de última conclusão, que ambos os contratos devem se submeter ao crivo da ANP por expressa determinação da Portaria 202/99, sendo eles de arrendamento ou de cessão de espaço, determinados ou indeterminados, periódicos ou não em virtude do caráter público, regidos por normas públicas e cogentes que visam o interesse público geral.

6. Referências

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório, ed. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro: 2002.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. Ed Malheiros. São Paulo. 2001