

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS



TÍTULO DO TRABALHO:

Aspectos jurídicos dos leilões de gás promovidos pela Petrobrás

AUTORES:

Anderson Souza da Silva Lanzillo

INSTITUIÇÃO:

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Este Trabalho foi preparado para apresentação no 6º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás- 6º PDPETRO, realizado pela a Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás-ABPG, no período de 09 a 13 de outubro de 2011, em Florianópolis-SC. Esse Trabalho foi selecionado pelo Comitê Científico do evento para apresentação, seguindo as informações contidas no documento submetido pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pela ABPG. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões da Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás. O(s) autor(es) tem conhecimento e aprovação de que este Trabalho seja publicado nos Anais do 6ºPDPETRO.

ASPECTOS JURÍDICOS DOS LEILÕES DE GÁS PROMOVIDOS PELA PETROBRÁS

Abstract

In the recent times, Petrobras Company has promoted several bids about gas selling in reason of the natural gas market conditions experienced in the last years. The biddings have created a new reality to the market agents in natural gas industry and they raise a discussion about the legal aspects evolved in these transactions. Thus, the objective of this paper is to investigate the legal aspects related to these gas biddings and the rights and obligations between the seller (Petrobras) and the buyers.

Keywords: Petrobras; gas biddings; legal aspects.

Introdução

Desde 2009, o mercado da indústria do gás natural brasileira recebeu modificações substanciais no seu quadro regulatório, mas especialmente a introdução de novas práticas mercadológicas pelo seu player mais proeminente, a Petrobrás.

Até a crise de abastecimento de gás natural ocorrida em meado dos anos de 2005 e 2006 com as mudanças políticas na Bolívia, os contratos realizados na indústria do gás natural pela Petrobrás eram quase sempre de longo prazo para abastecer a necessidade de consumidores industriais, das térmicas e das distribuidoras de gás. Com a crise, impôs-se a Petrobrás o desafio de flexibilizar suas formas contratuais e os contratos de curto prazo foi a solução pensada neste novo cenário. Ademais, o não uso das capacidades contratadas de gás também foi um fator a impulsionar a busca por esta nova solução. Assim, para oferecer contratos de gás de curto prazo conforme esta nova perspectiva, a Petrobrás está realizando leilões eletrônicos de venda de gás natural cuja chamada são feitas por edital em que a companhia define as condições da contratação.

Embora definidos os termos pela Petrobrás, a venda de gás natural sob qualquer modalidade deve amoldar-se a regulação vigente e, por este motivo, deve ser investigado em que medida estes leilões estão consonantes à ordem jurídica vigente e não ferem os direitos e obrigações que devam existir entre vendedor e compradores.

Metodologia

O presente artigo é estruturado a partir de uma metodologia teórico-descritiva em que, por meio de uma pesquisa de caráter documental em livros, periódicos e Internet, se busca num primeiro momento definir os conceitos teóricos fundamentais e quais são as regras definidas pela Petrobrás bem como a legislação aplicável à situação. Feita essa pesquisa, usa-se de método comparativo para saber até que ponto a Petrobrás possui liberdade para definir as cláusulas contratuais nestes leilões e em que aspectos a companhia não pode fugir à regulação vigente, avaliando-se ao final se há cláusulas nas regras atuais que se mostram ilegais.

Resultados e Discussão

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS

A compreensão dos leilões da Petrobrás e de sua relação com a regulação do gás natural no direito brasileiro passa pela análise do papel dos contratos de longo prazo e curto prazo no mercado de gás (LAUREANO, 2005).

A construção de uma infra-estrutura para o desenvolvimento do mercado de gás natural requer um grande investimento que será recuperado ao longo do tempo. Como o tempo de maturação dos investimentos é longo, é necessária uma estrutura contratual que possibilite um retorno financeiro que justifique o investimento a ser feito. Outros fatores também são ponderados, uma vez que boa parte da infra-estrutura num mercado de gás é composta de gasodutos: a) organização em forma de rede, de modo a levar o gás do produtor ao consumidor da maneira mais eficiente possível; b) a natureza gasosa do produto; c) dimensionamento da oferta e da demanda; d) especificidade dos ativos presentes na cadeia do gás natural.

Diante destas características, a solução tradicional é encontrada na formatação de contratos de longo prazo para formar a estrutura de preços, fidelizar clientes e diminuir as incertezas quanto à ruptura dos elos formadores da cadeia mediante cláusulas que garantam o retorno ao investimento realizado.

Entretanto, com as mudanças ocorridas nos últimos 20 anos na estrutura regulatória e mercadológica atinentes à indústria do gás natural brasileira, a governança contratual exclusiva por meio de contratos de longo prazo passou a não ter mais sentido. Primeiro, a nova estrutura jurídica, que flexibilizou o monopólio para fomento da competição, assegurou instrumentos para a introdução de novos agentes ao prever os instrumentos do livre acesso e da cessão de capacidade. Segundo, a penetração maior do uso do gás natural na matriz trouxe uma diversidade de usos finais, industriais e energéticos que, na relação entre oferta e demanda, não podiam ser mais atendido pela estrutura tradicional existente.

Desta forma, os contratos de curto prazo surgem para atender estas novas necessidades, consignando uma maior flexibilidade no fornecimento do gás, que na realidade internacional está atrelada a uma maior competição e alternativas de fornecedores diferentes, mas que, na realidade nacional, como será trabalhado, possui uma finalidade de flexibilidade mais restrita, que é a negociação de gás disponível e não utilizados nos contratos já existentes (o chamado mercado secundário).

Trabalhando dentro dos parâmetros do mercado secundário, a Petrobrás está realizando os leilões de gás desde 2009. Para a análise deste trabalho, tomou-se como referência o Edital nº 01/2011 (06º Edital) (PETROBRAS, 2011).

O objeto do edital é a venda de gás na modalidade de contrato de curto prazo. O edital especifica o período deste fornecimento (01 de abril de 2011 a 31 de julho de 2011), mas não dá maiores detalhes sobre as cláusulas do contrato a ser assinado. Na verdade, o contrato na sua íntegra só será conhecido pelos vencedores do leilão, os quais receberão este contrato para sua assinatura eletrônica em seus e-mails.

O leilão é promovido exclusivamente em plataforma eletrônica pela Internet. O gás vendido será entregue conforme as especificações técnicas exigidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP em seus atos regulatórios. A aquisição do gás é realizada a partir de certos critérios, que são o fornecimento em base diária conforme a disponibilidade da infra-estrutura da Petrobrás (a Petrobrás define as quantidades a seu critério). Isto define o lote para aquisição pelos potenciais compradores (lote mínimo), mas a Petrobrás pode autorizar a aquisição de lotes com quantidades maiores quando há lotes disponíveis que não foram adquiridos ou o ofertante é habilitado para compra de lotes em quantidade máxima.

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS

O preço inicial do gás no leilão é definido de forma de igual para todos os lotes e conforme uma fórmula que leva em conta as quantidades retiradas totais no mês, os contratos de vendas semanais e os contratos de curto prazo.

Para concorrer ao leilão, os potenciais compradores devem enviar uma documentação de pré-qualificação consistente de termo de adesão, termo de confidencialidade, cópia autenticada de contrato/estatuto social e instrumento que comprove a legitimidade da representação legal do ofertante interessado. Com posse destes documentos a Petrobrás realiza o exame de qualificação e diz se o interessado está qualificado para participar do leilão. Sendo a resposta negativa, o interessado possui 24 horas para oferecer recurso e provocar uma reavaliação pela Petrobrás. A decisão neste recurso não será reavaliada pela Petrobrás.

Como já dito, o leilão é promovido por plataforma em Internet, em que as ofertas de compra são realizadas na forma de R\$/mil m³. O incremento para cada lance de vê ser feito em valor de no mínimo R\$ 10,00/mil m³. Cada lance vale como uma proposta incondicional, irrevogável e irretroatável de compra de gás natural. A avaliação dos lances dados pela Petrobrás levará em conta a razoabilidade, o equilíbrio econômico-financeiro dentro de padrões exclusivos pela Petrobrás, somatório de lotes de ofertas válidas e os lotes de oferta melhor classificada.

Dentro destes parâmetros, as propostas serão colocadas em duas categorias: a) totalmente atendidas; b) parcialmente atendidas.

Ao término do leilão, as ofertas totalmente atendidas são transformadas em contratos de compra e venda de curto prazo, enquanto as parcialmente atendidas são transformadas meramente em compromissos de compra e venda de gás. Os ofertantes vencedores passam a ter acesso a um relatório individual de fechamento, contendo dados sobre os preços e as quantidades ofertadas no leilão.

Com o término o contrato também disponibilizado aos vencedores, cujas cláusulas mencionadas no edital são: a) compromisso de retirada mínima, com penalidade para o seu não cumprimento (este tipo de cláusula faz parte do famoso gênero de cláusulas “*take-or-pay*” presentes tradicionalmente nos contratos de gás e de outras indústrias que envolvam infra-estruturas em rede (LONG et al., 2001)); b) necessidade de assinatura por parte do representante legal do ofertante, agora vencedor no leilão e efetivo comprador do lote de gás.

No caso de o contrato não ser celebrado pelo vencedor do leilão, será paga multa, cuja cobrança será feita em documento a ser enviado para o vencedor e cujo vencimento dar-se-á em 15 dias.

Além das qualidades apresentadas à Petrobrás, pelas regras do edital cabe aos vencedores a prova e manutenção do atendimento e regularidade de sua qualificação perante a regulação do setor de gás exigida pela legislação federal e pelas autoridades regulatórias de nosso país.

Em suma, estas são as regras colocadas pela Petrobrás para o seu leilão de venda de gás no mercado secundário. Para que se possa avaliar a conformidade destas regras com a legislação vigente, é necessário investigar em que categoria ou categorias jurídicas este leilão pode ser compreendido juridicamente para, então, se avaliar quais são os direitos e obrigações das partes nesta situação e os limites aos quais está vinculada a Petrobrás.

Em termos de legislação federal, tanto a Lei do Gás (Lei 11.909/2009), bem como o decreto que a regulamenta (Decreto 7.382/2010), fornecem os fundamentos jurídicos para compreender em que categoria se encaixa a venda de gás no mercado secundário.

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS

Analisando a espécie de venda e disposições legais, elas envolvem dois aspectos: a) a compra e venda e si do gás; b) o serviço de transporte que deverá ser contratado para que a compra seja realizada e efetivada.

Do ponto de vista da comercialização do gás natural, a Lei do Gás traz exigências regulatórias ao longo dos artigos 47 a 49. Por esta regulação, toda comercialização de gás deve ser formalizada em contratos que serão registrados na ANP, sendo a ANP responsável por informar a origem e caracterização das reservas que servirão de base para o gás adquirido, cujos dados podem ser requeridos do vendedor deste gás.

Ademais, os contratos devem constar como cláusula essencial a resolução de divergências, podendo incluir entre as modalidades a arbitragem, ainda que o agente envolvido no contrato seja empresa pública ou sociedade de economia mista. A Lei do Gás ainda afirma que os direitos e obrigações são considerados disponíveis, logo sem a natureza do interesse público e situando a negociação entre as partes no campo dos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, princípios basilares dos contratos (COELHO, 2010).

Sobre a comercialização, o decreto regulamentar da Lei do Gás trata do assunto nos artigos 66 a 68 e praticamente retoma os mesmos termos da lei, mas ressalta que a comercialização de gás deve ser feita por agentes registrados na ANP.

No quesito do transporte deste gás a ser comercializado, abrem-se duas possibilidades para a instrumentalização desta venda por serviço de transporte: a) na modalidade de livre acesso; b) na forma de cessão de capacidade.

Quanto a esta matéria, a Lei do Gás aborda a temática nos artigos 32 a 35. Quanto ao acesso, os serviços de transporte podem ter três modalidades: a) firme; em capacidade disponível; b) interruptível, em capacidade ociosa; c) extraordinário em capacidade disponível. O acesso primeiro ocorre sobre a capacidade disponível e depois sobre a capacidade ociosa, sendo garantidos neste processo os princípios da publicidade, transparência e garantia de acesso universal na forma da regulação, o que implica hoje na existência de um concurso público de alocação de capacidade. No tocante ao acesso, o Decreto disciplina a matéria nos artigos 48 a 52 e sobre o livre acesso especifica que cabe à ANP definir as condições da contratação de serviço, incluído aí a remuneração e o forma de realização de todo o processo de acesso pelos terceiros aos gasodutos.

A outra solução em que poderia ser encaixada para qualificar a venda de gás em mercado secundário na legislação vigente seria o caso de cessão de capacidade. Neste tocante a Lei do Gás trata a matéria no artigo 35 em quanto o decreto regulamentador da lei trata a questão no artigo 51, nos quais se permite a cessão de capacidade de forma integral ou parcial (que será regulada pela ANP) sobre modalidade de serviço do tipo firme. A Lei e o Decreto, contudo, não especificam se esta cessão pode ser apenas temporária, a qual seria a adequada para os leilões de curto prazo.

Sobre este assunto, a Resolução ANP 28/2005 disciplina a cessão de capacidade. Por esta resolução a cessão de capacidade deve ser informada previamente ao transportador e à ANP. Além disso, a operação de cessão deve ser informada à ANP e constar de informação no site do transportador em 30 dias a partir da assinatura da operação de cessão,

Sobre o fato de a cessão poder ser temporária, a resolução é silente, mas, fazendo uma interpretação sistemática dos seus termos, é possível compreender que esta possibilidade é implícita, uma vez que o carregador originário (aquele que contratou em primeiro lugar a capacidade) não se libera dos compromissos que firmou de início com o transportador a não ser que esta situação seja

consignada de forma expressa, o que implica na assinatura de um novo contrato de transporte entre o transportador e o carregador que recebe a capacidade em cessão (carregador cessionário).

Colocando essas ponderações dentro do quadro regulatório vigente, surge um certo impasse. Do ponto de vista da comercialização do gás em si, não se enxerga maiores problemas de compatibilidade entre o que a legislação federal coloca e o edital analisado, mas com devidos reparos em razão de normas de ordem pública. Contudo, como comercialização de gás implica assinar um serviço de transporte, o leilão de gás implica em saber que modalidade de serviço de transporte é envolvida pela situação ou se a capacidade disponível sobre a qual a oferta de gás é feita advém de uma cessão contratual. No entanto, o edital traz simplesmente nenhuma informação pública sobre esta questão, o que é, aos olhos da legislação, ilegal.

Conclusões

O estudo dos leilões promovidos mostra problemas jurídicos importantes a serem solucionados para que a venda do gás por contratos de curto prazo em mercado secundário possam ser operacionalizados de forma que não colidam com a legislação vigente.

Os leilões de gás da Petrobrás foram construídos com base na idéia pura da comercialização, mas não pensou nas questões acessórias, mas de suma importância que estão ligadas a esta operação.

Primeiro, na própria comercialização há duas normas de ordem pública que devem ser respeitadas: a) informações a todos os interessados sobre as reservas que servirão de base para o fornecimento do gás, informações estas que podem ser requisitadas pela ANP (algo que não é informado no Edital); b) cláusula de resolução de controvérsia, também cogente nestes contratos.

O mais grave que se enxerga é sobre a modalidade de transporte. Uma argumentação que pode ser feita é que não cabe à Petrobrás, mas à empresa transportadora realizar este contrato de serviço, o que é de fato é correto. Mas dentro desta mesma lógica, se há gás disponível para a realização de contrato de curto prazo, há uma capacidade, ainda que sob uma parcela de capacidade contratada que está ociosa. Assim, implicaria na realização também de um concurso público de alocação de capacidade dentro dos princípios de publicidade, transparência e universalidade se não for o caso de regras que excetuem o livre acesso conforme os mandamentos da Lei do Gás e seu decreto regulamentador. Ressaltar isto é necessário, pois a legislação atual pauta-se na promoção da livre concorrência de modo a evitar aquilo que a literatura antitruste chama de “abuso da posição dominante” (BRUNA, 2001), passível de contestação tanto pelas disposições da Lei do Petróleo e do Gás quanto pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste brasileira).

A interpretação do edital leva a crer que os ofertantes já devem ter contrato de serviço de transporte antes de participar do leilão eletrônico de gás. De fato, no leilão que faz referência ao edital analisado, o gás foi vendido às distribuidoras de gás, num total de 7,8 milhões de m³/d (TN PETRÓLEO, 2011). Entretanto, com o desenvolvimento do mercado de gás e a regulação vigente, estas operações não podem ser tratadas apenas como de comercialização de gás, uma vez que também envolvem os serviços de transporte e alocação de capacidades, as quais devem ser feitas em bases competitivas. A atitude da Petrobrás apenas desvela um fator que ainda prepondera no mercado nacional, que é a de que a separação na indústria do gás entre empresa produtora e transportadora ser apenas jurídica, existindo na prática um monopólio da Petrobrás que não se coaduna com as leis vigentes (“o gás é meu e vendo a quem eu quiser”) (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2010).

6º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS

Dentro dessa perspectiva, cabe aos agentes reguladores e aos agentes do mercado discutir as regras do mercado secundário de modo que ele possa ser compatível com as regras de transparência, publicidade e competição que a legislação setorial impõe a todos sem restrição e assim possa o mercado secundário desenvolver-se cada vez mais com fundamentos jurídicos firmes.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer à Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Programa de Formação em Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás – PRH 36 e à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP pelo apoio e fomento à realização deste trabalho.

Referências Bibliográficas

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **A indústria e o Brasil – gás natural: uma proposta de política para o Brasil**. Confederação Nacional da Indústria: Brasília, 2010.

LAUREANO, Fernanda Helena Garcia Cobas. **A indústria do gás natural e as relações contratuais – uma análise do caso brasileiro**. Rio de Janeiro: COPPE, 2005.

LONG, David et alii. **Gas trading manual: a comprehensive guide to the gas markets**. – Cambridge: Woodhead Publishing, 2001.

PETROBRÁS. **Leilão Eletrônico para Comercialização de Volumes de Gás Natural de Curto Prazo**. Petrobrás, 2011. Disponível em : <<http://www.petrobras.com.br/pt/centro-de-negocios/editais/6-edital-leilao-gas-natural/>> Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

TN PETRÓLEO. **Petrobras realiza 12º leilão de gás natural**. 28/03/2011. Disponível em : <<http://www.kincaid.com.br/clipping/7646/petrobras-realiza-12-leilao-de-gas-natural.html>> Acesso em: 04 de abril de 2011.