Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Acesso ao gasoduto Bolívia-Brasil e cláusula de exclusividade*

Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73

Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

Representadas: Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.

Advogados: Bolívar Moura da Rocha, Aurélio Marchini Santos, Marcus Vinicius M. Versolatto e outros.

Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Ementa: Processo Administrativo. Gasoduto Bolívia-Brasil (Gasbol). Suposta recusa ou limitação de acesso à rede de transporte de gás natural, em detrimento de carregadoras concorrentes. Preliminares de incompetência, coisa julgada administrativa, cerceamento de defesa, inépcia e prescrição indeferidas. Indústria do gás natural. Regulação. *Essential facilities*. Recuperação de investimentos e amortização. Exclusividade. Contratos firme ou não firme e de longo ou curto prazo. Resolução nº 27/2005 da ANP. Pareceres da SDE, ProCade e MPF pelo arquivamento. Arquivamento.

---

* Voto do conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73.

Voto

1. Esclarecimentos iniciais

Trata-se de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, após representação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda que, baseada em parecer da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), denunciou possível infração à ordem econômica por parte da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil (TBG).

Em suma, aventou-se a possibilidade de ocorrência das seguintes práticas anticoncorrenciais:

- a TBG — operadora do gasoduto Bolívia-Brasil (Gasbol) que tem como sócia majoritária a Petróleo Gás S.A. (Gaspetro), empresa controlada pela Petrobras — estaria recusando ou limitando o acesso das empresas British Gás do Brasil Ltda. (BG) e Energia do Brasil Ltda. (Enersil) ao Gasbol;

- "sobrerrequisição"[1] de gás natural à TBG por parte da Petrobras nas estações de entrega compartilhadas com a BG;

- "sobrenominação"[2] por parte da Petrobras nas estações de gás não compartilhadas, por meio da requisição de volumes superiores aos retirados, tudo isso com o intuito de favorecer a Petrobras e prejudicar o desenvolvimento de carregadores de gás concorrentes, no caso a BG e a Enersil.

Relata o parecer da ANP que a TBG havia acordado com a empresa BG o transporte de determinados volumes de gás entre abril e dezembro de 2001. Em novembro de 2000, contudo, a TBG comunicou à BG que não dispunha de capacidade disponível para o transporte firme nos períodos acordados, em razão de negociações ainda não concluídas com o carregador original. Por outro lado, a TBG, em março de 2000, também recusou pedido de acesso ao Gasbol elaborado pela Enersil, que requeria utilização do gasoduto por meio de serviço flexível, pagando apenas pelo volume movimentado com garantia de não interrupção do transporte. Como justificativa, afirmou ter capacidade disponível para os próximos anos, mas não no momento.[3]

---

[1] Programação de requisição de volumes superiores aos efetivamente previstos (Parecer SDE).
[2] Requisição de volumes superiores àqueles efetivamente retirados (Parecer SEAE, fl. 30).
[3] Segundo definido pela ANP: "O serviço de transporte não firme, ou interruptível, é aquele que só pode ser realizado se houver disponibilidade ou ociosidade no duto, após atendida a demanda dos

Segundo a ANP, haveria capacidade disponível para os anos 2001/2002, não havendo justificativa para a recusa de fornecimento por parte da TBG. No entender da agência, as atitudes da TBG teriam como objetivo "proteger os interesses de reserva de mercado de seu único carregador firme e acionista majoritário, Petrobras" (fl. 11).

Os conflitos entre a TBG e as empresas Enersil e BG foram solucionados após intervenção da ANP. Em 31 de julho de 2001 restou determinado que TBG e Enersil firmassem contrato de transporte flexível, sendo também acordadas as condições tarifárias. Em 26 de janeiro de 2001 foi determinado à TBG que oferecesse à BG condições semelhantes às oferecidas à Enersil.

A representação foi autuada como procedimento administrativo em 26 de abril de 2002. Em 8 de junho de 2005, entendendo haver indícios substanciais de possível infração à ordem econômica (art. 20, incisos I a IV c/c art. 21, incisos IV, V, VI, XIII e XXIV, da Lei nº 8.884/94), a SDE houve por bem instaurar o presente processo administrativo.

Notificadas da instauração do processo, as representadas Petrobras e TBG apresentaram razões de defesa (fls. 130/165 e 171/224) e, mais tarde, alegações finais (fls. 424/426 e 429/432).

Em suas defesas, alegam as representadas, preliminarmente:

- a incompetência do SBDC para julgar o feito, haja vista tratar-se de matéria objeto de regulação específica;
- coisa julgada administrativa, em razão de decisão da ANP sobre o caso, e impossibilidade de apreciação da matéria pelo SBDC sem que a ANP tenha cogitado ilícito concorrencial e provocado, ela mesma, a SDE;
- imprecisão das denúncias, ausência de demonstração inequívoca de indícios de infração, falta de clareza das peças acusatórias e ausência de manifestação das partes antes da abertura do processo administrativo, o que caracterizaria cerceamento de defesa e inépcia da representação;
- prescrição intercorrente, nos termos da Lei nº 9.873/99.

No mérito, alegam, em suma, que a Petrobras "foi a principal financiadora do gasoduto", "pagando adiantado pelos serviços de transporte de gás", exercendo "papel fundamental no mercado brasileiro de gás natural" e garantindo a escala

usuários firmes. Já o serviço de transporte firme é o serviço que implica reserva de capacidade de transporte no duto e deve ser prestado pelo transportador de forma ininterrupta, até o limite estabelecido pela capacidade contratada de transporte". Disponível em: <www.anp.gov.br/gas/resolucao_conflitos.asp>. Acesso em: 16 mar. 2009.

mínima necessária ao investimento. A regulação de livre acesso à infraestrutura de transporte "protege o carregador-investidor contra eventuais tentativas oportunistas de acesso por terceiros interessados no transporte do gás natural que não incorreram nos pesados investimentos e nos riscos significativos relativos ao empreendimento" (fl. 476). Nesse sentido, a própria regulação da ANP, nos termos da Resolução nº 27/2005, autoriza que a abertura da infraestrutura de transporte a concorrentes seja feita apenas depois de 6 (seis) anos contados do início das operações. Na Europa, tal proteção regulatória a mercados emergentes estende-se por 10 (dez) anos.

Alegaram, outrossim, que a Enersil havia solicitado acesso à infraestrutura na modalidade não firme, pelo qual não arcaria com os riscos do empreendimento, ao passo que a Petrobras contratava o transporte na modalidade *ship or pay*.[4] Já a BG solicitou acesso sob a modalidade de contrato firme, porém de curto prazo, enquanto a Petrobras oferecia à TBG contratos de longa duração. Em vista disso, quando se iniciou no Brasil um período caracterizado por um excesso na demanda de gás, a TBG agiria de forma economicamente irracional se deixasse de priorizar a Petrobras para atender empresas que lhe ofereciam contratos não firmes ou de curta duração. BG e Enersil teriam adotado um comportamento de *free riders*, buscando aproveitar os benefícios da rede de transporte sem ter que arcar com os riscos e custos de investimento e de manutenção.

Com relação à sobrerrequisição e sobrenominação de gás, alegou a Petrobras que precisava atender uma série de contratos firmados com consumidores de gás, pelos quais garantia o fornecimento por longos períodos. Sua requisição de gás baseou-se na necessidade de garantir o abastecimento, ao mesmo tempo em que havia incerteza quanto à produção nacional. A Petrobras, segundo alega, "contratou transporte na exata medida para atender à sua demanda por gás natural" (fl. 480).

Ainda segundo as representadas, não teria havido recusa ou limitação de acesso por parte da TBG, mas tão somente uma discussão negocial entre fornecedor e compradores, pleiteando, cada parte, melhores condições contratuais. Ao final, a ANP arbitrou a tarifa e as condições de transporte, solucionando o conflito.

Ao final das investigações, rejeitou a SDE as preliminares arguidas pelas representadas e, no mérito, recomendou o arquivamento do feito, entendendo pela inexistência de infração à ordem econômica. Os pareceres da Procuradoria-Geral do Cade e do Ministério Público Federal (MPF) acompanharam a SDE integralmente.

---

[4] Em um contrato de *ship or pay*, o tomador deve pagar periodicamente pelo serviço de transporte contratado, independentemente de efetivamente movimentar ou não o gás. Semelhantemente, um contrato de *take or pay* é aquele pelo qual o comprador obriga-se a pagar pela quantidade que o fornecedor se obriga a entregar, independentemente de retirar ou não essa quantidade (Parecer SDE, fl. 454).

2. Das preliminares

Coisa julgada, ausência de manifestação prévia da ANP e competência do SBDC

Conforme ressaltado pela SDE e pela ProCade, uma investigação de infração à ordem econômica, nos termos do art. 30 da Lei nº 8.884/94, pode ser promovida pelo SBDC à vista de representação ou até mesmo de ofício, não havendo necessidade de provocação por qualquer órgão regulador.

Análises que tenham sido promovidas pela ANP serão feitas sob a ótica da Lei do Petróleo e das normas de regulação. O SBDC, por seu turno, avalia a conduta dos agentes sob o ponto de vista do cumprimento das normas concorrenciais, pautando-se, para tanto, nos ditames da Lei nº 8.884/94. A própria Lei do Petróleo, em seu art. 10, determina que a ANP encaminhe ao Cade eventuais denúncias de infração à ordem econômica.[5] As análises da ANP e do SBDC são independentes e, embora complementares, analisam campos distintos. Nesse sentido, uma decisão da ANP sob determinada matéria de modo algum impede ou afasta a atuação dos órgãos antitruste. A Lei nº 8.884/94 não exclui os setores de gás e/ou petróleo de sua tutela, independentemente de serem eles regulados. É o SBDC, portanto, plenamente competente para investigar e julgar condutas anticoncorrenciais no setor de gás natural, independentemente de provocação da ANP.

Cerceamento de defesa

Em sede de procedimento administrativo ou de averiguações preliminares, a atuação da SDE é no sentido de verificar se há indícios suficientes para a abertura de um processo administrativo, sendo uma faculdade sua requerer esclarecimentos aos representados, nos termos do art. 30, §1º, da Lei nº 8.884/94. Não é necessário abrir prazo para defesa nessa fase porque a administração ainda está averiguando se há indícios suficientes para haver acusação. Conforme disposto no art. 33 da Lei nº 8.884/94, os representados só serão notificados a apresentar defesa após a efetiva instauração do processo administrativo, não havendo, por-

[5] Vale mencionar que recentemente, por ocasião da edição da Lei nº 1.909/2009, que regula o setor de gás natural, o presidente da República houve por bem vetar o parágrafo único do art. 25 da Lei (Mensagem de Veto nº 129/2009), justamente com o objetivo de deixar claro que o SBDC é competente para analisar atos relacionados ao mercado de gás natural.

tanto, cerceamento de defesa no presente caso em razão da não manifestação das representadas anteriormente à abertura do presente processo.

Por outro lado, a peça de abertura do processo administrativo demonstrou, efetivamente, haver indícios suficientes de infração à ordem econômica que justificassem a instauração do feito. As acusações e os fatos imputados foram descritos de modo claro e as partes tiveram amplo acesso a estes. Tanto é que puderam produzir provas e apresentar defesas adequadamente, também não havendo que se falar em cerceamento de defesa em razão disso.

Prescrição

Conforme exposto pela SDE e reafirmado pela ProCade e pelo MPF, os fatos que deram causa à investigação por parte do SBDC datam de maio de 2000 (suposta negativa da TBG em atender o pedido da Enersil) e de novembro de 2000 (suposta negativa da TBG em atender o pedido da BG).

Nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99: "Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal".

O fato objeto do presente processo é a suposta recusa ou limitação do acesso ao Gasbol, bem como as alegadas práticas de sobrerrequisição e sobrenominação de gás natural, a fim de favorecer a Petrobras em detrimento de suas concorrentes. Tais condutas, se comprovadas, são passíveis de enquadramento na definição de crime contra a ordem econômica, conforme redação do art. 4º da Lei nº 8.137/90.[6] Tendo em vista que tal lei não estabelece regra especial de prescrição, aplica-se a regra geral do Código Penal, nos termos de seu art. 109. No caso, a prescrição da ação punitiva é de 12 (doze) anos, conforme inteligência do art. 109, inc. III.[7]

---

[6] "Art. 4º. Constitui crime contra a ordem econômica: I — abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:
[...]
f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.
[...]
III — discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
[...]
Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa."

[7] "Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
[...]
III — em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito."

Tendo em vista que houve instauração de procedimento administrativo em abril de 2002 e do processo administrativo em junho de 2005, bem demonstrou a SDE não estar findo o prazo prescricional quando da abertura deste feito.

Não obstante, vale frisar que a alegação preliminar das representadas foi, mais especificamente, de que teria ocorrido no caso prescrição intercorrente, nos termos do art. 1º , §1º, da Lei nº 9.873/99, haja vista que, segundo alegado:

- o feito teria ficado paralisado entre 24 de agosto de 2001 (data em que, supostamente, a SDE teria tomado ciência dos conflitos relativos ao Gasbol) e 8 de junho de 2005 (data de instauração do processo administrativo), período esse superior a 3 (três) anos (segundo as representadas, a instauração de procedimento administrativo, em 26 de abril de 2002, não seria capaz de interromper o prazo prescricional, por força do art. 34 da Portaria MJ nº 04/2006);[8]

- alternativamente, segundo as representadas, o feito também teria ficado paralisado entre 26 de abril de 2002 (data de instauração do procedimento administrativo) e 8 de junho de 2005 (data de instauração do processo administrativo), período esse também superior a 3 (três) anos.

Tais argumentos não prosperam. Com relação à primeira tese, ainda que se admitisse que a SDE tomou conhecimento dos fatos em 2001, é fato que não há que se falar em prescrição intercorrente se não há procedimento administrativo algum instaurado. O art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99, é claro ao dizer que "Incide a prescrição *no procedimento administrativo* paralisado por mais de três anos". No caso, não se pode contar eventual prescrição intercorrente a partir de 2001 (quando supostamente houve a ciência dos fatos) porque em 2001 ainda não havia qualquer procedimento instaurado. Para esses casos existe a prescrição do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.873/99, que, conforme já demonstrado, também não ocorreu.

A segunda tese também não subsiste. Isso porque no dia 20 de abril de 2005, ou seja, antes de passados 3 (três) anos da instauração do procedimento adminis-

[8] "Art. 34. Para efeitos do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, somente serão considerados interruptivos da prescrição intercorrente a decisão terminativa (julgamento) e o ato ou decisão interlocutória (despacho) que, de forma inequívoca, importarem apuração do fato, assim considerados, entre outros:
I — realização de qualquer instrução ou diligência, inclusive requisição de informações, esclarecimentos orais, busca e apreensão ou inspeção;
II — solicitação de providências ou pareceres a outros órgãos públicos, relacionados com o interesse da instrução processual;
III — despacho convertendo 'Procedimento DPDE' em 'AP' ou esta em 'PA'." No entender das requerentes, portanto, despacho de instauração de procedimento administrativo não seria uma das hipóteses de interrupção da prescrição intercorrente.

trativo, a SDE, por meio da diretora do DPDE, encaminhou o Ofício nº 1.834/2005 (fl. 89) ao superintendente de comercialização e movimentação de petróleo da ANP, solicitando informações sobre o conflito entre BG e TBG e sobre "a existência de outras reclamações de recusa de prestação do serviço de transporte do gasoduto Brasil-Bolívia". Tal ofício, apesar do que alegam as representadas, sem dúvida alguma constitui um ato inequívoco de apuração dos fatos objeto do processo e, como tal, interrompe o prazo prescricional, conforme art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.873/99.

Sob qualquer ótica, portanto, não está prescrito o presente processo administrativo.

Assim sendo, deixo de acatar as preliminares arguidas pelas representadas e passo à análise do mérito.

3. Mérito

A indústria do gás natural

O gás natural é um combustível fóssil formado por hidrocarbonetos, gasoso em condições normais, sendo extraído de reservatórios no subsolo e podendo ou não ser associado ao petróleo.[9]

A utilização do gás natural permaneceu incipiente no Brasil até a década de 1990, quando passou a ser mais bem aproveitado, especialmente em razão da expansão da produção petrolífera. A partir da década de 2000, com a crise energética, a descoberta de novas reservas e o desenvolvimento dos setores de petróleo e gás na Bolívia, o crescimento e a regulação da indústria do gás natural tomaram definitiva relevância.[10]

A cadeia produtiva do gás natural compreende as atividades de exploração e produção (E&P), processamento, transporte, distribuição e comercialização. A atividade de E&P constitui o *upstream* da cadeia, as atividades de processamento e transporte constituem o *midstream* e as de distribuição e comercialização o *downstream*.[11]

A etapa de exploração consiste na pesquisa e na definição de áreas propícias à extração do gás. Chegando-se a uma descoberta economicamente viável, dá-se

---

[9] O gás natural associado é aquele que se encontra dissolvido no petróleo ou que forma uma capa de gás sobre o óleo. O gás não associado é aquele que se encontra nos reservatórios sem a presença de petróleo, ou com poucas quantidades deste (Loss, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59).

[10] Loss, 2007:60-61.

[11] Ibid., p. 62-68.

início à etapa de produção. O gás natural é, então, enviado à fase de processamento nas chamadas unidades de processamento de gás natural (UPGNs), onde é desidratado e fracionado. Embora possam, em tese, ser exercidas separadamente, as atividades de E&P e de processamento são, em geral, feitas de forma integrada.

Ao longo da cadeia, o gás é normalmente transportado em estado gasoso por meio de dutos, classificados como dutos de transferência e dutos de transporte. Conforme definido pela Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), art. 6º, os dutos de transferência são de uso do próprio explorador, sendo empregados no percurso de seu interesse exclusivo. Os dutos de transporte, por sua vez, são utilizados para a movimentação do gás natural a outros pontos de interesse geral.

Além do transporte por meio de dutos, o gás natural também pode ser transportado:

- em cilindros de alta pressão, na forma de gás natural comprimido (GNC), utilizando-se para tanto algum transporte terrestre ou aquaviário;
- em estado líquido, na forma de gás natural liquefeito (GNL), utilizando-se veículos com tanques criogênicos;
- em forma *gas-to-liquid* (GTL), sendo quimicamente transformado em outros produtos, como GLP,[12] nafta ou diesel. O transporte por gasodutos é o mais utilizado, pois apresenta menores custos em comparação aos demais. O GNL tem sido utilizado, principalmente, para a importação ou exportação de gás em longas distâncias, quando na ausência de dutos.[13]

Após o transporte, o gás natural é distribuído aos consumidores locais (indústrias, residências, comércio). A transferência do gás do transportador ao distribuidor se dá nos chamados *city gates*, onde ocorre a medição e redução de pressão do gás.

A atividade de comercialização se dá por meio de empresas que adquirem o gás dos processadores e o vendem às companhias distribuidoras ou aos próprios consumidores finais, tendo que contratar o serviço de transporte a fim de entregar o gás.[14] No Brasil, a atividade básica dessas empresas consiste na comercialização do gás processado ao distribuidor. A venda do gás ao consumidor final cabe, em regra, à própria distribuidora, que exerce, nesse caso, funções de comercialização, especialmente no caso de clientes residenciais (cativos). Em se tratando de gran-

[12] O GLP é um gás liquefeito de petróleo, que não se confunde com o gás natural.
[13] Loss, 2007:65.
[14] Pffeifer, Roberto Augusto Castellanos. Aspectos concorrenciais do gás natural. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, ano I, n. 01, p. 68-85, especialmente p. 76, 2004.

des consumidores, como indústrias, estas possuem condições de adquirir o gás diretamente junto às empresas de comercialização. Nesse caso, o gás é entregue ao cliente por meio de uma conexão direta com o gasoduto ou por meio da rede de distribuição, ocasião em que haverá uma remuneração à distribuidora pela utilização de sua infraestrutura.[15]

Regulação e aspectos concorrenciais da indústria

Desde 1953, com a edição da Lei nº 2.004/53, as atividades relacionadas à indústria do petróleo eram mantidas como monopólio da União. A partir da edição da Emenda Constitucional nº 09/95, contudo, a redação do art. 177, §1º, da Constituição Federal, foi alterada de modo a flexibilizar o monopólio estatal sobre a indústria petrolífera e permitir a entrada de novos agentes nos mercados de petróleo e gás natural, aumentando a competitividade no setor.[16]

A operacionalização desse novo marco se deu com a edição da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), que criou a ANP e dispôs sobre as atividades relacionadas à indústria do petróleo e do gás natural.

Nos termos dos arts. 23, 24 e 56 da mencionada lei, a pesquisa, exploração e produção de petróleo e gás natural são outorgadas por meio de concessão, ao passo que o serviço de transporte é outorgado por meio de autorização da ANP. As atividades de distribuição, por força do art. 25 da Constituição Federal, são de competência estadual.

As características de cada segmento da indústria do gás natural denotam a possibilidade ou não de concorrência nos diferentes estágios produtivos. A exploração e produção de gás natural no Brasil ocorrem por meio de processo de licitação dos blocos exploratórios. Assim, embora hoje praticamente apenas a Petrobras atue nesse segmento e apesar das barreiras à entrada serem elevadas, é certo que é possível haver competição no mercado de E&P, não havendo justificativa econômica para um regime de monopólio relativamente a essa atividade, nem com relação à etapa de processamento do gás.[17] Também é perfeitamente possível a concorrência relativamente às atividades de comercialização, que podem abarcar de modo economicamente viável a presença de vários agentes.[18]

---

[15] Parecer nº 06006/2007/DF Cogen/Seae/MF, de 11 jan. 2007.
[16] Aragão, Alexandre Santos de; Schirato, Vitor Rhein. Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 37-54 jan./mar. 2003.
[17] Pffeifer, 2004:68-85.
[18] Ibid., p. 79.

As etapas de transporte e distribuição, por outro lado, não são inerentemente propícias à competição. Com efeito, o transporte e a distribuição do gás natural, conforme relatado, são preponderantemente realizados por meio de malha dutoviária. Em razão dos grandes custos e escala envolvidos nesse processo, a duplicação de tal malha normalmente não é racional do ponto de vista econômico. Trata-se, reconhecidamente, de um monopólio natural, no qual os operadores atuam sem concorrentes.[19]

Em razão dessa característica, uma das principais questões relativas à regulação do setor diz respeito à possibilidade de acesso de terceiros à rede de transporte.[20] A estrutura da indústria, que interliga atividades monopolistas com atividades em que há concorrência, torna necessário que se permita aos diferentes competidores ter acesso aos dutos de modo a entregar o gás ao seu destino final.

A possibilidade de o transportador monopolista também atuar nas cadeias à jusante (como carregador ou distribuidor, por exemplo) torna a regulação de acesso ainda mais relevante. Por um lado, essa integração vertical justifica-se em razão dos riscos do negócio. De fato, em face dos altos custos de investimento inerentes à atividade de transporte, o investidor monopolista procura assegurar previamente a demanda do produto, diminuindo seus riscos. A diluição dessas incertezas reflete-se em menor pressão sobre os preços do serviço e contribui para incentivar a continuidade de investimentos no setor. Por outro lado, tal integração vertical gera incentivos para que o fornecedor monopolista discrimine seus concorrentes nos mercados à jusante, em flagrante prejuízo ao ambiente concorrencial e aos consumidores.

A regulação de livre acesso, portanto, deve ser construída de tal modo a manter um ambiente de competição saudável nos segmentos em que isso é possível, assim contribuindo para menores preços e melhores serviços, ao mesmo tempo em que garanta um retorno aos agentes e mantenha os incentivos a investimentos no setor.

O art. 58 da Lei do Petróleo,[21] editada em 1997, facultou a qualquer interessado o acesso aos dutos de transporte, mediante remuneração adequada ao titular

---

[19] Em raras exceções, o mercado de gás natural poderia ser grande o suficiente para acomodar mais de uma malha dutoviária ligando os mesmos pontos. Em regra, contudo, os operadores das redes de transporte e distribuição atuam sem concorrência (Aragão e Schirato, 2003:37-54).

[20] Aragão e Schirato, 2003:40.

[21] "Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.
§1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.
§2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis."

da infraestrutura. Eventuais divergências entre as partes relativamente ao valor da remuneração devem ser dirimidas pela ANP.

Muito embora o referido dispositivo tenha deixado claro haver, no Brasil, um regime de livre acesso de terceiros aos gasodutos, é certo que um mero enunciado generalizado como o do art. 58 deixou espaço para muitas questões relacionadas a tão complexa regulação, uma vez que não existia, à época da edição da lei, qualquer dispositivo que:

- indicasse como se daria o acesso;
- em que casos uma recusa de fornecimento poderia ou não ser justificada;
- o que viria a ser uma remuneração "adequada", além de outros fatores relacionados.[22]

Uma regulamentação mais detalhada, que esclarecesse procedimentos e requisitos básicos para o acesso de terceiros à rede de gás, só foi expedida pela ANP em 2005, por meio das resoluções nºs 27, 28 e 29/2005.

A Resolução nº 27/2005, em seu art. 3º, impôs a desverticalização dos agentes de mercado, impossibilitando empresas transportadoras de exercerem outras atividades relacionadas à indústria do gás. Nada impede, vale notar, que as empresas atuantes nos diferentes segmentos da cadeia pertençam a um mesmo grupo econômico. Estabeleceu-se, contudo, uma separação empresarial e contábil das pessoas jurídicas exploradoras de cada uma das atividades da indústria, facilitando sua fiscalização e dificultando a prática de condutas anticompetitivas decorrentes da integração vertical.[23]

A mesma Resolução nº 27/2005, em seu art. 7º, buscou regulamentar a contratação de transporte firme, determinando que toda a capacidade disponível de transporte seja ofertada mediante concursos públicos de alocação de capacidade (CPAC), semelhantes a procedimentos licitatórios, com vistas a assegurar isonomia aos carregadores na oferta dos serviços de transporte.[24]

Ainda no âmbito da Resolução nº 27, permitiu-se que as novas instalações de transporte, por determinado período de tempo (6 anos), recusem acesso a terceiros (arts. 2º e 4º). Instituiu-se, portanto, um regime de exclusividade temporária ao transportador, a fim de garantir o retorno de seu investimento.

Por meio da Resolução nº 28/2005, a ANP impôs requisitos para a cessão de capacidade contratada de transporte firme, a fim de impedir que os carregadores

[22] Aragão e Schirato, 2003:37-54.
[23] Ibid., p. 47-79.
[24] Ibid., p. 52.

burlassem o procedimento de CPAC e cedessem livremente às capacidades contratadas.[25]

Finalmente, por meio da Resolução nº 29/2005, foram estabelecidos parâmetros básicos para a fixação do valor das tarifas de transporte de gás, a fim de impedir práticas discriminatórias, muito embora se tenha mantido apenas um controle *ex post* por parte do órgão regulador, em obediência ao mencionado art. 58 da Lei do Petróleo.[26]

O Gasbol[27]

A operação do Gasbol teve início em julho de 1999, antes, portanto, que o marco regulatório da indústria do gás natural sofresse aperfeiçoamentos, especialmente no que toca ao acesso de terceiros à rede. A bem da verdade, a construção de tal infraestrutura se deu em um momento no qual a relevância do gás na matriz brasileira ainda não era significativa, servindo, entre outros fatores, como fomentador do processo de reestruturação do setor energético brasileiro.

O projeto do Gasbol, que possui 3.150 km de extensão e corta cinco estados brasileiros, absorveu cerca de US$ 2,1 bilhões. A captação de tão vultosos recursos exigiu estruturas contratuais complexas, determinadas *project finance*, que implicavam a necessidade de uma receita de venda final garantida pelo menos durante o período de pagamento da dívida, a fim de diluir os riscos envolvidos no negócio e garantir o investimento. Tal estruturação requereu, portanto, contratos confiáveis de longo e/ou médio prazos, normalmente com cláusulas de *take or pay* ou *ship or pay* que garantissem um fluxo de caixa suficiente para pagar o investimento aportado.

Tudo isso remete necessariamente à figura do comprador do serviço vendido. No caso, quem assumiu tal papel foi a Petrobras, que aportou ao projeto mais de 80% dos recursos de investimento e assumiu riscos elevados, obrigando-se a pagar pelo gás e por seu transporte antes mesmo de existirem compradores finais para o produto, pois o mercado de gás natural no Brasil ainda não era desenvolvido. A Petrobras atuou como garantidora e assinou contratos de *ship or pay* de longo prazo, ao mesmo tempo em que participou de programas de incentivo ao uso de gás natural, firmando contratos com distribuidoras locais e investindo em novas termelétricas, assim garantindo o fornecimento do produto.

---

[25] Aragão e Schirato, 2003:37-54.
[26] Ibid., p. 50-51.
[27] Informações extraídas do Parecer da SDE.

Em suma, a Petrobras firmou três contratos com a TBG para o transporte de gás natural, datados de 1998: o TCQ, o TCO e o TCX. Tratam-se de contratos para o fornecimento de transporte firme, com prazos de vigência longos (20 a 40 anos) e com a previsão de *ramp ups*[28] pré-acordados. O TCO foi pago previamente, em sua integralidade, e o TCQ teve 70% do pagamento de sua tarifa adiantado do lado boliviano.

Em 1999, contudo, as expectativas iniciais de demanda ainda não haviam se concretizado. O mercado consumidor de gás natural ainda não havia crescido da maneira prevista. Houve atrasos nas obras das distribuidoras de gás canalizado, impedindo a realização da demanda contratada e atrasos na construção do próprio Gasbol. Diante disso, em 1999, os contratos foram aditados, adiando-se a entrada em vigor do TCO e do TCX e ajustando-se os *ramp ups* às novas expectativas.

Tal cenário sofreu uma alteração significativa, porém, em fevereiro de 2000, com a introdução do plano prioritário de termelétricas pelo governo federal. Houve, em consequência, um crescimento significativo dos volumes de gás natural contratados, forçando a TBG a acelerar seus investimentos. Entre 2000 e 2001, portanto, foram efetivados novos ajustes contratuais, antecipando-se a conclusão da instalação da capacidade plena do gasoduto de 2007 para 2003, bem como a entrega do volume máximo do TCQ e pagamentos do TCX por parte da Petrobras. Segundo esta empresa, em razão das novas expectativas, ocorreu uma ausência de capacidade disponível do gasoduto a partir de 2002.

Análise das condutas

Aventou-se, no caso, a possibilidade de a TBG ter recusado ou limitado o acesso das carregadoras BG e Enersil ao Gasbol, em benefício da Petrobras, controladora da TBG e concorrente das duas carregadoras nesse segmento. Também a fim de prejudicar a atuação das mencionadas empresas no mercado, teria havido, segundo alegado, sobrerrequisição e sobrenominação de gás natural à TBG por parte da Petrobras, limitando o acesso das carregadoras concorrentes ao produto.

Conforme sumarizado pela SDE, relata o parecer da ANP que a TBG havia acordado com a empresa BG o transporte de determinados volumes de gás entre abril e dezembro de 2001. Em novembro de 2000, contudo, a TBG comunicou à BG que não dispunha de capacidade disponível para o transporte firme nos períodos acordados, em razão de negociações ainda não concluídas com o carregador original, a Petrobras. Por outro lado, a TBG, em março de 2000, também teria recusado

[28] Segundo explanado pela SDE, *ramp up* é o "período durante o qual o volume transportado é gradualmente incrementado".

pedido de acesso ao Gasbol elaborado pela Enersil, que requeria utilização do gasoduto por meio de serviço flexível, pagando apenas pelo volume movimentado com garantia de não interrupção do transporte. Como justificativa, afirmou ter capacidade disponível para os próximos anos, mas não no momento.

Segundo argumentado pela SDE quando do arquivamento do feito, assim acompanhada pela ProCade e pelo MPF:

> a não concordância com as propostas de acesso feitas pela BG e pela Enersil se justifica pela necessidade de obter o retorno previsto para o investimento realizado no gasoduto, o qual não estava amortizado e cujas receitas foram dadas como garantia às instituições de fomento que aportaram divisas para o projeto do gasoduto em questão, em um momento no qual o mercado consumidor brasileiro de gás natural ainda era incipiente. *Esse retorno estaria mais garantido caso a TBG conferisse preferência a seus contratos de transporte firme, como os celebrados com a Petrobras, em detrimento de outros possíveis contratos de transporte incidental, como os que pleiteavam a BG e a Enersil*.[29]

Coube à ANP, à época, arbitrar o conflito entre a TBG e as carregadoras BG e Enersil,[30] assim como cabe, agora, ao SBDC, averiguar se a alegada recusa ou limitação de acesso constituiu-se em infração à ordem econômica, passível de enquadramento no art. 20, incisos I a IV c/c art. 21, incisos IV, V, VI, XIII e XXIV, da Lei nº 8.884/94.

A alegada conduta de recusa de acesso, como visto, data do ano 2000, época na qual a ANP ainda não havia regulamentado, de forma mais clara e específica, as normas de livre acesso a gasodutos. Conforme relatado anteriormente, uma regulamentação mais detalhada só entrou em vigor em 2005, por ocasião das resoluções nºs 27, 28 e 29 daquele ano. Assim, muito embora o art. 58 da Lei do Petróleo tivesse, ainda em 1997, instituído um regime de livre acesso a terceiros, não existiam dispositivos mais precisos que ao menos balizassem os requisitos mínimos de acesso, indicassem razoavelmente quando uma recusa de fornecimento poderia ou não ser justificada e norteassem regras básicas para a negociação de tarifas entre as partes.

O presente caso demonstrou, de modo prático, os problemas decorrentes da ausência de um marco regulatório mais preciso relativamente à indústria do gás

---

[29] Grifos nossos.

[30] A ANP acabou por conceder o acesso à Enersil e à BG na forma como foi pleiteado. A solução se deu a contragosto da Petrobras, que critica a concessão de transporte não firme à Enersil e a imposição de uma tarifa à BG que, supostamente, seria mais vantajosa que a tarifa imposta à Petrobras. Também, segundo alegado, a ocupação do gasoduto tornou-se superior à sua capacidade física e foi necessário que a Petrobras renegociasse com a TBG a fim de acomodar a capacidade contratada pela BG (fl. 479).

natural. Cada agente busca, impreterivelmente, a maximização de seus interesses. A ausência de regras que estabeleçam um equilíbrio ótimo pode gerar, de um lado, um exercício indevido de poder de mercado por parte dos titulares da infraestrutura monopolista ou, de outro, um comportamento de *free riders* por parte dos competidores não integrados, comprometendo o retorno razoável dos investimentos aportados pelos carregadores originais e desencorajando novos negócios.[31] Essa dicotomia deve ser mantida em mente quando da análise de condutas como a presente.

Não há dúvida que a melhor maneira de lidar com questões semelhantes à descrita é por meio de uma regulação *ex ante*. A mensuração do preço de tarifas, a análise de quanto tempo um investidor necessita para recuperar seus recursos e outras questões são, evidentemente, tratadas com mais propriedade por estudos específicos e constantes do setor, com análises de cunho técnico complexas, abordadas de modo específico por uma autoridade regulatória daquele setor particular, preferencialmente de forma prévia, a fim de propiciar maior segurança aos agentes econômicos. Na ausência ou falha da regulação, contudo, é certo que a autoridade antitruste tem a competência para dirimir os efeitos deletérios resultantes de uma eventual distorção.[32]

Tendo em vista que a operação de gasodutos de transporte de gás natural consubstancia-se, em regra, em um monopólio natural, e que a malha dutoviária é a principal forma de ligação entre a produção e a distribuição do gás natural, com a possibilidade de competição nos mercados à jusante, tal infraestrutura é considerada uma típica *essential facility*, sendo importante a provisão de acesso a terceiros não proprietários da rede, observadas as ponderações feitas acima.[33]

A doutrina das *essential facilities* "especifica quando o proprietário de uma infraestrutura 'essencial' é obrigado a prover acesso àquela infraestrutura, a um preço 'razoável'".[34] Tal teoria, cujo desenvolvimento teve início na jurisprudência norte-americana, teve suas bases primordiais fixadas no julgamento do caso MCI

---

[31] Wish, Richard. *Competition Law.* 4. ed. Bath, UK: Butterworths, 2001, p. 617.

[32] De acordo com Wish (2001:616): "*It may be sensible in principle that situations of natural or persistent monopoly should be dealt with by a system of* ex ante *regulation rather than by competition Law: a competition authority is likely to be ill-equipped to deal with the persistent disputes in relation to access, and the appropriate price for access, that arise in relation to essential facilities. However, the Commission, proceeding from the ECJ's judgment in Commercial Solvents, began to develop its practice under Article 82 in such a way that a refusal to allow access to an essential facility could be found to be an abuse of a dominant position. As a result of this, there are circumstances in which access can be achieved by invoking competition law*".

[33] Aragão e Schirato, 2003:37-54; Pffeifer, 2004:68-85.

[34] Tradução livre de: "*An 'essential facilities doctrine' (EFD) specifies when the owner(s) of an 'essential' or 'bottleneck' facility is mandated to provide access to that facility at a 'reasonable' price*" (Organization for Economic Co-operation and Development [OECD]. *The Essential Facilities Concept.* Paris, 1996, p. 7. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2009).

Communications Corp. *v.* AT&T.[35] Segundo estabelecido pelo sétimo circuito da Justiça dos EUA, quatro elementos básicos devem ser preenchidos a fim de se aferir a responsabilidade de um titular de uma *essential facility*, embora a aplicação desses requisitos e da teoria como um todo seja abordada de modo específico por cada jurisdição:

- controle da infraestrutura essencial por um monopolista;
- impossibilidade de um concorrente duplicar, de modo fático ou razoável, a infraestrutura;
- recusa de acesso a um concorrente;
- o acesso a terceiros é tecnicamente possível.[36] Além disso, tem-se o preço pago pelo acesso como um elemento relevante na análise da conduta.[37]

Dito isso, a observação desses elementos deve necessariamente ser permeada pela análise de justificativas para a eventual recusa de acesso, que podem excluir, de modo perfeitamente razoável, eventuais alegações de infração por parte do titular da infraestrutura. "O proprietário de uma infraestrutura essencial não cometerá um abuso quando se tenha uma justificativa objetiva para uma negativa de acesso."[38]

Especialmente em se tratando de mercados como o de transporte de gás natural, no qual o acesso à rede, por razões físicas, não pode ser dado a um número ilimitado de concorrentes, a questão da capacidade disponível é primordial e pode ou não ser uma justificativa razoável para a recusa de acesso a concorrentes.[39] O compartilhamento da capacidade da infraestrutura é questão extremamente complexa, sendo um grande desafio regulatório.[40]

Em qualquer caso, a necessidade de o proprietário original da infraestrutura recuperar os investimentos por ele aportados também é reconhecidamente relevante e coloca-se como uma justificativa plausível para uma negativa de acesso de terceiros à rede, temperando uma aplicação de outro modo peremptória e limitada da doutrina de *essential facilities*.

---

[35] MCI Communications Corp. *v.* AT&T. 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 891 (1983).
[36] Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). *The Essential Facilities Concept.* Paris, 1996, p. 8. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2009.
[37] Aragão e Schirato, 2003:46.
[38] Tradução livre de: "*The owner of an essential facility will not commit an abuse where it has an objective justification for a denial of access*" (Wish, 2001:624).
[39] Aragão e Schirato, 2003:45; Wish, 2001:624.
[40] Aragão e Schirato, 2003:45.

> Onde infraestruturas dessa natureza tenham sido estabelecidas pelo Estado ou com financiamento estatal, ou por agentes a quem direitos de monopólio tenham sido concedidos pelo Estado, uma determinação de que elas devam ser divididas com terceiros pode ser considerada uma opção de política pública razoável. Agentes controlando um gargalo podem ser considerados "superdominantes", implicando terem uma responsabilidade maior do que as obrigações delegadas a empresas "meramente" dominantes. **Contudo, é importante reconhecer que devem haver limites à doutrina das *essential facilities*. Demandar a uma firma dominante que conceda acesso à sua infraestrutura é uma intervenção significativa por parte da autoridade antitruste; uma aplicação excessiva da doutrina das *essential facilities* pode gerar efeitos econômicos prejudiciais. Isso não apenas porque há um elemento de expropriação em se requerer que uma firma conceda acesso de sua propriedade a um competidor, mas também porque a possibilidade de que terceiros possam demandar uma "*free ride*" nos frutos do investimento de outrem pode dissuadir este último de realizar o próprio investimento. É claro, portanto, que deve haver um limite sensível sobre o que seja considerada uma *essencial facility*, e que as circunstâncias em que o acesso a ela pode ser determinado sob o art. 82 devem ser analisadas tendo-se em mente a necessidade de não desencorajar investimentos.**[41]

Sob tal perspectiva, é notadamente defendido o direito de exclusividade dos titulares da infraestrutura sobre as novas instalações, temporariamente, a fim de que seja possível recuperar os investimentos realizados e garantir um lucro mínimo, fomentando a continuidade de novos investimentos. O acesso mandatório de terceiros quando do início da operação de um gasoduto de gás natural "poderia levar a uma rentabilidade do investimento inferior àquela que motivou sua realização", desencorajando novos negócios e obstaculizando processos de

---

[41] Grifos nossos e tradução livre de: "*Where infrastructures of this kind have been established by the state or with the state-funding, or by undertakings to which monopoly rights have been granted by the state, a requirement that they should be shared with third parties may be considered to be a reasonable public policy choice. Undertakings controlling a bottleneck might be considered to be 'super-dominant', implying that they have a higher responsibility than the obligations attaching to 'merely' dominant firms. However, it is important to recognise that there must be limits to the essential facilities doctrine. Demanding that a dominant firm should grant access to its facilities is a major intervention on the part of a competition authority; and an excessive application of the essential facilities doctrine can have harmful economic effects. This is not only because there is an element of expropriation in requiring one firm to grant access to its property to a competitor, but also because the prospect that third parties might be able to demand a 'free ride' on the fruits of another's investment might deter the latter from making the investment in the first place. It is clear, therefore, that there must be a sensible limit upon what is to be considered to be an essential facility, and that the circumstances in which access to it can be mandated under Article 82 should be determined with the need not to discourage investment in mind*" (Wish, 2001:617).

inovação,[42] além de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro das empresas envolvidas.

Não por outra razão, a legislação da União Europeia que trata do livre acesso às infraestruturas de transporte de gás natural, conforme apurado pela SDE,

> demonstra haver preocupação, por parte do legislador europeu, quanto à necessidade de amortizar os investimentos realizados em mercados emergentes, como era o caso do mercado brasileiro no momento em que se deu o embate, bem como quanto à necessidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro das empresas reguladas do setor de gás natural, mesmo que para isso torne-se necessário restringir o livre acesso às redes de transporte por um determinado período.

É o que demonstra a Diretiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu (arts. 20, 21 e 28), que permite períodos de exclusividade de até 10 (dez) anos a novas instalações de transporte em mercados emergentes.

Finalmente, a própria ANP, em 2005, ao detalhar o marco regulatório referente ao acesso a terceiros na indústria de gás, reconheceu o direito de exclusividade dos proprietários de novas instalações de transporte, conforme consta da já mencionada Resolução nº 27/2005, que permitiu que os transportadores operando a menos de 6 (seis) anos neguem a terceiros o acesso a sua rede:

> Art. 2º. Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:
>
> [...]
>
> XII. Nova Instalação de Transporte: Instalação de Transporte com menos de 6 (seis) anos do início de sua operação comercial;
>
> [...]
>
> Art. 4º **O Transportador permitirá o acesso não discriminatório às suas Instalações de Transporte**, assim como a conexão de suas instalações com outras Instalações de Transporte, **exceto nos casos em que**, sem prejuízo do disposto no Art. 7º desta Resolução, **a solicitação do serviço refira-se a Novas Instalações de Transporte**.[43]

Note-se que, caso já houvesse, à época das condutas relatadas nesses autos, semelhante regulamentação por parte da ANP, as disputas que levaram à instau-

[42] Aragão e Schirato, 2003:37-54.
[43] Grifos nossos.

ração do presente processo não teriam ocorrido, o que demonstra a significativa relevância de uma regulação *ex ante* de qualidade.

As resoluções editadas pela ANP em 2005, sem dúvida, deram mais segurança às questões envolvendo o acesso ao mercado de gás natural. A determinação de *unbundling*, a clarificação de alguns requisitos e condições para o acesso de terceiros e a criação de diretrizes para a negociação de tarifas certamente contribuíram para dissuadir conflitos de natureza semelhante. Ademais, as lacunas regulatórias, a busca por uma regulação mais eficiente e segura, a necessidade de um equilíbrio entre continuidade de investimentos e o desejo de maior concorrência nesse mercado refletiram-se em vários projetos de lei que, recentemente, culminaram na edição da Lei do Gás (Lei nº 11.909/2009), que visou aperfeiçoar o marco regulatório do setor e, inclusive, previu a concessão de períodos de exclusividade de 10 (dez) anos aos transportadores detentores de novas instalações (art. 30, §3º).

No caso em concreto, nota-se que uma eventual recusa ou limitação de acesso à BG e à Enersil por parte da TBG justificou-se em razão da necessidade de recuperar os pesados investimentos aportados pela Petrobras na construção do Gasbol. O enorme montante financeiro despendido, as obrigações firmadas e os riscos assumidos pelos proprietários da infraestrutura em um momento ainda incipiente da indústria do gás jamais poderiam ser compensados no curto período de dois ou três anos de operação do gasoduto, época em que ocorreram as condutas alegadas. Conclusão diversa por parte dos órgãos de defesa da concorrência certamente tenderia a desencorajar novos investimentos semelhantes, em prejuízo da sociedade e de uma correta aplicação da doutrina concorrencial.

Tal argumento, por todas as razões relatadas, é suficiente para afastar os ilícitos concorrenciais imputados às representadas, sendo irrelevante perquirir a existência ou não de capacidade de produção disponível à época, bem como se houve ou não sobrerrequisição e sobrenominação de gás natural por parte da Petrobras.

4. Conclusão

Dito isto, indefiro as preliminares arguidas pelas representadas para, no mérito, determinar o arquivamento do feito, nos termos dos pareceres da SDE, ProCade e MPF.

É o voto.

Brasília, 25 de março de 2009.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Conselheiro