

OS DUTOS DE TRANSPORTE DO GÁS NATURAL E A REGULAÇÃO DO LIVRE ACESSO NO BRASIL: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E ATUAIS

Mariana de Siqueira¹

Yanko Marcius de Alencar Xavier²

RESUMO. Atentando para a relevância do recurso energético “gás natural”, para a abertura do mercado gasífero nacional promovida pela EC nº 09/95 e, ainda, para ausência de uma lei específica que o discipline, o presente trabalho se propõe a analisar a atividade dutoviária de transporte do gás natural enquanto monopólio natural, indústria de infra-estrutura econômica e bem de ordem essencial. Por possuir a referida atividade uma tendência natural à estruturação monopolista; o trabalho centra-se, também, na análise da regulação brasileira do livre acesso, prática concorrencial internacionalmente conhecida, e, ainda, na análise da viabilidade de sua inserção no atual cenário gasífero nacional.

PALAVRAS-CHAVE. Atividade dutoviária de transporte do gás natural. Monopólio natural. Bem - essencial. Regulação. Concorrência. Livre-acesso.

ABSTRACT. The present research, attempting for the economic relevance of the natural gas sector, for the inexistence of a law that disciplines it and, still, for the structural question of the natural gas ducts activity; it analyzes the monopoly of the natural gas ducts activity and the mechanism of competition chosen to brighten up it: the open access. The regulation of the open access and the viability that the insert of this practice has to Brazil nowadays are very important points to be discussed and, in that way, the present research also analyses them.

KEY-WORDS. Natural gas ducts activity. Natural monopoly. Essential - facility. Regulation. Competition. Open-access.

1.Considerações iniciais

Durante aproximadamente quarenta anos, as atividades do petróleo e do gás natural no país estiveram submetidas a um regime de monopólio, constitucionalmente assegurado, centrado nas mãos da União e exercido, com exclusividade, pela Petrobrás. A União, detentora do monopólio de tais atividades, o exercia de forma exclusiva através dos trabalhos desenvolvidos por esta empresa. Todavia, na década de noventa, mais precisamente em 1995, frente às exigências do mercado internacional e ao movimento das privatizações e desestatizações³, tal realidade sofre alterações, sendo admitida, através da Emenda

¹ Mariana de Siqueira. Mestranda em Direito Constitucional. UFRN. Advogada.

² Yanko Marcius de Alencar Xavier. Professor Doutor. UFRN

³ Alguns doutrinadores distinguem os termos privatização e desestatização; no primeiro caso, a titularidade das atividades anteriormente pertencentes ao Estado sai da esfera estatal, adentrando, em sua totalidade, na seara da livre iniciativa; no segundo, diferentemente, o Estado se mantém titular das atividades, permitindo aos particulares o seu exercício, intervindo indiretamente nas mesmas, através do exercício das atividades regulatória e fiscalizatória. Para Carolina Pereira Marcante, em seu artigo “A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas

Constitucional nº. 09, a entrada de novos agentes nos setores petrolífero e gasífero brasileiros. A Petrobrás, desse modo, frente à chamada abertura de mercado, não mais atuaria com exclusividade.

Dois anos após a inserção da Emenda Constitucional nº 09/95 no ordenamento jurídico nacional, exatamente em 06 de agosto de 1997, foi publicada a Lei 9.478, mais conhecida como “Lei do Petróleo”.

A “Lei do Petróleo” adveio para disciplinar a nova conjuntura da Política Energética Nacional, sendo responsável, ainda, pela instituição da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – enquanto ente regulador e fiscalizador das atividades do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis no país.

Hoje, tais atividades são disciplinadas de maneira mais intensa pela Lei do Petróleo, pelas Portarias e Resoluções emitidas pela ANP e, como não poderia deixar de ser, pela Constituição Federal de 1988.

Não há no Brasil, até a presente data, uma lei oficialmente publicada e destinada, específica e detalhadamente, à disciplina da cadeia gasífera de exploração e produção. O que existe, isso sim, são projetos de lei; como o projeto nº 226/05, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho⁴, analisado e aprovado pela Comissão do Senado no ano de 2006; porém ainda não publicado definitivamente e oficialmente.⁵

A inexistência de uma legislação específica para o setor gasífero nacional levanta variados questionamentos e debates; especialmente no concernente à atividade dutoviária de transporte do gás natural e à necessidade de expansão da malha de dutos existente no país na atualidade. A atividade dutoviária de transporte do gás natural, por sua peculiar forma de estruturação, por sua tendência eminentemente monopolista e por sua essencialidade revela por demais crítica a ausência de um marco regulatório para o setor gasífero brasileiro. A cadeia do gás natural e, em especial, uma de suas atividades integrantes, seja ela a atividade de transporte do gás realizada em dutos, ressaltam as peculiaridades do setor e, em consequência, a necessidade de uma legislação que atente específica e detalhadamente para as mesmas.

decorrentes da contratação de serviços terceirizados”, “a desestatização, em sentido amplo, é o conjunto de variadas formas adotadas para transferir à iniciativa privada atividades antes exercidas pelo Estado, com o fito de diminuir a intervenção do Estado no domínio econômico. O termo desestatização engloba conceitos como o de privatização, desregulação, concessão, permissão e terceirização (*contracting out*). A privatização também apresenta mais de uma acepção. Pode ser considerada como a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. Argemiro J. Brum destaca como principais objetivos da privatização: a arrecadação de recursos com a venda de patrimônio, a redução do tamanho do Estado, retirando-o da atividade produtiva direta, ou diminuindo a sua presença nela e em setores da infra-estrutura; a diminuição da dívida pública interna; a redução do *deficit* público; a concentração da capacidade administrativa e dos recursos do Estado nas funções básicas de sua competência, tais como saúde, educação, segurança, justiça, saneamento básico, cultura, ciência e tecnologia, infra-estrutura básica, etc.” Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209> Acessado em 30 de abril de 2006.

⁴ Projeto de Lei nº. 226 de 2005 que dispõe sobre a importação, exportação, processamento, comercialização, armazenamento, transporte, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural.

⁵ Frente à decisão do Governo Boliviano de nacionalizar as suas respectivas reservas de gás natural, no início do mês de maio do ano de 2006, foi aprovado, em caráter de urgência, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o Projeto de Lei de autoria do Senador Rodolpho Tourinho. Ao dia 3 de agosto de 2006, o projeto aqui mencionado foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE). Havia previsão de análise esmiuçada de tal projeto pela comissão mista do Senado e Câmara, para fins de votação em plenário, até o final do ano de 2006. Todavia, até a presente data, a “lei do gás” ainda não teve seu processo de votação, aprovação e publicação concluído em definitivo. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/secas2/index.asp> Acessado em 10 de agosto de 2006.

Com base no contexto aqui descrito, pautando-se na ausência de um marco regulatório específico para o gás natural no Brasil, o presente artigo se propõe a analisar a estruturação tendenciosamente monopolista da atividade dutoviária de transporte do gás natural, a necessidade de inserção de um regime concorrencial em sua seara via “livre acesso”, bem como as perspectivas de sua regulação no país.

2.O gás natural e sua cadeia: considerações gerais

O gás natural, combustível fóssil extremamente importante para a economia moderna, pode ser encontrado no subsolo terrestre em grandes profundidades, tanto em sua forma associada como isoladamente.⁶

O petróleo e o gás natural são encontrados nas bacias sedimentares que, por sua vez, podem ser definidas como depressões topográficas situadas, na maioria das situações, abaixo do nível do mar, de um modo propício ao depósito de sedimentos e à formação de rochas sedimentares. Todas as fases evolucionais de formação do petróleo e do gás natural ocorrem no interior de tais bacias. De acordo com a forma de apresentação e com a proporção de mistura do gás natural e do petróleo existentes em uma bacia, diz-se haver na mesma gás associado ou não associado.⁷

O gás natural associado é encontrado dissolvido no óleo; sendo retirado do poço junto com o mesmo. Havendo a preponderância de petróleo na jazida, sua produção se sobreporá a do gás natural nela existente. Não havendo mercado consumidor para o gás, poderá se efetivar a sua queima em *flares* ou a sua reinjeção na jazida.⁸ O gás natural não-associado, por sua vez, encontra-se separado do óleo, sendo a sua produção independente. O seu aproveitamento econômico é considerado uma condição essencial ao desenvolvimento da produção local.⁹ Em se tratando da cadeia do gás natural, há de se dizer que esta é formada por diversas etapas que se iniciam no poço, passando pelo processamento, transporte e distribuição, até chegar à revenda; ou seja, à comercialização feita nos postos de combustíveis. Tais atividades cristalizam, dessa forma, uma cadeia que se desenrola desde o poço até o posto, como bem se verá.

As atividades inseridas na cadeia do gás natural encontram-se divididas em setores distintos, condizentes com o momento e forma de realização das mesmas. No setor *upstream* são vistas as atividades de exploração, produção e perfuração. No setor *midstream*, por sua vez, encontra-se inserida a atividade de transporte do gás natural. E, por fim, no *downstream*, são observadas as atividades de refino/processamento, distribuição e comercialização dos derivados do gás natural.¹⁰ De modo bastante simplório, pode-se dizer que o setor *upstream* se liga à aquisição direta do produto e que o *downstream*, diferentemente, se vincula ao uso do produto.

A exploração do gás natural e do petróleo caracteriza-se por ser a etapa inicial de busca dos mesmos. Nesta etapa são realizados estudos e análises, com o uso de aparelhos de alta tecnologia, do subsolo e solo de um dado local. Aplicam-se, aí, os conhecimentos de geologia e de geofísica. Os geólogos centram-se no estudo das rochas e da superfície do local em análise com o escopo de analisar a possibilidade de existência de recursos no mesmo. Cessado o trabalho inicial dos geólogos, passa-se ao dos geofísicos. Estes, por sua vez, analisam o

⁶ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do gás natural. SENAI/RN, 2002.

⁷ DAVID, Olavo Bentes. *Noções de geologia para compreensão do direito petrolífero*. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Maio, 2002.

⁸ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do gás natural. SENAI/RN, 2002.

⁹ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do gás natural. SENAI/RN, 2002.

¹⁰ Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br> Acessado em 30 de abril de 2006.

subsolo com o auxílio de aparelhos sofisticados tentando promover uma visão profunda da realidade local.¹¹

O trabalho de ambos os estudiosos, em conjunto, se propõe a selecionar os locais mais adequados para a realização da perfuração.¹²

A perfuração, por conseguinte, varia de acordo com as peculiaridades do local em que se dá. Inicialmente, há a perfuração de um poço pioneiro e, atestando-se a existência de petróleo ou gás natural no local, são perfurados os demais poços. Não sendo encontrado qualquer dos recursos acima mencionados, haverá o abandono do local; atentando-se, sempre, para a adoção de medidas de segurança e de reestruturação da área trabalhada.¹³

Sendo auferida a viabilidade econômica e comercial de um dado poço, dar-se-á início à produção do mesmo. Para que se efetive a produção de um dado campo, faz-se necessário que seja confirmada a viabilidade econômica do mesmo, em decorrência dos vultuosos gastos envolvidos nesta atividade.¹⁴

Com relação à atividade de processamento, pode-se dizer que a mesma engloba uma série de procedimentos que se aplicam ao gás natural em sua forma bruta, dividindo-o em uma série de outras substâncias - seus derivados - dotadas de utilidade e de capacidade de inserção nas atividades de ordem comercial, nesta etapa o gás é desidratado e fracionado. No caso dos campos de gás natural associados, efetiva-se o processamento de campo; tal processamento revela-se bastante preliminar, consistindo na retirada das frações pesadas do gás, permitindo sua retirada para a terra ou o seu direcionamento para a UPGN (Unidade de processamento de Gás Natural) mais próxima. Nas Unidades de Processamento de Gás Natural - UPGNs, dá-se o processamento em planta com o escopo de recuperar os líquidos de gás natural.¹⁵

Quanto ao transporte do gás natural, o mesmo pode se dar de diversas formas: gasodutos, navios criogênicos, gasodutos virtuais etc. No caso brasileiro, destaca-se, como principal recurso efetivador da atividade de transporte do gás natural, a rede dutoviária de transporte; tal estrutura, por corresponder ao objeto central do presente estudo, será analisada de modo mais detalhado à frente.¹⁶

No que tange à atividade de distribuição, a mesma vem sendo definida pela Lei do Petróleo, em seu art. 6º, inciso XX da seguinte maneira:

“Art. 6º: 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.”

Apesar das semelhanças, as atividades de transporte e de distribuição do gás natural diferem-se, não devendo ser confundidas; a atividade de transporte corresponde ao deslocamento, à movimentação de gás em grandes quantidades, desde a localidade da produção até os *city gates*, sendo a mesma monopólio da União; a atividade de distribuição, por sua vez, é de monopólio dos Estados, sendo exclusivamente exercida por uma dada companhia distribuidora estadual, se desenvolvendo no interior de um dado Estado, até alcançar os seus respectivos clientes; sejam eles consumidores finais ou clientes industriais.

A comercialização de combustíveis derivados de petróleo, por fim, pode ser entendida como a atividade desempenhada pelos postos revendedores de combustíveis aos consumidores de uma dada localidade; é a venda propriamente dita, no varejo, de tais produtos.

¹¹ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do gás natural. 2002.

¹² MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do gás natural. 2002.

¹³ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do Gás Natural. 2002. SENAI/RN, 2002.

¹⁴ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do Gás Natural. 2002. SENAI/RN, 2002.

¹⁵ MEDEIROS, Gilson Gomes. O petróleo - Fundamentos do Gás Natural. SESI/RN. 2002.

¹⁶ Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br> Acessado em 30 de abril de 2006.

3.A atividade dutoviária de transporte do gás natural, sua caracterização geral e a necessidade de inserção de um regime concorrencial em sua seara via livre acesso aos dutos de gás

A atividade de transporte do gás realizada nos dutos caracteriza-se de forma peculiar dentro da cadeia do gás natural, ensejando variados questionamentos e discussões.

De modo bastante técnico, os dutos de transporte de gás natural e a atividade por eles desempenhada podem ser explanados da seguinte maneira:

“Os dutos de transporte de gás natural configuram-se como tubulações de aço, medindo de 10 a 32 polegadas de diâmetro, conduzindo o gás natural com o auxílio de um sistema de manutenção de pressão composto por compressores. As pressões nos dutos são elevadíssimas, variando de 15 a 100 kgf/cm². O transporte do gás natural, diferentemente do transporte dos demais recursos energéticos, possui um índice de eficiência bastante elevado, chegando a 90%, com uma perda de energia mínima durante a transmissão.”¹⁷

No que tange à caracterização jurídica e econômica da atividade dutoviária de transporte do gás natural, variados posicionamentos são argüidos.

A atividade dutoviária de transporte do gás natural pode ser exercida por qualquer empresa ou consórcio de empresas, com sede e administração no país, que atenda aos requisitos necessários legalmente enumerados e, ainda, que tenha obtido *autorização* do ente competente para tal, no caso, a ANP.¹⁸

A *autorização*¹⁹, como bem sabe, corresponde a um ato administrativo, discricionário, precário e revogável a qualquer tempo pelo Poder Público concedente, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, gerando, conseqüentemente, certa instabilidade àquele que a obtém, mais precisamente no que concerne à continuidade do exercício da atividade que lhe fora autorizada.²⁰ A precariedade atribuída ao ato "*autorização*" levou inúmeros estudiosos a questionarem a sua escolha pelo legislador nacional enquanto elemento viabilizador do exercício da atividade dutoviária de transporte do gás natural.²¹

Questiona-se, a partir de então, se a referida atividade se caracterizaria como um serviço público ou como uma atividade econômica. Em sendo a referida atividade dotada de relevância econômica e social, em possuindo a mesma notório interesse público, como explicar a escolha de um ato precário enquanto elemento apto a possibilitar o seu exercício em território nacional?

Seria a *autorização* ato adequado para tal? Seria tal atividade realmente marcada pelo interesse público? É a atividade dutoviária de transporte do gás natural serviço público ou atividade econômica? Tais questões polemizam-se, inclusive, por não haver qualquer

¹⁷ MEDEIROS, Gilson Gomes. O Petróleo - Fundamentos do Gás Natural. SENAI/RN; 2002, pg. 27.

¹⁸ Lei 9.478 de 1997, art. 56, caput e parágrafo único.

¹⁹ É importante que se diga que a inserção do termo "autorizado" na legislação petrolífera nacional não implica em dizer que o exercício da atividade dutoviária de transporte do gás deve ser necessariamente precedido do ato administrativo *autorização*; tal qual definido pelos doutrinadores administrativistas nacionais (ato precário, revogável a qualquer tempo, conforme critério de conveniência e oportunidade). Ora, a inserção de tal termo na lei pode ter se dado em sua dimensão genérica, implicando em qualquer ato de origem administrativa, seja ele a concessão, a permissão ou a *autorização* em sentido estrito, apto a viabilizar o exercício da atividade de transporte do gás natural. Apesar de tal raciocínio, a ANP adota postura diversa, conferindo ao termo interpretação restrita, pautando-se no conceito clássico dos administrativistas nacionais.

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 16ª Edição. Editora Jurídico Atlas. São Paulo: 2003.

²¹ O projeto da lei do gás elaborado pelo Senador Rodolpho Tourinho, visando amenizar tal polêmica, prevê o instituto da concessão enquanto ato administrativo capaz de possibilitar o exercício da atividade de transporte; conferindo, assim, uma maior segurança e estabilidade aqueles agentes que desejam investir no setor dutoviário de transporte do gás natural.

dispositivo legal ou constitucional definindo, expressamente, o que venham a ser as atividades econômicas.

A definição dos “serviços públicos” revela-se bastante discutida e ainda não pacificada. Seria o serviço público toda e qualquer atividade acometida pelo interesse público? Seria, ainda, toda e qualquer atividade de finalidade pública? E em se tratando da atividade dutoviária de transporte do gás, seria a mesma um serviço público ou uma atividade econômica? Abarcariam os serviços públicos outros atos administrativos que não a concessão? Poderia um serviço de utilidade pública ser exercido mediante autorização²²?

A doutrina jurídico-petrolífera ainda não tem se posicionado de forma unânime com relação à natureza jurídica da atividade dutoviária de transporte do gás; assim, antes de se estabelecer aqui um posicionamento, faz-se importantíssimo expor algumas das opiniões consagradas a respeito de tal temática por notórios doutrinadores da seara jurídica.

Hely Lopes Meyrelles, versando sobre a caracterização dos serviços públicos, ventila a idéia de que estes se dividem em serviços públicos propriamente ditos e serviços de interesse público. Os primeiros, conforme opinião do mencionado autor, são aqueles que:

A Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados.²³

Os segundos, diferentemente, correspondem às atividades que podem ser prestadas diretamente pela Administração ou por terceiros, através de autorização, concessão ou permissão; de acordo com os regulamentos, controle e condições estabelecidos pelo Poder Público concedente, por conta e risco dos seus agentes exercentes, mediante pagamento dos usuários. Hely Lopes cita como exemplo dessa segunda categoria de serviços públicos, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone.²⁴ (grifo nosso)

Assim, numa breve síntese, pode se dizer que de acordo com o mencionado autor, seriam serviços públicos propriamente ditos aqueles indispensáveis à sociedade, à sua sobrevivência e manutenção; os serviços de utilidade pública, por sua vez, correspondem a um *plus* na vida da sociedade, facilitando o seu cotidiano, conferindo-lhe maiores confortos e dignidade.

Passada essa breve análise dos conceitos dos serviços públicos, faz-se imprescindível analisá-los sob a luz das atividades econômicas.

Eros Roberto Grau²⁵, tratando de tal questão, relata que, substancialmente, não existem oposições entre os conceitos de serviço público e atividade econômica, estando o serviço público inserido no rol das atividades econômicas. Relata o referido autor serem os serviços públicos espécies de atividades econômicas exercidas pelo ente estatal de modo não especulativo. De acordo com Grau, as atividades econômicas em sentido amplo abarcam tanto os serviços públicos como as atividades econômicas em sentido estrito. Desse modo, tal jurista assim expõe:

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.

²² Entenda-se aqui o sentido estrito do termo: ato discricionário, revogável a qualquer tempo, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

²³ MEYRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. São Paulo: 2003. Pág. 321.

²⁴ MEYRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. São Paulo: 2003. Pág. 322.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.²⁶

Alexandre de Moraes²⁷, por sua vez, discorrendo a respeito das atividades econômicas e dos serviços públicos, expõe a idéia de que estes correspondem às atividades destinadas à satisfação das necessidades básicas e essenciais da coletividade; as atividades econômicas, diferentemente, não buscam satisfazer a tais fins, conformando-se como um *plus* na vida dos cidadãos; todavia, frente ao interesse público que as norteia, o Estado mantém-se presente na seara das mesmas, disciplinando-as e fiscalizando-as. No caso das atividades petrolíferas, conforme opinião do autor, estas se inserem nesta segunda categoria de atividades mencionada - atividades econômicas - sendo destinado ao Estado, em virtude do interesse público que as acomete, o seu monopólio.

Tomando por base os variados conceitos acima mencionados, em qual das searas se inseriria a natureza jurídica da atividade dutoviária de transporte do gás natural?

Deve se perceber, após todo o exposto, que poucas são as distinções substanciais argüidas entre os serviços públicos e as atividades econômicas; especialmente em se tratando de suas respectivas essências.

De forma bastante genérica, pode se dizer que os serviços públicos correspondem às atividades de interesse público, exercidas pelo Poder Público, sob um regime jurídico eminentemente publicista. Quanto às atividades econômicas, estas podem ser exercidas tanto pelos particulares como pelo Estado²⁸, através de regime jurídico próprio e diferenciado, sendo acometidas, também, pelo interesse público, ainda que indiretamente. O que obsta a classificação das mesmas como serviços públicos é o regime jurídico que as acomete e, ainda, a finalidade maior que as norteia; seja ela o lucro e não a satisfação das necessidades básicas e essenciais da coletividade.²⁹

Em se tratando da atividade dutoviária de transporte do gás natural, há de se dizer que esta, indubitavelmente, encontra-se acometida pelo interesse público, inclusive por envolver um recurso energético de monopólio da União. Acrescente-se a isso, ainda, o fato de a mesma buscar propiciar, através da sua prestação, maiores benefícios e conforto para os cidadãos. Conforme disposição legal destinada à disciplina da atividade em comento, esta só poderá ser exercida mediante obtenção de autorização do Poder Público.³⁰ Assim, percebe-se não ser a atividade dutoviária de transporte do gás natural exercida exclusivamente pelo ente estatal, sendo admitida a participação de empresas privadas em seu desenvolvimento, desde que autorizadas pelo Poder Público competente, no caso em questão, a ANP.

A atividade dutoviária de transporte do gás natural, portanto, após a abertura do mercado petrolífero brasileiro, deixou de ser um serviço público exercido exclusivamente pelo Estado para configurar-se como atividade econômica de interesse público, passível de ser exercida tanto pelo capital privado como pelo capital público.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92

²⁷ MORAES, Alexandre de. Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2426>>. Acesso em: 21 nov. 2005.

²⁸ Conforme expõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 173, caput, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só se dará excepcionalmente, em casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

²⁹ Há de se atentar para o fato de que apesar de visarem lucros, as atividades econômicas também são envolvidas pelo interesse público, não podendo se desenvolver livre e espontaneamente, sem qualquer controle, fiscalização ou regulação estatal.

³⁰ Art. 56 da Lei nº 9.478/97

Celso Antonio Bandeira de Mello, em coadunância com o exposto, ventila que as atividades monopolizadas pelo Estado, inseridas no art. 177 da Constituição; dentre elas a atividade dutoviária de transporte do gás natural, não se confundem com os serviços públicos, constituindo-se, ao invés disso, como atividades econômicas regidas pelo direito privado.³¹

Passada a análise da natureza jurídica da atividade dutoviária de transporte do gás natural e adentrando-se na seara de sua caracterização estrutural e econômica, vê-se que a mesma é considerada por aqueles que a analisam como sendo uma indústria de infra-estrutura econômica, um monopólio natural e um bem essencial.

As indústrias de infra-estrutura econômica correspondem às atividades passíveis de exteriorização em variadas formas (transporte, telecomunicações, energia...) e que se configuram como atividades extremamente importantes para o desenvolvimento econômico e social de uma dada localidade. Propiciam uma vida mais digna aos indivíduos que delas se utilizam, conferindo-lhes qualidade de vida, aumentando a sua produtividade no trabalho etc. No que tange aos seus benefícios econômicos, pode-se mencionar o aumento dos investimentos, a diminuição dos custos internos de produção de uma dada empresa, um maior aproveitamento de recursos, um maior fluxo de mercadorias etc.³² Frente a tal importância, por envolverem de modo tão intenso o interesse público; inicialmente, as indústrias de infra-estrutura econômica foram instituídas, custeadas e desenvolvidas pelo Estado. Todavia, com os movimentos de privatização e desestatização típicos da década de noventa, tal realidade alterou-se e o Estado, anteriormente agente, passou a estruturar-se de uma nova forma; como um verdadeiro Estado Regulador; Estado este que passou a intervir indiretamente na seara econômica local, através das atividades de fiscalização e regulação.

Quanto aos monopólios naturais, inicialmente faz-se imprescindível mencionar que estes se diferem dos monopólios ilícitos classicamente conhecidos, Como é sabido, existem os monopólios ilícitos, que se estruturam de maneira abusiva, em contrariedade às leis, sendo combatidos juridicamente por prejudicarem os interesses dos consumidores, o próprio mercado e a sua adequada estruturação. Os monopólios naturais, diferentemente dos monopólios ilícitos, não se adequam a esta caracterização. Como o próprio nome indica, os monopólios naturais correspondem àquelas atividades que naturalmente tendem a se estruturar de uma maneira monopolista. Correspondem às atividades, portanto, que possuem uma tendência natural ao monopólio. Tal fato se dá em decorrência da própria essência e caracterização da atividade.

Os monopólios naturais se beneficiam de substanciais economias de escala e de escopo, que lhes permitem operar com custos de produção menores do que aqueles que seriam obtidos por duas ou mais empresas operando simultaneamente. Assim, aceitar a entrada de mais de uma empresa no mercado significa maiores custos de produção e maiores preços para o consumidor. As economias de escala surgem quando a empresa é capaz de duplicar sua produção sem duplicar seus custos. As economias de escopo ocorrem quando o custo de produção de dois produtos diferentes numa única empresa é menor do que o custo de produção de cada um desses produtos em duas empresas diferentes. Ou seja, é mais eficiente produzir os dois produtos juntos numa mesma empresa.³³

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição. Maleiros Editores. São Paulo: 2003. Pág. 639.

³² Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

³³ Disponível em:

https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/hemeroteca/seminario_energia Acessado em 21 de junho de 2006.

Os monopólios naturais e suas peculiaridades impedem a atuação da mão invisível propagada por Adam Smith³⁴; gerando a necessidade de se estabelecer uma regulação referente à sua estruturação, desenvolvimento, preços etc. A naturalidade dos monopólios naturais lhes retira a ilicitude; o que, no entanto, não os exime do controle estatal via regulação; via fiscalização. Assim, apesar de naturais e não ilícitos, os monopólios em comento sujeitam-se à inserção da concorrência em sua seara, de forma artificial, através da atividade regulatória estatal.³⁵ A atividade dutoviária de transporte do gás natural, além das caracterizações aqui descritas, também é considerada um bem essencial.

Os bens essenciais, de modo bastante simplório e até mesmo superficial, podem ser definidos como bens de acesso indispensável ao desenvolvimento de certas atividades. Assim, para que uma dada atividade se desenvolva, faz-se imprescindível que o seu agente executor utilize-se das estruturas do bem essencial. No caso da atividade dutoviária de transporte do gás natural, levando em consideração que a indústria gasífera desenvolve-se em cadeia, fácil torna-se visualizar a essencialidade do acesso às suas instalações.³⁶

Alguns elementos referentes à atividade dutoviária de transporte do gás natural revelam a sua classificação enquanto indústria de infra-estrutura econômica e monopólio natural. São eles³⁷: *a indivisibilidade de seus ativos* (a malha gasífera deve ser construída como um todo, de maneira completa, objetivando propiciar a sua eficiência funcional); os *altos custos de investimento inicial* (os gastos inicialmente tidos com a instalação da malha dutoviária são vultuosos, havendo a necessidade de transcurso de um grande lapso temporal para a obtenção de um retorno financeiro a eles referentes); o *baixo custo de manutenção do serviço* (quanto maior for a malha de gás, maior será o seu custo inicial e menor será o seu custo de funcionamento após a maturação do investimento feito); *capacidade de atender às oscilações da demanda* (não poderá haver interrupção ou deficiência dos serviços prestados); *capacidade de sofrer ampliação em suas dimensões* (objetivando atender ao maior número de localidades possíveis, desenvolvendo o mercado e a malha de gás nacional, enquanto interesses de ordem pública).

Pelas características aqui descritas, pelo interesse público norteador da atividade dutoviária de transporte do gás natural, faz-se indispensável a atuação estatal em sua seara via regulação.

A atividade dutoviária de transporte do gás natural, ainda que considerada monopólio natural, também deverá se sujeitar à contemporânea e indireta intervenção estatal. Mesmo não havendo ilicitude na formação de um monopólio natural; há a possibilidade de o detentor do poder dele proveniente agir de maneira arbitrária, impondo preços abusivos, oferecendo produtos de má qualidade, prestando um serviço não qualitativo; lesionando os consumidores e, conseqüentemente, o interesse público norteador da atividade de transporte; justamente por isso, é que se faz presente o Estado na disciplina e no controle de tal atividade.³⁸ O Estado jamais poderia esquivar-se do controle, ainda que indireto, da atividade dutoviária de transporte do gás natural.³⁹

³⁴ Conforme apregoado por Adam Smith, o mercado se auto-regularia naturalmente, através de uma espécie de mão invisível, não necessitando de uma regulação artificial promovida pelo ente estatal.

³⁵ FILHO, Calixto Salomão. "Direito Concorrencial - As Estruturas", São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

³⁶ Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

³⁷ Indústria Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

³⁸ Indústria Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

³⁹ Na indústria de energia os monopólios naturais se fazem por demais marcantes, devendo se submeter, impreterivelmente, a regulação promovida pelo Estado. As regras da regulação e a

A ANP, enquanto ente regulador e fiscalizador do setor gasífero nacional, “prevê nas suas leis de criação a atribuição de zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes regulados.”⁴⁰

Dentro do contexto aqui narrado, tomando por base o atual papel do ente estatal, a estruturação monopolista da atividade de transporte do gás natural, o princípio constitucional da defesa da concorrência, sua tutela na “Lei do Petróleo” e nas leis de criação da ANP, bem como o interesse público norteador da seara gasífera nacional, nada se faz mais razoável que tentar amenizar, via regulação, via fiscalização, os impactos monopolistas que recaem por sobre a atividade dutoviária de transporte do gás natural.

No âmbito internacional, na tentativa de solucionar a problemática monopolista acometedora da atividade dutoviária de transporte do gás natural, tomando por base a essencialidade dos dutos de transporte e, em consequência, a doutrina econômico social das *essential facilities*⁴¹, países como a Inglaterra e os EUA adotaram, de forma pioneira, a prática concorrencial do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural.⁴²

O tópico a este posterior dedica-se à análise mais detalhada de tal prática concorrencial.

4.O livre acesso enquanto mecanismo de inserção de um regime concorrencial na atividade dutoviária de transporte do gás natural e a sua regulação no país

O livre acesso aos dutos de transporte de gás natural, prática concorrencial internacionalmente conhecida, configura-se como um verdadeiro corolário da doutrina econômico-social das *essential facilities*, do princípio da função social da propriedade⁴³ e, ainda, da tutela da livre concorrência.

legislação de defesa concorrencial devem ser aplicadas e observadas simultaneamente para fins de defesa da concorrência na seara gasífera nacional. “Esta integração é importante tanto no segmento baseado na extração de recursos naturais não renováveis, como a indústria do petróleo e derivados, quanto no segmento que se utiliza de recursos naturais renováveis, como a indústria de energia elétrica. Segundo o Balanço Energético Nacional de 2000, do Ministério da Minas e Energia, a energia não renovável responde por 42,3% da oferta interna de energia, sendo 33,8% referente a petróleo e derivados. A energia renovável fica com 57,7% do total, dos quais 38,1% correspondem a hidrelétricas.” Disponível em: https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/hemeroteca/seminario_energia.pdf Acessado em 21 de junho de 2006.

⁴⁰ Disponível em:

<https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/hemeroteca/seminarioenergia.pdf>

Acessado em 21 de junho de 2006.

⁴¹ Revelando a inaplicabilidade prática da teoria da mão invisível de Adam Smith⁴¹ aos casos de elevada concentração de poder no mercado - como, por exemplo, os monopólios naturais - surgem, na seara jurisprudencial americana, os primeiros esboços da doutrina econômico-social das *essential facilities*. O caso julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1912, envolvendo os United States e a Terminal Road Association, configura-se como elemento básico ensejador da criação da doutrina dos bens essenciais (*essential facilities*). GÓIS, Luciana Figueiras de. A gênese do princípio do "open access" a gasodutos no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 765, 8 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7123>>. Acesso em: 18 mai. 2006

O caso julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1912, envolvendo os United States e a Terminal Road Association, configura-se como elemento básico ensejador da criação da doutrina dos bens essenciais (*essential facilities*).

⁴² Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

⁴³ O princípio da função social da propriedade fundamenta e justifica a adoção e a consequente aplicabilidade prática do livre acesso na seara gasífera nacional. Os bens acometidos pelo princípio constitucional da função social da propriedade devem ser produtivos; assim, nada mais razoável que estabelecer tal princípio às atividades da cadeia gasífera brasileira, com destaque para a atividade dutoviária de transporte do gás natural. A implementação do livre acesso aos dutos de gás; mais

Inserida no ordenamento jurídico interno pela “Lei do Petróleo”⁴⁴, a prática do concorrencial livre acesso corresponde, numa apertada síntese, à possibilidade de eventuais terceiros interessados utilizarem-se da “capacidade não utilizada”⁴⁵ dos dutos de transporte de gás natural existentes, mediante pagamento de certa quantia aos seus proprietários.

Como se disse há pouco, a prática do livre acesso foi adotada pioneiramente na seara internacional por países como os EUA e a Inglaterra. Em tais países, frente ao contexto histórico de abuso e imposição de preços arbitrários por parte dos agentes de suas respectivas indústrias gasíferas, a implementação de um regime concorrencial no âmbito da atividade de transporte do gás natural fazia-se imprescindível, tendo-se optado pela prática do livre acesso para o alcance de tal fim. Sendo as malhas dutoviárias de tais países desenvolvidas, estando o território destes quase que todo encoberto por dutos, não havendo viabilidade física e econômica na construção de novos dutos paralelos aos já existentes, os mesmos optaram pela promoção da maximização do uso dos dutos existentes mediante a disponibilização de suas capacidades ociosas e disponíveis aos terceiros interessados que se mostrassem aptos a utilizá-las, bem como dispostos a pagar uma remuneração adequada ao titular de tais instalações; eis que surge, então, a prática concorrencial do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural.

A tutela da livre concorrência na indústria gasífera mundial, ao longo de sua evolução histórica, pautou-se em duas diretrizes básicas: uma delas correspondente à separação dos contratos de transporte dos contratos de compra e venda de gás natural, permitindo a entrada de outros agentes na indústria, evitando a sua verticalização; e a outra, por sua vez, ligada à alocação da capacidade ociosa em gasodutos para terceiros, geralmente na modalidade de serviços não firmes de transporte (interrompíveis) e venda de gás e da capacidade disponível na modalidade de serviço de transporte firme (não interrompíveis).⁴⁶

Como se sabe, a questão referente à verticalização das empresas na indústria petrolífera se divide em duas facetas; uma referente à importância que tal integração possui para a indústria, compensando os investimentos inicialmente feitos no desenvolvimento de suas atividades, e outra concernente ao potencial lesivo que tais concentrações possuem para o mercado,

precisamente no âmbito da capacidade de transporte não utilizada destes, possibilita uma maximização em sua utilização; conferindo-lhes ampla função social.

⁴⁴ Lei nº. 9.478 de 1997, art. 58, §§ 1º e 2º. “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.”

⁴⁵ O termo capacidade “não utilizada” foi inserido no presente texto para fins didáticos, não sendo habitualmente mencionado na Indústria, devendo ser entendido aqui como capacidade ociosa e disponível.

⁴⁶ A capacidade ociosa de um gasoduto corresponde à diferença entre a capacidade máxima de transporte do gasoduto e o volume diário de gás contratado para o serviço de transporte firme se transporta diariamente. Os serviços não firmes de transporte de gás correspondem aos serviços interrompíveis, mediante aviso prévio à parte que os contratou. A capacidade disponível compreende a diferença entre a capacidade total de transporte do duto e a capacidade total contratada para serviço de transporte firme. (Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001).

argüindo a necessidade de se submeter às atividades da cadeia petrolífera a um sistema concorrencial satisfatório.⁴⁷

O Brasil, inspirando-se na experiência internacional, inseriu na “Lei do Petróleo”⁴⁸ mecanismos variados destinados à inserção de um regime concorrencial em sua seara gasífera; destacando-se, dentre eles, a desverticalização e o livre acesso. Como já se disse anteriormente, a atividade dutoviária de transporte do gás natural não se mostra tendente à inserção simples e natural da concorrência, sendo assim, coube à atividade regulatória estatal tratar desta problemática com o fim maior de promover a competição no setor.

A “Lei do Petróleo”, responsável pela regulação do setor após a abertura do mercado, buscou romper com a estrutura verticalizada da indústria petrolífera e gasífera nacional, estimulando o exercício competitivo de suas atividades, estabelecendo, em seu art. 65, a criação, pela Petrobrás, de uma subsidiária responsável pela atividade de transporte. Nasceu, então, a Transpetro.

Em seu art. 58, §§ 1º e 2º, a referida lei estabelece o livre acesso aos dutos de transporte de gás natural, mediante remuneração adequada ao titular das instalações. Cabe à ANP⁴⁹, enquanto ente regulador e fiscalizador do setor, determinar a quantia e o modo de pagamento da remuneração, caso as partes não entrem num acordo concernente a isso. Havendo acordo, a ANP deverá analisar a existência de compatibilidade entre o valor acordado e o de mercado. No § 2º do artigo em comento, é conferida à Agência Nacional do Petróleo a responsabilidade pela regulação da preferência a ser dada ao proprietário das instalações para a movimentação de seus produtos, buscando efetivar uma utilização adequada da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.⁵⁰

Como já fora relatado, o instituto do livre acesso é previsto em lei em decorrência do interesse público norteador da atividade dutoviária de transporte do gás natural. A referida prática concorrencial almeja, assim, impedir a configuração de uma dominação arbitrária do mercado, prejudicial aos consumidores e à defesa da concorrência.

Dentro do contexto de aplicabilidade prática do livre acesso, imprescindível faz-se distinguir os dutos de transporte dos dutos de transferência. Os primeiros, sujeitos ao livre acesso, caracterizam-se como dutos de interesse público, responsáveis pela interconexão de diferentes fases da cadeia; os segundos, por sua vez, por ligarem-se diretamente a interesses privados, não se sujeitam à referida prática, a menos que sejam reclassificados como dutos de transporte.⁵¹

⁴⁷ SILVA, Anderson Souza da. Regulação do Livre Acesso aos Dutos de Transporte de Gás Natural. Direito do Petróleo em Revista. Ano I. Volume I. Jan./Jul. 2003.

⁴⁸ A “Lei do Petróleo”, ao longo de seu conteúdo textual, tutela princípios como o da livre concorrência e da defesa dos consumidores, revelando o interesse público que norteia as atividades das indústrias petrolífera e gasífera nacional; dentre elas, a atividade dutoviária de transporte do gás natural.

⁴⁹ Como bem expõe a Lei do Petróleo, a ANP apenas arbitrará o valor da tarifa no caso de não ser promovido acordo quanto a isso entre as partes. O projeto da Lei do Gás elaborado pelo Senador Tourinho, contrariando tal disposição, prevê, em seu art.10, a determinação da quantia tarifária pela ANP indistintamente. Em seu art. 10, o referido projeto assim expõe: Art. 10 Sem prejuízo das atribuições que lhe foram conferidas na Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, cabe à ANP: (...) V – estabelecer critérios e fixar as tarifas de transporte e de armazenagem de gás natural (...).

⁵⁰ Lei 9.478 de 1997, art. 58, §§ 1º e 2º.

⁵¹ “Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: (...) VII – Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral; VIII – Transferência: movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse *específico e exclusivo* do proprietário ou explorador das facilidades.” “Art. 59 Os dutos de transferência serão reclassificados

O art. 59 da “Lei do Petróleo” estabelece a possibilidade de reclassificação dos dutos de gás natural; assim, se um duto de transferência, antes considerado de interesse privado, passar a configurar-se como de interesse público, será reclassificado como duto de transporte, sujeitando-se à aplicação do livre acesso.⁵²

Vista a breve disciplina dada à temática do gás natural pela “Lei do Petróleo”, relevante faz-se discorrer a respeito do histórico da disciplina dada, pela ANP, à prática concorrencial do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural no país.

Um ano depois de inserida a Lei do Petróleo no ordenamento jurídico nacional, em 1998, foi editada pela ANP a Portaria de nº. 169, com o escopo maior de disciplinar a questão do livre acesso no país. A referida portaria adveio com o intuito de fomentar a competição no mercado gasífero nacional, permitindo a entrada de novos agentes, atraindo investimentos para o setor, possibilitando o crescimento do mercado de gás natural brasileiro. Determinava, em seu texto legal, as condições do acesso não discriminatório dos terceiros interessados às instalações de transporte de gás natural, o modo de cobrança das tarifas pelo transportador e a atuação da ANP, enquanto ente regulador e fiscalizador, em tal seara.⁵³

A portaria 169 de 1998, apesar de bem intencionada, teve um curto período de aplicabilidade prática em virtude de flagrantes equívocos textuais, tendo sido revogada no ano de 2001. No mês de fevereiro do referido ano, uma proposta de portaria disciplinadora do livre acesso foi submetida à consulta pública, sendo alvo de variadas sugestões advindas de agentes e estudiosos da seara petrolífera, justamente por tratar de uma temática tão ampla e relevante. Como consequência de tal consulta, em junho de 2001, foi publicada a Portaria nº. 98, disciplinando a expansão das instalações de transporte de gás natural.⁵⁴

A temática do livre acesso, após a realização da consulta pública supra mencionada, continuou sendo alvo de debates, concluindo-se, através dos mesmos, pela necessidade de se dividir a sua regulação em cinco portarias distintas: Portaria de livre acesso às instalações de transporte de gás natural; Portaria dos critérios tarifários do transporte dutoviário de gás; Portaria que regulamenta o processo de resolução de conflitos; Portaria de informações a serem enviadas pelos transportadores e carregadores de gás natural à ANP, ao mercado e aos carregadores e, por fim, a Portaria de cessão de capacidade de transporte do gás natural.⁵⁵

Das minutas de portaria acima mencionadas, de pronto, apenas duas tiveram o seu processo de discussão e desenvolvimento concluído, com as suas conseqüentes e respectivas publicações; foram elas: Portaria do processo de resolução de conflitos⁵⁶ e Portaria do fornecimento de informações a serem enviadas pelos transportadores e carregadores de gás natural à ANP.⁵⁷

Das cinco portarias propostas para regulação da atividade de transporte do gás natural, três foram destinadas pela ANP a um processo de consulta pública, durante um período de trinta dias; processo este com prazo final previsto para o dia 20/10/2003; foram elas: a Portaria do livre acesso, Portaria da cessão de capacidade de transporte e Portaria dos critérios tarifários. O prazo final acima mencionado não foi cumprido, tendo as portarias se mantido sob consulta

pela ANP como dutos de transporte, caso haja comprovado interesse de terceiros na sua utilização, observadas as disposições aplicáveis deste capítulo.” (grifo nosso)

⁵² Vide casos práticos disponíveis em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_processo.asp Acessado em 23 de maio de 2006 e http://www.anp.gov.br/gas/gas_aratu_camacari.asp Acessado em 23 de maio de 2006.

⁵³ Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001.

⁵⁴ Disponível em: <http://www.anp.gov.br> Acessado em 24 de maio de 2006.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.anp.gov.br> Acessado em 24 de maio de 2006.

⁵⁶ Portaria nº. 254 de 2001

⁵⁷ Portaria nº. 01 de 2002

pública por anos, efetivando-se, recentemente, mais precisamente em outubro de 2005, a publicação, no site da ANP, de seus textos definitivos.⁵⁸

A partir de todo o exposto, simples torna-se perceber que a temática do livre acesso foi acometida por uma longa e conflituosa ausência de regulação específica. Inúmeros foram os anos em que esta prática manteve-se prevista na “Lei do Petróleo” sem uma mais detalhada disciplina; o que, conseqüentemente, em muito dificultou a sua aplicação prática.

Após longos anos de espera, a ANP optou por elaborar, mais precisamente em outubro de 2005, textos definitivos das resoluções destinadas à disciplina do livre acesso; encontrando-se os mesmos disponíveis no endereço eletrônico da Agência.⁵⁹

Passadas as considerações aqui tecidas acerca da disciplina legal do livre acesso no país, há de se dizer que apenas um caso prático veio a efetivar-se no território nacional envolvendo a implementação do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural.⁶⁰

No presente momento, três são as resoluções disciplinadoras do livre acesso existentes no país, com seus respectivos textos definitivos, após longos anos de submissão à consulta pública pela ANP, ainda quando denominadas “minuta de portaria”; são elas: Resolução que regulamenta a cessão da capacidade contratada de transporte dutoviário de gás natural; Resolução que regulamenta o acesso às instalações de transporte dutoviário do gás natural e a Resolução que regulamenta os critérios tarifários aplicáveis ao transporte dutoviário de gás natural. Além das três resoluções mencionadas, não podem ser esquecidas as seguintes portarias: Portaria nº. 01, de 06/01/2003, que disciplina o envio de informações referentes à atividade de transporte e de compra e venda de gás natural ao mercado e Portaria nº. 254, de 11/09/2001, que disciplina a resolução de conflitos de que trata a Lei nº. 9. 478, de 1997, em seu art.58.

O livre acesso, sua adoção pelo ordenamento nacional e a viabilidade de sua aplicação prática no país, configuram-se como pontos essenciais de inúmeros debates e discussões argüidos nos dias atuais. A adoção deste mecanismo concorrencial e regulatório se dá com base em alguns objetivos principais; como, por exemplo, o incremento da concorrência no setor com a atuação de variados agentes; a diminuição do poder centrado nas mãos do transportador monopolista; a possibilidade de maximização do exercício da atividade de transporte; a defesa dos interesses consumeiristas etc.

Ressalte-se que, apesar de ter sido promovida a publicação dos textos definitivos das resoluções da ANP responsáveis por disciplinar o livre acesso, a elaboração e conseqüente publicação de uma lei a este fim destinada, entenda-se aqui o termo lei em seu sentido estrito, faz-se indispensável à segurança jurídica da disciplina legal de tal prática. Inúmeros são os debates argüidos envolvendo o poder normativo da Agência – ANP – fato este que, por sua

⁵⁸ Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/livre_acesso.asp Acessado em 24 de maio de 2006.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.anp.gov.br> Acessado em 24 de maio de 2006.

⁶⁰ O único caso prático de livre-acesso efetivado no país deu-se no âmbito do gasoduto Brasil-Bolívia, mais conhecido como GASBOL; antes mesmo do advento da Lei nº. 9. 478 de 1997; dando-se, portanto, sem qualquer aparato jurídico.⁶⁰

No caso prático supra mencionado foram contratados serviços de transporte não interruptíveis em cima da capacidade ociosa dos dutos, ou seja, em cima da diferença existente entre a capacidade contratada e aquilo que era transportado diariamente. Ocorre que, em 1998, com o advento da Portaria nº. 169, a contratação até então realizada tornou-se incompatível com o texto do novo diploma legal que emergia na seara gasífera nacional. Conforme expunha a Portaria nº. 169, só se tornava possível a contratação de serviço de transporte interruptível em cima da capacidade disponível do duto e não sobre a capacidade ociosa deste. Assim, rapidamente a prática do livre acesso até então efetivada veio a desfazer-se. Vide: Góis, Luciana Figueira. . O Livre Acesso às Instalações de Transporte de Gás Natural: Aspectos Teóricos e Regulatórios. RJ, 2004. Monografia de Graduação.

vez, gera instabilidade aos atos normativos por ela editados e publicados. Imprescindível faz-se, dessa forma, a aprovação e publicação de uma lei destinada à adequada disciplina da cadeia do gás natural no país; bem como da prática do livre acesso.

Que a atividade dutoviária de transporte do gás natural se caracteriza como um monopólio natural não restam dúvidas; que a prática concorrencial do livre acesso se mostrou satisfatória na seara internacional enquanto mecanismo concorrencial do setor gasífero também não; todavia, imprescindível faz-se questionar a sua adoção pelo ordenamento nacional tal qual o fora feito no âmbito externo. O Brasil, diferentemente dos países que pioneiramente adotaram o livre acesso, não possui uma malha dutoviária desenvolvida; tendo, ainda em caráter de distinção, dimensões de ordem continental. Surge, frente à tal realidade, a seguinte questão: Seria o livre acesso a melhor prática concorrencial a se adotar no Brasil frente à realidade da ínfima extensão de sua malha dutoviária?

Deveria o Brasil adotar o livre acesso de modo idêntico ao adotado na seara internacional? O modelo de livre acesso atualmente sugerido é adequado à realidade gasífera brasileira?

O tópico que se segue; já em caráter de conclusão quanto a todo o aqui exposto, busca responder tais questionamentos.

5.A viabilidade da aplicação do livre acesso no país: considerações finais

A regulação existente hodiernamente no país para a implementação efetiva da prática do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural revela-se bastante recente. Como se disse há pouco, o país manteve-se por longos anos sem qualquer portaria ou lei que disciplinasse especificamente o art. 58, §§ 1º e 2º da Lei nº. 9.478 de 1997. Apenas em outubro do ano de 2005 foram publicados os textos definitivos das resoluções responsáveis por disciplinar tal prática concorrencial.

Apesar de ter-se cessado a consulta pública das resoluções do livre acesso e de ter-se efetivado a elaboração de seus textos finais; não há, hodiernamente, uma lei destinada especificamente à regulação da cadeia gasífera de produção. O que existem, como bem se expôs, são projetos de lei, como o projeto de Lei elaborado pelo Senador Rodolpho Tourinho; aprovado em 2005 pela Comissão do Senado e, até a presente data, ainda não publicado definitivamente.⁶¹

O Brasil, como aqui mencionado, possui características por demais distintas daquelas pertencentes aos países que pioneiramente adotaram o livre acesso. Como bem se sabe, frente à sua grande extensão territorial, é qualificado como um país de dimensões continentais; assim, nada se faz mais razoável que a observância de tal peculiaridade, bem como de outras mais, na elaboração da regulação para o setor gasífero nacional.

Conforme dados apresentados pela Petrobrás, o Brasil possui uma malha dutoviária em uso da ordem de aproximadamente 15.000 km. A realidade estrutural da malha gasífera nacional, quando comparada à extensão do território brasileiro, 8.511.965 km²⁶², revela-se ínfima; tornando ainda mais latente a necessidade de serem realizados novos investimentos em prol da expansão da rede dutoviária de transporte do gás atualmente existente no país.

Como dito anteriormente, o livre acesso foi instituído, no âmbito internacional, em localidades que possuíam uma malha dutoviária de gás desenvolvida; não sendo esta a realidade dutoviária brasileira, como bem expõem os dados acima elencados.

O Brasil, enquanto país de dimensões continentais, possui regiões distintas, com características físicas, geológicas e naturais distintas; com diferentes reservas de gás natural, com diferentes demandas pelo gás natural, com mercados de gás natural distintos; essas e

⁶¹ Não cabe ao presente trabalho explicar esmujadamente a questão referente ao projeto da Lei do Gás, questão essa que, frente à sua amplitude, deve ser analisada em trabalho específico.

⁶² Disponível em: <http://www.ultimaarcadenoe.com/brasil.htm> Acessado em 24 de maio de 2006.

outras peculiaridades, obrigatoriamente, deverão ser observadas na elaboração da legislação gasífera nacional.

Uma das mais relevantes temáticas concernentes à disciplina do livre acesso diz respeito ao período de carência para implementação desta prática nos dutos considerados novos; dutos estes que necessitam, por serem novos, da maturação dos investimentos econômicos neles realizados. Ressalte-se que mesmo na seara internacional, onde as malhas dutoviárias costumam ser desenvolvidas, como nos países da União Européia, por exemplo, a temática referente ao período de carência para os dutos novos não foi esquecida.

Diretamente ligadas a temática do período de carência para os dutos novos estão as dimensões continentais nacionais e, ainda, as diferentes características que acometem cada uma das regiões geográficas brasileiras.

Para que a regulação do cenário gasífero nacional seja feita de maneira adequada e eficaz, faz-se relevante que seja elaborada uma lei específica para as atividades do gás natural, atentando para as suas principais problemáticas e aspectos técnicos e para as características naturais e mercadológicas que acometem cada uma das regiões do país.

Percebe-se, frente a isso, que ainda restam pendentes e carentes de resposta alguns dos principais anseios e questionamentos argüidos durante longos anos pelos empreendedores e estudiosos do setor acerca da implementação do livre acesso no país. O advento de uma nova lei capaz de responder os questionamentos que ainda restam pendentes seria por demais relevante para o setor e é justamente neste contexto que se insere a relevância das discussões envolvendo a nova legislação do gás natural.

A disciplina legal do livre acesso, assim, a fim de possibilitar a ampliação da rede dutoviária nacional, a realização de investimentos na construção de novos dutos e o máximo aproveitamento da rede dutoviária existente no país, deverá atentar para a realidade brasileira. As características naturais e mercadológicas das regiões sudeste e nordeste, por exemplo, se diferem, devendo, desse modo, ser observadas quando da elaboração da legislação gasífera nacional. Não se pode estabelecer um determinado período de carência para implementação do livre acesso sem se considerar as realidades existentes nos mais diversos mercados de gás natural regionais do país.

Com base no exposto, vê-se que os períodos de carência para implementação do livre acesso nos dutos considerados novos poderá variar de região para região, conforme a demanda pelo gás natural em cada uma delas, conforme o tempo de vida útil das reservas de gás natural existentes em cada uma delas e, ainda, conforme as dimensões de suas respectivas redes dutoviárias de gás natural.

Tanto a ANP como o Congresso Nacional, no exercício de suas respectivas funções, ao desejarem disciplinar a prática do livre acesso, ao desejarem estabelecer restrições a esta, como por exemplo, a restrição referente ao período de seis anos de carência para os dutos novos (Resolução nº 27 de 14 de outubro de 2005 da ANP), deverão fazê-lo de forma fundamentada, com base em estudos técnicos, científicos e econômicos, para que, assim, sejam evitadas determinações legais sem razoabilidade e pouco eficazes. Qual o fundamento utilizado para a determinação deste período específico de carência (6 anos) pela ANP? Foram consideradas as especificidades das diferentes regiões nacionais? É possível, através de tal período de carência, possibilitar a maturação de investimentos feitos em qualquer localidade nacional?

A realização de estudos destinados especificamente à avaliação das variadas peculiaridades das regiões gasíferas nacionais seria interessante para conferir uma maior certeza quanto ao período necessário para maturação e obtenção de retorno financeiro pelos agentes que investiram na construção de novos gasodutos. Determinado tal período, mais fácil tornar-se-ia determinar um período de carência razoável para implementação do livre acesso aos dutos novos.

No Brasil, pelos fatores aqui já narrados, a realização de tais estudos poderia estabelecer um período razoável de carência para todo o território nacional e, atestada esta impossibilidade frente às peculiaridades de cada região brasileira, poderia fornecer períodos de carência razoáveis para cada uma delas.

O livre acesso, com bem se disse anteriormente, aparece como uma alternativa, como uma forma diferenciada de estabelecer um sistema concorrencial em uma atividade que naturalmente tende a se estruturar de forma monopolista. Assim, os monopólios naturais, por seus altos custos de investimento, pela demora na obtenção de um retorno financeiro e por configurarem-se como indústrias de rede; muitas vezes inibem, jurídica ou economicamente, a construção de novas estruturas paralelas às já existentes. Para que sejam vedadas práticas anti-concorrenciais, faz-se imprescindível à disponibilização das estruturas existentes aos terceiros interessados. A questão da inviabilidade de construção de novas estruturas revela-se importantíssima à adoção do livre acesso por um dado local. O que não pode ser esquecido jamais, é que o Brasil possui uma ínfima malha dutoviária de gás natural; configurando-se como um país de dimensões continentais, com regiões variadas, de características variadas, com variações, ainda, na relação produção-demanda do gás natural.

Que o livre-acesso é prática eficiente no combate à concentração de poder na atividade dutoviária de transporte do gás natural não restam dúvidas; no entanto, a viabilidade de sua aplicação prática pode variar de acordo com as peculiaridades da região geográfica em que se dá. Assim, frente à realidade nacional, faz-se imprescindível que a aplicação prática do livre acesso considere a produção de gás natural de cada região, seu tempo de vida útil, as novas descobertas feitas, a demanda pelo gás existente no local, a malha dutoviária existente na região; para que seja auferida, da maneira mais realista possível, a viabilidade ou inviabilidade de aplicação prática do livre acesso numa dada localidade nacional. Só assim a implementação da referida prática poderá surtir os efeitos concorrenciais esperados, sem inibir a realização de novos investimentos na construção da rede dutoviária nacional, sem inviabilizar o sonho nacional de expansão da ínfima rede dutoviária de transporte do gás natural hodiernamente existente. Por fim, há de se dizer que a cobrança de uma tarifa razoável, justa e adequada pela utilização dos dutos no livre acesso também se faz imprescindível à realização de novos investimentos na construção de dutos.

6.Referências

- DAVID, Olavo Bentes. **Noções de geologia para compreensão do direito petrolífero**. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Maio, 2002.
- FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial - As Estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GÓIS, Luciana Figueira. **O Livre Acesso às Instalações de Transporte de Gás Natural: Aspectos Teóricos e Regulatórios**. RJ. 2004. Monografia de Graduação.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros**. Série ANP. Número II. Rio de Janeiro. 2001
- MEDEIROS, Gilson Gomes. **O petróleo - Fundamentos do Gás Natural**. SESI/RN. 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2426>>. Acesso em: 21 nov. 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

SILVA, Anderson Souza da. **Regulação do Livre Acesso aos Dutos de Transporte de Gás Natural**. Direito do Petróleo em Revista. Ano I. Volume I. Jan./Jul. 2003.

SIQUEIRA, Mariana de. **A atividade dutoviária de transporte do gás natural, sua estrutura e a implementação do livre acesso em sua seara: a necessidade de implementação de um modelo de livre acesso adequado à realidade gasífera nacional**. UFRN, 2006. Monografia de Graduação.

<http://www.anp.gov.br/>

<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209>

<https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/hemeroteca/seminarioenergia.pdf>

<http://www.fiesp.com.br/noticias/secao2/index.asp>

<http://www2.petrobras.com.br>