



GÁS NATURAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO (UNIÃO vs ESTADOS)

José Antônio de Sousa Meireles¹

Copyright 2008, Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008*, realizada no período de 15 a 18 de setembro de 2008, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008*.

Resumo

Este estudo aborda a regulação do gás natural no Brasil; restringe ao conflito jurídico decorrente da disciplina constitucional instituidora da repartição de competência entre a União e os Estados da Federação. A controvérsia instaura-se acerca da discussão quanto aos limites conferidos à União pela *Carta Magna* de 1988, para realizar o transporte, por meio de conduto, do gás natural, em contrapartida à competência dos Estados-Membros, para explorar os serviços de gás canalizado. Analisa-se o “Projeto Gemini”, responsável pela movimentação do gás no território paulista, sem a intermediação da concessionária estadual. A corrente favorável ao estado enfatiza que pelo uso do plural a expressão “serviços de gás canalizado” constante na *Constituição* conduz ao entendimento com vista a abarcar todos os possíveis serviços de gás canalizado, sem qualquer restrição aos fins destinados (residencial, industrial), ou a natureza do usuário. A tese oposta defende não contemplar o fornecimento de gás aos consumidores industriais. Sustentam pelo prisma histórico que a questão energética sempre foi exercida pela União em proteção ao interesse coletivo. Somam-se a isto o fator econômico, os altos investimentos e o grande volume para comercialização que compõem a lógica desse mercado, justificando assim a construção de uma infra-estrutura própria de gasodutos.

Abstract

This study examines the regulation of natural gas in Brazil: It is limited to the legal conflict due to the constitution of the republic which determines the distribution of competence between the Federal Government and the States. It introduces the controversy about the limits conferred on the Government by the constitutional law of 1988, related to the transport of natural gas by pipeline, in contrast to the power of states to exploit the services of gas by pipeline. It analyzes the operation of Project Gemini originated by the movement of gas by Petrobras in São Paulo, without the intervention of the state. The legal opinion favourable to the state argues that the term “gas delivery services” according to the Brazilian Law leads to the understanding that the use of plural covers all services of gas flowing, without any limitation on the purpose, is a flexible destination (home, companies), or the type of the user. The argument against the state that says these services don't include the supply of gas to companies. In the past one could understand that the energy issue has always been controlled by the Government on behalf of the people. It adds up to all this, the economy, high investments and great volume of gas for marketing that makes up the logic of this market, therefore justifying the construction of an own pipeline structure.

1. Introdução

O presente trabalho aborda a regulação do gás natural no Brasil; foca de forma restrita o conflito jurídico decorrente da disciplina constitucional que estabelece a repartição de competências entre a União e os Estados da Federação. Examina a controvérsia instaurada quanto aos limites do monopólio conferido à União pela Carta Cidadã (Art. 177, IV, CRFB/88), para realizar o transporte, por meio de conduto, do gás natural, em contrapartida à competência atribuída aos Estados para explorar, diretamente ou por via de empresa concessionária, os serviços locais de gás canalizado (Art. 25, § 2º da CRFB/88).

¹ Contador, Pós-graduado em Contabilidade Gerencial com ênfase em Controladoria (UFBA), Pós-graduando - MBA Regulação Petróleo & Gás (FUNCEFET), Graduando em Direito (UNESA). Petróleo Brasileiro S.A (Consultor de Negócios).

Será analisado o caso concreto proveniente do “Projeto Gemini”, que desencadeou a batalha jurídica entre dois grupos: um formado pela União Federal (como assistente), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras); o outro constituído pela antiga Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo (CSPE), atual Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARCESP), a Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGAS) e pelo Estado de São Paulo.

O núcleo da disputa judicial concentra-se na operação praticada pela Petrobras (ou empresa por ela controlada) ao realizar, sem intermediação da COMGAS, a movimentação de gás natural, no território do Estado de São Paulo, diretamente do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL) até a planta de liquefação da White Martins, localizada no Município de Paulínia. A partir desta, a empresa GNL Gemini Comercialização de gás natural Ltda – Gás Local (Petrobras 40% e White Martins 60%) inicia a distribuição e comercialização direta do Gás Natural Liquefeito (GNL).

Com o intuito de delimitar o escopo deste tema, face às informações e questionamentos, destacamos os principais pontos conflitantes oriundos da fixação do ente federativo competente para regular os serviços de movimentação do gás natural, por via de condutos, e sua entrega a usuário específico.

Posteriormente iremos assinalar as correntes jurídicas favoráveis à titularidade da competência estadual na condição de efetivo regulador e do lado oposto a corrente doutrinária defensora da competência Federal (União), por tratar de interesse nacional indispensável ao desenvolvimento do País. Principais pontos sobre a matéria:

(i) tendo em vista a definição técnica constante na Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/97, art. 6º, XXII) ao conceituar a distribuição de gás canalizado como sendo serviços locais de comercialização de gás canalizado junto aos usuários finais, estaria a atividade desempenhada pela planta de liquefação da White Martins fora deste conceito, quer seja, usuário final?

(ii) o dispositivo legal citado na questão anterior é inconstitucional por delimitar o campo de atuação do Estado aos serviços locais de comercialização de gás canalizado junto aos usuários finais, restringindo assim a competência do Estado positivada no art. 25, § 2º da CRFB/88?

(iii) há realmente invasão de competência quando a União, por meio de sua autarquia especial (ANP), autoriza a implantação do projeto, cujo escopo consiste na distribuição e comercialização do gás natural diretamente pela empresa Gás Local, sem passar pela regulação estadual, ou seja, não ocorrerá a entrega do gás natural às concessionárias estaduais, nos terminais de recepção denominados *city gate*?

(iv) *o by pass* pretendido pelo projeto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

(v) para a solução do conflito os julgadores, além das interpretações jurídicas sobre o tema, devem também considerar os impactos que poderão ser causados à economia nacional, ao tentar resguardar aos Estados-Membros a regulação da atividade em tela. Visto que a obrigação de aquisição do gás natural por meio da concessionária estadual poderá significar aumento dos custos e conseqüentemente do preço final do gás natural, onerando assim o mercado consumidor brasileiro?

2. Projeto Gemini

Antes de conceituarmos este projeto, é de bom conselho dissertar sobre o marco regulatório do gás natural no Brasil. Embora alguns estudiosos do assunto ressaltem a inexistência de um marco regulatório que traga leis específicas atinentes a esta matéria, registra-se no mercado brasileiro a presença normativa da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, nos artigos 25, §2º (alterada pela EC n.º 5/95) e 177, Inciso IV, como também da Lei n.º 9.478/97 (Lei do Petróleo).

Os aludidos dispositivos constitucionais estabeleceram o monopólio da União para o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de condutos de gás natural de qualquer origem, cabendo aos Estados Federados apenas o direito de explorar os serviços locais de gás natural canalizado.

À luz da legislação mencionada podemos inferir que a indústria do gás natural é regulada pela União (por meio de sua autarquia – ANP), como também pelos Estados (por suas agências reguladoras). A ANP é responsável pelas atividades de produção, importação e transporte; já as Agências Estaduais são responsáveis pela regulação da distribuição e comercialização de serviços locais de gás canalizados destinados, em tese, aos consumidores finais.

Fica clara, contudo, a existência de lacunas legais e regulatórias no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na determinação das Competências da União e dos Estados, no âmbito da indústria gasífera, conforme também reconhece ANP esse fato na autorização administrativa n.º 82 de 23/3/2005, ao conceder à White Martins a anuência para construção da planta de GNL na cidade de Paulínia/SP.

Segundo o disposto no Parecer ProCADE n.º 602/2005 da Advocacia Geral da União e no Parecer 06202/2005/DF do Ministério da Fazenda (Secretária de Acompanhamento Econômico), o “Projeto Gemini” refere-se à formação de uma *joint venture* societária, denominada GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. (Gás Local), constituída entre a GASPETRO e a White Martins, como etapa inicial para formação de um *joint venture*

contratual (consórcio) denominado “Consórcio Gemini” composto pelas seguintes empresas: Gás Local (operadora, líder), Petrobras e a White Martins.

O objetivo é atuar de forma conjunta para a produção, comercialização e distribuição de gás natural liquefeito (GNL), suprindo as regiões não atendidas pelo sistema de distribuição canalizado, buscando assim ampliar o mercado, promover a antecipação do consumo deste produto em áreas situadas em um raio de mil quilômetros a partir da unidade de liquefação.

O fornecimento do gás natural ficou sob a responsabilidade da Petrobras. Já a estrutura para a transformação do gás do estado gasoso para o líquido foi construída e está sendo operada pela White Martins. O transporte até o mercado consumidor é feito pela empresa Gás Local por meio de carretas criogênicas.

A planta de liquefação de gás natural entrou em operação em agosto de 2006, com capacidade para liquefazer 380 mil metros cúbicos de gás por dia. Atualmente abastece algumas cidades do interior de São Paulo e as cidades mineiras de Andradas, Poços de Caldas e Três Corações, em parceria com a Companhia de Gás de Minas Gerais (GASMIG). Além do posto de Goiânia, serão inaugurados novos postos de GNV abastecidos por GNL em Londrina/PR, Anápolis/GO e Brasília/DF (*Revista Petrobras* nº 121 – janeiro de 2007).

A logística deste projeto compreende uma operação integrada de transporte do gás natural por conduto, da Bolívia até o Brasil, por intermédio do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL); com a distribuição do gás natural por rede canalizada do gasoduto até a usina de liquefação, que por sua vez realiza o processamento, liquefação e distribuição do gás natural liquefeito (GNL) no território brasileiro.

O professor e procurador do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Binengojm (2006), descreveu de forma didática toda essa operação, na qual a Petrobrás fornece o gás natural de sua propriedade; a TBG (empresa controlada pela Petrobras) realiza a movimentação do gás natural por meio de um ramal construído a partir do GASBOL, já no território do Estado de São Paulo, e o entrega diretamente à planta de liquefação; a White Martins opera a planta de liquefação, transformando o gás natural, mediante processamento industrial, em gás natural liquefeito (GNL); a empresa GNL Gemini (Gás Local) ficou encarregada da comercialização.

Diante desta última descrição, nota-se o ponto de conflito da questão, ou seja, o fato da captação direta do gás natural para a planta de liquefação da White Martins, sem a intermediação da COMGAS - concessionária detentora da exclusividade na prestação de serviços locais de gás canalizado no Estado de São Paulo.

3. Análise do Texto Constitucional e Infraconstitucional

Este tópico remete à análise da delimitação da competência em consonância com a regra positivada pelo legislador originário na *Carta Magna* de 1988. A fixação da competência constitui-se em elemento intrínseco à formação da república e à garantia da harmonia advinda do pacto federativo.

A República Federativa do Brasil, formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito. A harmonia entre tais entes da federação é garantida pelo pacto federativo. O Federalismo é uma forma de estado, com origem nos Estados Unidos da América. Neste modelo convivem dois ou mais poderes autônomos em um mesmo território.

Nesta formação há a figura do Governo Central (Estado Federal ou União) a quem compete a coordenação dos demais. Os Estados-Membros gozam de autonomia, porém, não pode haver extremismos. Se há excesso de autonomia forma-se uma confederação e, se há forte centralização, volta-se ao estado unitário onde o Governo Central detém o poder administrativo de todo o território nacional.

Entende-se por Estado Federal o próprio governo central, responsável pela segurança nacional, pela diplomacia e pela representação internacional dos demais Estados. Deve-se ter cautela em relação à centralização das decisões pelo poder federal em detrimento da autonomia dos demais membros. O Estado federal é a representação máxima de um Estado estruturado no Federalismo.

Autonomia enseja repartição de competência entre as unidades federativas. O legislador originário, ao esculpir o texto constitucional, estabeleceu expressamente a autonomia de cada um. Neste contexto, as competências administrativas e legislativas encontram-se distribuídas em dois grandes grupos: privativas da União (artigos 21 e 22 da CRFB/88) e as concorrentes (art. 23 e 24 da CRFB/88). No âmbito da legislação concorrente, no plano legislativo, a União limita-se a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º da CRFB/88).

Todavia, enquanto as competências da União e dos Municípios estão expressamente consignadas na lei maior (artigos 21, 22 e 30), aos Estados-membros foram reservadas as denominadas residuais ou remanescentes (art. 25, § 1º do referido legal).

Assim, ficou outorgada à União Federal a disciplina normativa para legislar sobre energia, bem como sobre os recursos minerais (art. 22, IV e XXII da CRFB/88). Consoante o disposto no art. 20, IX, da CRFB/88 são de titularidade federal os recursos minerais. Todavia, quanto ao gás natural à norma superior traçou específica divisão de competência entre a União e os Estados. Conforme o mencionado estatuto legal, compete à União explorar, em regime de monopólio a pesquisa e lavra do gás natural, além da atividade de transporte, por meio de conduto, independentemente de sua origem (Art. 177, IV da CRFB/88).

Já aos Estados, a *Constituição* de 1988 (art. 25, § 2º) outorgou o direito de explorar, em regime de serviços público, de forma direta ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação. É importante ressaltar que o texto constitucional em análise foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 5/95. A redação original concedia aos Estados o direito de exploração diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

Assim, nota-se no ordenamento constitucional, de forma taxativa, a clara separação das competências relativas ao produto gás natural. No entanto, a batalha jurídica formar-se-á a partir da interpretação do texto constitucional, em face da abrangência da atuação de cada ente-federativo, visto ao limite estabelecido pela própria constituição, ou seja, o direito de um termina quando inicia o do outro.

Na matriz infraconstitucional, temos a Lei n.º 9.478/97, denominada como “Lei do Petróleo”, publicada em 6 de agosto de 1997, destinada à regulamentação da abertura do mercado consoante a previsão constitucional advinda a partir da flexibilização do monopólio das atividades da indústria do petróleo exercidas pela Petrobras (Emenda Constitucional n.º 9/95), quais sejam: exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural e outro hidrocarbonetos fluidos e seus derivados.

No bojo desta lei vieram algumas definições questionadas taxativamente por parte dos estudiosos do direito, sob argumento de causarem maior insegurança jurídica, a ponto de atribuí-las vícios de inconstitucionalidade. Como exemplo, pode-se citar o conceito de distribuição de gás canalizado constante no art. 6º, XXII, da Lei n.º 9.478/97, que define como “serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da *Constituição Federal*”.

Apreciando o aludido dispositivo Binengojm (2006) entende que a *Constituição da República* (art. 25, §2º) não opôs qualquer outro adjetivo ou expressão restritiva à delimitação da competência dos Estados em matéria de gás natural. Com efeito, o dispositivo se refere tão-somente a “serviços locais de gás canalizado”, não os restringindo em razão do tipo de usuário ou de motivo de ordem técnica. Assim, não poderia a lei tê-lo feito, por assim extrapolar os limites ínsitos à regulamentação legal.

Em linha oposta Loss (2007) salienta que em conformidade com o artigo 6º, XXII da Lei do Petróleo, deve-se entender como distribuição de gás canalizado os serviços locais de comercialização destinados aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do artigo 25 da *Constituição Federal*, conceito este ratificado no art. 5º, VII, do Projeto de Lei do Gás. Ainda dispõe o mesmo autor que diante desta definição, a Lei do Petróleo igualou o conceito de distribuição de gás canalizado ao de “serviços locais de gás canalizado”. Esta equivalência, entretanto, deve ser analisada em face da interpretação constitucional, visto não ser outorgada a lei federal à prerrogativa para limitar, de qualquer forma, o texto constitucional acerca da competência dos Estados.

Assim, a partir dos mesmos fundamentos legais (CRFB/88, art. 25, § 2º e a Lei n.º 9.478/97, art. 6º, inciso XXII) os dois autores citados conseguem extrair entendimentos distintos. A interpretação feita por Loss pode ser considerada mais satisfatória se entendermos os serviços prestados pelo Estado como aqueles pautados pelos princípios norteadores do regime jurídico próprio dos serviços públicos. Desta forma, reservou-se ao Estado o mercado de distribuição de gás canalizado a consumidores finais, justificada pela necessidade de garantir a continuidade dos serviços e, também, a universalização com a ampliação do acesso aos cidadãos à sua fruição.

Não contente com essa limitação infraconstitucional estabelecida pela lei do petróleo à competência estadual, ao restringir a distribuição de gás canalizado a usuário final, Binengojm (2006) examinando o caso concreto do “Projeto Gemini” reforça que mesmo com a suposta limitação legal, não seria suficiente para deslocar a competência do Estado para a União, pois a unidade de liquefação não deixaria de ser enquadrada no conceito de usuária final.

4. Interpretação do Texto Constitucional e Infraconstitucional

O exame das normas jurídicas por meio da interpretação apresenta-se como necessário para integração e adequação destas com a sociedade. Nesta direção iremos traçar alguns paralelos entre as linhas de raciocínio defendidas pelas correntes favoráveis e contrárias à regulação do gás natural por uma ou outra entidade federativa.

O ilustre e inigualável mestre Reale (1991, p. 291) aduz o seguinte ensinamento: “ao termo aplicação do direito reserva-se, entretanto, à forma de aplicação feita por força da competência de que se acha investido um órgão, ou autoridade”.

Assim, diante das teses jurídicas formadas sobre a temática destacar-se-ão alguns fundamentos doutrinários defendidas, os quais remetem a importância da análise do fator histórico acerca da regulação do gás natural, bem como das modalidades de interpretações do Direito, quais sejam: literal, sistemática e a teleológica (finalística). Por fim, abordar-se-ão alguns pontos referentes às questões econômicas pertinentes ao desenvolvimento do país.

I - interpretação gramatical - conhecida como textual, literal, filológica, verbal, semântica, consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação.

II- interpretação histórica - por intermédio deste método procura o intérprete o sentido da lei visualizando os precedentes legislativos, e o acontecido durante o processo de formação da norma. O método traça toda a história da proposição legislativa, volta no tempo para investigar a ambiência sob a qual nasceu a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, as pessoas ligadas a sua elaboração, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais.

III - interpretação sistemática – essa modalidade leva em conta a norma como participe do ordenamento jurídico. Consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto (Maximiliano, 1991, p. 128).

IV - interpretação teleológica – preocupa-se com um elemento estranho ao texto legal, qual seja, a finalidade da norma.

Apenas a partir da *Carta Política* de 1988 tivemos a constitucionalização de atividades ligadas à cadeia do gás natural. As *Constituições* anteriores somente se referiam aos recursos minerais de forma genérica, ou ao petróleo. O tratamento concedido pelas antigas *constituições* conferia apenas à União Federal a competência para dispor sobre a questão energética no Brasil.

Desta forma, conforme dispõe LOSS (2007, p. 190): “apenas a Petrobras fornecia gás para alguns grandes consumidores, bem como para suas subsidiárias ou empresas que nela detinha participação, além de utilizá-lo para consumo próprio, sem legitimidade para qualquer interferência dos Estados”.

Neste contexto, a *Constituinte* de 1988, ao disciplinar a matéria no artigo 25, § 2º, conferiu competência aos Estados para explorar diretamente ou por concessão a empresa estatal, os serviços locais de gás canalizado, com exclusividade de distribuição. Ao decorrer do tempo, exatamente em 1995 (política neoliberal – estado mínimo), com advento da EC n.º 5, é alterada a redação do citado dispositivo, mantendo o exercício da atividade “serviços locais de gás canalizado” diretamente pelo Estado, todavia, conferindo-lhe a possibilidade de conceder a terceiro a exploração desta atividade.

Assim, vista a análise histórica, poderíamos facilmente entender que a questão energética sempre foi exercida junto à competência da União em proteção ao interesse nacional. No entanto, não é este o consenso no mundo jurídico; inúmeros juristas diante da interpretação literal do texto constitucional demonstram ponto de vista contrário a esta afirmativa.

Nesta linha podemos citar Binengojm (2006), na sua leitura do artigo 25, § 2º, da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* ao ratificar o posicionamento em referência ao texto “serviços de gás canalizado”, levando a entender que pelo uso do plural, cabe ao Estado a regulação de toda a atividade de fornecimento de gás canalizado sem qualquer restrição segundo os fins para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros), muito menos pela natureza do seu usuário (se final ou não).

De lado diametralmente oposto, parte da doutrina depreende-se do arcabouço constitucional para assegurar a consagração da competência da União Federal para criação das leis necessárias para dispor sobre a matriz energética (petróleo, gás natural, biocombustíveis, etc.), estabelecendo limites, objetivos e regras do setor. Tal fundamento é extraído dos seguintes dispositivos Constitucionais: Art. 20, IX, Art. 22, IV e XII e Art. 177. Em suma, tais referências normativas tratam da competência privativa da União para legislar sobre energia, recursos minerais, incluindo o gás natural, bem como o monopólio federal das atividades de pesquisa e lavra de gás natural, e o transporte, por meio de conduto desse recurso.

Segundo este segmento doutrinário, ao Estado fica apenas o núcleo normativo disposto no artigo 25, § 2º, da *Constituição*, ou seja, as atividades pertinentes aos serviços locais de gás canalizados, prestados em regime de direito público, podendo ser concedido a terceiro por meio da concessão. Sendo que, pela análise da terminologia local poder-se-á inferir a noção de entrega ao consumidor final, regido pelos princípios norteadores da prestação de serviços públicos.

Outro ponto é discutido quando da interpretação teleológica (finalística) do texto Constitucional. De acordo com Binengojm (2006) a finalidade da carta cidadã foi atribuir ao Estado, diretamente ou por intermédio de suas concessionárias, com exclusividade, a exploração de todos os serviços locais de gás canalizados, em ordem a assegurar a universalização, modicidade e continuidade da oferta de tal utilidade pública a toda a população.

Por fim, no campo da economia (direito econômico), examinando a questão do fomento, da necessidade do crescimento, do abastecimento do parque industrial brasileiro em face da crescente demanda e da baixa oferta deste produto (gás natural) no mercado nacional, nota-se a tendência, baseada no interesse coletivo, de vincular tal atividade ao campo das competências constitucionais da União Federal.

5. Respostas das Questões Suscitadas

As respostas registradas não devem ser entendidas como pensamento majoritário, muito menos como posição final sobre o tema.

(i) Tendo em vista a definição técnica constante na Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/97, art. 6º, XXII) ao conceituar a distribuição de gás canalizado como sendo serviços locais de comercialização de gás canalizado junto aos

usuários finais, estaria a atividade desempenhada pela planta de liquefação da White Martins fora deste conceito, quer seja, usuário final?

Conforme parecer da Procuradoria Geral da ANP (Nota PRG 350): “(...) Não podemos considerar a mencionada unidade de liquefação como usuária final do gás natural na medida em que este não é consumido pela unidade, mas tão-somente transformado do estado gasoso para o líquido, tendo em mira dar continuidade ao transporte do combustível, porém de maneira diversa para atender a uma maior gama de consumidor”.

No entanto, segundo a COMGAS, em recurso administrativo contra a autorização 409/2005 proferida pela ANP, e questionando o citado parecer da PRG/ANP, “(...) a análise levada a efeito pelo parecer quanto a ser o gás natural entregue ao “Projeto Gemini” uma operação intermediária e não de entrega a usuário final e, portanto, constituindo uma operação de transporte de gás natural, não pode igualmente prevalecer, como não pode e não deve prevalecer a afirmação de que o Estado, a quem a *Constituição Federal* outorgou o monopólio, na forma do art. 25, §2º, não possa legislar sobre ele (...)”

Dispondo suas contra-razões ao recurso administrativo interposto pela COMGAS, a Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A (TBG) argumentou o fato de o gás ser entregue não para consumo no estabelecimento, mas sim com a finalidade de liquefazê-lo para posterior transporte em tanques criogênicos instalados em caminhões. A mencionada transportadora aduz também o seguinte: “no caso concreto existe uma característica que deixa ainda mais gritante a ausência de consumo do gás natural no estabelecimento que o estará recebendo: as quantidades de gás natural que estarão sendo entregues são de propriedade da Petrobras e continuarão de propriedade da Petrobras mesmo depois de liquefeitas, o que a caracteriza de forma cabal e definitiva como consumidor final”.

(ii) O dispositivo legal citado na questão anterior é inconstitucional por delimitar o campo de atuação do Estado aos serviços locais de comercialização de gás canalizado junto aos usuários finais restringindo assim a competência do Estado positivada no art. 25, § 2º da CRFB/88?

Esta tese compõe o conjunto argumentativo das defesas utilizadas pelos juristas defensores da competência Estadual perante a regulação do “Projeto Gemini”, como é o caso de Ginengojm (2006) ao dispor em seu artigo que não poderia a lei ter restringido, no tocante à delimitação dos Estados em matéria de gás natural, em razão do tipo de usuário, extrapolando assim os limites da regulamentação legal.

Todavia, não é o mesmo entendimento compartilhado pela outra corrente, a exemplo de Loss (2007, p.196) ao citar o artigo 6º, inciso XXII, da Lei do Petróleo faz referência ao conceito de distribuição de gás canalizado como abrangendo os serviços locais de comercialização do gás canalizado junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados. Segundo o autor este mesmo conceito é ratificado pelo art. 5º, inciso VIII, do Projeto de Lei do Gás (PL 334, de 2007).

(iii) há realmente invasão de competência quando a União, por meio de sua autarquia especial (ANP), autoriza a implantação do projeto, cujo escopo consiste na distribuição e comercialização do gás natural diretamente pela empresa Gás Local, sem passar pela regulação estadual, ou seja, não ocorrerá a entrega do gás natural às concessionárias estaduais, nos terminais de recepção denominados *city gate* ?

No ofício (CJ 300/2005) dirigido pela COMGAS à Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural da ANP (SCM/ANP), a concessionária paulista destacou que a implantação de ponto de entrega de gás vinculado diretamente à unidade de liquefação de Gás Natural configurará atividade de distribuição do gás canalizado, visto caracterizar a transferência da custódia do produto para um terceiro. Assim sendo, na concepção da concessionária, caso a ANP autorizasse o empreendimento, da forma como está apresentado originalmente, usurparia competência constitucional atribuída aos Estados brasileiros, conforme preconiza a CRFB/88, artigo 25, § 2º. Desta forma, segundo a COMGAS, seria necessário o imediato cancelamento do projeto descrito no Despacho nº. 914, ou sua adequação à legislação em vigor, mediante a entrega do gás à concessionária estadual, sob pena de a ANP incidir em conduta ilegal.

Diante destes argumentos a SCM/ANP encaminhou o referido ofício à Procuradoria Geral da Agência (PRG/ANP), da qual obteve a seguinte conclusão (Nota PRG 350/2005): “(...) seria inaceitável que a legislação estadual ampliasse o sentido do dispositivo constitucional, devendo ater-se aos parâmetros especificados na Carta Magna. Infere-se desta que a competência dos Estados se restringe ao setor de distribuição de gás canalizado, não podendo o legislador estadual adentrar na competência legislativa da União dilatando os poderes do ente federativo. Deste modo, a possível autorização da ANP para o caso em tela não afrontaria em hipótese alguma a legislação estadual pertinente. Esta deve se limitar ao conceito de distribuição insculpido na própria Constituição Federal, o que impede que haja confronto desse com o conceito de transporte ora aplicável. Assim, independente do que tenha positivado na Constituição do Estado de São Paulo e no marco regulatório de gás a nível estadual (Decreto nº 43.889 de 1999), o conceito de distribuição de gás canalizado fica adstrito aos limites constitucionais, quais sejam, atividade de interesse específico e configuração do consumidor como usuário final. Restou claro pela exposição que este não é o caso”.

Podemos inferir que para chegarmos ao denominador comum sobre a questão, basta-se definir conceitualmente a operação em tela: distribuição de gás canalizado submetida à competência estadual (art. 25, § 2º da CRFB/88)? Ou transporte sujeito ao Monopólio da União (art. 177, IV da CRFB/88 e o art. 56, da Lei n.º 9.478/97)? Este último é a interpretação defendida pela Procuradoria da ANP, ao entender caracterizar transporte de gás natural por meio de conduto, matéria sujeita ao monopólio atribuído à União (art. 177, IV da CRFB/88).

(iv) O *by pass* pretendido pelo projeto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

Uma vez consolidado o conceito de não ser esta atividade compreendida como distribuição de gás canalizado ao usuário final, tal operação, por configurar transporte de gás natural, está sem dúvidas, no bojo das competências constitucionais conferidas à União, não ficando assim sujeitos à intermediação por parte das concessionárias estaduais.

Em Ofício DSP-148/05, encaminhado pela TBG à ANP, apresentando suas contra-razões ao recurso promovido pela COMGÁS em oposição à autorização 409/05, dispõe tecnicamente a transportadora: “o trecho do gasoduto de transporte e o *city gate* objeto da Autorização nº 409 não serão utilizados para movimentar gás natural até os consumidores finais, o que, por si só, descaracteriza a atividade em questão como serviço local de gás canalizado, evidenciando-se, assim, que esta se configura como transporte de gás, cuja regulação é de competência federal”.

De acordo com a doutrina favorável a competência da União, esta operação encontra-se respaldada nos fundamentos jurídicos esculpados nos artigos 20, inciso IX, 22, incisos IV e XXII e art. 177, inciso IV da Constituição Federal, bem como no art. 6º, incisos VII, XXII e art. 56 da Lei do Petróleo.

(v) Para a solução do conflito os julgadores, além das interpretações jurídicas sobre o tema, devem também considerar os impactos que poderão ser causados à economia nacional, ao tentar resguardar aos Estados-Membros a regulação da atividade em tela. Visto que a obrigação de aquisição do gás natural por meio da concessionária estadual poderá significar aumento dos custos e conseqüentemente do preço final do gás natural, onerando assim o mercado consumidor brasileiro?

Do ponto de vista econômico esta questão necessita de uma análise conservadora e prudente. Cita-se novamente Loss (2007, P. 196) ao ressaltar a não observância, pelos juristas contrários à regulação da ANP (União), dos impactos negativos para a economia nacional de se reservar aos Estados a regulação da atividade de comercialização do gás natural. A lógica econômico-financeira desses mercados é totalmente diferente daquela aplicada ao gás canalizado, importando em grandes investimentos na construção das plantas, e em grandes volumes de comercialização de gás natural para terceiros, hipóteses justificadoras da construção de uma própria infra-estrutura.

A relevância do interesse coletivo também é suscitada nesta hipótese, tendo em vista, com efeito, se o transportador de gás natural no Brasil não puder incrementar o seu serviço por meio da construção de novos pontos de entrega, o atendimento de populações distantes do gasoduto principal ficará prejudicado.

Da mesma forma, ficará prejudicado o esforço – empregado pela ANP, governos, agentes financeiros nacionais e internacionais, carregadores, empresas e empregos – para expandir e capilarizar a infra-estrutura de transporte de gás natural, que desempenha papel central no programa governamental de aumento do gás na matriz energética nacional (Nota Técnica 013/2005 da SCM/ANP).

6. Conclusão

A abrangência da expressão serviços locais de gás canalizado, constante do artigo 25, § 2º da CRFB/88 é uma das principais zonas de conflito quando se discute a regulação setorial da indústria do gás.

Estudiosos do Direito já se manifestaram sobre este tema controvertido. Para Binengojm (2006), o artigo 25, §2º, da CRFB/88 refere a serviços locais de gás canalizado levando o entendimento pelo uso plural, de abarcância de todos os possíveis serviços locais de gás canalizado, e não apenas de alguns, não restringindo a competência estadual segundo os fins para os quais o gás será utilizado, tampouco pela natureza do usuário, se final ou não.

Por outro lado, o jurista Celso de Albuquerque, citado por Loss (2007, p. 186), expõe a realidade dos serviços de gás canalizado não contemplar o fornecimento de gás aos consumidores industriais, cabendo à Petrobras, ou a qualquer outra empresa, o fornecimento direto de gás às indústrias, por meio de dutos de transporte, restando à concessionária estadual o fornecimento de gás aos demais consumidores finais.

Seguindo esse norte Loss (2007, p. 194 e 199), enfatiza: “a interpretação constitucional deve considerar o desenvolvimento nacional, que figura no artigo 3º da Constituição como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que estaria sendo ignorado caso a atuação de *players* do setor fosse irrazoavelmente inviabilizada (...) o tratamento regulatório conferido à distribuição de gás canalizado, entretanto, não deve ser estendido à distribuição de *commodity*, aplicável ao GNC, ao GNL e ao GTL”.

Dispõe ainda o mesmo autor, não ter visto em nenhum dos posicionamentos favoráveis à regulação pelo Estado-membro de todos os serviços locais de gás canalizado, a análise dos impactos para a economia nacional, ao se reservar ao ente estadual a regulação da atividade de comercialização de gás natural envolvendo o Gás Natural Comprimido (GNC), Gás Natural Liquefeito (GNL) e *Gas-to-Liquid* (GTL).

Os altos investimentos e o grande volume para comercialização compõem a lógica desse mercado, diferentemente do aplicado ao gás canalizado fornecido ao usuário final (serviço público), o que de certa forma poderia justificar a construção de uma infra-estrutura própria de gasodutos (LOSS, 2007), como é o caso dos ramais abertos pelo “Projeto Gemini”.

A aquisição do gás natural pelas grandes indústrias, por meio da concessionária de distribuição de gás canalizado, poderá significar aumento do custo de transação, e conseqüentemente do preço do gás natural, inviabilizando assim os investimentos e a concorrência no setor.

Enquanto no campo econômico, face ao interesse da sociedade, poder-se-á canalizar mais tendências à competência da União sobre o tema, no campo jurídico a batalha nos demonstra ser muito mais intensa devido às interpretações possíveis acerca da matéria.

Assim, sob a análise histórica, poderíamos facilmente entender que a questão energética sempre foi exercida junto à competência da União em proteção ao interesse nacional. No entanto, não é este o consenso no mundo jurídico, onde inúmeros estudiosos do direito, diante da interpretação literal, sistemática e teleológica (finalística) do texto constitucional, demonstram ponto de vista contrário a essa afirmativa.

Por fim, no campo econômico, examinando a questão do fomento, da necessidade do crescimento, do abastecimento do parque industrial brasileiro em face da crescente demanda e da baixa oferta do produto (gás natural), nota-se a tendência, baseado no interesse coletivo, de vincular tal atividade ao campo das competências constitucionais outorgadas à União Federal.

7. Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural. Nota Técnica nº. 005/2004 - SCG. Disponível em: <<https://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 4 dez. 2007, 08:05:24.
- AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural. Nota Técnica nº. 001/2005 - SCM. Disponível em: <<https://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 4 dez. 2007, 08:14:45
- AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural. Nota Técnica nº.013/2005 - SCM. Disponível em: <<https://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 4 dez. 2007, 08:34:21.
- BINENGOJM, Gustavo. Transporte e Distribuição do Gás Natural no Brasil. Delimitando as Fronteiras entre as Competências Regulatórias Federais e Estaduais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago./set./out. de 2006. Disponível na Internet:<<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 15 dez 2007, 17:30:25.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://www.presidenciadarepublica.gov.br/>>. Acesso em: 6 maio 2008, 15:45:01.
- BRASIL. Lei n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997. Lei do Petróleo. Disponível em: <<https://www.presidenciadarepublica.gov.br/>>. Acesso em: 10 maio 2008, 17:30:38.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA. Parecer ProCADE n. 602/2005. Ato de Concentração: AC 08012.001015/2004-08. Disponível em: <<https://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2008, 15:10:25.
- LOSS, Giovani Ribeiro. A regulação setorial do gás natural. Belo Horizonte: Fórum. 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PIRES, Paulo Valois. Temas de direito do Petróleo e do Gás Natural II. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2005.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.