

ACESSO AOS DUTOS DE TRANSPORTE E O CASO DO GÁS NATURAL: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Anderson Souza da Silva

Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC, para fins de participação no III Concurso IBRAC de Monografias, destinado a alunos de graduação e pós-graduação, com o patrocínio da Esso Brasileira de Petróleo Limitada.

SUMÁRIO: Introdução ; Panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera brasileira ; Acesso aos dutos de transporte e o direito da concorrência; Acesso aos dutos de transporte na cadeia do gás natural; Conclusão; Bibliografia

I. Introdução

Ao longo da história da indústria petrolífera no Brasil uma marca que se prolongou por muito tempo neste setor foi o monopólio estatal incidente sobre as principais atividades desenvolvidas por esta indústria, mormente sobre as atividades de exploração e produção de petróleo. Na configuração deste cenário de monopólio estatal, o Estado se apresentava como principal ator e motor deste ramo da economia, determinando por meio de uma empresa estatal as metas a serem perseguidas e alcançadas. Destarte, não havia sentido em falar de defesa da concorrência neste setor, obedecendo ela no Brasil muito mais a uma lógica de estratégia estatal do que a de um mercado.

Esta situação de exploração da atividade relacionadas ao petróleo e gás no Brasil se alterou sensivelmente nos anos 90, especificamente em 1995 a 1998, quando foram introduzidas mudanças no plano político e jurídico concernentes ao monopólio estatal da indústria petrolífera do Brasil. No fluxo da onda de desestatização vigente no Brasil, o monopólio executivo das atividades da indústria do petróleo e gás foi quebrado, retirando-se a exclusividade da Petrobrás no setor por meio da Emenda Constitucional n.º 09, consagrado definitivamente pela Lei n.º 9.478 de 1997. Antes proibida, passou-se à admissão de novos atores no mercado nacional. Desta forma, começou a avultar os investimentos privados no setor, procurando-se principalmente

atrair empresas internacionais ligadas à área, inserindo-as no mercado nacional mediante concessões e autorizações realizadas com o Estado, representado pela Agência Nacional do Petróleo.

No novo contexto que se desenha para a indústria petrolífera no Brasil, a implantação de um sistema de mercado neste setor traz consigo uma nova preocupação, que é garantir a existência de mecanismos efetivos de concorrência, de sorte que o monopólio estatal não se torne num monopólio privado. Nesta esteira, o presente trabalho tem o intuito de abordar a questão da concorrência numa das etapas mais sensíveis desta indústria que é o transporte. Quer se abordar aqui precisamente o tema de acesso a estas redes de transporte, escolhendo-se o caso do gás natural. Justifica-se o tema por duas premissas básicas: a primeira se liga à necessidade de implantação e expansão de uma rede de transporte e a sua possibilidade de funcionamento em sistema de concorrência, levando-se em conta o problema das “verticalizações” de empresas e do acesso a estas redes; a segunda se pauta nas especificidades técnicas e econômicas do gás natural no Brasil, que demandam discussões específicas sobre o acesso aos dutos de transporte relacionados.

O trabalho procurou-se estruturar em três núcleos de discussão: o primeiro descreve o novo panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera após a transformação do monopólio estatal sobre a indústria, de tal modo que seja colocada a questão do seu acesso. O segundo trata das possibilidades de implantação de um sistema de concorrência neste setor, questionando-se o que é este acesso. Por fim, o terceiro núcleo situará o debate do acesso no caso do gás natural, assinalando as peculiaridades do caso e as soluções que possam ser dispostas pelo direito da concorrência.

II. Panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera brasileira

A compreensão da situação jurídica do transporte na indústria petrolífera brasileira passa necessariamente pelo crivo das recentes mudanças perpetradas pela Emenda Constitucional n.º 09 e pela promulgação da Lei 9.478/97.

Anteriormente a estes dois diplomas legais, predominava neste setor o monopólio estatal absoluto sobre as atividades chamadas, no jargão da indústria, de “upstream” (exploração, desenvolvimento e produção), “midstream” (transporte) e algumas de “downstream” (refino). Reforçando esta feição monopolista por parte do Estado, tínhamos a antiga disposição do § 1º do art. 177 da Constituição Federal que prescrevia: “O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo e gás natural,

ressalvado o disposto no art. 20, 1º”. Como se pode observar, na época monopolista da indústria nacional do petróleo confundia-se no ente estatal (a União, no caso) o titular da atividade de transporte, conforme vislumbrado nos incisos do art. 177 da Constituição Federal, e o executor da atividade, uma vez que é diretamente pelo Estado mediante empresa estatal – a Petrobrás, não se admitindo a participação de empresas na execução do monopólio. Retomando, então, o que já foi adiantado na introdução, não tínhamos no Brasil a necessidade de reflexão sobre o papel da defesa da concorrência neste segmento da indústria petrolífera, já que juridicamente e de fato a situação era de pleno monopólio estatal. Cabe frisar que o monopólio estatal só se estende ao transporte nas modalidades aquaviária e dutoviária.

Esta situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional n.º 09. Segundo esta emenda, a atividade de transporte continuaria a ser monopólio da União, mas houve sensível mudança na sua execução. A execução do monopólio deixou de ser exclusividade de uma empresa estatal (a Petrobrás, no caso), para passar a ser executada por qualquer empresa que preencha os requisitos legais, seja privada, seja estatal. É o que se vislumbra na nova redação do §1º do art. 177 da Constituição: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. Dentre as atividades listadas nos incisos referidos inclui-se a de transporte.

O processo de alteração do texto constitucional consagrou a admissão de agentes privados na exploração do transporte por dutos de óleo, gás e derivados. A mudança, por sua vez, criou uma situação de perplexidade. De certa forma, a emenda propiciou a separação entre titularidade e executoriedade da atividade de transporte. Assim, a atividade de transporte é, por um lado, monopólio, cuja titularidade é da União; por outro lado, é executada por vários agentes, introduzindo-se verdadeiro sistema de competição.

Atento a esta circunstância da reforma constitucional, muito se discute acerca do alcance do monopólio estatal neste novo contexto. Para alguns houve uma total quebra do monopólio estatal sobre as atividades constitucionalmente tidas como monopólio, já que não há que se falar em monopólio se este também não abarca a sua execução. A manutenção do monopólio estatal seria mais um traço ideológico, ligado à tradição jurídica e política praticada no setor petrolífero brasileiro. Outros, porém, adotam uma visão moderada sobre a questão, entendendo que o mais certo é dizer que ocorreu “flexibilização” do monopólio estatal, pois o Estado permaneceu com a sua titularidade, embora ela não atinja a execução do mesmo. Monopólio e competição, uma combinação que possui reflexos no direito concorrencial e que retomaremos mais tarde.

Passando do nível constitucional para o infraconstitucional, a atividade de transporte foi disciplinada pela Lei 9.478/97, chamada de Lei do Petróleo. Nos arts. 3º a 5º desta lei reafirmou-se que a atividade de transporte é monopólio da União, podendo ser exercidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no Brasil. O que ressalta de relevante na comparação entre o texto legal e constitucional é que o §1º do art. 177 da Constituição fala de “contratação”, enquanto o art. 5º da Lei do Petróleo especifica a mesma, sob as modalidades de concessão e autorização.

O diploma legal disciplina a atividade de transporte nos arts. 56 a 59. A modalidade de “contratação” escolhida para atividade foi a autorização. É o que se depreende do art. 56 da lei em comento: “Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento intenso ou para importação e exportação”. Escolhendo-se a modalidade de autorização como ato da Administração que faculta ao interessado exercer a atividade de transporte, clara foi a intenção de introduzir um sistema de competição no setor, já que basta a esse interessado satisfazer os requisitos necessários para obter a autorização a fim de poder exercer a atividade, diferentemente das atividades de exploração e produção de petróleo e gás que, embora haja a intenção de promover a competição e a livre iniciativa, são realizadas mediante concessão, a qual pressupõe um processo mais rigoroso para facultar o interessado a exercer aquelas atividades, rigorismo este consubstanciado na exigência de prévio processo de licitação.

Finalizando este panorama legal sobre atividade de transporte, temos também a sua disciplina pela via da regulação, destacando-se entre os atos normativos expedidos pela Agência Nacional do Petróleo a portaria 170º/98, que regulou os requisitos necessários para a empresa ou consórcio de empresas para obter a autorização para realizar a atividade de transporte.

III. Acesso aos dutos de transporte e o direito da concorrência

Neste tópico será tratado o acesso aos dutos de transporte, mas antes de entrar no tema teceremos algumas considerações á convivência entre monopólio e competição na atividade de transporte na indústria petrolífera, como já foi adiantado.

Conforme já foi visto no tópico anterior, a atividade de transporte na indústria petrolífera é considerada, concomitantemente, monopólio estatal reservado à União e atividade submetida ao regime de concorrência mediante a admissão de diversos agentes econômicos. Já sublinhamos que esta situação de monopólio e concorrência soa estranho neste novo cenário. Deve-se, por-

tanto, definir o alcance deste “monopólio” para depois adentrar especificamente na questão do acesso. Tradicionalmente, a palavra monopólio envolve não somente a titularidade de um serviço público ou atividade econômica por ente privado ou estatal, mas também a prestação destes com absoluta exclusividade. De fato, é na prestação com absoluta exclusividade que se caracteriza um monopólio e não na mera titularidade dele, de modo que a manutenção da palavra “monopólio” no texto constitucional não possui o mesmo alcance que possuía na época em que o Estado brasileiro mantinha uma postura monopolista, sendo o principal agente do desenvolvimento econômico brasileiro. Seguindo este raciocínio, a palavra “monopólio” mantida no texto constitucional ganha outro significado, que só pode ser obtido a partir de uma interpretação sistemática dos arts. 20, IX, 173 e 174 da Constituição Federal.

Pelo art. 20, IX da CF os recursos minerais são bens da União. São, portanto, bens públicos. Os arts. 173 e 174 da CF, por sua vez, dizem respeito à atuação do estatal no domínio econômico, consignando uma posição de interferência mínima neste domínio. É o que se pode enxergar na disposição da prestação direta pelo Estado de atividade econômica somente em caso de segurança nacional e relevante interesse público (art. 173 da CF), e o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Em face a esta configuração constitucional, apercebe-se que a palavra “monopólio” mantida no texto constitucional torna-se oca quanto ao peso por ela imprimido em razão das posturas de um Estado que dirige o desenvolvimento econômico por meio de políticas macroeconômicas e prestação direta de atividade econômica. De tal sorte, monopólio hoje não pode significar hoje uma ingerência estatal que venha a frustrar o processo de instauração de competição no setor petrolífero, mas que, considerando que a atividade de transporte envolve a manipulação de um bem público e, por conseguinte, de um interesse público, demanda uma ação do Estado que preserve as estruturas anteriores, coibindo comportamentos que ponham por terra a relevância dada ao petróleo e gás na economia nacional. Embora hoje submetida ao regime privado e de competição, a atividade de transporte é de utilidade pública (public utility), devendo ser exercida conforme ao interesse público e estratégico que possui o petróleo e gás na matriz energética brasileira. Deslocando a questão do nível para o legal, especificamente à Lei 9.478/97, confirmamos tal pensamento quando lemos o seu art. 1º, mormente os incisos I, III, IV e V, que rezam sobre a preservação do interesse nacional, a proteção do consumidor, a proteção ambiental e conservação de energia e a garantia de fornecimento de petróleo em todo o território nacional.

Essas primeiras considerações mostram que a palavra monopólio, antes de ser colidente com o sistema de competição (consagrado, aliás, entre os princípios do art. 1º da Lei 9.478/97), dá um maior significado à defesa da

concorrência em virtude do mercado ligado à atividade de transporte, visto que aqui as condutas privadas entre as empresas têm uma repercussão muito maior do que em mercados envolvendo outros bens e serviços.. A palavra monopólio, portanto, sinaliza a maior lesividade que as condutas anticoncorrenciais podem ter para o mercado de petróleo e gás por ser este dotado de essencialidade para a matriz energética do país.

Dentre as questões que são relevantes no transporte de petróleo e gás por dutos quanto à defesa da concorrência é a do acesso. O acesso aos dutos de transporte é um problema espinhoso, ladeado de pormenores, não só pelo seu reflexo no âmbito do direito de concorrência, mas também pela maior potencialidade de lesão do comportamento dos particulares a este mercado, em razão do “monopólio” constitucional e legal e seu novo significado, conforme já discutimos. É que o acesso aos dutos de transporte toca justamente no fenômeno chamado de “verticalização de empresas”, em que uma empresa atua em todos os elos da cadeia produtiva. Ademais, é de bom alvitre sublinhar que na indústria petrolífera se conhecem basicamente dois tipos de empresa: as empresas independentes, que atuam somente no “upstream” da indústria (exploração e produção); as empresas integradas que além de atuarem no setor “upstream”, também atuam em alguma atividade do “downstream” (refino, processamento, distribuição e comercialização) ou no “midstream” (transporte). Referindo-se ao ato de integração, diz-se que esta espécie de empresa vai do poço ao posto. A existência das empresas integradas junte-se historicamente ao monopólio de fato que foi estabelecido pela Standard Oil nos Eua, sob a égide Rockefeller, resultando em grande concentração econômica. O problema da “verticalização” na indústria petrolífera sob a figura das empresas integradas oscila entre dois marcos: um é o problema das concentrações empresariais, lesivas ao mercado e devendo ser submetidas ao regime de defesa da concorrência; o outro é que a integração na indústria petrolífera é uma estratégia vital da grande indústria petrolífera, de modo a garantir ao longo da cadeia produtiva a compensação de investimentos realizados na exploração e produção, garantindo-se, igualmente, parcela grande do mercado consumidor e de boa fatia dos lucros (conseguidos principalmente nas atividades de distribuição e comercialização). Por estas razões, é interessante que a atividade de transporte seja separada da do restante da cadeia produtiva e, de certa maneira, este foi objetivo da Lei do Petróleo ao estabelecer um regime específico para atividade de transporte, diferenciando-os dos demais. Como aponta Maria D’Assunção Costa Menezello⁴⁶ em seu livro “Comentários à Lei do Petróleo” que “a ati-

⁴⁶ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. Comentários à lei do petróleo: lei federal n.º 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000, pág 152.

vidade de transporte requer a outorga de autorização por parte da ANP e exige a criação de uma pessoa jurídica independente, cujo objeto social tenha a finalidade de prestar serviços de transporte. Impede-se, com isso, que empresas que têm objeto social distinto dessa atividade possam realizá-la. Essa exigência legal visa propiciar maior horizontalização da indústria do petróleo, privilegiando a concorrência com a entrada no setor de outros agentes econômicos”. Seguindo esta tendência de separação da atividade de transporte das outras componentes da indústria petrolífera, o art. 65 da Lei do Petróleo determinou que a Petrobrás criasse uma subsidiária com atribuições específicas para a realização de atividades ligada ao transporte. A prestação da atividade de transporte por empresas independentes, portanto, ganha dimensões relevantes no novo cenário da indústria petrolífera nacional, orientando a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais, bem como a regulação normativa da atividade.

O acesso aos dutos de transporte é disciplinado legalmente nos arts. 58 e 59 da Lei do Petróleo. A partir destes artigos se pode deduzir o significado deste acesso na legislação.

A princípio, uma distinção trazida pela lei em comento é relevante para a discussão aqui travada, a entre dutos de transporte e transferência, consagrada no art. 6º, incisos VII e VIII. A diferenciação apresentada possui implicações neste estudo, visto que é primordial no delineamento da negação do acesso aos dutos de transporte e seus efeitos na garantia de um mercado competitivo.

Sobre a distinção entre dutos de transporte e de transferência não há quase trabalhos doutrinários, de modo que num primeiro momento seguiremos a dicção legal para depois tecermos as nossas considerações no âmbito das condutas lesivas à concorrência. Assim, o inciso VIII do art. 6º da Lei 9.478 define transporte como “movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral” e transferência como “movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades”. À primeira vista, percebe-se que a locução dos incisos em comento vale-se de cláusulas gerais as peculiaridades de cada duto. A oposição entre interesse geral e específico volta-se para o que discutimos sobre a relação entre monopólio e concorrência nesta atividade. A classificação “dutos de transporte” atende ao interesse público e estratégico que existem quanto ao petróleo e gás e sua função na matriz energética, enquanto a classificação “dutos de transferência” é corolário da garantia do lugar de cada agente econômico como competidor em um mercado, dentro da cercania do direito de propriedade e da garantia da livre concorrência. Desta feita, a exclusividade de propriedade ou exploração dos dutos de transferência implica o não

acesso deles por terceiros. Neste caso a negação do acesso não trará, a princípio, conseqüências suscetíveis de passarem pelo crivo da defesa da concorrência, pois inexistente utilidade pública quanto a estes dutos. Diversamente, nos dutos de transporte o acesso é uma questão mais problemática, pois se trata de uma utilidade pública, havendo obrigação de livre acesso. A recusa deste acesso será tratada melhor na última parte deste trabalho, quando nos determos no acesso dos dutos de transporte na cadeia do gás natural.

A utilização de cláusulas gerais para a distinção entre dutos de transporte e de transferência coloca o seguinte questionamento: quando estaremos diante de um duto de transporte e de um duto de transferência, ou seja, quando é possível detectar que existe interesse geral na utilização das instalações de transporte? De posse da noção de que a atividade é de interesse público e vital importância para a matriz energética brasileira, o transporte será justamente a atividade que enlaçará todos os elos da cadeia produtiva do petróleo e gás. Destarte, a movimentação de petróleo e gás será considerada transporte quando ligar cada um destes elos, ou seja, a exploração e produção com o refino, o refino com a exportação, o processamento com a distribuição e assim por diante. O interesse geral e de terceiros residirá na função da atividade de transporte tem em ligar as atividades da indústria petrolífera em uma cadeia de produção, e não num mero juízo subjetivo realizado pelos interessados no acesso. Socorrendo-se de um exemplo, embora uma mesma empresa detenha num mesmo complexo industrial atividades ligadas à produção e a exportação de petróleo, o duto que ligará estas atividades na movimentação do óleo poderá ser considerado um duto de transporte (seria o caso da previsão de reclassificação dos dutos de transferência prevista no art. 59 da Lei do Petróleo), de tal sorte que seu proprietário não poderá impedir seu acesso a terceiros, já que liga elos diferentes da cadeia produtiva do petróleo e gás. Procedendo-se à negação do acesso aos dutos que ligam elos da cadeia produtiva, caracterizar-se-ia a infração capitulada no art. 20, II (dominar mercado relevante de bens ou serviços), bem como a do art. 21, VI (impedir o acesso do concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição) da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). Só poderemos ter um duto de transferência em cada elo da cadeia considerado em si, pois nessa qualidade não estará implicada a garantia da continuidade da cadeia produtiva. Em outras palavras, os dutos de transferências, considerados a partir dos elos da cadeia individualmente, existirão quando houver exclusividade na sua exploração, pois destinados a satisfazer unicamente as necessidades do empreendimento (Ex.: dutos que movimentam gás na área de concessão de exploração e produção).

Para finalizarmos este tópico deve ser analisado o alcance do acesso aos dutos de transporte na Lei 9.478/97.

Analisar a forma do acesso aos dutos de transporte na lei 9.478/97 é responder se foi consagrado um regime de plena competição, onde o acesso significa, primordialmente, a interconexão de redes de transporte combinada com acesso a terceiros (carregadores e usuários) ou uma situação de monopólio natural, onde o acesso liga-se ao uso da rede por carregadores e usuários. A análise da existência, pelo menos no plano legal da competição plena ou do monopólio natural é se orientar por duas formas de ver a defesa da concorrência: pelo primeiro aspecto seria garantir a livre iniciativa dos players no mercado; pelo segundo aspecto seria ver a defesa da concorrência sobre o prisma da eficiência econômica e cuidar para que ela não se torne uma postura abusiva, deixando cativos os consumidores e usuários da rede.

Pesando a primeira hipótese, dois dispositivos da Lei do Petróleo são bastante elucidativos. O primeiro é o art. 1º, inciso IX, que consagra com princípio e objetivo da política energética nacional a promoção da livre concorrência. O segundo é o art. 56, já mencionado anteriormente, que assevera: “Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação” (grifos nossos). Em face a uma visão de defesa da concorrência na livre iniciativa dos mercados e na proteção do consumidor, os dois dispositivos permitem embasar uma visão de acesso ligada à interconexão de redes pertencentes a diferentes transportadores. Desta forma, há espaço legal para conceber a atividade de transporte em pleno regime de competição (...qualquer empresa ou consórcio de empresa...). Deste ponto de vista, a defesa da concorrência cumprirá seu papel na problemática do acesso aos dutos de transporte impedindo com todas as forças a realização da infração capitulada no inciso II do art.20 da Lei Antitruste (dominar mercado relevante de bens ou serviços).

Ocorre, porém, que a atividade de transporte por dutos é muito dispendiosa, exigindo vultosos investimentos para sua instalação e ampliação e cujo retorno em capital não é tão compensador, diminuindo as possibilidades de competitividade neste segmento. Como já foi dito, na cadeia produtiva do petróleo e gás as atividades mais rentáveis são a distribuição e a comercialização. Outro problema que se coloca é que a existência de um sistema forte de competição em alguns setores de uma certa cadeia produtiva pode garantir a livre iniciativa, abrindo o mercado para a entrada de novos agentes, mas comprometer substancialmente a eficiência econômica da atividade, principalmente no caso considerado, cujo efeito seria a duplicidade de redes sem alcance da eficiência esperada num sistema competitivo. Segundo Ana Maria Oliveira

Nusdeo⁴⁷, comentando o caso da telefonia assevera: “No entanto, nem todas as fases da prestação desses serviços e do exercício destas atividades de telefonia são passíveis de ser desenvolvidas em competição. Algumas permanecem com as características de monopólio natural, devendo ser objeto de uma regulação destinada a garantir o uso em bases não-discriminatórias ou abusivas. Do contrário empresas do setor que dependem deste acesso para o desempenho de suas atividades teriam sua permanência no mercado inviabilizada. Trata-se de estruturas, sistemas e equipamentos necessários à prestação de serviços pelas várias prestadoras, mas que não podem ser duplicadas por cada uma delas. Além disso, as empresas com controle dessas estruturas ou equipamentos poderiam discriminar as outras, suas concorrentes, no mesmo ou em outro mercado, inviabilizando seu acesso a tais equipamentos e sistemas ou aumentando os seus custos.

A fim de lidar com essa situação, a doutrina antitruste norte-americana desenvolveu o conceito de essencial facility, aplicável sobretudo no caso de indústrias reguladas nas quais haja o controle por um monopolista de um equipamento ou sistema que seja essencial para o desenvolvimento de uma atividade por um concorrente, materialmente impossibilitado de duplicar o equipamento ou sistema”. Ainda segundo esta autora⁴⁸, agora analisando o caso do transporte na indústria petrolífera: “Na exploração do petróleo a fase de transporte apresenta-se como crítica do ponto de vista concorrencial. A construção de oleodutos, gasodutos e terminais marítimos é extremamente custosa e a necessidade de empreendê-la parta o desenvolvimento das atividades de produção, refino, importação e exportação, entre outras acabaria por inviabilizar o ingresso de novos agentes no mercado para concorrer com a PETROBRÁS”. A partir disto é que se construiu o conceito de monopólio natural, que são situações onde a introdução de um sistema de concorrência não induz ao alcance da eficiência esperada, mas que é obtida com a existência de um prestador em posição dominante. Nas palavras de Possa, Ponde e Fagundes⁴⁹, “Os casos típicos, muito tratados em economia industrial, são os chamados “monopólios (ou oligopólios) naturais”,... qualquer tentativa de ampliar o número de produtores na indústria, de modo a estimular a concor-

⁴⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In SUND-FELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág 170-171.

⁴⁸ Ibidem, pág. 172

⁴⁹ POSSAS, Mario Luiz; PONDE, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores da Infra-Estrutura no Brasil: Elementos para um Quadro Conceitual. **Apud** MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição – o Caso da Distribuição de Gás Natural. Revista de Direito Administrativo, Editora Renova, n.º 223, 2001.r

rência, acarreta a presença de uma ou mais plantas de escala subótima, e, portanto, custos médios mais elevados que o mesmo nível de produção realizado pela oferta existente (monopolista ou oligopolista). Para esses casos, incluídos entre as convencionalmente chamadas “falhas de mercado”, aceita-se de forma generalizada, mesmo nas abordagens ortodoxas, a regulação pública do mercado, de forma a impedir a prática de preços monopolísticos, mantendo-os próximos do nível dos custos médios, entre outros objetivos regulatórios. Em outras palavras, abre-se mão em nome da eficiência econômica – no caso, expressa em custos e preços mais baixos -, de uma estrutura de mercado mais competitiva, isto é, capaz de maior grau de concorrência”.

Do ponto de vista da defesa da concorrência é cercado conceitualmente pela expressão dominante. Neste caso a defesa da concorrência terá papel fundamental na reprimenda do abuso da posição dominante (art. 20, IV da Lei Antitruste). De fato, não se cogitará aqui da infração capitulada no art. 20, II da Lei Antitruste, já que a admissão de monopólio natural liga-se à maior eficiência do agente econômico e, como explicita o §1º do art. 20 da Lei 8.884/94 a maior eficiência será excludente da infração capitulada no art. 20, II desta lei.

Em situação de monopólio natural torna-se vital o acesso às estruturas de mercado nas mãos do agente em posição dominante e, no caso do petróleo e gás, a Lei do Petróleo considerou esta situação no art. 58, que diz: “Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e os terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações” (grifos nossos). Prevendo-se que a atividade de transporte por dutos seja exercida em monopólio natural, a lei instituiu aos proprietários das instalações de transporte a obrigação de dar livre acesso, pois tomou este tipo de transporte como uma essencial facility. Há de se ter em mente, contudo, que a obrigação de livre acesso na lei do Petróleo vale independentemente da existência de monopólio natural. O que a lei consignou é um instrumento de prevenção de condutas abusivas no acesso à rede pelo transportador, refletindo-se principalmente nas situações de monopólio natural.

Arrematando as nossas conclusões com base na Lei do Petróleo, a plena competição, bem como o monopólio natural foram contemplados nesta Lei. A princípio, estimula-se que a atividade de transporte seja executada de forma competitiva, com a entrada cada vez maior de outros agentes na sua prestação, mas admite-se que ela seja prestada em monopólio natural (que acontece de fato hoje no setor, em razão da atuação da Transpetro, subsidiária da Petrobrás), estabelecendo-se, em contrapartida, a obrigação de prover o livre acesso, prevenindo-se os efeitos danosos da posição dominante de um transportador neste segmento.

IV. Acesso aos dutos de transporte na cadeia do gás natural

Nesta última parte trataremos do acesso ao transporte na cadeia do gás natural. Procuraremos apontar as especificidades da cadeia do gás natural e suas implicações no acesso à rede dentro do novo contexto oferecido pela exploração do gás natural no Brasil. Para esta discussão, além das considerações já tecidas nos tópicos anteriores, tomaremos como base a nova portaria da ANP a ser expedida sobre o tema (Minuta 0507.2002), bem como o cotejo dela com a Diretriz 98/30 da Comunidade Européia sobre o mercado de gás natural.

Nos últimos anos vem crescendo a importância do gás natural na matriz energética brasileira. O aumento da demanda por esse hidrocarboneto encontra várias razões neste novo cenário. Uma delas foi a introdução do uso do gás natural como combustível automotor (gás natural veicular – GNV). O preço mais barato deste hidrocarboneto, combinado com o aumento progressivo da gasolina , estão aumentando a margem de demanda pelo GNV em proporções nunca experimentadas antes no Brasil, culminando na necessidade de aumento da produção de gás natural para dar conta da crescente demanda. Outro fator do aumento da demanda por gás natural é a necessidade de diversificação da matriz energética brasileira, que em episódios recentes mostrou-se bastante frágil, em razão da dependência da hidroeletricidade e seus efeitos danosos na época do racionamento. Desta forma, vem-se direcionando boa parte da produção de gás natural para a geração de termoeletricidade, uma das alternativas para a grande dependência da matriz energética brasileira frente à hidroeletricidade. Outrossim, o gás natural é cada vez mais canalizado para a grande indústria para fins de substituição energética de combustíveis altamente poluentes como o carvão, a lenha e óleo combustível. O gás natural se apresenta como ótima fonte alternativa a substituir as já citadas, visto que o gás natural provoca menor impacto ambiental, seja pelos menores graus de concentração de enxofre e gás carbônico, seja pela combustão mais completa, diminuindo a emissão de resíduos. Enfim, tem-se o uso do gás natural para atender a demanda residencial.

Tendo-se em vista os fatores elencados como responsáveis pelo aumento da demanda de gás natural, é perceptível que se vive um momento ímpar desta indústria em relação à tradicional indústria petrolífera, com grandes perspectivas de ampliação da rede de gasodutos para responder a demanda em crescimento. O próprio governo federal prevê e estimula a participação do gás natural na matriz energética brasileira até 2010 na razão de 10 a 12%. A necessidade de ampliação da rede se direciona principalmente a quatro segmentos: uso residencial, uso industrial (geração e cogeração), geração de termoeletricidade (geração e cogeração) e combustível automotor (GNV).

Neste contexto de ampliação das redes de gasodutos torna-se imperioso garantir que a cadeia de gás natural funcione de maneira ininterrupta, a fim de garantir o suprimento do mercado consumidor. E a questão de acesso à rede de gasodutos é um dos pilares deste cenário, visto que está interligado à garantia da continuidade da cadeia do gás natural, bem como a introdução de um mercado competitivo.

Para a melhor visualização da problemática do acesso aos gasodutos e suas implicações para a defesa da concorrência, é bom se registrar certas peculiaridades da cadeia do gás natural no Brasil antes de adentrar no âmbito da portaria da ANP sobre o tema a ser analisada.

A principal peculiaridade da cadeia do gás natural é que dá vazão a muitas incoerências é o cenário regulatório do setor. A regulação do setor de gás natural apresenta diversas incongruências. O motivo destas incongruências reside na divisão de competências e dos regimes adotados para o gás natural. Por um lado, as atividades de exploração, produção, processamento, transporte, importação e exportação são consideradas atividades econômicas e cuja disciplina está submetida ao crivo da União mediante a atuação da Agência Nacional do Petróleo, em função da configuração dada pelo art. 177 da Constituição Federal e da Lei do Petróleo. Assim, a regulação das atividades mencionadas está submetida ao regime federal estabelecido em leis e decretos, assim como pelas normas baixadas pela ANP, e funcionam sob os princípios típicos das atividades privadas, embora com certas restrições, conforme já tratamos quando falamos, por exemplo, nas relações entre monopólio e concorrência. Por outro lado, o art. 25, §2º da Constituição determina que os serviços de distribuição de gás canalizado são de competência dos estados-membros e que serão prestados não na forma de atividade econômica, mas de serviços públicos. Em virtude desta configuração, a distribuição de gás natural está submetida a Lei geral sobre concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8.987/95), aos decretos estaduais expedidos sobre as concessões para a distribuição de gás natural, bem como aos atos normativos das agências estaduais. É fácil perceber que no Brasil vivemos um regime de duplicidade do regime regulatório do gás natural, uma vez que no plano federal a cadeia do gás natural está disciplinada ao lado da do petróleo, não tendo havido uma separação entre elas, como acontece na Diretiva 98/30 da Comunidade Europeia, que disciplina todas as atividades verticalizadas ligadas à cadeia do gás natural. Essa duplicidade de regimes regulatórios impõe sérios desafios de harmonização de normas entre a ANP – agência federal – e as agências estaduais, refletindo este problema na harmonização dos regimes de atividade econômica e serviço público e o acesso aos gasodutos.

A segunda peculiaridade da cadeia do gás natural no Brasil é quanto às reservas nacionais de gás. Apesar de serem em grande número, o Brasil, na

verdade, não é um “mar” de gás natural, ou seja, não possui reservas extraordinárias de modo a suprir o aumento da demanda sem problemas. Por esta razão, procura-se buscar novas reservas que supram essa demanda, indo-se busca-las principalmente em outros países da América do Sul. Atualmente, um grande parceiro do Brasil neste ramo é a Bolívia por meio do gasoduto Brasil-Bolívia, tendo-se, inclusive, a Argentina como grande fornecedor potencial de gás natural em virtude de suas grandes reservas.

A terceira peculiaridade resvala nas próprias características físico-químicas do gás natural. Diversamente do óleo bruto, o gás natural possui grandes problemas de estocagem. Embora exista o armazenamento e transporte pela criogenia, trata-se de um processo muito caro e dispendioso para ser lucrativamente atrativo (excluindo-se os casos onde é quase impossível o transporte por gasodutos convencionais, como ocorre na Amazônia). Nestes termos, o gás natural precisa de um segmento produtivo estruturado de modo a ser escoado e atender suas diversas finalidades comerciais, sob pena de ser queimado nos flares. É por esta razão que predomina no ramo de gás natural duas espécies básicas de contratos: contratos de “take or pay” e “ship or pay”, que se traduzem em contratos com cláusulas de aquisição e transporte obrigatório, independentemente da quantidade de gás efetivamente consumida ou transportada.

Por fim, a quarta peculiaridade da cadeia do gás natural é o uso do gás na geração de energia elétrica. Em razão desta destinação, o mercado de gás natural acaba sendo construído de tal forma que se amolde ao perfil do mercado de energia elétrica e suas necessidades, nascendo daí a necessidade da harmonização da regulação do mercado de gás com o mercado de energia elétrica.

Vistas as peculiaridades da cadeia do gás natural, passemos à análise da nova portaria a ser expedida sobre o acesso aos dutos de transporte de gás natural.

Essa nova portaria é, segundo a NOTA TÉCNICA 037/2002-SCG, fruto de consulta pública realizada em fevereiro de 2001 e cujo objetivo é apresentar uma nova regulamentação que substitua a portaria até então vigente, 169/98, em vista do objetivo de maior controle e transparência das atividades exercidas pelo transportador.

Lendo-se a minuta da portaria percebe-se que houve a afirmação de duas diretrizes básicas para o setor do gás natural: a independência da atividade de transporte e a determinação de livre acesso aos interessados em bases não discriminatórias. Quanto à independência da atividade de transporte, ou seja, oferecida por empresa distinta das outras fases da cadeia, anteriormente a minuta desta portaria, a portaria ANP 170/98 já estabeleceu disposição neste

sentido no seu art. 6º, onde condiciona a concessão de autorização para pessoa jurídica cujo objeto social é exclusivamente a atividade de construção e operação de instalação de transporte. Nesta nova portaria são previstos outros instrumentos para a garantia da independência: a proibição de venda ou compra de gás natural pelo transportador, excetuando o necessário para a operação das instalações (art. 3º da minuta da portaria) e a disposição que determina a transferência da titularidade de instalações de transferência reclassificadas para transporte a empresa independente (art. 11). Quanto ao livre acesso a interessados a minuta da portaria é rica em dispositivos. O dispositivo do art. 4º é cabal na definição do livre acesso aos interessados em base não-discriminatórias. Vale salientar que este dispositivo reforça a idéia da atividade de transporte competitiva, genericamente consagrada na Lei do Petróleo, desestimulando a idéia de monopólio natural no setor já que, antevendo a existência de diversas redes, estabelece que os transportadores estabelecerão um acordo de interconexão, importante no âmbito da integração regional nos países produtores de gás na América do Sul. Como já salientamos anteriormente, não é que se proíbe a existência da atividade de transporte em monopólio natural: apenas a legislação e a ANP por meio do seu cabedal regulatório não estimula a sua existência, promovendo-se a livre competição, objeto este da nova portaria, como reza as considerações feitas na nota técnica acima mencionada. Ainda quanto ao livre acesso, inovou-se quanto à norma regulatória anterior (portaria ANP 169/98), prevendo-se a formalização dos contratos de transporte e a sua submissão a ANP, bem como a previsão do Concurso Aberto para a alocação da capacidade disponível. A existência do Concurso Aberto liga-se à experiência vivida pela dependência da hidroeletricidade (vide portaria ANP 98/00), estimulando-se a maior oferta de gás natural para a geração de termo eletricidade. Por fim, para se garantir o livre acesso previu-se a limitação da aquisição da capacidade disponível no Concurso Aberto pelo carregador que detenha até 50% da capacidade contratada das instalações de transporte, incentivando-se assim que novos agentes entrem no mercado do gás natural, mas não se proibindo a existência de monopólio natural, já que o parágrafo único permite ao carregador em posição dominante contratar a capacidade remanescente na falta de outros carregadores; previu-se a reclassificação das instalações de transferência em transporte, aliás, já determinada pela Lei do Petróleo.

Discutindo-se, no entanto, a negação de acesso aos dutos de transporte e seus efeitos para a defesa da concorrência, a questão é mais problemática. A negação do acesso no ato da contratação só foi prevista no art. 5º, que dispõe: “O transportador atenderá a Interessados na contratação de STF em sua Capacidade Disponível, de STI em sua Capacidade Ociosa, assim como de outros serviços de transporte que venham a ser solicitados. Parágrafo Único. O não atendimento aos pedidos de contratação descritos no caput desse

artigo será justificado pelo transportador aos interessados e à ANP no prazo máximo de 15 dias, a contar da data de recebimento do pedido pelo Transportador”. É possível notar que o dispositivo não delimita de alguma forma em que situações se pode negar a contratação (e, por conseguinte, o acesso) aos interessados na utilização das instalações de transporte. Da forma que está disposta a redação do dispositivo, dá-se uma margem muito ampla para a possibilidade da negação pelo transportador e a aceitação ou não da justificativa pela ANP. Diversamente, a Diretiva 98/30 da Comunidade Européia prevê casos de possibilidade de negação do acesso (art. 17 da Diretiva), que são a falta de capacidade, impedimento do cumprimento de obrigações de serviço público em virtude do acesso e dificuldades econômicas e financeiras no âmbito dos contratos de “take or pay”. Por isto, deve-se fazer algumas considerações acerca da possibilidade desta negação sem ferir a livre concorrência, evitando-se a dominação de mercados e o abuso da posição dominante, e a entrada de novos atores no mercado.

Como princípio para o acesso aos dutos de transporte, a portaria estabeleceu o livre acesso em bases não discriminatórias. Em termos amplos, isto significa que na contratação dos serviços de transporte o transportador está distrito ao princípio da igualdade e por esta razão os serviços de transporte são formalizados em contratos padrões submetidos à ANP e a capacidade disponível é alocada por intermédio do Concurso Aberto. Observa-se que existe um controle prévio da ANP e nele ela deverá exercer suas atividades a evitar que o contrato possua cláusulas que criem barreiras a certa categoria de interessados.

Aproveitando-se das disposições da Diretiva 98/30/CE, pode-se cogitar se é possível a recusa do acesso com base na capacidade do interessado que contrata o serviço. Pelo menos pela minuta desta nova portaria, o acesso pode ser negado no Concurso Aberto ao carregador no caso de capacidade contratada de 50% e na existência de outros carregadores. Só que a Diretiva se refere mais a negação em razão da capacidade técnica do interessado. Entendemos que diante do princípio da livre iniciativa há a possibilidade de negação do acesso pela falta de capacidade do interessado na contratação do serviço de transporte. Isto é possível, pois, embora haja um controle por parte da ANP das condições gerais da contratação, o transportador pode estipular no contrato o que entende como necessário para a contratação do serviço (art. 9º: O Manual do Concurso Aberto observará os princípios da transparência, da isonomia e da publicidade e disporá sobre: ...VII – qualquer outro aspecto considerado relevante pelo Transportador.), desde que não fira a garantia de livre acesso não-discriminatório as instalações (Ex.: estabelecer critério que beneficiem algum carregador). Outra discussão que é pertinente é se o transportador pode recusar o acesso por prever que o interessado não cumprirá as

obrigações no âmbito dos contratos de Serviço de Transporte Firme, que, vale lembrar, são contratos prestados sob regime de “take or pay” e “ship or pay”. A Diretiva 98/30/CE prevê no art. 25 a situação de negação por dificuldades no cumprimento das obrigações dos contratos de “take or pay”, dirigindo a autoridade competente pedido de derrogação temporária dos arts. 15 e 16 da Diretiva (acesso negociado ou regulamentado). Na situação da regulação definida na minuta desta portaria a questão é muito mais delicada, pois a autoridade aqui só exercerá um controle prévio da contratação, ficando posteriormente o acerto entre as partes contratantes. Entendemos, portanto, que a negação do acesso no âmbito destes contratos de serviço são os mais potencialmente danosos à garantia da livre concorrência e à repressão da posição dominante, visto que se contrata uma certa capacidade, que será fixa, oscilando apenas o volume diário fornecido dentro da capacidade contratada. Por isso entendemos que a negação do acesso só pode ser vislumbrada na execução do contrato de transporte, e ,mesmo assim, atentando-se para o caso específico. Ainda no âmbito da portaria se coloca a negação de acesso nos casos de duto de transferência. Tanto a Lei do Petróleo quanto a minuta desta nova portaria regulando o acesso aos dutos de transporte de gás natural colocam dúvidas, pois permite a reclassificação destes dutos mas sem colocar os critérios pra tal procedimento, dando ampla margem à discricionariedade. Recapitulando o que dissemos sobre a transferência, como a utilização de dutos em cada elo da cadeia produtiva considerada em si, confirmamos este pensamento no disposto no § 4º do art. 1º da portaria ANP 170/98 sobre transportes, que assevera: “Os dutos de transferência internos a uma planta industrial não estão sujeitos à presente portaria”. Assim, os únicos tipos de dutos de transferência que podem ser reclassificados em dutos de transporte são aqueles que, embora de propriedade ou exploração exclusiva, potencialmente podem atender a necessidades dos elos da cadeia produtiva do gás, sob pena de se negar posição competitiva ao proprietário ou explorador das instalações.

No que tange à possibilidade de negação do acesso por impedimento de cumprimento de serviço público, a minuta da portaria não traz nenhum esclarecimento sobre o assunto e não poderia ser de outro modo, em face da duplicidade de sistemas de regulação na cadeia do gás natural no Brasil. Trata-se de tema importantíssimo, pois há certos princípios específicos que regem os serviços públicos, exigindo a coordenação das atividades de transporte e distribuição. Outra questão, por exemplo, é saber se o transportador poderia prover o acesso direto à rede de transporte aos “grandes” consumidores sem passar pela rede de distribuição. Diante deste desafio, deve ser estimulada a atuação conjunta da ANP com as agências estaduais para finalmente dá coerência a regulação da cadeia do gás natural, resolvendo problemas como estes e acabando com grandes distorções.

V- Conclusão

O acesso aos dutos de transporte de gás natural e seus reflexos no âmbito do direito concorrencial é um tema ainda envolvido em muitas dúvidas e imprecisões. Isto se deve ao recente panorama de processos de desestatização e adaptação das estruturas das atividades econômicas e serviços públicos ao regime de competição. No caso do gás natural são muitos os desafios a serem superados, visto que será vital na estruturação de um verdadeiro setor de gás natural no Brasil e no estímulo da entrada de novos agentes econômicos.

VI- BIBLIOGRAFIA

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à lei do petróleo: lei federal n.º 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000,

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição – o Caso da Distribuição de Gás Natural. Revista de Direito Administrativo, Editora Renova, n.º 223, 2001.r

FRANCESQUINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo Malheiros Editores, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TURCZYN, Sidnei. O Direito da Concorrência e os Serviços Privatizados. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SALOMONI, Jorge Luis. Regulação dos Serviços Públicos e defesa da Concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.