



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

OF. CIRC. Nº. 124/CEDCon/03

São Paulo, 13 de novembro de 2003.

Prezado Senhor,

A Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, em atenção ao despacho nº 997/2003 do Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”), referente à Consulta Pública relativa às Portarias de Livre Acesso, Cessão de Capacidade e Critérios Tarifários aplicáveis ao transporte dutoviário de gás natural, após a realização de “Workshop” na data de 24 de outubro p. p., que contou com a participação de professores, advogados especialistas e autoridades, apresenta à consideração de V. Ex^a. a anexa Manifestação, bem como o Sumário Executivo do “Workshop”, fomentando, destarte, os debates e aguardando que os pontos levantados sejam aceitos ou, quando menos, formalmente contestados.

Atenciosamente

José Carlos Magalhães Teixeira Filho

Presidente da Comissão Especial de Defesa da Concorrência

Adriano Candido Stringhini

Integrante da Comissão Especial de Defesa da Concorrência e Coordenador da SubComissão de Concorrência e Regulação da mesma Comissão

Excelentíssimo Senhor Doutor

SEBASTIÃO DO REGO BARROS

DD. Diretor-Geral da ANP

Brasília - DF



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

CONSIDERANDO QUE o papel tanto dessa Comissão quanto da OAB-SP é de estimular e promover o melhor desenvolvimento e eficiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como das instituições jurídicas em geral;

CONSIDERANDO QUE para o especial monitoramento e promoção de pesquisa na área de regulação e sua interface com as instituições de defesa da concorrência foi criada a Subcomissão de Concorrência e Regulação;

CONSIDERANDO QUE foram dispostas em Consulta Pública as Portarias de Livre Acesso, Cessão de Capacidade e Critérios Tarifários aplicáveis ao transporte dutoviário de gás natural;

A Comissão Especial apresenta a seguinte **MANIFESTAÇÃO**, seguida do **SUMÁRIO EXECUTIVO** do “Workshop” cujo programa segue ao final.

MANIFESTAÇÃO

Das apresentações do “Workshop” da OAB/SP (programa e sumário executivo em anexo), acerca do Direito de Acesso aos gasodutos, a Comissão Especial de Defesa da Concorrência da OAB-SP apresenta as seguintes conclusões em resposta à Consulta Pública em questão:

1. – A iniciativa de consulta pública em si é extremamente positiva, devendo-se ressaltar, contudo, importante questão levantada pelo Dr. Pedro Dutra, que criticou a brevidade das consultas promovidas pelo Governo, que acabam por impedir manifestações mais organizadas da sociedade.
2. – No que se refere especificamente às minutas de portaria ora sob análise, foi de consenso dos especialistas expositores, o que embasa a conclusão dessa Comissão Especial de Defesa da Concorrência, de que a iniciativa apresentada merece reparos, particularmente no que se refere à questão das ressalvas ao Direito de Acesso em face do



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Princípio da livre concorrência , constitucionalmente consagrado, no artigo 170 da Carta Magna.

3. – Nesse sentido, é importante destacar ponto levantado pelo Professor Edmilson dos Santos, que ressaltou a precocidade da instituição dessas portarias e observou a conveniência das práticas recentes da ANP em arbitrar situações de conflito para a introdução do livre acesso.

4. – Passando a tratar propriamente do ponto central, qual seja, o Direito de Acesso, é preocupante à Comissão que os especialistas consultados tenham frisado a latente ilegalidade do texto das portarias sob consulta no que se refere à limitação temporária do livre acesso, de 4 anos para novas instalações e de 8 anos para mercados emergentes.

5. – Conforme ressaltado por todos os especialistas, advogados e professores palestrantes, a restrição ao livre acesso, durante certo lapso de tempo, seria violação flagrante do artigo 58 da Lei 9.478/97 (“Lei do Petróleo”), que preconiza o Direito de Acesso mediante devida remuneração ao proprietário da infra-estrutura acessada.

6. – Segundo o Professor Alexandre dos Santos de Aragão, a existência de limitação do Direito de Acesso por portaria da ANP violaria, ainda, os princípios da proporcionalidade e da legalidade, o primeiro por ser uma proposta não razoável, já que essa seria uma opção mais onerosa para a coletividade do que a estipulação de um *quantum* para remuneração do investimento realizado, o segundo por ser dispositivo contrário à Lei do Petróleo, em seu artigo 58, conforme já destacado.

7. – O Dr. Pedro Dutra, Dr. Carlos Alexandre e Dr. Giovani Loss destacaram, além da violação à Lei do Petróleo, a violação aos princípios da função social da propriedade e da livre concorrência, constitucionalmente garantidos.

8. – Por ser o gasoduto uma *essential facility*, conforme destacado pelos especialistas, é imprescindível a determinação do livre acesso. Dr. Pedro Dutra bem observou que este acesso que aqui se discute com relação aos gasodutos é dado em virtude do que se

OAB SP

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

chama em direito da concorrência como teoria das instalações essenciais – nos EUA *essential facilities doctrine* e na Itália – estrutura essencial.

9. – Importante questão ainda com relação à legalidade da carência ao Direito de Acesso foi levantada pelo Dr. Giovani Loss. A carência ao Direito de Acesso criaria imunidade à Lei 8.884/94 (“Lei de Defesa da Concorrência”) e, sendo assim, seria também ilegal por esse motivo. Ao menos, a princípio a vedação do acesso em infra-estrutura essencial se encaixaria no conceito de ilicitude concorrencial aplicada à matéria, utilizada pelo CADE no caso *Globo vs. Direct TV*, trazida do caso americano *MCI vs. AT&T*, e, por óbvio, uma portaria nunca poderia limitar uma previsão legal, impedindo a atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDP.

10. – Como se não bastasse as questões de ilegalidade acima descritas, sob a ótica da conveniência à coletividade as limitações ao Direito de Acesso parecem igualmente preocupantes à Comissão. O Professor Edmilson dos Santos em sua palestra foi claro ao destacar a importância da concorrência no *midstream* no mercado brasileiro de gás, uma vez que o *downstream*, consubstanciado na distribuição, é um monopólio dos Estados.

11. – A justificativa de que a carência ao livre acesso seria imprescindível à garantia dos investimentos em transporte de gás não parece correta à Comissão, isso tendo em vista que já que no Brasil não se optou por criar restrições estruturais às participações cruzadas entre produtores, transportadores e distribuidores, é imprescindível a garantia do livre acesso para introdução de uma concorrência.

12. – No caso, a referida carência se refere também à possibilidade de conectar as redes de gasodutos, portanto, considerando os investimentos já garantidos pela Petrobrás em gasodutos, essa carência praticamente inviabilizaria novos investimentos no setor e não os protegeria, como se afirma.

13. – Ademais, o livre acesso é imprescindível à viabilização da concorrência também na produção de gás, sendo assim a carência inibiria investimentos na produção por empresas que estariam impedidas ou dificultadas na possibilidade de escoamento do seu produto.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

14. – Conforme ressaltado pelo Professor Edmilson dos Santos, existe uma tendência de construção de infra-estrutura de gasoduto com capacidade ociosa, tendo em vista o custo marginal decrescente, o que favorece a possibilidade de acesso.

15. – De fato, conforme afirmação do Dr. Giovani Loss, a carência não vai influenciar o preço final do gás natural, que é determinado em *netback*, sendo a teoria clara em afirmar que gás natural não se vende, compra-se.

16. – A experiência estrangeira destacada pelos especialistas também viria corroborar o entendimento acima expressado de ilegalidade e inconveniência das restrições ao livre acesso.

17. – Conforme destacado pelo palestrante Giovani Loss, o Direito de Acesso seria garantido em todos os países que tem um mercado de gás natural razoavelmente desenvolvido, com exceção da Alemanha, onde o acesso deve ser negociado entre as partes.

18. – No mesmo sentido, o Dr. Carlos Alexandre observou que na Europa é permitida a criação de exceções ao Direito de Acesso, contudo, essas exceções devem ser requeridas e analisadas caso a caso, e não como uma regra geral, criando uma isenção antitruste.

19. – Questão interessante foi apontada pelo Dr. Giovani Loss, que observou que caso sejam concretizadas as propostas de portaria da ANP o Brasil seria o único país do mundo a não garantir o direito de acesso e ao mesmo tempo não criar restrições estruturais de participações cruzadas no mercado, o que facilitaria sobremaneira o abuso de poder de mercado.

20. – Outro ponto que merece destaque por parte da Comissão com relação ao favorecimento do abuso do poder de mercado foi destacado pelo Dr. Carlos Alexandre, que criticou a preferência ao proprietário de instalações de transferência que sejam reclassificadas como instalações de transporte, na contratação de capacidade junto ao transportador, advertindo que se trata de um poder demasiadamente amplo, sugerindo uma alternativa percentual e



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

temporária.

21. - Acredita o Dr. Carlos Alexandre e concorda a Comissão, que deveria haver na portaria uma previsão de oferta compulsória, quando houvesse excesso de capacidade do carregador, no caso de participações cruzadas com o transportador.

22. – De fato, pareceu claro à Comissão também que poderia haver uma previsão de limitação do poder do carregador que tivesse capacidade contratada dominante na oferta de capacidade disponível. Tal medida, que já constou da portaria 98 da ANP, facilitaria a entrada de novos agentes e impedia que o carregador perpetuasse posição dominante em outros gasodutos.

22. – Por fim, a Comissão ressalva ponto relevante, também observado pelo Dr. Carlos Alexandre, que destacou a falta de padronização dos termos e condições gerais dos contratos de transporte. A minuta prevê apenas questões acerca do objeto. O estabelecimento de condições gerais teria o importante papel de evitar o tratamento discriminatório e possibilitar o tratamento isonômico entre os diversos agentes, o que, sem dúvida, é do interesse da coletividade.

Neste sentido, esperando ter contribuído para um fomento aos debates e aguardando que os pontos por essa Comissão da OAB-SP levantados sejam aceitos ou, quando menos, formalmente contestados,

Atenciosamente,

José Carlos Magalhães Teixeira Filho

Presidente da Comissão Especial de Defesa da Concorrência

Adriano Candido Stringhini

Integrante da Comissão Especial de Defesa da Concorrência e Coordenador da SubComissão de Concorrência e Regulação da mesma Comissão

Rua Senador Feijó, 143 3º andar - São Paulo -SP - CEP.: 01006001
Email: defesa.concorrência@oab.sp.org.br - site : www.oabsp.org.br



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO EXECUTIVO

O Doutor Edmilson dos Santos, Mestre em Planejamento de Sistemas Energéticos pela UNICAMP e na Mestre pela Universidade da Pensilvânia e Doutor em Economia e Gestão de Petróleo e Gás Natural pela Instituto Francês do Petróleo da Universidade de Bourgogne-França, Pos-Doutor em Energia pela USP e Professor Emérito da Universidade de Dundee-Escócia, Professor do IEE-USP, destacou dentre outros os seguintes pontos:

- A precocidade da instituição destas novas portarias, destacando que a portaria 169 em conjunto com as práticas da ANP vinha introduzindo a competição sem maiores transtornos;
- As minutas de portarias não resolvem os conflitos hoje existentes entre livre acesso; eficiência econômica, equidade social (tratamento não discriminatório); mobilização de recursos (necessidade de garantir retorno para investimentos) e conservação ambiental;
- Que é evidente que com um gasoduto de 30 milhões de metros cúbicos operando a 15 milhões de metros cúbicos há uma ineficiência econômica de curto prazo muito grande, mas o que o estímulo ao livre acesso deve ser feito de forma ordenada de forma a não desestimular novos investimentos;
- Citou ainda os exemplos do TSB no Rio Grande do Sul , com 12 milhões de metros cúbicos, e do *Gas Del Sul*, Montivideo - Pelotas, com outros 12 milhões de metros cúbicos, aonde evidentemente não há mercado para os dois gasodutos. Desta forma, ocorrendo aqui uma capacidade ociosa imensa, é importante que haja o livre acesso. Neste caso em particular destacou que com a finalidade de criar uma barreira à entrada tem sido afirmado pela Petrobras que o TSB teria uma capacidade de apenas 4 milhões de metros cúbicos.
- Destacou que a construção de um gasodutos de 12 milhões de metros cúbicos é muito mais barata que a construção de 03 gasodutos de 4 milhões de metros cúbicos.

Rua Senador Feijó, 143 3º andar - São Paulo -SP - CEP.: 01006001
Email: defesa.concorrência@oab.sp.org.br - site : www.oabsp.org.br



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ao dizer que o TSB transporta apenas 4 milhões de metros cúbicos é criada uma ineficiência de longo prazo, e quem vai pagar esta conta, segundo o professor é o consumidor.

- Por outro lado, questionou acerca da necessidade de introduzir a concorrência no *midstream*, uma vez que no *downstream* (distribuição para o consumidor) há um monopólio estadual. A política de restringir o acesso para garantir o investimento da Petrobras, um ente que como sociedade de economia mista exerce ainda uma função pública, pode ser aceito, mas contudo afastará qualquer novo investidor privado que vise a construção de um gasoduto;
- Também como contraponto acredita que a solução do GNL seria uma alternativa viável para fazer concorrência ao gasoduto, os chamados “gasodutos virtuais” com o transporte por caminhão ou ferrovias.
- Quanto ao artigo 4º da minuta de portaria de livre acesso especificamente assinalou que como há exclusão do livre acesso para mercados emergentes e novos mercados, e em face das características do mercado brasileiro, não há livre acesso para ninguém.
- Quanto ao artigo 6º e 8º da minuta de portaria de livre acesso é favorável, já que introduz o conceito de *roll in* e agora para qualquer novo contrato interruptível ou não.
- Quanto ao artigo 10º da minuta de portaria de livre acesso destaca que não há como forçar que o distribuidor de gás estadual repasse os benefícios da redução ao consumidor. Por que então forçar o carregador a oferecer tais benefícios se não há a certeza de que eles serão repassados?

O Dr. Pedro Dutra, advogado, especialista na matéria regulação e defesa da concorrência e autor de diversos livros sobre o tema, passou a abordar os seguintes pontos:

- Destacou o pouco prazo para as consultas públicas;



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Quanto ao livre acesso dentro da liberdade de concorrer, de iniciativa, afirmou que deve ser entendido dentro de um conceito de não poder haver abuso do poder econômico, por quem quer que seja, cidadão, empresa, Ministro, etc.. A Lei não cria exceções. A idéia de liberdade é a de que não haja abuso, ou que este abuso seja reprimido.
- A imbricação do acesso no Direito Constitucional - Dá-se acesso a um terceiro a um bem de outro. Este acesso é dado em virtude do que se chama em direito da concorrência como teoria das instalações essenciais – Nos EUA *essencial facilities doctrine*. Itália – estrutura essencial. Ex.: Rede móvel de telefonia. A cessão é feita por que o uso é essencial para a afirmação da livre concorrência. No caso é possível vislumbrar-se uma limitação de um dos atributos da propriedade, qual seja o uso.
- Assim ,sendo necessário para promover a concorrência naquele mercado, diz a doutrina e a jurisprudência, sobretudo a comunitária e a americana, que o titular desta rede / instalação ou no caso de bens da União – titular dos direitos de exploração, deve dar acesso a terceira empresa para que haja concorrência.
- Destacou que do ponto de vista constitucional, este dever de ceder, compartilhar a rede/instalação inscreve-se no princípio constitucional da função social da propriedade, o qual deve ser lido em conjunto com o princípio da livre concorrência.
- Destaca que a livre concorrência também tem uma função social ,que é promover a disputa entre os concorrentes, para que o consumidor diante desta disputa exerça seu direito de escolha, e sabe-se que quanto maior for a disputa, maior vantagem terá o consumidor sob a forma de maior oferta, melhores preços e melhor qualidade, atualização tecnológica, deste produto ou serviço. Portanto a finalidade está tanto na função social da propriedade como na promoção da livre concorrência.
- Destacou que a instalação essencial assim deve ser vista do lado da declaração da essencialidade, ou seja, é essencial porque permite que se instale a livre concorrência. Se há um gasoduto essencial, a lei obriga o acesso a este gasoduto . Há de ser destacado ainda, segundo Pedro Dutra a viabilidade técnica para que o acesso seja fornecido. Por fim, o acesso deve ser fornecido a um preço razoável e



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

não discriminatório, ou seja, um preço que remunere os preços de compra ,
construção ou manutenção sem com isso afastar a concorrência.

O Doutor Carlos Alexandre Lobo, Advogado, Membro do Instituto Brasileiro do Direito do
Petróleo, destacou os seguintes pontos:

- Que com as definições dadas na minuta de portaria de novas instalações de transporte (autorização a menos de 4 anos) e mercados emergentes (autorização a menos de 08 anos) há um claro interesse, em face do disposto no artigo 4º em restringir o livre acesso, visando proteger investimentos. Citou que na Europa também houve restrição do livre acesso (caso a caso) e nos EUA houve a opção por indenizar os investimentos. Acredita assim que a restrição ao livre acesso pode até ser válida, mas não deveria ser absoluta.
- Destacou a questão também do direito de preferência, que acaba restringindo a concorrência em benefício do investidor. Entende coo desnecessária, já que via de regra a amortização do investimento já teria sido realizada ao final do contrato, não havendo justificativa para direito de preferência.
- Um ponto positivo a destacar é que no caso de empate no concurso para alocação de capacidade, é dada prioridade àquele que tenha uma menor capacidade contratada , Trata-se de inovação bastante interessante e deve servir para fomentar a entrada de novos agentes.
- Criticou também a preferência que vem prevista para o proprietário de instalações de transferência que sejam reclassificadas como instalações de transporte, na contratação de capacidade junto ao transportador. Adverte porém, que se trata de um poder demasiadamente amplo, talvez fosse possível uma alternativa percentual e temporária.
- Acredita que poderia haver na portaria uma previsão de oferta compulsória, quando houvesse excesso de capacidade do carregador, no caso de participações cruzadas



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

com o transportador. Tal previsão existia na portaria 169 e foi infelizmente excluída da presente minuta. Este dispositivo de alguma forma diminuiria o poder das concentrações verticais.

- Destacou que poderia haver uma previsão de limitação do poder do carregador que tivesse capacidade contratada dominante na oferta de capacidade disponível. (Era tratada na portaria 98 – limite de 40%). Tal medida também facilitava a entrada de novos agentes e impedia que o carregador perpetuasse posição dominante em outros gasodutos.
- Também destaca que faltou uma padronização maior dos termos e condições gerais dos contratos de transporte. A minuta prevê apenas questões acerca do objeto. O estabelecimento de condições gerais teria o importante papel de evitar o tratamento discriminatório e possibilitar o tratamento isonômico entre os diversos agentes.
- Quanto à legalidade da minuta portaria, frisando apenas os aspectos formais da proposta, destaca que a não aplicação do livre acesso aos projetos recentes e aos ligados aos mercados emergentes fere frontalmente o artigo 58 da Lei 9478/97 (Lei do petróleo). O livre acesso é previsto de forma taxativa para o uso dos dutos de transporte existentes. Não foi feito no corpo da lei, nenhuma distinção entre recentes, não recentes, etc. É questionável que a portaria possa determinar que determinados dutos estão fora do alcance da prescrição legal do livre acesso. A lei não fez esta prescrição e nem delegou para a ANP tal poder. Com relação aos dutos futuros (mercados emergentes) o artigo 58 da lei diz que o livre acesso deve ser dado aos dutos existentes ou a serem construídos. Não há, pois, como a portaria vir a dizer que os gasodutos a serem construídos estão fora da aplicação do livre acesso.
- Também é contrário à prescrição da minuta de portaria de livre acesso que determina no caso de instalações de transporte que sejam reclassificadas como instalações de transferência, que o proprietário transfira as instalações para empresa independente. Ora, o artigo 58 da Lei do petróleo referiu-se apenas à Petrobras (foi o que ocorre com a Transpetro), nada dispondo acerca de empresas privadas. Se a lei nada dispõe não pode a portaria apresentar este tipo de exigência para empresas privadas.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Por fim, também acredita que seria necessário impor uma graduação nas participações cruzadas.

O Doutor Marcelo Saintive, Secretário Adjunto de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda, que presidiu os trabalhos destacou os seguintes pontos a importância da experiência internacional, Europa, EUA e A australiana em particular que manteve o livre acesso e mesmo assim houve investimento em dutos. Também destacou a importância do CNPE – Conselho Nacional de Política Energética que está previsto no artigo 2º da lei do petróleo.

O Doutor Tito Andrade, Advogado especialista em regulação e defesa da concorrência, Mestre pela London School of Economics- Inglaterra, destacou os seguintes pontos:

- Fez uma abordagem histórica da indústria do petróleo no Brasil e da regulação no setor (leis, portarias), bem como uma apresentação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, destacando os pontos de convergência.
- Destacou com esta abordagem a importância de serem consideradas as descobertas de novos poços, como foi o caso recente de Santos. Isto não alteraria a lógica concorrencial? Assim, acha que merece ser feito um estudo mais aprofundado e que as portarias devem levar em consideração a possibilidade de novas descobertas. Assim, entende que seria melhor que existisse uma análise caso a caso na questão do livre acesso, já que as condições podem se alterar com estas descobertas. Não deve ser dado um livre acesso absoluto, muito menos ser estabelecida uma proibição, como vem estabelecido na portaria. Destacou neste ponto a importância dos princípios concorrenciais nos setores regulados.
- Trouxe interessante exemplo do *Office of Fair Trading* – Inglaterra que através de um *Guidelines* para as agências dos setores regulados busca inserir a política de concorrência nestes setores quando da expedição de normas.
- Conclui que o texto da minuta de portaria de livre acesso não é bom, apresenta diversas ilegalidades, já apontadas e tem forte viés anticoncorrencial devendo o



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

governo, como ocorre na legislação europeia se não acatar , ao menos rebater os pontos aqui atacados.

O Doutor Giovani Ribeiro Loss , Advogado, Mestrando em Direito pela USP, Professor da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito de Energia – IBDE, destacou os seguintes pontos:

- Que os modelos clássicos de flexibilização do setor de petróleo e gás são em forma de cooperação e concorrência;
- Que a flexibilização em cooperação ocorreria sempre por meio de contratos de cooperação com a empresa estatal do país que está abrindo o mercado, sendo a empresa estatal ao mesmo tempo regulador e agente do mercado. Países que utilizam esse modelo são China, Indonésia, Noruega, entre outros;
- Que a flexibilização em concorrência ocorreria por meio da abertura do mercado para a exploração das empresas estrangeiras em concorrência com a estatal. Nesse modelo é comum a existência de uma agência para regulação do mercado, particularmente do mercado de gás. Países que utilizam esse modelo seriam Brasil, Colômbia, Inglaterra, entre outros;
- Que as funções tradicionais dos órgãos reguladores do gás natural nos países que utilizam o modelo de concorrência seriam controle de qualidade, segurança e garantia do fornecimento, regulação das tarifas e introdução de concorrência no mercado;
- Que as medidas utilizadas para introdução de concorrência no mercado de gás natural seriam: (i) separação contábil, o que é aplicado nos Estados Unidos, por exemplo; (ii) separação além de contábil, jurídica também, o que é aplicado, por exemplo, na Argentina, Austrália, Colômbia, Espanha e Inglaterra; (iii) Restrições as participações cruzadas entre produtores, transportadores e distribuidores, o que é aplicado, por exemplo, na Argentina, Austrália, Colômbia e Espanha; (iv) Garantia do Direito de Acesso, que seria garantida em todos os países que tem um mercado de gás natural



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

razoavelmente desenvolvido, com exceção da Alemanha, onde o acesso deve ser negociado entre as partes, devendo-se ressaltar que na Europa é permitida a criação de exceções a esse direito, o que deve ser, contudo, requerido e analisado caso a caso;

- Que o mercado de gás natural no Brasil vem crescendo de forma espetacular, cerca de 15% ao ano, devendo-se ressaltar que a Petrobrás detém praticamente o monopólio da produção, detendo também participação considerável em 15 das 20 distribuidoras de gás e também indiretamente quase toda a estrutura de transporte;
- Que as propostas de portaria da ANP sob consulta adotariam a separação contábil e também jurídica, não adotando restrições estruturais às participações cruzadas e o livre acesso com carência de 4 anos para novas instalações e 8 anos para mercados emergentes;
- Que numa análise da legalidade poder-se-ia concluir que a infra-estrutura de transporte de gás no Brasil seria uma *essential facility* e que as propriedades ainda que particulares estão sujeitas aos princípios constitucionais da Função Social da Propriedade e da Livre Concorrência. A previsão do Novo Código Civil de passagem por propriedade particular, constante do artigo 1285, bem como o artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações de Direito de Acesso seriam fruto também desses princípios;
- Que o artigo 58 da Lei do Petróleo também seria fruto dos princípios constitucionais acima citados e que a previsão de carência ao Direito de Acesso seria, portanto, ilegal e inconstitucional, por contrariar princípios constitucionais e a Lei do Petróleo em si de forma clara;
- Que a previsão de carência ao Direito de Acesso estaria criando uma imunidade à Lei de Defesa da Concorrência e, sendo assim, seria também ilegal por esse motivo. Ao menos a princípio a vedação do acesso em infra-estrutura essencial sem dúvida se encaixaria no conceito de ilicitude concorrencial aplicada à matéria, utilizada pelo CADE no caso Globo vs. Direct TV, trazida do caso americano MCI vs. AT&T;



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Que sob o aspecto da conveniência essa carência ao Direito de Acesso seria inconveniente, visto que no Brasil já não se optou por criar restrições estruturais, sendo imprescindível a garantia do livre acesso, não sendo aceitável a justificativa de que essa carência serve para garantir investimentos em transporte;
- Que o livre acesso é necessário para viabilizar concorrência na produção, portanto a carência inibiria investimentos na produção por empresas que não a Petrobrás;
- Que a carência se refere também à possibilidade de conectar as redes, portanto, considerando os investimentos já garantidos pela Petrobrás em gasodutos, essa carência praticamente inviabilizaria novos investimentos no setor e não os protegeria, como se afirma;
- Que a indústria do gás natural tem um custo marginal decrescente, existindo tendência de construção de infra-estrutura com capacidade ociosa, o que favorece a possibilidade de acesso;
- Que a carência não vai influenciar o preço final do gás natural, que é determinado em *netback*, sendo a teoria clara em afirmar que gás natural não se vende, compra-se;
- Concluindo, seria a determinação de uma remuneração caso a caso para o transporte que permita o custeio dos investimentos, conforme previsto no artigo 58 da Lei do Petróleo; Que o governo deveria criar um programa de incentivos ao consumo de gás, o que seria mais vantajoso à atração de investimentos do que a carência no livre acesso; Que não seria conveniente a criação de limitações estruturais para o setor no momento, tendo em vista a necessidade de lucros na verticalização do mercado para garantir investimentos, mas que o livre acesso é necessário e imprescindível para o modelo concorrencial que o Brasil propôs-se a desenvolver no setor;

O Doutor Alexandre Santos de Aragão, Advogado, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor da UERJ, da Candido Mendes e autor de importantes obras sobre o tema, teceu as seguintes considerações:



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Que a minuta de portaria de livre acesso além de possuir erros de redação e estar mal redigida apresenta latente ilegalidade no artigo 4º. Este artigo 4º estabelece uma limitação de acesso para novas instalações e mercados emergentes.
- Quanto à teoria das instalações essenciais, destaca o caráter eminentemente essencial da teoria e que deve ser feita uma adaptação da teoria originária dos EUA para os países publicistas. No Brasil, de acordo com a Constituição temos que o gás é bem público da União. Que como um dos requisitos para a aplicação da teoria das instalações essenciais, há de que o bem seja de difícil duplicação, ou de duplicação irrazoável e certamente os dutos de transporte de gás estariam aqui enquadrados.
- Ainda quanto à teoria das instalações essenciais, destaca que o acesso ao gás deve prever um preço razoável e que a imposição de um preço não real pode levar a uma negativa de acesso e ao mesmo tempo fomentar o investimento.
- Que é necessário compor a equação existente entre a necessidade de acesso e a garantia do investimento. Contudo, destaca que a portaria foi bastante infeliz, ao tentar garantir o investimento ter vedado o acesso e garantido a exclusividade.
- Que a minuta de portaria claramente afrontou princípio da legalidade, já que é frontalmente contrária ao artigo 58 da Lei do Petróleo, destacando que ele, Alexandre Aragão, é um dos autores que tem uma visão mais permissiva dos atos normativos das agências reguladoras (citou decisão do STJ e *intelligible principle* da Suprema Corte Norte Americana).
- Que apesar desta visão bastante ampla do papel das agências reguladoras, neste caso da minuta de portaria o artigo 58 da Lei do Petróleo dispõe de maneira exatamente contrária. Que o artigo 58 é claro e o artigo 4º da minuta de portaria é totalmente contrário, existindo manifesta ilegalidade.
- Que a ponderação legal de princípios e valores é a que tem precedência sobre qualquer outra e tendo a Lei do petróleo já efetuada esta ponderação, é ilegal e consequentemente inconstitucional o artigo 4º da minuta de portaria.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Que o artigo 4º da minuta de portaria também viola o princípio da proporcionalidade. (Ponderação entre regras é excludente – regra posterior, específica, etc., ponderação entre princípios é calibrada – mandado de otimização – segundo autor alemão Ronald Alex – Para calibragem o instrumento é o princípio da proporcionalidade.) . Através do princípio da proporcionalidade deve-se buscar a compatibilização dos dois valores – garantia dos investimentos e livre concorrência, sendo os dois valores legítimos.
- Que de acordo com o princípio da proporcionalidade, a vedação ao acesso, não é o meio adequado menos oneroso. Ora, a solução está no próprio artigo 58 que prescreve a remuneração adequada para o acesso. Portanto para compatibilizar o acesso (livre concorrência) e a garantia dos investimentos, a solução seria estabelecer uma remuneração adequada. Que na remuneração adequada deve ser observada a amortização já realizada, ou seja, tempo de utilização do duto.

O Doutor Eduardo Fiuza do Gabinete da Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça, que presidiu os trabalhos, destacou:

- Que a assimetria de informação nos setores regulados é um problema recorrente, sobretudo na determinação da remuneração adequada.
- Que, citando a teoria econômica dos contratos, a determinação do justo valor destes custos de transporte é importante.

Foi encerrado o Workshop.

OAB SP

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo
2003 – ANO DA SOLIDARIEDADE
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

promove o “workshop”

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAMENTAÇÃO DO LIVRE ACESSO DE GÁS NATURAL - AS PROPOSTAS DE PORTARIA DA ANP

14h00 **Abertura**

14h00 Abertura: **Dr. José Carlos Magalhães Teixeira Filho**- Presidente da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/SP
Presidência dos Trabalhos: **Dr. Marcelo Barbosa Saintive** - Secretario Adjunto de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda
Dr. Edmilson dos Santos - Professor Instituto de Eletrotécnica e Energia – USP
Dr. Pedro Dutra - Advogado
Dr. Carlos Alexandre Lobo e Silva - Advogado / Membro da Comissão de Gás do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

16h00 **Coffee Break**

16h30 Abertura: **Adriano Candido Stringhini** - Membro da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/SP
Presidência dos Trabalhos: **Dr. Eduardo Fiuza** - Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
Dr. Giovanni Ribeiro Loss - Advogado / Membro Fundador do IBDE/ Professor SBDP
Dr. Alexandre Santos de Aragão - Advogado / Professor UERJ / Candido Mendes
Dr. Tito Amaral de Andrade - Advogado/ Mestre London School

18h30 **Encerramento**

Promoção

Comissão Especial de Defesa da Concorrência da OAB SP

Organização

Adriano Stringhini

Data e Local

Data: 24/10/2003 - 14h00

Local: Sala dos Conselheiros da OAB/SP

Praça da Sé, 385 - 2º andar

Inscrições Gratuitas

Fone: 3116-1086 / 1074

e-mail: defesa.concorrencia@oabsp.org.br

Carlos Miguel C. Aidar
Presidente da OAB SP

José Carlos Magalhães Teixeira Filho
Presidente da Comissão Especial de
Defesa da Concorrência da OAB SP

Rua Senador Feijó, 143 3º andar - São Paulo -SP - CEP.: 01006001
Email: defesa.concorrencia@oab.sp.org.br - site : www.oabsp.org.br