

OF. 022/PRES./ABAR/2020

Brasília, 19 de novembro de 2020.

Ao Senhor

**RAPHAEL MOURA**

Diretor Geral interino da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP

c/c:

Ao Senhor

**JOSÉ CESÁRIO CECCHI**

Diretor da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP

**Assunto:** Erros conceituais do Modelo do Mercado de Gás Natural na Esfera de Competência da União. Contribuições da ABAR à Consulta Prévia ANP nº 01/2020 – Modelo Conceitual do Mercado de Gás Natural na Esfera de Competência da União.

Senhor Diretor,

Em 28 de outubro de 2020, foi realizada reunião entre a ABAR (Associação Brasileira de Agências Reguladoras) e o MME (Ministério de Minas e Energia), com intuito de discutir o posicionamento das Agências Reguladoras Estaduais, em relação ao o Projeto de Lei nº 4.476/2020, que, em 04 de setembro de 2020, entrou em tramitação no Senado Federal.

O PLS 4.476/2020 é oriundo de projeto aprovado na Câmara dos Deputados sob o nº 6.407/2013. O projeto tem como foco a diminuição da participação da Petrobras nos elos da cadeia do gás, com uma maior abertura do mercado de gás natural à livre concorrência, ampliando-se a concorrência em elos hoje marcados pelo monopólio federal.

Entretanto, conforme já conhecida posição da ABAR, externada à sociedade<sup>1</sup> e aos ilustres Senadores da República, entende esta Associação que o projeto de lei avança sobre a esfera de competência privativa dos Estados da Federação.

No mesmo sentido, a ABAR vem esclarecer a Vossa Senhoria que a Consulta Prévia ANP nº 01/2020 caminha em um sentido de inobservância à Constituição Federal de 1988, com afrontas diretas a respeitáveis decisões emanadas da mais alta corte de justiça do país, o Supremo Tribunal Federal, notadamente nos autos da Reclamação 4.210, da qual a ANP inclusive é parte.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://abrar.org.br/2020/10/07/abrar-publica-posicionamento-sobre-a-nova-lei-do-gas/>

Cumpra reiterar que há 32 (trinta e dois) anos, em 05 de outubro de 1988, a Assembleia Constituinte inseriu no parágrafo 2º, do artigo 25, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, a competência para regular, fiscalizar, controlar e conceder os “*serviços locais de gás canalizado*”.

Uma regra de hermenêutica bastante conhecida no Direito Constitucional é a de que não cabe ao intérprete fazer restrições onde o Constituinte Originário (Assembleia Constituinte de 1988) não o fez.

Sendo assim, os referidos “*serviços locais*” previstos no parágrafo 2º, do artigo 25, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, não podem ser entendidos como apenas “*distribuição*”, eis que envolvem muitas outras atividades relacionadas ao interesse local de cada Estado da Federação.

Além disso, o constituinte reformador de 1995, por meio da Emenda Constitucional nº 5, ao possibilitar a concessão dos referidos serviços à iniciativa privada, manteve a competência constitucional privativa estadual sobre a regulação, fiscalização e controle dos “*serviços locais de gás canalizado*”.

No mesmo sentido, também o legislador infraconstitucional, notadamente por ocasião da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), reconheceu que a Distribuição de Gás Canalizado envolveria “*os 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*”. Sendo que, à ANP restaria a competência para “*autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União*”.

Posteriormente, com o advento da Lei do Gás (Lei nº 11.909/2009), o legislador novamente deixou resguardadas as competências constitucionais, como não poderia deixar de ser. Nesse sentido, ao definir a Comercialização de Gás Natural, fez eloquente ressalva ao disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal.

A fim de deixar a extremo de dúvidas, também o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação 4.210/SP, teve a oportunidade de avaliar eventual conflito de atribuições entre a ANP e a ARSESP, de onde se extrai as bem lançadas considerações do Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin e da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal:

*“A interpretação das normas constitucionais mencionadas conduz à conclusão de que se fixou uma gradação de competências para o cuidado dos serviços de gás, exatamente tal qual proposto pelo e. Relator (...)*

*A Constituição da República traz como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência. Portanto, a regra insere em seu art.*

*177, em razão do qual cabe à União o monopólio do transporte de gás por condutos, é exceção, que deve ser, como tal, interpretada restritivamente. Uma das restrições é, justamente, aquela delimitada pela norma do art. 25, § 2º, que reserva aos Estados o serviço local de gás.*

*Logo, tanto a competência atividades dos Estados membros encontra abrangidas pelo monopólio das limitações nas União, quanto o monopólio da União é limitado pela competência atribuída aos Estados-membros. Há, pois, na verdade, uma limitação recíproca estabelecida em razão do pacto federativo. Assim, preservou-se a opção constitucional de reservar-se à União o trato das questões de interesse nacional e, aos Estados, as questões de interesse regional.*

*Nesse caso, enquanto a União regula o transporte de gás por todo território nacional, os Estados cuidam dos serviços locais de gás”.*

Ressalte-se que, nesse mesmo sentido, dentro dos “serviços locais de gás canalizado”, a comercialização de gás natural aos consumidores locais sempre foi executada e regulamentada no âmbito das competências privativas dos Estados da Federação, inicialmente pelas empresas públicas; depois, pelas concessionárias, onde a atividade de comercialização, inclusive, é cláusula dos contratos de concessão; e, posteriormente, vencidos os prazos de monopólio das distribuidoras, passam a ser exercidas em caráter concorrencial, à vista de importante regulação já desenvolvida por alguns Estados.

Cumprе assinalar que também o CADE possui entendimento no sentido de resguardar as competências dos órgãos reguladores, em atenção ao princípio da especialidade da matéria atribuída a estas autarquias especiais.

Por ocasião da avaliação do ato de concentração nº 08012.004550/1999-11, o Tribunal da Concorrência, ao apreciar o processo de transferência de controle da Comgás, estabeleceu que o mercado relevante envolvia os “serviços de distribuição de gás canalizado, os serviços de comercialização de gás canalizado para os segmentos residencial e comercial; e, os serviços de comercialização de gás canalizado para os demais segmentos”.

Naquela ocasião o Tribunal decidiu, às folhas 684 do ato de concentração, verbis: “Incompetência do CADE, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial, em face da atribuição aos Estados da competência constitucional (art. 25, §2º (sic), da Constituição Federal de 1988) para a exploração dos serviços de gás canalizado, inovar, modificar ou criar a regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal. Relação de complementariedade, e não de exclusão ou de conflito de competências, entre a atividade regulatória das agências reguladora e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência”.

Ou seja, tal qual o Supremo Federal, também o CADE, analisando o mercado relevante daquela operação, à luz dos princípios constitucionais, notadamente do Pacto Federativo, deixou a extremo de dúvidas de que a comercialização integra as competências privativas dos estados e deve ser regulamentada pelo Estado de São Paulo, cabendo ao CADE uma avaliação de complementariedade na falta destas regulamentações.

Outro não é o entendimento na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que, em total prestígio às decisões do Tribunal Constitucional brasileiro, no Parecer CJ/ARSESP n.º 85/2020, asseverou que: *“Até decisão final nessas ações (Reclamação 4210 e Ação Civil Originária 3269), deve prevalecer no Estado o entendimento inicial de que os serviços previstos no art. 122, parágrafo único da Constituição Estadual abrangem qualquer entrega especializada de gás canalizado objetivando atender a um usuário específico”*.

Cumpra asseverar que a Reclamação 4.210/SP e a Ação Civil Originária 3.269, ambos em tramite no Supremo Tribunal Federal, buscam resolver conflito de competência entre a ANP e uma Agência Estadual, no sentido de que não se deve dar tratamento de gasoduto de transporte a um gasoduto notadamente de interesse estadual.

Salta aos olhos a tentativa deliberada de descumprimento de uma r. Decisão do STF, no âmbito do projeto de lei que busca autorizar a ANP a classificar os gasodutos de distribuição, como se de transporte o fossem, ao teor do inciso VI do artigo 7º do Projeto de Lei. Além disso, ficamos ainda mais estarecidos diante da formulação da presente Consulta Prévia, onde a ANP, a título de “esfera de competência da União”, quer incluir a regulação dos gasodutos de transporte a entrega direta do gás às plantas de GNC e GNL.

Observe-se que este intento de by-pass, por um ato administrativo precário da ANP, contrário aos legisladores estaduais, vai contra à Constituição Federal e contra às Constituições Estaduais. Além disso, busca transformar as transportadoras em verdadeiras distribuidoras de gás canalizado, o que por certo trará inúmeros riscos de características de segurança. Basta observar que a ANP não possui técnicos disponíveis para todas as fiscalizações que se encontram em sua competência, perfazendo inúmeros acordos de cooperação com os Estados para a fiscalização da distribuição de combustíveis, por exemplo.

Não se trata de mero receio dos Estados, eis que se pode extrair da Consulta Prévia da ANP n.º 01/20, que busca relegar o papel dos Estados a apenas uma caixinha do mercado conceitual do gás natural, qual seja a *“Distribuição”*. Além disso, a ANP, em total afronta as R. Decisões do STF, coloca como competência federal todos os processos que envolvam o fornecimento de gás para as plantas de GNL e GNC, bem como de fornecimento aos Consumidores Livres Locais.

Por certo, resta evidente que a caminhar neste sentido, o Mercado Livre que não se desenvolveu por um monopólio federal, novamente restará inviabilizado, pois os Estados da Federação não poderão (vedado pela Constituição de 1988) renunciar às suas

competências constitucionais privativas. Assim, a ANP, o MME e o Governo Federal irão no sentido de inviabilizar o desenvolvimento do Mercado Livre, eis que não poderão contar com o apoio dos Estados da Federação, por expressa vedação constitucional.

Nesse mesmo caminhar, a ABAR (Associação Brasileira das Agências de Regulação), instituição que representa as agências reguladoras de gás canalizado dos estados da federação, emitiu “Nota à Sociedade” e encaminhou “Nota aos Senadores da República”, contestando veementemente o Projeto de Lei, onde se observa uma tentativa de retirada dos Estados de suas competências para a regulação e fiscalização da comercialização de gás natural aos usuários livres, bem como tentam incorporar o patrimônio estadual dos dutos de distribuição ao patrimônio das transportadoras.

Portanto, no que diz respeito a esta Consulta Prévia nº 01/2020, a ABAR vem trazer as seguintes colocações:

1 – A ANP não considera a regulação já vigente dos Estados, demonstrando entre os alicerces para construção do mercado a total inobservância às normas estaduais sobre o tema, o que vai contra à promoção de um mercado livre dinâmico e, ainda, pode gerar diversas divergências entre todos os interessados no desenvolvimento do mercado.

2 – O modelo em epígrafe dispõe sobre questões técnicas e econômicas que ainda estão sendo analisadas em Projeto de Lei, além de não fazer uma análise de impacto regulatório sobre o modelo, inclusive sobre impactos de regulação que não observa competência, contratos e normas estaduais.

3 – A comercialização de gás natural, para atendimento de qualquer usuário local, está definida na competência privativa constitucional dos Estados para a regulação dos serviços locais de gás canalizado, nos termos do § 2º, do artigo 25, da Constituição Federal de 1988; das multicitadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), portanto, são inconstitucionais, na visão da ABAR, os itens a, b, c, e, g, das competências previstas para a União, na página 13 da presente Consulta;

4 – A definição e tratamento da comercialização de gás direcionada às distribuidoras locais e aos usuários locais, inclusive autoimportadores e autoprodutores, estão abrangidos pela competência constitucional privativa dos estados da federação. Sendo os Estados os responsáveis pelas regulamentações sobre a forma como se dará os eventuais carregamentos de saída – Portanto, são inconstitucionais as demonstrações inclusas nas figuras apontadas na presente Consulta, além de contribuírem para desarmonização entre regulações federais e estaduais já vigentes, as quais, inclusive passaram pelo crivo social, por meio de Consulta Pública;

5– A definição de gasodutos de transporte por um ato administrativo precário da ANP insere enormes riscos de segurança operacional e de abastecimento no mercado de gás brasileiro, além de afrontar a propriedade pública dos estados, eis que os gasodutos de distribuição são ativos das concessões estaduais, portanto, são inconstitucionais as

demonstrações que possibilitam o fornecimento direto dos gasodutos de transporte aos usuários locais, salvo nos casos em que autorizados pelas normas estabelecidas pelos estados;

6– O fornecimento de gás para as plantas de GNC e GNL está incluso nas competências privativas dos Estados, tal qual já esboçado nos votos de eminentes ministros do STF, notadamente na Reclamação 4.210/SP. Sendo vedada a conexão direta entre gasoduto de transporte e distribuidores de GNC e GNL, salvo nos casos em que autorizados pelas normas estabelecidas pelos estados. O mesmo entendimento se dá sobre o fornecimento de gás para instalações de estocagem.

6 – A inobservância da competência estadual para regular a distribuição de gás para planta de liquefação/ regaseificação, por exemplo, pode contribuir para potencializar um ambiente anticoncorrencial. Um exemplo emblemático foi o Consórcio Gemini, que gerou externalidades negativas para expansão da rede de distribuição de gás e práticas discriminatórias em relação a outros distribuidores de GNC e GNL.

Assim, quando a ANP, na p. 9 do modelo em questão, assevera que um gasoduto de transporte pode movimentar gás até distribuidores de GNC/GNL, pois não há impeditivo legal, esta comete um equívoco em três frentes: regulatória, judicial e concorrencial. Há o impeditivo regulatório, pois todo normativo e contrato de concessão dos estados sobre distribuição foi construído com base na previsão constitucional. Há o impeditivo constitucional, logo seja uma planta de regaseificação de gás, seja usina, estando lotada no Estado a distribuição do gás canalizado a competência é estadual. E as externalidades negativas no ambiente concorrencial que devem ser analisadas para cada caso.

Ante o exposto, a ABAR rechaça qualquer tentativa de usurpação das competências constitucionais privativas dos Estados da Federação, notadamente em relação à regulamentação da comercialização aos usuários livres locais, bem como se põe contrária ao fornecimento direto por gasodutos de transportes a qualquer consumidor local, ainda que seja para transformação de GNC ou GNL.

Por fim, aponta que a possibilidade de definição, pela ANP, dos gasodutos de distribuição como se de transporte o fossem, poderá gerar enormes prejuízos para as atuais concessões de gás canalizado.



Assinado de forma digital  
por FERNANDO ALFREDO  
RABELLO  
FRANCO:35733845368  
Dados: 2020.11.19  
10:52:19 -03'00'

Presidente da Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR