



NOTA TÉCNICA 004/01-SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL - PROCURADORIA GERAL

ASSUNTO: PEDIDOS DE REEXAME DO PARECER TÉCNICO DA SCG FEITOS PELA BG DO BRASIL Ltda. E PELA TRANSPORTADORA BRASILEIRA GASODUTO BOLÍVIA-BRASIL S/A.

Com base no artigo 2º da Portaria ANP nº 008/2001, insurgem-se a BG Brasil Ltda. e a TBG – Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A contra a decisão exarada, em primeira instância, pela SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL, nos autos da Resolução de Conflito trazido pelas partes acima indicadas, a esta Agência, com fulcro no disposto no parágrafo único do art. 58 da Lei nº 9.478/97, referente ao transporte firme no Gasoduto Bolívia-Brasil, cujos Recursos, passamos a examinar em conjunto, de forma a subsidiar a decisão, em segunda instância, da Diretoria Colegiada da ANP.

1. DA DECISÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

A decisão, em primeira instância, ora submetida ao reexame, concluiu, em síntese: **a** - pela determinação para que a TBG ofereça à BG contrato de transporte firme para os anos de 2001 e 2002, consoante capacidade por ponto de entrega, prazos e tarifas ; **b** – pela decisão de instaurar um processo de auditoria na TBG com o objetivo de verificar dados técnicos, operacionais e econômicos da capacidade do gasoduto; **c** – pelo estabelecimento do prazo de até 31 de dezembro de 2001 para que a TBG possa adequar suas relações contratuais com a PETROBRAS; e **d** – pela sinalização que a real efetivação do livre acesso, necessário para viabilizar a competição na oferta de gás natural, depende da imposição de limites à participação acionária de carregadores no segmento de suprimentos e comercialização de gás, no capital votante de transportadores.

2. DAS RAZÕES APRESENTADAS PELAS PARTES, PARA O PEDIDO DE REEXAME

A análise acurada sobre as alegações trazidas pelas partes, resumidamente, indica que as partes desejam a reconsideração da decisão de primeira instância, pelos motivos abaixo elencados:

TBG – TRANSPORTADORA BRASILEIRA GASODUTO BOLÍVIA-BRASIL S.A

A - IMPOSSIBILIDADE DE OFERTAR CAPACIDADE FIRME AOS AGENTES, DEVIDO AO FATO DE SEUS CONTRATOS TCQ, TCO E TCX ESTAREM TOMANDO TODA A SUA CAPACIDADE INSTALADA .

B - IMPOSSIBILIDADE DE ATENDER À DETERMINAÇÃO DE ADEQUAÇÃO DOS CONSTRATOS ATUAIS SEM A PRÉVIA AQUIESCÊNCIA DA PETROBRÁS.

BG DO BRASIL LTDA.

A - QUE SEJA CONTEMPLADA NA DECISÃO A DETERMINAÇÃO PARA QUE A TBG OFEREÇA CAPACIDADE FIRME PARA A BG ATÉ DEZEMBRO DE 2003, EM CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 6º E/OU DO ART. 11 DA PORTARIA Nº 169/98.

B - QUE SEJA ELIMINADA DOS TCG A FIGURA DOS “CONTRATOS DE INTERLIGAÇÃO”, COM O CONSEQUENTE ARBITRAMENTO DE UMA “REMUNERAÇÃO” A SER PAGA PELOS CARREGADORES AO CARREGADOR ORIGINAL PARA O USO DAS INSTALAÇÕES DE INTERLIGAÇÃO.

3. DA ANÁLISE DAS RAZÕES DE FATO APRESENTADAS PELAS PARTES

3.1 DO RECURSO DA TBG

Não assiste razão a TBG quando afirma não poder oferecer o serviço de transporte firme à BG por “*não haver capacidade disponível neste momento dado a não aprovação pelo Conselho de Administração da Petrobras dos aditivos negociados no decorrer de 1999 e do ano passado*”

Quando das resoluções dos conflitos entre TBG e ENERSIL e TBG e BG referentes ao serviço de transporte não firme, a ANP determinou que a TBG oferecesse aos interessados os serviços a uma tarifa 11,1% superior à tarifa firme correspondente.

A determinação de uma tarifa não firme relativamente mais alta fundamentou-se justamente na afirmação da TBG de possuir capacidade disponível para os anos de 2001 e 2002, ou seja de 6,8 e 5,7 milhões de m³/dia, respectivamente.

Sendo assim, é de responsabilidade da TBG, manter a oferta do serviço de transporte firme à BG para os anos de 2001 e 2002.

Por outro lado, assiste razão à TBG quando afirma da impossibilidade de se adequar os contratos já firmados sem a prévia anuência da PETROBRAS, haja vista tratar-se de relação bilateral. Isto, porém, não significa que os contratos já firmados não tenham que se adequar à regulamentação e determinações do órgão regulador, razão pela qual recomenda-se que seja aquela estatal chamada ao cumprimento dessa obrigação.

3.2. DO RECURSO DA BG

A BG deseja que seja eliminada dos TCG a figura dos ‘Contratos de Interligação’, com o conseqüente arbitramento de uma remuneração a ser paga pelos carregadores ao carregador original para o uso das instalações de interligação.

Os objetivos do Contrato de Interligação tal como definido nos Termos e Condições Gerais assinados entre BG e TBG para o serviço de transporte não firme são principalmente, i) “adequar os procedimentos de programação e alocação dos Carregadores de forma a permitir o compartilhamento” de Instalações de Interligação; ii) a liberar parte da capacidade total da Instalação de

Interligação pelo carregador original ao carregador do novo contrato de serviço e; iii) determinar um Encargo de Interligação a ser pago pelo novo carregador e então creditado a favor do carregador original que solicitou a construção da referida instalação.

No que diz respeito ao primeiro ponto, a alocação dos efetivos recebimentos e entregas entre carregadores que compartilham uma Instalação de Interligação deve ser estabelecida em Acordos de Desequilíbrios Operacionais. No entanto, até que tais Acordos não estejam firmados, a ANP determina que essa alocação se dê de forma pró-rata às quantidades programadas em cada Instalação de Interligação.

Já no que se refere ao segundo ponto, tendo em vista que as Instalações de Interligação são de propriedade do Transportador, o acesso ao Gasoduto não pode estar vinculado a liberação de capacidade por parte de um outro carregador.

Se a TBG constatar a necessidade de ampliação ou construção de novas Instalações de Interligação deverá negociá-las com a BG, que se propôs a realizar os investimentos necessários. Caso contrário, a TBG deverá negociar o pagamento da parte pró-rata dos Encargos de Interligação aplicáveis às instalações existentes utilizadas e repassar essa quantia ao carregador original.

É importante destacar, no entanto, que apesar de as Instalações de Interligação serem de propriedade do transportador, são pagas pelo carregador que as solicitou.

4. DO DIREITO

Em que pese os fundamentos constantes dos pareceres trazidos à consideração da Agência, através do recurso impetrado pela BG Brasil Ltda., as razões neles apresentadas não são suficientes para determinar o acolhimento do Recurso, por parte dessa Diretoria Colegiada, pelas razões de fato e de direito a seguir apresentadas.

O entendimento predominante dos eminentes pareceristas é pela obrigatoriedade da aplicação do art. 6º e 11 da Portaria 169/98. Embora reconheçam, alguns deles através de robusta argumentação, a necessidade de serem observados os princípios que norteiam o exercício das funções do órgão regulador quando da tomada de decisões, não resta avaliado, em nenhum momento, em que medida o interesse público restaria preservado com a aplicação de tais dispositivos em detrimento dos demais dispositivos constantes da regulamentação.

Da mesma forma, nenhuma atenção foi dedicada ao contexto fático que envolve o conflito, contexto esse imprescindível à avaliação da oportunidade e conveniência da decisão a ser adotada pelo órgão regulador.

Em prevalecendo a interpretação literal da regulamentação, defendida pelos pareceristas, restar-nos-ia admitir que o órgão regulador exauriria sua competência ao editar a regulamentação, transformando-se em mero aplicador de normas dissociado de qualquer dado de realidade ou contexto mercadológico, tornando lícito perguntar: **qual o papel do órgão regulador no processo de resolução de um conflito se lhe é retirado o poder/dever de avaliar a oportunidade e conveniência da decisão a ser proferida com base na regulamentação?**

Nessa linha de raciocínio, preliminarmente à análise do arcabouço jurídico brasileiro que disciplina a matéria *sub examen*, cumpre-nos discorrer sobre alguns aspectos da regulação em especial quanto as suas funções, responsabilidades e poderes.

A construção do perfil institucional e a forma de atuação de um órgão regulador, compõem-se de uma série de missões, dentre as quais se destacam:

- 1- supervisionar o poder de mercado dos operadores e evitar práticas anticompetitivas;**
- 2- organizar a entrada de novos operadores e promover a competição;**
- 3- zelar pela implementação de um novo modo de organização industrial;**
- 4- defender e interpretar as regras, arbitrando os eventuais conflitos entre atores;**
- 5- estimular a eficiência e a inovação, estimulando a repartição dos ganhos de produtividade registrados na indústria com os consumidores.**

As diretrizes acima expostas demonstram que as tarefas de regulação estão associadas ao controle de funções estabelecidas previamente e fora do âmbito do regulador. Diante disso, a tarefa de regular demonstra muito mais complexidade do que a aplicação direta das disposições consubstanciadas na regulamentação, cuja aplicabilidade ou inaplicabilidade é determinada pela observância dos princípios básicos da ordem econômica e, fundamentalmente, do interesse público.

Dentre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a supremacia do interesse público inspira a regulação e vincula a autoridade administrativa em toda sua área de atuação. Esse entendimento vem sendo amplamente acatado na doutrina brasileira, consoante demonstra Maria Sylvia Zanella de Pietro ***“o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos***

direitos individuais em benefício do bem estar coletivo(poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.” (in Direito Administrativo – 12ª Edição – Editora Atlas – pg.68)1’

Os princípios acima citados, conjugados com a observância do princípio da legalidade – o qual determina que à Administração Pública só é válido fazer o que a lei permite – impõem a análise do que dispõe a legislação pertinente à matéria, a qual passamos a analisar.

A Lei nº 9.478/97 dispõe em seu art. 58, *verbis*, que:

“Art. 58 – Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações .

§1º - A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

§2º - A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.”

Desde novembro de 1998, a Portaria ANP nº 169/98 vem sendo o instrumento de regulamentação do supramencionado artigo no que se refere ao uso por terceiros dos dutos de transporte de gás natural no país.

Ocorre que, existem dados factuais que devem nortear a aplicação das disposições constantes da mencionada Portaria. O primeiro deles reside no fato de que a sua edição em 1998 se deu em um contexto de mercado completamente diverso do atual e que, por essa razão, está sendo objeto de revisão, como é do conhecimento de todos os agentes do mercado, que, através de consulta pública, vem participando de sua formulação.

Outro elemento factual que se impõe, especificamente no caso *sub examem*, é a confirmação enviada pela Gás TransBoliviano S.A. à essa Agência, de que **o acesso àquele gasoduto, em bases firmes, por razões de conveniência e oportunidade daquele órgão, foi garantido, à BG, somente até fevereiro de 2003, o que tornaria ficção qualquer decisão da ANP que desconsiderasse esse dado de realidade.**

Por essas razões é que entendemos que a decisão de primeira instância baseou-se no reconhecimento dos princípios consagrados na Lei do Petróleo e foi pautada na promoção do desenvolvimento, na proteção dos interesses do consumidor, no incremento do mercado de gás natural e na promoção da livre concorrência, na medida em que:

- 1- Manteve coerência com as Resoluções de conflito para o serviço Não Firme que se baseou na existência de Capacidade Disponível para 2001 e 2002 declarada pela própria TBG.
- 2- Aplicou os dispositivos da Portaria ANP nº 169/98 que representavam e viabilizavam o alcance do interesse público, consubstanciado na preservação da capacidade do GASBOL, em 2003, garantir o fornecimento de gás às Térmicas do Programa Emergencial; além do que:
- 3- Procurou conciliar o interesse público, representado pela máxima utilização da instalação de transporte, com o interesse das partes, representado pela garantia de um preço justo e um atendimento não discriminatório para qualquer das modalidades de transporte;
- 4- Preservou a ordem econômica na medida em que viabilizou o incremento da competição com eliminação de barreiras à entrada.
- 5- Foi pautada em considerações de ordem técnica, em consonância com a avaliação da sua oportunidade e conveniência, face as condições do mercado ora existente.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, recomendamos que seja a decisão exarada em primeira instância, reformada em parte para acolher parcialmente os Recursos, na forma seguinte:

1- seja acatada a solicitação da BG quanto à eliminação da figura dos Contratos de Interligação dos TCG, observando-se:

- (a) que a alocação dos efetivos recebimentos e entregas de gás se dê de forma *pro rata* aos volumes programados para cada carregador em cada ponto de recepção e entrega. Esta metodologia mandatária deve ser provisória e vigorará até o momento em que as partes acordem a melhor forma de alocação das quantidades; e
- (b) que os novos carregadores paguem a parte pro-rata do Encargo de Interligação aplicável às instalações utilizadas pela BG. Desta maneira, a TBG deve cobrar da BG o Encargo de Interligação referente à capacidade por ela contratada em cada ponto de recepção e entrega;

ao mesmo tempo, a TBG deve repassar tal Encargo pago pela BG ao seu carregador original de forma a reembolsá-lo pelas Instalações não utilizadas durante o período de vigência do novo contrato de serviço.

2 - Seja comunicada à PETROBRAS a necessidade de se adequar os contratos TCQ, TCO E TCX de forma a considerar as capacidades contratadas por ponto de entrega.

À consideração da Diretoria Colegiada.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2001

Sonia Maria Agel da Silva
Procuradora Geral

Leandro Gama
Assessor Técnico
Superintendência de
Comercialização e Movimentação
de Gás Natural