

O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil

Vitor Rhein Schirato

Palavras-chave: Indústria do gás natural. Regulação do transporte de gás. Regime jurídico brasileiro.

Sumário: **I** Introdução e metodologia a ser seguida - **II** As atividades da indústria do gás natural e seus regimes jurídicos - **II.1** Monopólio da União federal - **II.2** Atividades reguladas - **II.3** Serviço público - **III** As novas concessões de transporte de gás e sua natureza jurídica - **III.1** A natureza jurídica das concessões de transporte de gás natural - **III.2** O processo de outorga das novas concessões de transporte de gás - **IV** As redes de gasodutos: natureza jurídica e função social - **IV.1** Natureza jurídica dos bens servientes ao transporte de gás - **IV.2** Função social dos bens vinculados à atividade de transporte de gás - **V** A regulação do transporte de gás natural e seu sentido - **VI** Instrumentos regulatórios do transporte de gás natural - **VI.1** Instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes - **VI.2** Instrumentos regulatórios de controle dos agentes do mercado - **VI.2.1** Regulação ex-ante do acesso e das tarifas - **VI.2.2** Desverticalização de atividades - **VII** Conclusão - Bibliografia

I Introdução e metodologia a ser seguida

Colocada na berlinda das indústrias remodeladas no âmbito da reforma da atuação do Estado no domínio econômico, a indústria do gás natural passou por diversas alterações desde a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Todavia, as alterações implementadas na indústria do gás natural quase sempre vieram atreladas às alterações impostas à indústria do petróleo e, na maior parte das vezes, tiveram caráter secundário, gravitando sempre em torno do tema do petróleo. A cultura brasileira de tratamento do gás natural - com exceção feita à distribuição de gás natural em baixa pressão - sempre esteve essencialmente atrelada ao tratamento da indústria do petróleo.

As razões para tanto são diversas. Se comparada a situação brasileira à situação europeia, pode-se aventar a conferência de menor relevo à indústria do gás natural no Brasil em razão do pouco espaço que o gás natural sempre teve na matriz energética brasileira, que, historicamente, privilegiou outras fontes, enquanto que a realidade europeia tem no gás natural um dos principais elementos de sua matriz energética, historicamente como o substituto do carvão. Demais disso, a pequena produção brasileira de gás natural e sua inclusão no mesmo regime jurídico aplicável ao petróleo sempre fizeram com que o gás fosse um coadjuvante do petróleo no Direito brasileiro.

Historicamente, as atividades da indústria do gás natural foram incluídas no monopólio da União Federal criado sobre todas as atividades da indústria do petróleo, em conformidade com o disposto no Decreto-Lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941 e, posteriormente, na Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, o que foi expressamente ratificado e reconhecido pela Constituição Federal (artigo 177). Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 9/95, houve a relativização do monopólio da União Federal, com a possibilidade de contratação de empresas estatais ou privadas para o exercício das atividades integrantes da indústria do petróleo dantes

monopolizadas.

No âmbito das reformas dos setores de infraestrutura no Brasil, o novo regime das atividades afetas à indústria do gás natural foi disciplinado conjuntamente com as atividades da indústria do petróleo, por meio da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que regulamentou a Emenda nº 9/95. Tal diploma conferiu às atividades da indústria do gás natural - excetuadas a produção de gás e a distribuição em gasodutos de baixa pressão, que constitui serviço público de competência estadual (§2º do artigo 25 da Constituição Federal) - um regime de autorização, no qual qualquer empresa interessada poderia pleitear o direito de construir e explorar as infraestruturas pertinentes.

Inicialmente, no regime da Lei nº 9.478/97, as atividades da indústria do gás natural eram sujeitas a baixo grau de regulação, uma vez que a regulamentação setorial conferia aos agentes do setor considerável grau de liberdade para estabelecer os termos e condições de suas relações jurídicas. Do ponto de vista regulatório, o papel da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP, criada pela Lei nº 9.478/97) era restrito ao controle da entrada de novos agentes no mercado. As demais intervenções, sobretudo no que concernia à efetiva implementação de concorrência no setor, eram de competência da autoridade antitruste, sob o mandamento genérico da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.¹

Contudo, a partir do final da década de 90 essa situação começava a ser alterada. Com o aumento crescente da demanda de gás natural pela indústria, a tentativa de aumento da importância do gás natural na geração de energia elétrica e o aumento das formas de utilização do gás natural no Brasil (por exemplo, o consumo de gás natural por veículos automotores),² passava a ser necessária a criação de um marco jurídico para o gás natural compatível com sua crescente importância na matriz energética brasileira.

Uma primeira tentativa de revisão do marco setorial deu-se em 2005, com a edição das Resoluções nº 27, nº 28 e nº 29, todas de 14 de outubro, que pretenderam reformular o marco normativo aplicável ao acesso e à utilização de instalações de transporte de gás natural. O conteúdo de referidos normativos, inclusive, foi objeto de estudo nosso anterior,³ que teve como foco a análise, em primeiro lugar, a alteração da forma de atuação estatal no setor, a partir da adoção de uma postura de regulação *ex-ante*⁴ das condições e formas de acesso, e, em segundo lugar, os instrumentos regulatórios que foram criados para dar vida a esta atuação anterior da regulação.

Nada obstante, o setor de gás natural, em razão de sua histórica inclusão em campo de monopólio da União Federal, teve sua abertura realizada de forma muito tímida à iniciativa privada, de forma que a realização de investimentos nas atividades de construção, ampliação e desenvolvimento de instalações de transporte de gás nunca foi atividade plenamente assumida pela iniciativa privada. Demais disso, a disparidade de disponibilidade do insumo nas diferentes regiões do país fez com que a ausência de regras claras acerca de planejamento e direcionamento estatal acarretasse a concentração maior de investimentos em regiões já desenvolvidas com algum grau de esquecimento de regiões carentes de maiores investimentos no setor (sobretudo a região nordeste).

Com isso, o estabelecimento de um marco legal regente das relações jurídicas de acesso e compartilhamento das instalações de transporte de gás natural não teve o condão de acarretar a

realização dos investimentos necessários no desenvolvimento do abastecimento de gás natural, tendo se mostrado necessário o estabelecimento de regras regentes não apenas do uso das instalações, mas também da forma de determinação da localidade dos investimentos e de mecanismos de indução e planejamento estatais dos investimentos realizados pela iniciativa privada.

Neste ponto, uma distinção essencial entre as regulamentações europeia e brasileira se faz necessária. A reformulação do marco legal europeu, propugnada por meio da Diretiva nº 2003/55/CE, de 26 de junho de 2003, teve como objetivo fomentar a concorrência em mercados que já apresentavam considerável grau de desenvolvimento, não sendo tão relevante o estabelecimento de marco jurídico fomentador da criação de um mercado.⁵ Em sentido contrário, a reformulação do marco legal brasileiro deve ter a preocupação de inserir e fomentar a concorrência, mas deve também ter a preocupação de criar condições de desenvolvimento do mercado, donde decorre a insuficiência de cópia do modelo europeu no mercado nacional.

É exatamente neste contexto que surge o novo marco regulatório das atividades da indústria do gás natural, i.e., a partir da necessidade de não apenas regular o acesso às infraestruturas essenciais, com o objetivo de garantir a existência de um mercado concorrencial, mas também de criar mecanismos de indução e direcionamento dos investimentos privados, a partir de uma indelegável função de planejamento estatal.⁶ Isto ocorre, pois o novo marco jurídico da indústria do gás natural, implementado por meio da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, além de regular o acesso e o uso das instalações essenciais, prevê também que as atividades da indústria do gás natural não serão desenvolvidas apenas a partir da conveniência e oportunidade da iniciativa privada, mas sim que serão desenvolvidas a partir de considerável grau de planejamento e determinação estatal, corporificados no novo regime de concessões que analisaremos no presente estudo.

Postas estas considerações históricas preliminares, teremos como objetivo no desenvolvimento deste estudo tecer algumas considerações tidas como mais relevantes acerca do conteúdo da Lei nº 11.909/2009, o que faremos a partir de uma análise (i) das atividades integrantes da indústria do gás natural e seus respectivos regimes jurídicos, (ii) das novas concessões de transporte de gás natural e seu regime jurídico peculiar no Direito brasileiro, (iii) do regime jurídico dos bens afetos à atividade de transporte de gás natural, (iv) da regulação da atividade de transporte de gás natural e sua relevância no Direito Econômico e (v) dos instrumentos regulatórios criados pelo novo regime legal recém-editado para a disciplina da atividade de transporte de gás natural, após o que encerraremos este estudo com breve conclusão.

A metodologia que adotaremos para realizar o quanto acima exposto será uma metodologia analítica do conteúdo do novo regramento jurídico das atividades da indústria do gás natural, a partir do regime constitucional de referidas atividades e dos conceitos jurídicos que daí defluem. É o que esperamos realizar nas linhas que seguem.

II As atividades da indústria do gás natural e seus regimes jurídicos

Ao se falar em atividades integrantes de uma determinada indústria, quer-se fazer referência ao conjunto de atividades produtivas que são necessárias desde o ponto em que um determinado produto seja efetivamente produzido até o momento em que ele seja consumido ou utilizado por um usuário final. Neste contexto, no que concerne à indústria do gás natural, referimo-nos às atividades que vão desde a obtenção (extração ou importação) do insumo até o seu consumo pelo usuário ou consumidor final, revestindo-se cada uma de tais atividades de contornos próprios que demandam regimes jurídicos próprios.

Anteriormente à edição da Lei nº 11.090/2009, não havia no Ordenamento Jurídico nacional uma sistematização das atividades que fazem parte da indústria do gás natural, muito embora fosse possível depreender do §2º do artigo 25 e do artigo 177 da Constituição Federal uma série de atividades integrantes de tal indústria. Tais atividades englobavam pesquisa e lavra, refinação, importação e exportação, produção e transporte, sujeitas ao monopólio estatal insculpido no artigo 177 da Constituição Federal, bem como a atividade de distribuição de gás natural canalizado, constituinte de serviço público de competência dos Estados e do Distrito Federal em conformidade com o §2º do artigo 25 da Carta Política.

Entretanto, tais atividades nem, por um lado, enfeixam a totalidade das atividades integrantes da indústria do gás natural, nem, por outro lado, podem ser sujeitas a um único regime jurídico,⁷ eis que apresentam características absolutamente distintas umas das outras. Neste contexto, a definição de quais as atividades que integram a indústria do gás natural e quais os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma delas decorria de aplicação, por analogia, do regramento jurídico da indústria do petróleo - da qual o gás natural no Brasil sempre foi caudatária, como já advertimos -, do regramento jurídico constante dos Ordenamentos estaduais, se e quando esses existissem, e de regras gerais de Direito Administrativo e de Direito Antitruste. Tal situação foi radicalmente alterada por meio da Lei nº 11.909/2009, tal como passaremos a expor.

Em conformidade com o disposto no inciso XX do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009, são atividades integrantes da indústria do gás: *a exploração, o desenvolvimento, a produção, a importação, a exportação, o processamento, o tratamento, o transporte, o carregamento, a estocagem, o acondicionamento, a liquefação, a regaseificação, a distribuição e a comercialização de gás natural*. Para fins de identificação do regime jurídico atinente a cada uma de referidas atividades, procuraremos agrupá-las em três grandes grupos, quais sejam, (i) o grupo das atividades incluídas no monopólio da União Federal, (ii) o grupo das atividades que não se incluem no monopólio da União Federal e que, portanto, podem ser livremente empreendidas, embora possam estar sujeitas a algum nível de regulação, e (iii) o grupo de atividades que são qualificadas como serviços públicos. Na sequência, analisaremos cada um de tais grupos.

II.I Monopólio da União federal

Como bem lembra Gaspar de Ariño Ortiz, a reserva de determinadas atividades ao Estado é fenômeno comum ao longo da história. Diversas atividades ou indústrias foram reservadas de forma monopólica ao Estado no decorrer dos tempos, pelas mais diversas razões, fiscais ou políticas, acarretando uma *publicatio*, ou seja, uma reserva ao Poder Público. Ainda segundo o autor, a reserva de atividades "significa sempre a incorporação aos afazeres do Estado, em regime

de exclusividade, de uma determinada atividade ou campo de atuação".⁸

No caso da indústria petrolífera no Direito brasileiro, as considerações do ilustre professor são integralmente aplicáveis, visto que houve - primeiramente com esteio preponderante em razões políticas (preservação da soberania nacional)⁹ e, atualmente, com esteio mais aproximado a razões fiscais (aumento da arrecadação pública) - a instituição de exclusividade do Poder Público para o empreendimento de diversas atividades da cadeia produtiva do petróleo e, por consequência, do gás natural.

No atualmente vigente Ordenamento Jurídico brasileiro, o monopólio estatal sobre as atividades da indústria do petróleo encontra-se previsto no artigo 177 da Constituição Federal, bem como ratificado no artigo 4º da Lei nº 9.478/97. Em consonância com o disposto em tais dispositivos, são monopólios da União Federal: (i) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, (ii) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, (iii) a importação e a exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades previstas nos itens anteriores e (iv) o transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no Brasil, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Ao lume do conteúdo jurídico de tais dispositivos, podemos entender que, das atividades arroladas no inciso XX do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009, aquelas relacionadas à exploração, ao desenvolvimento, à produção, à importação, à exportação e ao transporte realizado por meio de conduto são consideradas monopólios da União Federal e, portanto, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das atividades enfeixadas no monopólio estatal.

Como bem pondera Eros Roberto Grau, as atividades sujeitas a monopólio da União Federal são atividades econômicas em sentido estrito, isto é, não são serviços públicos, mas atividades que, por opção do legislador constituinte somente podem ser exploradas pelo Poder Público.¹⁰ Sendo assim, as atividades da indústria do gás natural são atividades econômicas em sentido estrito, cujo exercício deve observar o regime jurídico próprio das atividades monopolizadas pela União Federal, o que é expressamente ratificado pelo §2º do artigo 1º da Lei nº 11.909/2009, cujo conteúdo será ao diante analisado com maior detença.

O significado do monopólio das atividades da indústria do petróleo hodiernamente não tem mais o mesmo significado que tivera anteriormente. Inicialmente, quando da edição da Lei nº 2.004/53, a instituição de monopólio significava que as atividades assim consideradas pela legislação aplicável somente poderiam ser desempenhadas pela União Federal, ou por empresa estatal sob seu controle, sem a possibilidade de outorga de concessão ou permissão a qualquer particular.

Deve-se mencionar que o regime jurídico de monopólio inicialmente estatuído no Brasil para as atividades do setor petrolífero é permeado de particularidades, visto que não coincide com o regime dos serviços públicos, que também é caracterizado historicamente - ainda que sujeito a controvérsias - pela *publicatio* monopolizadora.¹¹ Com esta distinção de regimes implementada no Brasil, o que ocorreu foi a impossibilidade de outorga de concessões para a exploração das atividades da indústria do petróleo a particulares até a edição da Emenda Constitucional nº 9/95.

As razões para tanto são as mais diversas. Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, por exemplo, a impossibilidade de outorga de concessões deveu-se ao fato de o petróleo ser um bem esgotável, o que inviabilizaria a reversão ao término da concessão, a qual seria uma marca invariável do instituto da concessão.¹²

Com a edição da Emenda Constitucional nº 9/95, o significado do monopólio público foi consideravelmente alterado, visto que passou a significar que as atividades monopolizadas podem ser exploradas tanto pela União Federal, quanto por empresas públicas ou privadas por ela contratadas, em regime de concessão ou autorização. Vale dizer, o significado atual do termo "monopólio" é a reserva da atividade ao Poder Público ou a quem contratado pelo Poder Público, em regime jurídico de concessão ou autorização.¹³

Em consideração ao exposto, as atividades da indústria do gás natural enfeixadas no monopólio da União Federal previsto no artigo 177 da Carta Política têm atualmente o significado de somente poderem ser exploradas pela União Federal diretamente, ou por empresas públicas ou privadas contratadas pela União Federal, cabendo à lei a determinação do regime da contratação a ser realizada.

Nesta toada, tem-se que (i) as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de gás natural em território brasileiro sujeitam-se ao regime de concessão, com fundamento nos artigos 23 e seguintes da Lei nº 9.478/97, (ii) as atividades de exportação e importação de gás natural sujeitam-se ao regime de autorização, com fundamento nos artigos 60 e seguintes da Lei nº 9.478/97,¹⁴ e (iii) a atividade de transporte dutoviário de gás natural em alta pressão¹⁵ sujeita-se ao regime de concessão, quando envolver o transporte por meio de gasodutos localizados exclusivamente no território brasileiro, com fundamento no inciso I e no §1º do artigo 3º da Lei nº 11.909/2009, ou ao regime de autorização, quando envolver o transporte por gasodutos que transcendam aos limites do território brasileiro e que decorram de acordos internacionais, com fundamento no inciso II e no §1º do artigo 3º da Lei nº 11.909/2009.

O significado e os regimes jurídicos das concessões e das autorizações de exploração das atividades monopolizadas pela União Federal serão objeto de análise específica nos tópicos subsequentes deste estudo. Por ora, pretendemos apenas delinear a existência de uma multiplicidade de regimes jurídicos aplicáveis às atividades monopolizadas, sempre que estas forem exploradas por particulares ou por empresa estatal controlada pela União Federal.

II.2 Atividades reguladas

Como muito apropriadamente consigna Carlos Ari Sunfeld, "nem todas as atividades da indústria petrolífera eram (ou são) incluídas nesse espaço de monopólio, sendo acessíveis a particulares (...). Estavam e estão, porém, a regulação por lei federal e pela Administração Pública".¹⁶ Destarte, pode-se inferir a partir do artigo 177 da Constituição Federal e do inciso XX do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009 que as atividades de processamento, tratamento, transporte (desde que não seja por meio dutoviário), carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação e regaseificação¹⁷ não são sujeitas ao regime de monopólio, sendo atividades livremente acessíveis pelos interessados em

desempenhá-las.

Contudo, a liberdade de acesso e desempenho de referidas atividades não quer dizer que tais atividades prescindam de qualquer forma de controle estatal. Muito ao contrário, pois são atividades que demandam constante grau de controle pelo Estado, tanto em razão de sua relevância para o desenvolvimento social e econômico, quanto em razão de sua enorme periculosidade. É o que ocorre, por exemplo, com a atividade de comercialização de gás natural em botijões, que, ao mesmo tempo em que é essencial nas localidades que não dispõem de serviço de distribuição de gás canalizado, é atividade que apresenta grande grau de periculosidade de riscos de acidentes, demandando constante controle pelo poder público.

Há atividades que, conforme muito bem salienta Alexandre Santos de Aragão,

independentemente da nomenclatura, são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face de sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de ordenamento jurídico setorial.¹⁸

Destarte, muito embora sejam as atividades acima referidas não integrantes do monopólio da União Federal e, portanto, livremente acessíveis, tais atividades somente poderão ser desempenhadas por meio de autorização da União Federal, com fundamento nas Leis nº 9.478/97 e nº 11.909/2009, e terão seu exercício a todo tempo sujeito à regulação setorial empreendida pela ANP, posto que são atividades de grande relevância social e são atividades que demandam intenso controle por parte do Estado.

Deve-se mencionar, por fim, que o exercício de determinadas atividades, tais como a estocagem de gás natural em formações rochosas, poderá demandar, além da autorização, uma concessão do Poder Público. Contudo, tal concessão referir-se-á a uma concessão do direito de uso do bem que serve de suporte para o exercício da atividade e não para a atividade propriamente dita. Não há que se confundir nesta hipótese uma concessão do uso do bem com a concessão da atividade, visto que o regime de concessão será afastado sempre que o desempenho da atividade prescindir do uso do bem. É o que se depreende claramente do disposto nos artigos 37 e seguintes da Lei nº 11.909/2009, que regulam a atividade de estocagem e acondicionamento de gás natural e determinam a necessidade de concessão de uso do bem sempre que a estocagem for realizada em formações rochosas.

Há que se mencionar, por fim, que a regulação incidente sobre as atividades acima mencionadas não significam a existência de um controle de preços das atividades desenvolvidas e dos produtos finais disponibilizados ao mercado. Em geral, vale a regra de que, por não se tratar de serviços de rede, não há regulação de preços, mas apenas uma regulação setorial genérica que pretende garantir a segurança da atividade desenvolvida e a idoneidade e a capacidade dos agentes que desenvolvem a atividade.¹⁹

II.3 Serviço público

Finalmente, a indústria do gás natural encontra seu término em atividades que, por expressa determinação constitucional (§2º do artigo 25), constituem serviço público de competência dos Estados. Trata-se das atividades de distribuição e comercialização de gás natural, sendo a primeira compreendida como o transporte de gás natural em gasodutos de baixa pressão a partir do recebimento do insumo dos gasodutos de alta pressão e a segunda compreendida como a venda aos consumidores de gás natural.

A atividade de distribuição de gás natural consiste na gestão e na operação das redes de transporte do gás em baixa pressão desde o ponto de entrega das redes de alta pressão (*city gate*) até o ponto de recepção pelos consumidores, sendo que tais redes configuram um monopólio natural.²⁰ De outro turno a atividade de comercialização é a atividade de venda o gás natural aos consumidores finais, após o transporte pelos dutos de distribuição.²¹

No Direito brasileiro vigente, optou-se por não fazer uma segregação *a priori* de tais atividades, tendo determinado a Constituição Federal a conferência aos Estados e ao Distrito Federal a competência para "explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás natural canalizado, na forma da lei". Segundo entendemos, ao fazer referência genérica a *serviços locais de gás canalizado*, pretendeu o legislador constituinte enfeixar na competência estadual todas as atividades inerentes ao fornecimento de gás natural canalizado aos consumidores finais, o que, evidentemente, inclui as atividades de distribuição e comercialização.

Tal entendimento tem como esteio o fato de que não é possível prestar os serviços de gás natural canalizado sem a operação e a gestão das redes de distribuição, ao mesmo tempo em que não é possível prestar tais serviços tendo apenas as redes e não o insumo para comercializar. O que pretendeu o legislador constituinte foi assegurar a integralidade e a continuidade da atividade - o que inclusive o fez com a expressa conferência do regime de serviço público - de tal forma que aos Estados caberá explorar a atividade *in totum* e não apenas parcialmente.

Demais disso, como muito bem pondera José Afonso da Silva:

não é fácil compreender a lógica do constituinte, que, ao mesmo tempo em que dá monopólio da pesquisa e da lavra de gás natural à União, confere aos Estados aquela exploração direta ou por concessão, como se fosse dele.²²

Desta forma, o que se tem é uma dualidade de regimes na mesma cadeia produtiva, na medida em que a pesquisa, a produção e o transporte por meio de condutos de gás natural constituem atividades econômicas em sentido estrito monopolizadas pela União Federal (artigo 177, como já descrito acima) e a distribuição e a comercialização de gás natural canalizado constituem serviços públicos de competência dos Estados e do Distrito Federal (§2º do artigo 25). Daí emergem

questões de considerável relevância que não podem passar sem menção no presente estudo.

A primeira questão relevante - que será mais profundamente analisada na sequência - refere-se à necessária relativização da noção de atividade econômica para as atividades da indústria do gás natural no *upstream*, isto é, as atividades incluídas no monopólio da União Federal. A razão para tanto é óbvia: se não forem impingidos a tais atividades os deveres de continuidade, regularidade e modicidade tarifária, os deveres de serviço público das atividades de distribuição e comercialização restarão absolutamente prejudicados, posto que estas últimas atividades são completamente dependentes das primeiras. Destarte, a afirmação de que a pesquisa, a produção, o desenvolvimento e o transporte de gás natural no âmbito do monopólio da União são atividades econômicas em sentido estrito com regime distinto do regime dos serviços públicos deve ser relativizada.²³

A segunda questão, que nos é mais relevante no presente ponto deste estudo, refere-se à competência para a organização e a disciplina da atividade. Com a expressa inclusão na esfera de competências dos Estados da prestação dos serviços de gás natural canalizado, transferiu-se *ipso iure* aos Estados a competência para legislar e organizar referidos serviços. Neste sentido, com enorme propriedade e aplicabilidade integral ao Direito brasileiro, afirma Juan Carlos Cassagne:

O poder de modificar as regras gerais organizatórias dos serviços públicos pertence ao órgão do qual emanaram tais regras. O mesmo princípio se aplicará quando se modificarem as normas que concernem à criação do serviço público.²⁴

Assim, segundo entendemos, não é lícito à lei federal pretender, sob o pálio de exercer uma competência legislativa inerente a um monopólio de atividade constitucionalmente criado, disciplinar a organização, a gestão e a prestação dos serviços públicos de distribuição de gás natural, sob pena de invasão indevida da esfera de competência dos Estados e do Distrito Federal.

É exatamente este, inclusive, o entendimento de Carlos Ari Sunfeld sobre o tema, quando afirma:

Nos campos constitucionalmente definidos como estatais (serviços públicos, atividades monopolizadas e bens públicos), incumbe ao Estado constituído (à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme o caso) deliberar livremente quanto à estrutura do mercado. São juridicamente viáveis tanto a opção pela exploração monopolista, estatal (uma empresa estatal como única prestadora do serviço) ou privada (via concessão com direito à exclusividade na exploração), como a preferência por uma exploração concorrencial. Tudo isso se comporta nos efeitos do art. 175 da Constituição.²⁵

Neste contexto, não podem passar ao largo de nossa análise o disposto nos artigos 46 a 49 da Lei

nº 11.909/2009, que, em certa medida, disciplinam a distribuição e a comercialização de gás natural. A linha, nesta questão, que distingue a disciplina constitucional da matéria e a disciplina inconstitucional da matéria é extremamente tênue, na medida em que seria lícito à lei federal procurar conformar o regime jurídico da atividade posta em sua esfera de competência ao regime jurídico da atividade posta na esfera de competência dos Estados, mas não seria lícito procurar o contrário (i.e., conformar a atividade de competência dos Estados ao regime jurídico das atividades de competência federal).²⁶

Neste diapasão, até o ponto em que a lei federal prestasse-se a garantir a continuidade, a regularidade e a modicidade tarifária das atividades de produção, desenvolvimento e transporte dutoviário em alta pressão de gás natural estaríamos no mais legítimo campo da constitucionalidade. Todavia, a partir do ponto em que a lei federal pretendesse, em alguma medida, constituir obrigações organizacionais dos serviços públicos de competência dos Estados, adentraríamos no campo da inconstitucionalidade.

No âmbito da Lei nº 11.909/2009, encontramos ambas as situações. Tal como ainda desenvolveremos com maior grau de detalhamento neste estudo, parcela considerável dos dispositivos da tal normativo buscam disciplinar a continuidade, a regularidade e a modicidade de preços das atividades de produção e transporte dutoviário em alta pressão de gás natural, ao mesmo tempo em que outros dispositivos do mesmo normativo voltam-se a estabelecer normas organizacionais que, a nosso ver, são ínsitas à prestação e à organização dos serviços públicos de distribuição e comercialização de gás natural de competência estadual.

Muito embora haja medidas bastante auspiciosas para desenvolver a competição no setor e para aumentar a utilização do gás natural na matriz energética brasileira no conteúdo da Lei nº 11.909/2009, não se pode deixar de considerar que a adoção de tais medidas caberá, naquilo que concerne à organização e à prestação dos serviços públicos de distribuição e comercialização de gás natural, aos Estados e ao Distrito Federal, exclusivamente, podendo, inclusive, haver o seu sopesamento com outros valores relevantes, tais como a universalização dos serviços (o que poderá, inclusive, ser obtido por meio de subsídios cruzados entre as classes de usuários). A invasão da União Federal nestes campos é inconstitucional.

Neste sentido, afirma com proficiência Floriano de Azevedo Marques Neto:

quando estamos diante da abertura de segmentos antes objeto de monopólios e que envolvem atividades essenciais à coletividade (mormente atividades consideradas serviços públicos), a introdução da competição (e, por consequência, a utilização do aparato regulatório do direito da concorrência) deve ser condicionada por outras pautas sobremodo relevantes. A eficácia econômica perseguida pela competição deve ser posta em cotejo com a eficácia das políticas públicas elegíveis para tal segmento. Nos quadrantes da Constituição vigente, não se põe aceitável privilegiar o ângulo da competição nos serviços públicos sem assegurar meios e condições para atendimento de metas e parâmetros de universalização e continuidade da prestação da utilidade pública. E na identificação do ponto de equilíbrio entre estas duas dimensões, deve-se adotar,

como chave, a identificação dos beneficiários potenciais, evitando que parcelas hipersuficientes da sociedade se beneficiem em detrimento dos segmentos menos afortunados e excluídos da fruição do serviço público.²⁷

A alteração do regime jurídico de uma dada atividade ou de determinado segmento da indústria de um serviço público é escolha que cabe unicamente ao titular do serviço. Como muito bem menciona Alexandre Santos de Aragão, a alteração do regime de uma determinada atividade do regime de serviço público para o regime de direito privado é escolha pautada pela crença de que o interesse público será melhor tutelado por meio da liberalização da atividade ao mercado do que pelas peias do serviço público.²⁸ Destarte, parece-nos evidente que apenas o titular de um dado serviço é que poderá aferir se a melhor forma de se atender ao interesse público inerente ao serviço será o regime de serviço público ou a liberalização.

Assim é, por exemplo, que a criação da figura do consumidor livre - definido legalmente como aquele que "nos termos da legislação estadual aplicável, tem a opção de adquirir o gás natural de qualquer agente produtor, importador ou comercializador" - poderá ser questionada, uma vez que somente a regulamentação estadual dos serviços de gás natural é terá o condão de criar classes de consumidor e formas de consumo, conforme as características específicas do Estado em questão e do nível de desenvolvimento de seu mercado.

Destarte, as disposições da Lei nº 11.909/2009 quer versem de alguma forma sobre as atividades de transporte e comercialização de gás natural somente serão constitucionais, na medida em que se refiram exclusivamente à regulamentação das atividades incluídas no monopólio da União Federal (como ocorre, por exemplo, com o artigo 48 da Lei nº 11.909/2009, que deve ser interpretado como aplicável somente aos contratos de compra e venda de gás celebrados no atacado), não podendo, nem mesmo sob o pretexto de fomentar o setor e desenvolver a implementação do gás na matriz energética nacional, disciplinar matérias referentes à organização do mercado de distribuição de gás natural dos Estados, eis que a competência para tanto foi constitucionalmente assegurada a tais entes federativos.

III As novas concessões de transporte de gás e sua natureza jurídica

A maior inovação trazida ao Ordenamento Jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 11.909/2009 foi, sem dúvidas, a nova disciplina da atividade de transporte de gás natural em alta pressão por meio de dutos. Anteriormente à edição da norma em comento, a matéria era disciplinada pelo disposto nos artigos 56 e seguintes da Lei nº 9.478/97, que equiparava o tratamento jurídico às instalações de transporte de gás natural, petróleo e seus derivados, e, em nível infralegal, por meio das Resoluções nº 27/2006, nº 28/2006 e nº 29/2006 da ANP. Segundo a disciplina jurídica contida em tais normas, a atividade de transporte dutoviário de gás natural demandava simples autorização da ANP e era livremente acessível por qualquer interessado que cumprisse os requisitos mínimos previstos na regulamentação.

Atualmente, o empreendimento da atividade de transporte de gás natural depende de uma

concessão da União Federal, outorgada após prévio processo de licitação, conforme procedimentos e requisitos constantes da Lei nº 11.909/2009. Imediatamente, vê-se claramente o maior papel conferido ao planejamento do setor, na medida em que as concessões a serem outorgadas deverão seguir planejamento do crescimento da oferta e deverão refletir as políticas públicas da União Federal para o setor de gás natural. Busca-se, por meio do novo marco jurídico, entre outras medidas, evitar o incentivo ao maior consumo de gás natural em uma determinada região, sem que tal região esteja devidamente provida da infraestrutura de transporte necessária ao aumento do consumo, como já ocorreu anteriormente.²⁹

Na sistemática prevista na Lei nº 11.909/2009, somente os projetos de instalações de transporte de gás natural determinados ou previamente aprovados poderão ser concedidos, após prévio processo de licitação pública, conduzido pela ANP. Assim, é possível afirmar que, ao menos teoricamente, apenas os projetos considerados pela União Federal como necessários e prioritários para o crescimento da indústria do gás natural no Brasil serão implementados, sob o crivo da ANP em todas as suas etapas, visto que caberá à agência realizar os empreendimentos que terão suas concessões licitadas.

Vistas essas considerações iniciais, é necessário adentrar nas questões mais relevantes acerca da matéria, quais sejam, a natureza jurídica da concessão em questão e os procedimentos legalmente previstos para a outorga de tais concessões. É o que faremos na sequência.

III.1 A natureza jurídica das concessões de transporte de gás natural

Com enorme razão e de forma até os dias de hoje atual, afirmou Mário Masagão em monografia sobre o tema:

O significado comum da palavra concessão tem acarretado o seu uso para designar atos a que, na técnica do direito público, competem denominações diferentes. É freqüente encontrar-se, em leis e regulamentos, decisões judiciais, trabalhos de doutrina, o emprego daquele vocábulo para indicar atos administrativos de várias espécies, que outorgam aos particulares alguma faculdade, ou lhes condicionam o exercício de atividades especiais, ou ainda para isso lhes permitem o uso de meios determinados.³⁰

O que se verifica é que, como muito bem salienta o autor, o termo concessão apresenta, no Direito brasileiro, uma plêiade de significados, que designam relações jurídicas completamente distintas entre a Administração Pública e os particulares beneficiários da concessão. Nada obstante, ainda em consonância com as lições trazidas acima, um traço comum é passível de ser encontrado em todos os atos designados por concessão: o direito conferido a um particular de explorar uma atividade ou um bem que é próprio do Poder Público, ainda que sob distintas modalidades e regimes jurídicos. Confere-se, por meio da concessão, um direito especial a um determinado particular.

Nesta toada, vem sendo objeto de constante debate na doutrina brasileira qual seria a natureza jurídica das concessões da indústria do petróleo, havendo aqueles que defendem sua natureza jurídica de concessão de uso de um bem público (petróleo e gás natural, bens público da União Federal, nos termos dos incisos V e IX do artigo 20 da Constituição Federal) e aqueles que defendem sua natureza jurídica de concessão de atividade, na medida em que não se concede um bem propriamente dito, mas sim uma atividade que é própria do Poder Público.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a concessão do direito de exploração de petróleo e gás natural constitui uma concessão de uso de bem público, na medida em que confere ao particular o direito privativo de uso de um bem público conforme os termos e condições pre estabelecidos, ressaltando que o uso concedido do bem será compatível com o uso afetado do bem.³¹ O direito especial que é concedido ao particular é o direito de explorar - e daí auferir benefícios - um bem público.

De outro bordo, Alexandre Santos de Aragão considera que as concessões de exploração de gás e petróleo são concessões de atividade, na medida em que referidas concessões versam apenas sobre matéria meramente obrigacional e não à matéria relacionada à titularidade da jazida, que é da União. Conforme o autor, por meio das concessões de exploração de petróleo e gás natural:

Estrutura-se apenas e tão somente uma rede de contratos com vistas a que outro ente privado exerça (delegação do mero exercício de atividade), nos termos destes, a atividade que é monopólio da União, tanto que essas concessões são chamadas de "concessões industriais".³²

Segundo entendemos, as concessões de exploração de petróleo e gás natural são concessões de uso de bem público e não concessões de atividade, pois o objeto sobre o qual recai o instrumento de habilitação outorgado pelo Poder Público é um bem e não uma atividade. Vale dizer, o que se habilita ao particular é o uso de um bem e não a realização de uma atividade. Tanto é assim, que a propriedade do bem extraído fica com o concessionário (artigo 176 da Constituição). A atividade no caso é mero instrumento para o uso do bem. Apenas consideraríamos que a concessão seria de atividade e não de uso se o bem fruto da atividade não fosse atribuído ao concessionário, o que não ocorre no Brasil.

Em sentido contrário vêm as novas concessões de transporte de gás natural. Tais concessões, sim, são concessões de atividades e não concessões de bens. A razão deste entendimento é a natureza do direito que se confere ao particular por meio de tais novas concessões, que é uma atividade e não um bem. Em conformidade com o disposto na Lei nº 11.909/2009, as novas concessões franqueiam a particulares escolhidos após prévio processo de licitação o direito de explorar, contra remuneração, a *atividade* de transporte de gás natural por meio de dutos, a qual, conforme já deixamos acentuado, constitui monopólio da União Federal.

As novas concessões de transporte de gás natural muito se assemelham às concessões de serviços públicos, na medida em que também por elas se franqueia ao particular explorar, em nome e lugar

do poder público, uma atividade que lhe é própria, transferindo-se ao particular a plena *gestão* da atividade.³³ Apenas que não se trata de concessão de serviço público porque as concessões de transporte de gás natural implicam na transferência de atividade que, por força direta do disposto na Constituição Federal, não é serviço público (o que é expressamente corroborado no §2º do artigo 1º da Lei nº 11.909/2009). Com isso, quer-se dizer que tanto quanto as concessões de serviços públicos, as concessões de transporte de gás natural implicam na transferência, a um particular, da exploração de uma atividade reservada (esta sim com exclusividade)³⁴ ao poder público, sendo o particular responsável pela gestão da atividade e pela sua prestação de acordo com os termos e condições previstos no contrato de concessão, o que deixa nítida a natureza de concessão de atividade que têm as novas concessões de gás natural.

Adicionalmente ao fato de que a atividade transferida não tem, por expressa determinação constitucional, a natureza de serviço público, algumas outras distinções podem ser aventadas entre a concessão de serviços públicos e a concessão de transporte de gás natural, tais como (i) a inexistência, com relação à segunda, da garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, (ii) a forma de relacionamento entre concessionário e poder concedente, que, *prima facie*, não precisa respeitar as disposições da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, entre outras distinções.

Em verdade, as disposições da Lei nº 11.909/2009 vieram a corrigir falha técnica anteriormente existente no ordenamento jurídico com a conferência do regime contratual à exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural. Tal como já mencionado anteriormente e em consonância com o que expusemos em estudo anterior,³⁵ as autorizações anteriormente existentes para transferir a particulares o direito de construir e explorar a atividade de transporte de gás natural eram autorizações impróprias, na medida em que a Constituição Federal determina que haja natureza *contratual* no vínculo de transferência das atividades encampadas no monopólio do artigo 177 a particulares (§1º do mesmo artigo). Destarte, ao determinar que a atividade de transporte de gás natural somente poderá ser exercida por meio de contratos de concessão, veio a lei a adequar o regime de transferência da atividade ao disposto na Constituição Federal.

Em vista do exposto, é possível concluir que as novas concessões de transporte de gás natural têm a natureza jurídica de concessão de *atividade pública* e não a natureza jurídica de concessão de uso de bem público ou outra forma de concessão existente no Direito pátrio. Ainda que haja bens sujeitos a um regime especial que são essenciais à prestação da atividade (tal como analisaremos com maior detença adiante), o eixo essencial caracterizador da avença entre poder público e particular é a delegação de uma atividade pública e não do direito sobre bens públicos. Disto decorre a distinção de naturezas jurídicas da concessão de exploração e produção de gás natural e da concessão de transporte de gás natural, tal como discorreremos acima.

III.2 O processo de outorga das novas concessões de transporte de gás

A Lei nº 11.909/2009, além de criar as novas concessões de transporte de gás natural, veio também a criar seu regime de outorga. Mais uma vez, há no Direito brasileiro uma nova espécie de contrato administrativo com procedimento próprio de contratação, aumentando a miríade de

dispositivos legais que regem a matéria de licitação e contratos administrativos no Brasil.³⁶

Segundo entendemos, as licitações e normas contratuais para a outorga dos contratos de concessão de transporte de gás natural devem ser regidas pelo disposto na Lei nº 11.909/2009 e, subsidiariamente, pelo disposto na Lei nº 8.666/93, que permanece sendo o estatuto geral de licitações e contratos administrativos e, portanto, tem-se por aplicável às matérias que não encontrarem disciplina específica na Lei nº 11.909/2009.³⁷ Demais disso, muito embora tenham parcela significativa de regime jurídico próprio, as licitações contempladas na Lei nº 11.909/2009 permanecem com a natureza inextirpável de processo administrativo, típica de todas as licitações e, portanto, sofrerão também a incidência das normas e princípios típicos do processo administrativo no Direito brasileiro.³⁸

Postas estas considerações iniciais, passemos agora a analisar o regramento jurídico das licitações para a outorga das concessões de transporte de gás natural. Inicialmente, deve-se mencionar que a Lei nº 11.909/2009 não prevê qual será a modalidade de licitação que será adotada para a outorga das concessões de transporte de gás. Contudo, parece-nos não haver muita dúvida de que as modalidades adequadas somente poderão ser aquelas que tenham em seu regime legal ampla publicidade e que comportem objetos de grande vulto, o que nos leva a entender que serão cabíveis as modalidades de concorrência e leilão.

A modalidade de concorrência é aquela que, segundo o disposto no §1º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, tem maior amplitude e possibilita a participação de maior número de licitantes. Consoante exposição de Marçal Justen Filho, "o que diferencia a concorrência é a amplitude de participação dos interessados",³⁹ de tal sorte que uma contratação de enorme vulto como é a outorga de uma concessão de um gasoduto somente será compatível com o regime da concorrência. A questão que se coloca neste ponto refere-se ao cabimento da inversão entre as fases de habilitação e julgamento de propostas na concorrência.

A Lei nº 8.666/93 não prevê a inversão de fases, determinando que os licitantes devem ser primeiramente habilitados e, somente após a aferição da habilitação, julga-se a proposta apresentada. Não obstante, a legislação específica das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95, artigo 18-A) e das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2009, artigo 13) prevê a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, donde advém a dúvida acerca da possibilidade de adoção de tal mecanismo também para as licitações para a outorga das concessões de transporte de gás natural. Segundo entendemos, não haveria tal possibilidade, em razão da falta de disposição legal que assim autorize. Conforme já dissemos, as concessões de transporte de gás natural não são concessões de serviços públicos - embora seu elemento fundamental seja muito semelhante ao de tais concessões -, o que torna inaplicável o procedimento licitatório da Lei nº 8.987/95. Assim sendo, o que se tem é a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 de forma subsidiária (i.e., complementar ao disposto na Lei nº 11.909/2009), na hipótese de adoção da modalidade de concorrência.

Demais disso, outra questão que emerge e não pode passar sem análise, ainda que breve, é o cabimento de licitação na modalidade de leilão para a outorga das concessões de transporte de gás natural. A modalidade de leilão no Direito brasileiro ainda é, a nosso ver, carente de um maior

detalhamento pela legislação. A Lei nº 8.666/93 traz regramento da matéria, que, a nosso ver, não é aplicável ao caso que analisamos, visto que a modalidade de leilão lá contemplada é aquela caracterizada pela inexistência de verificação das condições subjetivas do contratante e destinada à alienação de bens públicos inservíveis (§5º do artigo 22).⁴⁰

No caso em análise, a licitação na modalidade de leilão que seria cabível é aquela contemplada no §3º do artigo 4º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que é distinta do leilão tratado acima em razão da natureza do objeto da licitação (não se pode comparar a outorga de uma concessão de serviço público com a alienação de bem público móvel inservível, o que faz com que o regime de tais procedimentos não possa ser o mesmo, por evidente). O leilão previsto na Lei nº 9.491/97 não pode prescindir da aferição da qualificação dos licitantes, o que demandará certamente regime especial, que não encontra previsão em qualquer norma do ordenamento jurídico, fazendo com que seu regime jurídico seja o do leilão tradicionalmente considerado no Direito privado, com as adaptações necessárias à aferição da capacidade dos licitantes.

Consoante lição de J.X. Carvalho de Mendonça, o leilão não é um contrato, mas é somente um meio para conseguir a realização de um contrato, que consiste:

no convite a pessoas indeterminadas para, em lugar, dia e hora designados, oferecerem, em pregão público, propostas verbais, para a formação de um contrato com quem dentre tais pessoas apresentar condições mais vantajosas, isto é, com quem oferecer mais ou se contentar com menos.⁴¹

Sendo assim, considerando-se o atual sentido de legalidade na Administração Pública que não mais determina a vinculação à lei em sentido estrito, mas sim ao ordenamento como um todo,⁴² não vemos qualquer óbice em admitir que seja adotada forma especial da modalidade de leilão, consistente em convite para pessoas que preencham determinadas condições necessárias à contratação - qualificação técnica e não julgamento de técnica da proposta, o qual entendemos inadmissível na modalidade de leilão - para ofertar seus lances e procurar formar o vínculo contratual com a Administração Pública, sobretudo, no caso específico, considerando-se os procedimentos e critérios da Lei nº 11.909/2009.

Demais disso, não se pode deixar de mencionar que a Lei nº 9.491/97 prevê a aplicabilidade do leilão apenas para determinadas formas de desestatização arroladas no artigo 4º, dentre as quais não se encontra a outorga de concessões de atividades, mas apenas a outorga de concessões de serviços públicos (inciso VI). Destarte, duas questões se colocam: a primeira concerne ao caráter meramente exemplificativo dos objetos de desestatização do artigo 2º e a segunda concerne à possibilidade de se interpretar, por analogia, que a possibilidade de adoção da modalidade de leilão aplicar-se-ia também às concessões de transporte de gás natural.

Com relação à primeira das questões suscitadas, entendemos que o artigo 2º da Lei nº 9.491/97 tem caráter meramente exemplificativo, visto que há mais objetos de desestatização, que se consideram albergados por referida lei e não estão lá contemplados (a concessão de transporte de

gás é, a nosso ver, claramente uma delas). Quanto à segunda questão colocada, entendemos que não há como haver aplicação por analogia do inciso VI do artigo 4º às concessões de transporte de gás em razão do conteúdo mais do que expresso do §3º do artigo 1º da Lei nº 11.909/2009, que determina não haver regime de serviço público na atividade de transporte de gás natural.

Com base nas considerações precedentes, entendemos que poderá haver a aplicação da modalidade de leilão, em razão de se tratar a concessão de transporte de gás natural de forma de desestatização compatível com as demais formas de desestatização previstas no artigo 4º,⁴³ de forma que o fundamento da admissibilidade do leilão não é a aplicação por analogia do inciso VI, mas a natureza exemplificativa do artigo 2º da Lei nº 9.491/97 e a existência de processo de desestatização compatível com as demais formas que admitem a adoção do leilão. A única condição para a adoção do procedimento de leilão é o respeito ao dever de verificação das condições subjetivas dos pretendentes à contratação.

Finalmente, deve-se mencionar que a Lei nº 11.909/2009, em seu artigo 4º, §2º, prevê a possibilidade de adoção da modalidade de parceria público-privada para a construção de instalações de transporte de gás natural para a construção de gasodutos. Tal possibilidade demanda dois comentários fundamentais: o primeiro relacionado ao procedimento licitatório e o segundo relacionado à modalidade de parceria público-privada.

No que se refere ao procedimento licitatório, entendemos ser fora de dúvida a plena aplicabilidade do disposto na Lei nº 11.079/2004 para o procedimento licitatório, conjuntamente com o disposto na Lei nº 11.909/2009. E, com relação à modalidade de parceria público-privada, entendemos tratar-se de concessão patrocinada em regime especial, na medida em que a remuneração do concessionário advirá das tarifas pagas pelos usuários dos gasodutos e de contraprestações pagas pelo poder concedente. Não se trata de empreendimento remunerado exclusivamente pelo poder concedente, mas sim empreendimento remunerado pelo poder concedente e pelos usuários, *conjuntamente*, o que é o elemento típico das concessões patrocinadas.⁴⁴

Analisadas as questões da modalidade e dos inerentes procedimentos aplicáveis, resta-nos neste momento tecer alguns comentários acerca dos procedimentos, requisitos e critérios impostos pela Lei nº 11.909/2009 para as licitações para a outorga de concessões de transporte de gás natural, tendo sempre em mente que tais procedimentos, requisitos e critérios estarão incluídos em modalidade de leilão ou concorrência.

No que concerne à origem do processo, a Lei nº 11.909/2009 determina que a outorga de concessões de gasodutos e, por consequência, as respectivas licitações serão iniciadas por decisão *ex officio* do Ministério de Minas e Energia, ou por provocação de terceiros que entendam ser viável ou necessária a construção de determinada infraestrutura. Trata-se de mecanismo já existente no Direito brasileiro, concernente à possibilidade de manifestação de interesse por parte dos interessados na realização do projeto, previsto no artigo 21 da Lei nº 8.987/95, e repetido no inciso I do artigo 4º da Lei nº 11.909/2009.

Uma vez que tenha havido a decisão pela realização de um determinado empreendimento por parte do Ministério de Minas e Energia, independentemente de ter sido a iniciativa *ex officio* do poder público ou proveniente do particular interessado, será a ANP a autoridade responsável pela

condução do procedimento licitatório, em conformidade com disposto no artigo 11 da Lei nº 11.909/2009. Da mesma forma, caberá à agência elaborar os respectivos edital e contrato e, conforme possa ser delegado pelo Ministério de Minas e Energia, celebrar o respectivo contrato de concessão.

Quanto ao *iter* a ser percorrido para a realização da licitação, a Lei nº 11.909/2009 trouxe alvissareira inovação, concernente à necessidade de prévia realização de chamada pública de contratação de capacidade. Trata-se de procedimento preliminar, conduzido pela ANP, com o objetivo de, após ter sido determinada a realização de determinado empreendimento, identificar entre os agentes de mercado aqueles que desejam contratar capacidade de transporte do gasoduto a ser construído. A razão para tal chamada é, a um só tempo, (i) identificar com maior precisão a capacidade mínima necessária das instalações a serem construídas e, sobretudo, (ii) garantir a contratação em bases firmes da capacidade transporte, assegurando as receitas e a viabilidade econômica do empreendimento.

O processo de chamada pública não tem nenhum procedimento especial regulado pela lei. Devem apenas serem observados os requisitos e obrigações mínimos fixados pela Lei nº 11.909/2009. Os carregadores⁴⁵ que manifestarem no processo de chamada pública interesse em contratar capacidade de transporte deverão celebrar com a ANP termo de compromisso da capacidade solicitada, que terá efeitos irrevogáveis e irretratáveis (§§3º e 4º do artigo 5º da Lei nº 11.909/2009). Finalmente, as tarifas de transporte serão definidas ao longo do processo de chamada pública, de forma iterativa, entre a ANP e os carregadores §2º do artigo 5º da Lei nº 11.909/2009).

Encerrado o processo de chamada pública, a ANP deverá publicar os respectivos edital e contrato de concessão para a outorga da concessão de transporte de gás natural das instalações objeto da chamada pública. Tais instrumentos deverão conter, necessariamente, a descrição pormenorizada do empreendimento e a definição dos bens que serão vinculados à prestação dos serviços para fins de reversão ao poder concedente.⁴⁶ O prazo máximo das concessões de transporte será de trinta anos, prorrogável, a pedido do concessionário, por igual período, tudo em conformidade com o artigo 10 da Lei nº 11.909/2009.

O critério da licitação para a outorga de concessão de transporte de gás natural é o critério da menor receita anual, obtido a partir do maior desconto oferecido pelos licitantes em face do somatório dos valores de tarifas de transporte oferecidos pelos carregadores interessados no processo de chamada pública conduzido pela ANP, nos termos do artigo 13 da Lei nº 11.909/2009. Trata-se de licitação de caráter exclusivamente financeira, tendo a técnica o condão de apenas selecionar os particulares aptos a participar do certame.

Finalmente, cabe mencionar que as licitações conduzidas para a outorga de concessões de transporte de gás natural a partir de instalações já existentes (após a reversão dos bens à União Federal) poderão ter como critério a maior oferta pelo uso dos bens públicos integrantes das instalações de transporte, conjugado ou não com a oferta de menor receita anual, de acordo com o mecanismo previsto no §1º do artigo 15 da Lei nº 11.909/2009. Evidentemente, a adoção do critério de maior outorga pelo uso de bem público não transforma a natureza jurídica da concessão, que permanece sendo concessão de atividade. O bem tem papel apenas instrumental,

sendo o direito conferido ao concessionário o direito de exercer determinada atividade.

IV As redes de gasodutos: natureza jurídica e função social

No Direito brasileiro, a atividade de transporte de gás natural ganha contornos bastante peculiares em razão da existência de monopólio da União Federal, tal como acima discorremos, o que demanda a existência de um regime especial de concessão e um procedimento específico para sua outorga, o que foi objeto de nossa análise no tópico anterior. Não obstante, no Direito comparado a atividade de transporte de gás natural ganha especial relevância jurídica por conta da questão concorrencial, na medida em que as instalações que servem de base para o exercício da atividade constitui um monopólio natural, fazendo com que a existência e a manutenção da concorrência demandem substancial amparo jurídico. Tal questão, em que pese secundária em certa medida no Brasil, não pode ser esquecida.

Como bem elucida Adriano Candido Stringhini, "as redes podem ser entendidas como estruturas de mercado nas quais as economias de escala são vistas como um fator determinante para a viabilidade do negócio", além de constituírem monopólios naturais.⁴⁷ No caso do transporte de gás natural, as infraestruturas servientes da atividade constituem uma rede e, via de consequência, um monopólio natural. Demais disso, referidas infraestruturas servem ao exercício de atividades de inegável interesse público e que, em última análise, são essenciais à prestação contínua, regular e adequada de serviços públicos (distribuição de gás natural canalizado, tal como expusemos acima), o que lhes acarreta a incidência de um regime jurídico todo próprio.

Sendo assim, o que nos proporemos a fazer neste tópico é analisar qual o regime jurídico dos bens que compõem as instalações de transporte de gás natural, com as consequências que advêm de tal regime jurídico, bem como analisar a relação de fruição de tais bens que o Ordenamento Jurídico franqueia aos proprietários dos bens em questão.

IV.1 Natureza jurídica dos bens servientes ao transporte de gás

A matéria dos bens públicos no Direito brasileiro sempre foi permeada de certa ambiguidade, na medida em que o Direito positivo - sempre lacônico com relação ao tema - traz uma disciplina dos bens públicos ao mesmo tempo em que a doutrina e a jurisprudência vez e outra trazem disciplina distinta. O resultado prático de tal disparidade de entendimentos é a noção muita vez absolutamente distinta do universo dos bens públicos, como passaremos a expor.

Em consonância com o disposto no artigo 98 do Código Civil Brasileiro, são bens públicos aqueles bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito público interno, assim compreendidas como União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações de Direito público. Trata-se da concepção subjetiva dos bens públicos adotada pela legislação civil, que é pautada não pela relação de uso do bem, mas sim por seu domínio, de forma que o importante é definir o *proprietário do bem*, em razão da existência de um direito real, consoante ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto.⁴⁸

De outro lado, há forte entendimento, sobretudo por parte da doutrina do Direito Administrativo,⁴⁹ de que os bens públicos não são caracterizados pela relação de propriedade, mas sim em razão do uso que é dado ao bem. Nesta toada, sempre que o bem for serviente a uma atividade de interesse público, ter-se-á um bem público, independentemente do proprietário do bem (pessoa jurídica de Direito público ou pessoa jurídica de Direito privado). Trata-se do critério funcionalista ou objetivo de definição dos bens públicos, segundo o qual "o regime público recairá sobre os bens que estejam de alguma forma empregados numa utilidade de interesse geral", ainda segundo Floriano de Azevedo Marques Neto.⁵⁰

Destarte, o que se tem, com relação aos bens que compõem as instalações de transporte de gás natural é que eles (i) não são considerados bens públicos segundo a concepção subjetiva, salvo se pertencerem diretamente à União Federal ou a autarquia integrante de sua Administração Indireta, o que já adiantamos não ser muito provável, visto que tais bens pertencerão ou a empresa privada ou a empresa estatal na maior parte dos casos, e (ii) são considerados bens públicos pela concepção objetiva, visto que deles depende o exercício de atividade de interesse público, isto é, uma utilidade pública.

Em que pese a atividade de transporte de gás natural não ser considerada, tanto pela Constituição quanto pela Lei nº 11.909/2009 (esta de forma expressa e inequívoca), como serviço público, é inegável que é atividade de interesse público. Isto ocorre, pois (i) é atividade erigida pela Constituição Federal a monopólio da União Federal, o que somente poderia ser cogitável com relação a atividade permeada de enorme relevância pública, (ii) é atividade indispensável para o correto e adequado funcionamento de atividade constitucionalmente classificada como serviço público, que é o serviço de distribuição de gás natural canalizado e (iii) é atividade que, por força de lei, admite a promoção de desapropriações e a constituição de servidões administrativas⁵¹ (inciso V do artigo 17 da Lei nº 11.909/2009). Destarte, não há como se duvidar de que os bens integrantes das instalações de transporte de gás natural são bens públicos pela concepção funcionalista.

A Lei nº 11.909/2009 parece não ter tergiversado sobre a matéria e optou, claramente esteada pelo critério funcionalista dos bens públicos, pela determinação de que os bens empregados na atividade de transporte de gás natural são bens públicos, independentemente de seu proprietário (empresa privada concessionária, empresa estatal concessionária, órgão ou entidade da Administração direta ou indireta da União Federal etc.). É o que se depreende a partir da obrigação de determinação expressa do plexo de bens vinculados à exploração da atividade (artigo 10), da obrigatoriedade de reversão de tais bens e consequente incorporação ao patrimônio da União⁵² (artigos 14 e 15) e da possibilidade de adoção do critério de maior pagamento pelo uso de bem público para a outorga de concessão de transporte sobre bens já existentes (§1º do artigo 15).

Desta forma, o que se tem é que os bens necessários à prestação da atividade de transporte de gás natural são bens públicos, com o regime que é próprio dos bens públicos, enquanto mantiverem sua afetação à atividade concedida. Via de consequência, tais bens não poderão ser alienados ou destacados de sua função sem que sejam substituídos por outros que supram sua falta, ou que sejam desafetados por meio do mesmo instrumento que consagrou sua afetação.

IV.2 Função social dos bens vinculados à atividade de transporte de gás

Retornando ao ponto que inicialmente colocamos, os bens vinculados à exploração da atividade transporte de gás natural constituem um monopólio natural, em função de natureza de rede, cuja duplicação não se verifica possível por razões econômicas,⁵³ ambientais e/ou urbanísticas, de forma que, em regra, apenas um operador controla as redes de transporte de gás natural entre dois pontos. Consoante entendimento de Calixto Salomão Filho, esta situação importa em enorme vantagem competitiva ao titular das redes,⁵⁴ visto que ele é quem determinará qual produto chegará aos pontos de consumo, quando chegará e em qual quantidade chegará.

Em um contexto constitucional que impinge a todas as propriedades o dever de atendimento a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso II), não se pode conceber que uma determinada propriedade venha a ser utilizada pelo seu titular de forma a causar lesões aos interesses da coletividade, em razão da prática de condutas anticoncorrenciais. Mais do que isso, o ônus do cumprimento da função social mais do que impedir o uso da propriedade contrariamente aos interesses coletivos, impõe ao proprietário o dever de dar ao bem a melhor utilização possível, com o maior benefício à coletividade possível, conforme a natureza do bem em questão.

Neste sentido, a relação de propriedade que haverá com respeito aos bens vinculados ao transporte de gás natural será condicionada e implicará sempre no poder de imposição de restrições por parte do poder público, consistentes na imposição do dever de compartilhamento das instalações com outros agentes do mercado que demandem tais instalações para o desempenho de suas atividades. A utilidade do bem sobrepõe-se à relação de propriedade, de tal sorte que, em regra, o exercício do direito de propriedade, em respeito à função social do bem, somente será juridicamente aceitável se der ao bem a melhor utilização possível, o que poderá implicar em consideráveis restrições ao direito de propriedade, somente sendo aceitáveis raras exceções concernentes à necessidade de viabilização econômica do empreendimento (inciso XIV do artigo 21 da Lei nº 11.909/2009).

Como bem afirma Calixto Salomão Filho:

O fato de um determinado agente econômico ser o titular da rede não significa (i) que dela possa fazer uso exclusivo e nem, tampouco, (ii) que possa exigir o que bem entender para fornecer o acesso.⁵⁵

Daí decorre o dever do titular das instalações de transporte de gás natural de assegurar o livre acesso de todos os interessados à utilização de suas instalações, na medida exata em que haja capacidade de transporte disponível para contratação, tal como prevê o artigo 32 da Lei nº 11.909/2009. Assim, somente no caso de inexistência de capacidade de transporte disponível é que poderá haver a recusa de acesso, conforme o regime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.909/2009, que determina que o acesso será por meio de contratação firme da capacidade

disponível (conforme definida nos processos de chamada pública mencionados acima), contratação interruptível de capacidade ociosa e contratação extraordinária de capacidade disponível.⁵⁶

A natureza jurídica de tal obrigação de garantia de livre acesso é matéria controvertida. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Adriano Candido Stringhini são da opinião de que tal obrigação tem a natureza jurídica de servidão administrativa, posto que é uma restrição ao direito de propriedade que não impede o uso do bem para sua finalidade precípua.⁵⁷ De outra forma, Alexandre Santos de Aragão entende que a obrigação de livre acesso tem natureza jurídica de contrato, mas um contrato moderno, mais atual, distinto da configuração oitocentista do instituto.⁵⁸

Não concordamos com nenhuma das posições mencionadas acima. Segundo entendemos, a obrigação de garantia de livre acesso tem natureza jurídica de uma sujeição administrativa, tal como postulada por Carlos Ari Sundfeld, visto que referida obrigação implica em "uma interferência no âmbito de interesses do titular do direito, que este é obrigado a suportar".⁵⁹ Assim, entendemos que o direito de propriedade dos bens vinculados à exploração da atividade de transporte de gás natural é a todo tempo restringido por uma sujeição administrativa imposta pela União Federal concernente ao dever de assegurar acesso indiscriminado a suas instalações.⁶⁰

Sem qualquer prejuízo das considerações precedentes, deve-se mencionar que a necessidade do cumprimento da função social da propriedade e a consequente imposição da obrigação de garantia de livre acesso não têm o condão de per se de garantir que o acesso seja livre. É necessária a criação de aparato jurídico que garanta a eficácia da sujeição administrativa constituída, o que constituirá nosso objeto de estudo no tópico subsequente.⁶¹

V A regulação do transporte de gás natural e seu sentido

Todos os setores da economia são, em alguma medida, sujeitos a algum grau de controle por parte do Estado. Mesmo em setores com grau adequado de concorrência e sem imperfeições inerentes, o Estado atua de forma a manter o bom funcionamento do mercado, coibindo a prática de condutas abusivas por parte daqueles que detêm algum poder econômico, em perfeita consonância com o mandamento constitucional contido no §4º do artigo 173 da Carta Política.

Todavia, há setores que apresentam, de forma permanente e inerente, alguma forma de falha, que, em alguma medida, prejudica a concorrência, favorecendo a posição econômica de determinados agentes e criando situações desfavoráveis aos consumidores ou usuários do respectivo setor. Nestes setores, a atuação *ex-post* de coibição de práticas abusivas não se mostra integralmente suficiente para a correção de todas as falhas, sendo necessária atuação adicional por parte do Estado.

O setor de gás natural é emblemático neste sentido. Tal como já expusemos, tal setor conta, em sua cadeia produtiva, com um monopólio natural, que confere considerável vantagem ao operador da rede, em relação aos demais agentes e pode, se não devidamente controlado pelo Estado, importar em consideráveis prejuízos aos consumidores, contrariando por completo o dever de cumprimento da função social da propriedade. A existência de referido monopólio não pode ser

resolvida faticamente, visto que a infraestrutura não é passível de duplicação. Assim, será necessária atuação constante do Estado para garantir a exploração da infraestrutura monopólica de forma consentânea com o Direito.

É neste ponto que surge a regulação como solução para o setor. Na medida em que há o dever o Estado de assegurar o correto funcionamento do mercado, deverá haver mecanismo de atuação estatal que corrija a falha de mercado permanente decorrente do monopólio natural das redes de transporte. Tal mecanismo é marcado por meio da atuação *ex-ante* do órgão regulador, criado para garantir o correto funcionamento do mercado.

Neste sentido, afirmam Gesner Oliveira e João Grandino Rodas:

A regulação é necessária no caso do monopólio, quando há apenas uma empresa no mercado, ou no monopólio natural, no qual a situação mais eficiente é a de existência de apenas uma empresa. O caso do monopólio natural interessa mais diretamente, pois constitui uma situação na qual o funcionamento do mercado não conduz a uma situação eficiente. Nesta circunstância, a defesa da concorrência é insuficiente por si mesma como política pública, pois é necessário suprir a lacuna do mercado e não meramente proteger seus mecanismos como nos vários regimes de concorrência imperfeita.⁶²

Até o advento das reformas da atuação do Estado no domínio econômico na segunda metade da década passada, poderia ser considerada uma forma de regulação a instituição de monopólio sobre o setor de gás e petróleo, de forma que a exploração monopólica pelo Estado, com forte controle de preços e atividades, seria um mecanismo de correção regulatória da perene imperfeição do mercado em questão.⁶³ Contudo, o sentido de regulação que aqui adotamos é bastante distinto daquele que anteriormente era conhecido pelo Ordenamento Jurídico.

Falamos aqui de um *novo sentido de regulação*, valendo-nos de feliz expressão talhada por Vital Moreira e Fernanda Maçãs,⁶⁴ que significa descrever uma forma de atuação do Estado que visa a corrigir falhas de mercado verificadas, sanar assimetrias entre os agentes em um determinado mercado e, assim, garantir o adequado funcionamento de tal mercado, trazendo-lhe o equilíbrio necessário. A intervenção direta, excludente - ou, no mínimo, dificultadora - dos mecanismos plurais e concorrenciais do mercado, dá lugar a uma intervenção indireta, que visa à pré determinação das condutas dos agentes de mercado para o alcance de finalidades previstas em lei.

É exatamente neste sentido que de forma muito pertinente considera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Para lograr restabelecer o equilíbrio garantidor da livre competição é necessário o ingresso de um terceiro agente, que não seja produtor nem consumidor, na verdade, um agente homeostático, capaz de impor uma regra que recupere e mantenha o

equilíbrio e, para tanto, dotado de poder para intervir suficientemente para corrigir as deformações de mercado.⁶⁵

Em vista disso, podemos afirmar, de forma muito sintética, que, no setor de gás natural, a regulação tem por objetivo introduzir e fomentar a concorrência, corrigindo as falhas de mercado, e, ao mesmo tempo, garantir a prestação contínua, universal e regular da atividade.⁶⁶ Tal regulação, entre nós, é desempenhada pela ANP, em consonância com seu rol de competências previsto no artigo 8º da Lei nº 9.478/97, conforme ampliado pela Lei nº 11.909/2009.

A ANP é autarquia federal em regime especial, marcado pela independência e estabilidade de seus dirigentes, inexistência de recurso hierárquico impróprio, autonomia financeira e autonomia patrimonial (artigos 7º e seguintes da Lei nº 9.478/97). Em razão de referido regime especial, a ANP é uma agência reguladora independente, cuja independência deverá ser mantida tanto da estrutura central do governo, quanto dos agentes de mercado, com a finalidade de garantir a isenção de suas decisões, conforme se depreende dos artigos 11 e 14 da Lei nº 9.478/97.

A forma de atuação da ANP, na qualidade de agência reguladora independente, predica a adoção de poderes normativos,⁶⁷ em razão do processo de deslegalização de diversas das matérias do setor⁶⁸ (artigo 13 da Lei nº 11.909/2009, por exemplo), de poderes jurisdicionais para a resolução de conflitos no setor e de poderes administrativos. Todavia, considerando que a matéria foi objeto de estudo em inúmeros ensaios publicados no Brasil e em alhures nos últimos anos - inclusive texto de nossa autoria⁶⁹ -, não nos deteremos demasiadamente na análise de cada um dos poderes da ANP para não nos desviarmos do foco deste estudo.

Para o que nos interessa, importante deixar claramente consignado que: (i) o setor de gás natural é setor que apresenta falhas de mercado permanentes, as quais inviabilizam seu correto funcionamento sem alguma forma de intervenção estatal por acarretarem assimetrias entre os agentes e potenciais abusos por parte dos titulares das redes de transporte; (ii) para que a retirada do regime de monopólio obtivesse sucesso e houvesse efetivamente competição com a garantia dos direitos dos usuários da atividade, foi necessária a criação de regime de regulação, o qual, por meio de atuação *ex-ante*, passou a pré-definir as condutas dos agentes, corrigindo as falhas e trazendo o equilíbrio para o setor; (iii) tal regime de regulação é exercido, de forma independente, pela ANP; e (iv) a regulação da ANP não prescinde da tradicional atuação *ex-post* dos órgãos de defesa da concorrência, com ela convivendo na forma da lei.⁷⁰

Sem qualquer prejuízo das considerações precedentes, necessário tecer um último comentário acerca dos campos de atuação da ANP. Nos termos das Leis nº 9.478/97 e nº 11.909/2009, a agência é dotada de competência para regular os setores de gás natural e petróleo, envolvendo tanto as atividades de desenvolvimento e produção, quanto a atividade de transporte. Nesta senda, estão incluídas na esfera de competência da ANP atividades completamente díspares, o que faz com que o foco de sua regulação seja completamente distinto em um caso e em outro.

No caso da regulação do desenvolvimento e da exploração de petróleo e gás natural, o foco da

regulação é a garantia do uso racional e eficiente de um bem público escasso.⁷¹ De outro turno, tal como já dissemos, no caso de transporte de gás natural, o foco da regulação das agências é eliminar as falhas de mercado, garantindo a existência e o funcionamento de um mercado concorrencial, bem como os direitos dos usuários. Desta forma, para os fins deste estudo, verteremos nossa atenção ao segundo foco da regulação da ANP, que é aquele que diz respeito ao tema sobre o qual discorreremos.

Portanto, para a sequência do presente estudo, far-se-á necessária uma breve análise dos instrumentos regulatórios de que dispõe a ANP para corrigir as falhas de mercado e garantir seu equilibrado funcionamento. É o que faremos a seguir.

VI Instrumentos regulatórios do transporte de gás natural

Em consonância com o ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A multiplicidade de funções e competências é própria da atividade regulatória. A partir do momento em que o Estado opta por intervir na ordem econômica como regulador, assume-se o compromisso de manejar todos os instrumentos necessários para, naquele setor da economia, atingir as finalidades precípuas da regulação. A regulação leva à concentração de funções dado o seu caráter pragmático e finalístico (o que legitima a atuação do regulador é sua capacidade de, eficientemente, combinar o equilíbrio do sistema regulado com o atingimento de objetivos de interesse geral predicados para o setor). Para isso é necessário que o ente de regulação possua competências e instrumentos amplos e efetivos.⁷²

Destarte, tendo analisado - ainda que bastante brevemente - as competências da ANP no âmbito do exercício de suas funções reguladoras, passaremos a analisar quais são os instrumentos regulatórios de que dispõe a agência para garantir o alcance de suas finalidades. Referidos instrumentos, no caso específico em questão do transporte de gás, têm como objetivo principal garantir a eficácia e a efetividade do encargo imposto aos titulares das redes de transporte, garantir a realização de investimentos e, por fim, assegurar os direitos dos usuários e podem ser divididos entre instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes no mercado e instrumentos regulatórios de controle da atuação dos agentes insertos no mercado.⁷³

Antes, contudo, de analisarmos pormenorizadamente os instrumentos mencionados acima, é necessário fazer-se uma breve nota acerca da possibilidade de maior detalhamento de tais instrumentos por meio de atos normativos editados pela ANP. Muito embora a Lei nº 11.909/2009 traga um regramento bastante preciso da matéria, ainda há diversos pontos que poderão ser mais detalhadamente regrados por meio de atos infralegais da ANP, tal como ocorre, por exemplo, com a questão da interconexão de instalações em consonância com o artigo 9º da Lei nº 11.909/2009.

VI.1 Instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes

Os instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes no transporte de gás natural consistem na autorização e na concessão de transporte, já analisadas neste estudo, razão pela qual apenas fazemos referência aos tópicos II e III do presente estudo para análise jurídica do tema.

VI.2 Instrumentos regulatórios de controle dos agentes do mercado

Os instrumentos regulatórios de controle da atuação dos agentes, de acordo com o disposto na Lei nº 11.909/2009, consistem, essencialmente, na regulação *ex-ante* das tarifas e das condições de acesso às instalações de transporte e na desverticalização de atividades dos agentes, conforme descreveremos abaixo.

VI.2.1 Regulação *ex-ante* do acesso e das tarifas

Como bem ressalta Christopher Just, "um instrumento central para a abertura do mercado é uma base jurídica permissiva do uso das redes por competidores",⁷⁴ de tal forma que a regulação jurídica dos termos e condições do acesso por terceiros às redes de transporte demarca uma questão fundamental para o funcionamento adequado do setor, na medida em que é o instrumento que possibilita a efetiva concorrência entre os agentes do respectivo setor. É por meio do controle das condições de acesso que o encargo a que se sujeitam os titulares das redes ganha eficácia (de onde resulta o dever de agir da Administração, tal como aclarado acima).

Na indústria do gás natural, duas são as possíveis formas de atuação com relação ao controle das condições de acesso: a primeira parte do pressuposto da inexistência de ação anterior do Estado, atribuindo aos agentes de mercado a competência para livremente disporem sobre os termos e condições do acesso, tendo o Estado um papel *ex-post*, no caso de condutas abusivas, ao passo que a segunda parte do pressuposto de uma regulação *ex-ante* dos termos e condições do acesso por parte do Estado, de forma que tais termos e condições são determinados pelo órgão regulador ou por ele aprovados previamente à sua prática.⁷⁵

No caso brasileiro do setor de transporte de gás natural, a primeira versão da regulamentação setorial previa a atuação *ex-post* da ANP, na medida em que era expressamente atribuída aos agentes de mercado a missão de determinar os termos e condições do acesso (Portaria ANP nº 169, de 26 de novembro de 1998). Com a edição da Resolução nº 29/2005, passou-se a adotar mecanismo mais próximo de uma regulação *ex-ante*, mas ainda não propriamente assim considerado, tal como já observamos em estudo anterior,⁷⁶ visto que a ANP continuava a atuar apenas de forma posterior, sendo *informada* das tarifas de acesso praticadas, em que pese existirem os parâmetros de cálculo previstos *ex-ante*.

Com a edição da Lei nº 11.909/2009, a disciplina da matéria de acesso e remuneração dos transportadores passou por considerável alteração, passando a ter regime jurídico muito próximo daquele adotado para o serviço público de transmissão de energia elétrica (adota postura

nitidamente *ex-ante*). Isto ocorre, pois, como já consignado, a contratação firme de capacidade de transporte somente pode ser realizada por meio das chamadas públicas promovidas direta ou indiretamente pela ANP, de forma que o acesso à capacidade de transporte disponível é oferecido indistintamente a todos os interessados com termos e condições determinados direta ou indiretamente pela ANP.⁷⁷ Da mesma forma, a tarifa de transporte devida pelo carregador ao transportador é aquela determinada, de forma preliminar, na chamada pública realizada e, de forma definitiva, na licitação para a outorga de concessões de transporte de gás natural, tal como expusemos no tópico III acima (§2º do artigo 5º e artigo 13 da Lei nº 11.909/2009).

O que daí se depreende é que a Lei nº 11.909/2009, de forma expressa e inequívoca, partiu para a adoção de uma regulação *ex-ante* da contratação de capacidade e determinação das tarifas de uso, na medida em que (i) a contratação de capacidade somente pode se dar em processos públicos conduzidos pela ANP (no caso da contratação de capacidade firme) e (ii) as tarifas de acesso são formadas em processo público de chamada pública e, posteriormente, de licitação pública, *anteriormente à formação do contrato de transporte*, sob o constante controle da ANP. Muito embora seja mecanismo distinto daquele adotado para a regulação *ex-ante* no Direito Comunitário Europeu,⁷⁸ não há como se negar que a sistemática da Lei nº 11.909/2009 contempla mecanismo *ex-ante* de regulação.

Questão interessante emerge com relação à natureza jurídica da remuneração dos transportadores de gás natural, visto que seria necessário definir se tal remuneração refere-se a preço público ou a preço privado sujeito a regulação e controle por parte do Estado, no exercício de agente regulador e fiscalizador da economia (conforme artigo 174 da Constituição Federal).

Em que pese não tratarmos de um serviço público no caso do transporte de gás natural (novamente, tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 11.909/2009 expressamente consignam a inexistência do regime de serviço público na atividade), entendemos que a remuneração dos agentes transportadores tem natureza jurídica de *preço público*. Nosso entendimento é baseado nos argumentos apresentados com muita argúcia por Jacintho Arruda Câmara, ao analisar a natureza jurídica das tarifas de serviços públicos. Como muito bem colocado pelo autor, as tarifas são aplicáveis a atividade próprias do Estado, que podem envolver a realização de políticas públicas (tais como subsídios cruzados para benefício de uma classe de consumidores, por exemplo),⁷⁹ enquanto o controle de preços nada mais é do que manifestação do poder de polícia do Estado em processo de intervenção no domínio econômico com relação a atividades tipicamente privadas.⁸⁰

No caso da atividade de transporte de gás natural, está-se de qualquer forma a falar em uma atividade pública, eis que se trata de monopólio da União Federal. Não se trata de particulares exercendo atividade livremente acessível, mas sim de particulares desempenhando função que constitucionalmente é reservada ao Estado. Desta forma, os argumentos apresentados pelo autor mostram-se plenamente aplicáveis e justificadores da natureza jurídica de preço público da remuneração dos transportadores de gás.⁸¹

VI.2.2 Desverticalização de atividades

Eric Staeb com extrema propriedade afirma que:

a desverticalização da operação das redes de outras atividades empresariais da empresa de energia verticalmente integradas (*unbundling*) é uma condição de cada regulação: se esta empresa de um lado exerce a transmissão e distribuição de energia ou o transporte e a distribuição de gás e, por outro lado, também o abastecimento de gás ou energia, permanece o perigo de subsídios cruzados. Tal empresa pode conduzir a deformações na concorrência do mercado. A separação virtual da operação das redes das demais atividades da empresa pode, em sentido contrário, minimizar a ocorrência de deformações da concorrência".⁸²

A desverticalização, consoante Alexandre Wagner Nester,

significa, basicamente, a separação das atividades potencialmente competitivas e das não competitivas em um determinado setor, a fim de estabelecer a concorrência somente entre as primeiras.⁸³

Sendo assim, é possível entender-se que, no caso da indústria do gás natural, para que possa haver competição entre produtores e/ou importadores do insumo (em geral, carregadores), é necessário que haja uma segregação entre a atividade de produção ou importação e a atividade de operação das redes de transporte, com a finalidade de garantir que os termos e condições impostos à contratação de transporte efetivamente correspondem aos custos da atividade e não são discriminatórios ou artificiais.

Ainda consoante Eric Staeb, a desverticalização poderá ser (i) *contábil*, quando os resultados de uma determinada atividade devem ser contabilizados de forma segregada dos resultados de outras atividade da pessoa jurídica, (ii) *jurídica*, quando diversas atividades devem ser exercidas por pessoas jurídicas distintas, (iii) *informacional*, quando há restrições de comunicações entre os agentes responsáveis pela realização de duas atividades distintas (*chinese wall*), e (iv) *econômica*, quando agentes pertencentes ao mesmo grupo econômico não podem exercer duas atividades da mesma cadeia produtiva.⁸⁴

Na sistemática adotada pela Lei nº 11.909/2009, a desverticalização foi tratada de forma mais amena do que na sistemática adotada pela Resolução nº 27/2005, na medida em que a nova lei, em seu artigo 24, inciso II, prevê que *apenas a contabilização* da atividade de transporte de gás natural deverá ser segregada da contabilização das demais atividades da empresa concessionária (*segregação contábil*), mantendo-se a possibilidade de concentração de atividades na mesma pessoa jurídica, ao passo que a norma anterior determinava a segregação jurídica da atividade de transporte de gás natural da atividade de compra e venda do insumo (artigo 3º da Resolução nº

27/2005).

A opção do legislador no caso concreto tem fundamento. Com o novo regime de concessão, com outorga precedida de licitação e chamada pública, remanesce pouca ou nenhuma margem de criação de mecanismos tarifários artificiais, de forma que não se mostra, *prima facie*, necessária a adoção de segregação jurídica ou informacional de atividades. A intensidade da regulação das condições de acesso e das tarifas prevista na Lei nº 11.909/2009 é de tamanha que não parece ser necessária a adoção de mecanismos de desverticalização, de forma bastante semelhante ao que se passa no setor elétrico brasileiro, com relação às empresas que exploram atividades de geração e transmissão de energia elétrica.⁸⁵

VII Conclusão

Procuramos, neste estudo, apresentar algumas considerações acerca do novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. Considerando-se ser a lei bastante recente, seus efeitos práticos ainda estão por vir, bem como a totalidade de seu conteúdo normativo, em face da necessidade (e da possibilidade) de posterior regulamentação por ato infralegal. Nada obstante, acreditamos que a Lei nº 11.909/2009 veio a preencher importante lacuna no Direito brasileiro e dar às atividades da indústria do gás natural regime mais fiel àquele insculpido na Constituição Federal, em razão da contratualização efetiva da relação com os particulares. Se a lei cumprirá seu desiderato de desenvolver a indústria nacional do gás natural e possibilitar, assim, a universalização do serviço, apenas o tempo demonstrará. Contudo, parece-nos fornecer um ambiente jurídico mais favorável a tanto.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. 3. ed. Brasília: ANEEL, 2008.

AMMANNATI, Laura. Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gás. In: AMMANNATI, Laura (Coord.). *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nessa disciplina dell'energia*. Milão: Giuffrè, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Compartilhamento de infra-estruturas por concessionários de serviços públicos: disciplina e natureza jurídica. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista*

de *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 411 et seq., jan./mar. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e suas crises*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; RHEIN SCHIRATO, Vitor. Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 37 et seq., abr. 2006.

BIANCHI, Alberto B. La potestad reglamentaria de los entes reguladores. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Santiago, n. 16, p. 77 et seq., ene./jun. 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 3.

COCOZZA, Vincenzo. *La delegificazione*. 4ª ed. Nápoles: Jovane, 2005.

DANWITZ, Thomas von. *Was ist eigentlich Regulierung?* Die Öffentliche Verwaltung, n. 23, Dez. 2004, Stuttgart: Kohlhammer, p. 977 et seq.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAUCAP, Justus; KRUSE, Jörn. *Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für Netzgebundene Industrien*, Wirtschaft und Wettbewerb n. 3/2004, März 2004, Düsseldorf: Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, p. 266 et seq.

JUST, Christoph. *Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft*, Recht der Energiewirtschaft n. 3/2004, März 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 65 et seq.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KLING, Michael; THOMAS, Stefan. *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*. Munique: C.H. Beck, 2001.

- KUXENKO, Michael. *Umweltverträgliche Energieversorgung: Analyse eines Gesetzeszweck im Energiewirtschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1939.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público em ônus para o usuário*. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. 2009. Tese (Doutorado de Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Mimeografado.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p. 34 et seq., 2001.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Planejamento*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, Jorge. *Entre a propriedade e o acesso: a questão da infra-estruturas essenciais*. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Concorrência: estudos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2001. v. 2, t. I.
- MONCADA, Luís S. de Cabral. *Direito público e eficácia*. In: MONCADA, Luís S. de Cabral. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro:

Renovar, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

PRIETO, Domingo Valdés. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 8, n. 37, p. 95 et seq., maio/jun. 2006.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, out./dez. 2007.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. *Netzzugangsregulierung im neuen deutschen und brasilianischen Energierecht*. Osnabrück, 2005. Mimeografado.

RÖGER, Rolf. *Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als zukünftiger Energiemarktgulierer*. Die Öffentliche Verwaltung n. 24, Dez. 2004, Stuttgart: Kohlhammer, p. 1.030 et seq.

SALERNO, Maria Elena. L'attuazione della prima direttiva sul gas naturale (98/30/CE) e le modifiche introdotte dalla nuova direttiva (2003/55/CE). In: AMMANNATI, Laura (Coord.). *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nessa disciplina dell'energia*. Milão: Giuffrè, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* 2. Aufl. Heidelberg: Springer, 2006.

SCHNEIDER, Jens-Peter; PRATER, Janine. *Das Europäische Energierecht im Wandel*, Recht der Energiewirtschaft n. 3/2004, März 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 57 et seq.

SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública, actividad reglada, discricional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STAEBE, Erik. *Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)*, Deutsches Verwaltungsblatt n. 7/2004, 15 Juli 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 853 et seq.

STRINGHINI, Adriano Candido. Reestruturação de redes de infra-estrutura: a servidão administrativa como instrumento hábil para a promoção da concorrência. In: ARAGÃO, Alexandre

Santos de; STRINGHINI, Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p. 52 et seq., 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES JR., Jessé. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹ Inicialmente, a regulamentação do acesso a instalações de transporte dutiviário de gás natural previa uma atuação *ex post* por parte da ANP, constante da conferência de margem de liberdade comercial aos agentes no estabelecimento dos termos e condições e da atuação do órgão regulador apenas no caso de eventuais conflitos quanto ao acesso (neste sentido, o disposto na Portaria ANP nº 254, de 11 de setembro de 2001). Contudo, com a evolução da complexidade das relações em torno do acesso às infraestruturas essenciais, foi necessária a criação de legislações específicas para cada setor. Sobre o tema, confira-se KLING, Michael; THOMAS, Stefan. *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*. Munique: C.H. Beck, 2001. p. 444.

² Mencione-se aqui, por exemplo, o Programa Prioritário de Termelétricidade (PPT), implementado pelo Governo Federal por meio do Decreto nº 3.371, de 24 de fevereiro de 2001, que teve por objetivo aumentar a participação do gás natural na geração de energia elétrica, a partir da criação de benefícios a empreendimentos novos de geração de energia elétrica construídos para gerar energia com gás natural. Ademais, importante mencionar a evolução do uso do gás natural como fonte primária de oferta de energia no Brasil, com participação atual de 9,3% da matriz energética no Brasil, bem como a evolução do gás natural na geração de energia elétrica no Brasil, com participação de 3,3% no ano de 2007. (Cf. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. 3. ed. Brasília: ANEEL, 2008).

³ Confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de; RHEIN SCHIRATO, Vitor. Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 37 et seq., abr. 2006.

⁴ A regulação *ex-ante* do acesso e do uso de instalações de transporte predica que haja uma atuação regulatória do Estado anteriormente à formação da relação jurídica de compartilhamento da infraestrutura, por meio da qual o Estado deve obrigar e controlar a divulgação, pelos detentores das infraestruturas, das tarifas de acesso e interconexão, ou, no mínimo, os critérios

objetivos para sua determinação anteriormente ao início da utilização de tais instalações. Sobre o tema, confira-se: SCHNEIDER, Jens-Peter; PRATER, Janine *Das Europäische Energierecht im Wandel*, *Recht der Energiewirtschaft* n. 3/2004, März 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 60, bem como RHEIN SCHIRATO, Vitor. *Netzzugangsregulierung im neuen deutschen und brasilianischen Energierecht*. Osnabrück, 2005. p. 5. Mimeografado.

⁵ Sobre o tema, confira-se: SALERNO, Maria Elena. L'attuazione della prima direttiva sul gas naturale (98/30/CE) e le modifiche introdotte dalla nuova direttiva (2003/55/CE). In: AMMANNATI, Laura (Coord.). *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nessa disciplina dell'energia*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 184 et seq. (em especial 218 et seq.).

⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto e João Eduardo Lopes Queiroz afirmam que "o planejamento tem por fim eleger objetivos que otimizem a ação estatal. O planejamento insere-se na perspectiva ativa de um Estado que pretende interferir na esfera econômica e social, coordenando as ações individuais com vistas ao bem-estar coletivo. (...) o planejamento, em seu aspecto jurídico, é institucional, na medida em que o Estado se organiza para a obtenção de objetivos econômicos; e normativo, na medida em que há a inserção sistemática de regras jurídicas para implementar o plano estabelecido" (Planejamento. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2, p. 47-48).

⁷ Cf. AMMANNATI, Laura. Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gás. In: AMMANNATI, Laura (Coord.). *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nessa disciplina dell'energia*, p. 316-317.

⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 418-419. (Tradução nossa)

⁹ Cf. CAVALCANTI. Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 3, p. 293.

¹⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

¹¹ Cf. ORTIZ. *Principios de derecho público económico*, p. 419.

¹² Cf. CAVALCANTI. *Tratado de direito administrativo*, v. 3, p. 293.

¹³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 391.

¹⁴ Note-se aqui que o regime de autorização que aqui mencionamos não é o mesmo regime de autorização que será debatido no item subsequente. Lá, trataremos das autorizações exercidas no âmbito da ordenação setorial promovida pela Administração Pública, ao passo que aqui nos referimos a autorizações contratuais, que se referem a atividades de titularidade da União Federal.

Em consonância com o já mencionado estudo anterior sobre o tema, "as autorizações para operar instalações de transporte dutoviário de gás natural, por se referirem a atividades titularizadas pelo Poder Público (monopólios), não têm natureza de ato administrativo, mas sim natureza contratual, posto que a Constituição Federal apenas permite o acesso de particulares a tais atividades por meio de contratos (§1º do artigo 177 da Constituição Federal)" (ARAGÃO; RHEIN SCHIRATO Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural, p. 39-40).

¹⁵ Em conformidade com o disposto no inciso XXIV do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009, transporte de gás natural significa (*in verbis*): "movimentação de gás natural em gasodutos de transporte, abrangendo a construção, a expansão e a operação das instalações".

¹⁶ SUNDFELD. *Regime jurídico do setor petrolífero*, p. 390.

¹⁷ Processamento e tratamento de gás natural são atividades de alteração das características naturais do insumo para melhor adequação à finalidade que se pretenda dar a ele. Transporte é a atividade de movimentação do insumo por meios outros que não o dutoviário. Carregamento é a inserção de gás natural nos dutos de transporte. Estocagem é o armazenamento em reservatórios naturais ou artificiais (inciso X do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009). Acondicionamento é o confinamento de gás nas formas líquida, gasosa ou sólida (inciso XI do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009). Liquefação é a transformação do estado do gás natural para fins de transporte ou armazenamento e regaseificação e o processo de retorno à forma gasosa do insumo.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 222.

¹⁹ Neste sentido, confira-se a referência à regulação do setor português de gás natural que muito se aproxima da brasileira, cf. GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 153.

²⁰ O monopólio natural consiste em "um feito da natureza, em economia de escala, economia de âmbito ou um determinado estado de desenvolvimento tecnológico, que faz com que a melhor forma de exploração de um mercado relevante, do ponto de vista produtivo, seja a forma de monopólio" (Cf. PRIETO, Domingo Valdés. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 397, tradução nossa).

²¹ Cf. AMMANNATI. Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gás, p. 312.

²² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288.

²³ Voltamos ao ponto já mencionado acima de que o regime de monopólio criado para a indústria do petróleo foi um regime voltado a impedir a outorga de concessões e, exatamente por esta razão, não foi coincidente com o regime dos serviços públicos, também marcada (ainda que com

ressalvas) pela *publicatio*.

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 44. (Tradução nossa)

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p. 52-53, 2001.

²⁶ Como muito bem afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, "o critério de repartição de competências adotado pela Constituição não permite que se fale em superioridade hierárquica das leis federais sobre as leis estaduais. Há, antes, divisão de competências entre esses entes. Há inconstitucionalidade tanto na invasão da competência da União pelo Estado-membro como na hipótese inversa" (*Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 822).

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p. 42, 2001.

²⁸ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e suas crises*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 425.

²⁹ Cabe mencionar aqui novamente o exemplo do mal sucedido Programa Prioritário de Termelétricidade, que contemplou a construção de usinas termelétricas em regiões nas quais não havia gás natural disponível, fazendo com que as usinas construídas tivessem que funcionar abaixo de sua capacidade por falta de combustível, tal como ocorreu com as usinas da região nordeste, conforme determinado pela Resolução ANEEL nº 40, de 28 de janeiro de 2004.

³⁰ MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 7.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. 2009. Tese (Doutorado de Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. f. 414, 415. Mimeografado.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 424, jan./mar. 2005.

³³ Como muito bem pondera Floriano de Azevedo Marques, o que caracteriza a concessão de serviços públicos (também uma concessão de atividade) é a transferência da gestão da atividade ao particular e não o sistema de remuneração ou a estrutura de alocação de risco. Com isso, tem-se que um dos elementos essenciais da concessão de uma atividade pública é a conferência ao particular do poder de gestão da atividade para prestá-la conforme determinações do poder concedente. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público em ônus para*

o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 344-345.

³⁴ A observação é necessária devido à nossa discordância da afirmação de que a instituição de um serviço público implica na instituição de monopólio em favor do poder concedente. Contudo, tal ponto não será mais pormenorizadamente exposto para não nos desviarmos do foco do presente estudo.

³⁵ Vide nota de rodapé nº 14 acima.

³⁶ Uma breve análise da legislação federal trará diversos diplomas que preveem contratos típicos e processos de outorga próprio. Como simples exemplo, é possível mencionar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que traz as normas gerais de licitação e contratos administrativos, a Lei nº 8.987/95 que regulamenta as concessões de serviços públicos e seus próprios processos de licitação e regime de contrato, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que regulamenta as licitações e contratações no setor de telecomunicações, a Lei nº 9.478/97, que regulamenta a mesma matéria no setor de petróleo e gás natural, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regulamenta as licitações e contratações de concessões na modalidade de parceria público-privada, entre outras.

³⁷ No mesmo sentido, com relação às licitações para a concessão de serviços públicos, mas com plena aplicação no caso em análise, confira-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 166.

³⁸ Cf. RHEIN SCHIRATO, Vitor. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 8, n. 37, p. 98-99, maio/jun. 2006.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 197.

⁴⁰ Neste sentido, confira-se: JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 207-208, bem como TORRES JR., Jessé. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 246.

⁴¹ MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2001. v. 2, t. I, p. 456.

⁴² Segundo Domingo Juan Sesin, "a superação do critério legalista estrito é levada a cabo por uma nova tendência doutrinária que confere significativa importância aos princípios gerais de direito, os quais - juntamente com a lei - passam a constituir o marco de juridicidade que serve como fonte da atividade administrativa. Dentro deste marco, o ordenamento jurídico não constitui um simples agregado de normas à margem dos princípios gerais de direito, nem das peculiares características da sociedade à qual se projetam. Seu efeito prático é que a interpretação de cada norma e sua aplicação consequente operam tendo em conta o ordenamento inteiro, no qual se insere e adquire seu verdadeiro sentido. Esta unidade permite suprir vazios normativos, interpretados

isoladamente, ao incorporá-los a um complexo unitário e sistemático" (SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 25, tradução nossa).

⁴³ Conforme bem esclarece Odete Medauar: "A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece, num sentido mais amplo, para expressas o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado" (*Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 94).

⁴⁴ Em estudo anterior, defendemos que as concessões patrocinadas admitiriam apenas os serviços públicos econômicos como objeto, ao contrário da concessão administrativa que admitiria uma gama mais ampla de atividades de interesse público. Contudo, no caso em análise, parece-nos haver a lei criado nova forma de concessão patrocinada, na medida em que facultou que o poder concedente arcasse com parcela dos custos necessários à viabilização do empreendimento, o que é típico das concessões patrocinadas. Não nos parece lógico que as parcerias público-privadas de gasodutos sejam na modalidade de concessão administrativa, pois não será o poder concedente que remunerará integralmente o parceiro privado, além de não se configurar como usuário direto ou indireto do empreendimento. Destarte, parece-nos plenamente consentâneo com a Lei nº 11.079/2004 entender que as PPP para a construção de gasoduto serão concessões patrocinadas, implicando em algum grau de ampliação do conceito de referida forma de concessão contido no §1º do artigo 2º da mesma lei. Sobre o tema, confira-se RHEIN SCHIRATO, Vitor. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, out./dez. 2007; e SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29.

⁴⁵ De acordo com a definição legal contida no inciso V do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009, carregador é (*in verbis*) "o agente que utilize ou pretenda utilizar o serviço de movimentação de gás natural em um gasoduto de transporte, mediante autorização da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP".

⁴⁶ Nos termos do artigo 14 da Lei nº 11.909/2009, extinta a concessão serão revertidos à União Federal todos os bens vinculados à prestação do serviço de transporte de gás natural, mediante justa e prévia indenização pela União. Muito embora a lei não contenha quais os parâmetros da indenização, parece-nos fora de discussão que o valor da indenização deverá corresponder, no mínimo, ao valor dos investimentos realizados nos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados no momento da reversão, sem prejuízo de outros critérios que possam estar previstos no contrato de concessão. A razão deste entendimento é a necessidade de se evitar enriquecimento sem causa tanto por parte da Administração Pública, em razão da aquisição de bens por valor inferior ao devido, quanto do concessionário, em razão do recebimento por mais de uma vez de valores de amortização e depreciação do investimento realizado. Sobre o tema,

confira-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 90.

⁴⁷ STRINGHINI, Adriano Candido. Reestruturação de redes de infra-estrutura: a servidão administrativa como instrumento hábil para a promoção da concorrência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI, Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59.

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*, f. 117-119.

⁴⁹ Dentre outros, CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 3, p. 335-336; e LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1939. p. 61 *et seq.*

⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*, p. 130.

⁵¹ Em conformidade com o disposto no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, somente atividades de utilidade pública justificam a realização de desapropriações e a instituição de servidões administrativas, o que é conceito amplo que não inclui somente serviços públicos, mas diversas outras atividades de interesse coletivo, tal como se depreende da lista exemplificativa do artigo 5º de referido Decreto-Lei. Neste sentido, confira-se: FAGUNDES, Miguel Seabra *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 49-51.

⁵² Ainda seguindo as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto, a reversão opera uma transferência de titularidade do bem essencial à exploração de uma determinada atividade do delegatário para o poder público ou para o novo delegatário que o sucede. Durante a vigência da delegação, o bem é privado sob o prisma da titularidade, mas público do prisma da função, fazendo com que sobre recaia regime jurídico distinto dos bens privados genericamente considerados, conquanto sempre recairá sobre eles uma afetação a uma atividade pública. Cf. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*, p. 196-202.

⁵³ Às instalações de transporte de gás natural é plenamente aplicável a teoria das instalações essenciais (ou *essential facilities doctrine*), desenvolvida no Direito anglo-saxão para as instalações que devem ser compartilhadas entre seu titular e outros interessados no acesso. Considerando que este tema foi objeto de extensa análise em estudo anterior, não nos deteremos excessivamente na teoria em comento. Sobre o tema, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de; RHEIN SCHIRATO Vitor. Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural, p. 41-46.

⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos*

jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

⁵⁶ Em consonância com as definições constantes do artigo 2º da Lei nº 11.909/2009, a contratação firme é aquela realizada por longo prazo, que tem preferência sobre as demais; a contratação interruptível é aquela que não é celebrada em condições firmes sobre capacidade ociosa e que poderá ser restringida na hipótese de contratação firme; e a contratação extraordinária é aquela que recai sobre capacidade disponível e que não é realizada em condições firmes.

⁵⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 375; e STRINGHINI, Adriano Candido. Reestruturação de redes de infra-estrutura: a servidão administrativa como instrumento hábil para a promoção da concorrência, p. 81.

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Compartilhamento de infra-estruturas por concessionários de serviços públicos: disciplina e natureza jurídica. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*, p. 120 et seq.

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

⁶⁰ Mesmo é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, cf. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*, f. 469.

⁶¹ Valendo-nos da lição de Luís S. Cabral de Moncada, "eficácia é um verdadeiro princípio jurídico de que resulta para a Administração um dever positivo de actuação que vai ter em conta os resultados da actividade exercida" (Cf. *Direito público e eficácia*. In: MONCADA, Luís S. de Cabral. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 171).

⁶² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 138.

⁶³ Neste sentido, confira-se o conceito amplo de regulação citado por Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual todo conjunto de atividades estatais destinadas a evitar lesões dos interesses sociais e a promover os objetivos socialmente aceitáveis seriam formas de regulação, o que incluiria até mesmo o planejamento do setor, que fica excluído da noção de regulação aqui empregada. Cf. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

⁶⁴ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 14-15.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77, 78.

⁶⁶ Neste sentido, confira-se: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als*

Ordnungsidee. 2. Aufl. Heidelberg: Springer, 2006. p. 139, bem como DANWITZ, Thomas von. *Was ist eigentlich Regulierung?* Die Öffentliche Verwaltung, n. 23, Dez. 2004, Stuttgart: Kohlhammer, p. 985.

⁶⁷ Como muito propriamente mencionar Alberto B. Bianchi, "o ente regulador, do ponto de vista de suas competências, se comporta como um microcosmos jurídico, é como um Estado dentro do Estado, na medida em que pode exercer as três faculdades típicas, bem no marco da atividade regulada" (La potestad reglamentaria de los entes reguladores. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Santiago, n. 16, p. 79, ene./jun. 2006, tradução nossa).

⁶⁸ Deslegalização, conforme definição emanada da doutrina italiana, pode ser definida como a "transferência da disciplina normativa de uma determinada matéria ou atividade da sede legislativa para a sede regulamentar" e tem lugar por conta da "exigência de descongestionar a atividade do órgão legislativo subtraindo desse uma série de matérias que, em razão de suas características, não devem ser incluídas na fase de elaboração de intensa mediação das mais diversas forças políticas" (Cf. COCOZZA, Vincenzo. *La delegificazione*. 4ª ed. Nápoles: Jovane, 2005. p. 55, 56, tradução nossa).

⁶⁹ Vide RHEIN SCHIRATO, Vitor. *As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 469 et seq.

⁷⁰ Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, Jorge. Entre a propriedade e o acesso: a questão das infra-estruturas essenciais. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão *Concorrência: estudos*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 66.

⁷¹ Acerca do cabimento da regulação sobre o aproveitamento de bens escassos, confira-se ORTIZ. *Principios de derecho público económico*, p. 655.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 48.

⁷³ Sobre a distinção de referidas categorias de instrumentos regulatórios, confira-se: RÖGER, Rolf. *Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als zukunftiger Energiemarktgulierer*. Die Öffentliche Verwaltung n. 24, Dez. 2004, Stuttgart: Kohlhammer, p. 1.030.

⁷⁴ JUST, Christoph. *Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft*, Recht der Energiewirtschaft n. 3/2004, März 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 65. (Tradução nossa)

⁷⁵ Cf. HAUCAP, Justus; KRUSE, Jörn. *Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für Netzgebundene Industrien*, Wirtschaft und Wettbewerb n. 3/2004, März 2004, Düsseldorf: Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, p. 267-268.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de; RHEIN SCHIRATO, Vitor. Algumas considerações sobre a regulação no setor de gás natural, p. 51.

⁷⁷ Interessante mencionar que o regime anteriormente vigente previa também a necessidade de realização de procedimento público, denominado Concurso Público de Alocação de Capacidade (CPAC), conforme disposto na Resolução ANP 27/2006, o qual era supostamente mais simples do que o atual regime.

⁷⁸ No Direito Comunitário Europeu, os órgãos reguladores são responsáveis por aprovar as tarifas ou, no mínimo, sua metodologia de cálculo, em sistema distinto do procedimento licitatório adotado pela Lei nº 11.909/2009 (itens 2 e 3 do artigo 25º da Diretiva 203/55/CE).

⁷⁹ A corroborar o argumento, vide a possibilidade de adoção de parcerias público-privadas para a construção de instalações de transporte de gás natural, nos termos do §2º do artigo 4º da Lei nº 11.909/2009.

⁸⁰ Cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58-64.

⁸¹ Cabe aqui breve menção à distinção entre finalidades do Estado, objetivos do Estado, funções do Estado, competências e obrigações públicas. As finalidades do Estado referem-se aos ideais do Estado e sua função na construção da teoria geral do Estado. Objetivos do Estado têm caráter normativo e são aqueles impostos pela Ordem Jurídica ao Estado. Funções do Estado são as formas de manifestação do poder do Estado. As competências do Estado são as autorizações ou determinações que a Ordem Jurídica impõe ao Estado para que este atue. E, por fim, as obrigações públicas são atividades que a Ordem Jurídica determina que sejam realizadas ou garantidas pelo Estado. Cf. KUXENKO, Michael. *Umweltverträgliche Energieversorgung: Analyse eines Gesetzeszweck im Energiewirtschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 162-169. Transpondo essas considerações ao caso em análise, tem-se que tanto os serviços públicos quanto o monopólio da indústria do petróleo e do gás natural são atividade incluídas nas obrigações do Estado, o que justifica o entendimento da mesma natureza jurídica para a remuneração de ambas as atividades.

⁸² STAEBE, Erik. *Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)*, Deutsches Verwaltungsblatt n. 7/2004, 15 Juli 2004, Colônia: Carl Heymanns, p. 855. (Tradução nossa)

⁸³ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 56.

⁸⁴ Cf. STAEBE, Erik. *Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)*, p. 856.

⁸⁵ No setor elétrico, a desverticalização existe com relação às atividades de geração e distribuição, de tal forma que uma mesma pessoa jurídica possa exercer sem óbices jurídicos as atividades de transmissão e geração de energia elétrica, tal como se depreende da Lei nº 10.848, de 15 de maio de 2004, que alterou o §5º do artigo 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. A razão para tanto é o grau de regulação existente no acesso às linhas de transmissão que é consideravelmente elevado, dispensando a segregação jurídica de atividades.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE* Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 17 mar. 2018.