

O PAPEL DA HERMENÊUTICA COMO INSTRUMENTO PARA DISTINÇÃO ENTRE GASODUTOS DE TRANSPORTE E DE TRANSFERÊNCIA NA LEI DO PETRÓLEO

Fábio Augusto de Castro Cavalcanti Montanha Leite¹

RESUMO

A distinção entre os dutos de transporte e de transferência se verifica carente de uma clara discriminação legal por parte da legislação específica, fato esse perfeitamente constatável na existência de apenas um artigo tratando da questão na Lei nº 9.478/97. Saber quem poderá ser o beneficiário do duto, neste contexto, representa um importante fator para evitar maior concentração econômica do mercado, posto que apenas nos dutos de transporte podem haver novos agentes econômicos, logo, na hipótese de existirem dutos de transferência que gerem um interesse econômico não apenas para seu proprietário, mas também a terceiros, necessário se fará a sua reclassificação.

Palavras-chave: dutos de transporte; dutos de transferência; gás natural canalizado.

1.DA NOVA CONFIGURAÇÃO JURÍDICA RELATIVA À INDÚSTRIA DE REDE NO ÂMBITO DOS GASODUTOS

O estudo do regramento jurídico dos dutos de transporte e de transferência de gás-natural, no Brasil, só passou a ter relevância discursiva a partir da flexibilização do monopólio estatal do petróleo, com a Emenda Constitucional nº 09/95, haja vista que, antes disso, tais atividades se encontravam plenamente, de fato e de direito, sob o controle monopolístico da Petrobrás.

A possibilidade de entrada de novos agentes econômicos, portanto, se verificava totalmente inviável, pois simplesmente não havia concorrência no mercado de transporte, doravante, até mesmo a discussão relativa à discriminação dos dutos terminou sendo deixada de lado.

Tal fato, todavia, sofreu verdadeira inversão com a flexibilização do monopólio estatal e a criação da Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, posto que

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural, PRH-ANP/MCT n.º 36 da UFRN, Advogado.

a partir de então tornou-se possível, juridicamente, a entrada de outros concorrentes, terceiros interessados na utilização da malha dutoviária já existente.

O objetivo do presente trabalho é o de esclarecer a importância da discriminação dos dutos de transporte e de transferência num contexto de livre mercado, posto que, em face das características únicas do sistema de transporte (*lato sensu*) de gás natural tubular, que é essencialmente uma indústria de rede, ou seja, cuja maior interligação é a garantidora da redução dos custos e ampliação dos lucros, não se tem por viável uma concorrência entre tubulações de distintas empresas, logo, a competição se verificará na infra-estrutura já existente, fato este que implica uma necessária discriminação de conceitos, de prerrogativas relativas aos mesmos para seus utentes e da forma como o direito será aplicável para a solução de eventuais conflitos.

Em face de não haver ainda uma normatização específica para a solução do caso em questão, que é a forma de distinção dos gasodutos, posto que os conceitos existentes na lei do petróleo se apresentam insuficientes, tal esclarecimento deve ser feito pelo ente responsável para a regulação do setor, qual seja, a ANP (que ainda não publicou portaria que esclarecesse definitivamente tal questão, a exceção da Resolução nº 27/2005, que regulamenta o acesso às instalações de transporte dutoviário).

O papel da agência assume relevo nessa configuração jurídica do mercado em tela quando, com base na nova moldura de Estado que se procurou adotar na década de 90, a partir das emendas constitucionais² nº 05, 06, 09 e o processo de privatização (Lei nº 8.031/90), passou-se a preconizar uma forma de intervenção indireta, por meio de entes reguladores, cujo critério para normalização dos setores antes afetos à intervenção direta passou a ser feito através de regramentos normativos estritamente técnicos e de célere produção, num flagrante processo de deslegalização (trata-se, portanto, de abrir a possibilidade para que quaisquer outras fontes normativas emitidas por um determinado ente passem a ter competência para regular certo setor por meio de atos próprios).

O regramento, portanto, não se dará mais por meio de legislação ordinária, mas, com base nos parâmetros gerais estabelecidos na mesma, através de atos infranormativos (portarias e resoluções), que deverão seguir os princípios constitucionais e leis afetas ao caso em

² Com a emenda nº 05 foi flexibilizado o monopólio estatal para a exploração dos serviços de gás canalizado por empresas privadas; com a emenda nº 06 foram suprimidas as restrições ao capital estrangeiro; a emenda nº 09 flexibilizou o monopólio estatal do petróleo e o programa nacional de desestatização buscou mudar o papel do Estado na própria economia, reduzindo os custos com a intervenção direta e mudando o enfoque para uma atuação de mero gestor da eficiência econômica.

questão, no sentido de garantir eficiência econômica onde as forças de mercado não possam fazê-lo.

Conforme se mostrará adiante, a obediência aos princípios constitucionais e à própria legislação que prevê a deslegalização, se apresenta como um requisito interpretativo básico para a normalização por meio de portarias e resoluções, as quais, apesar de estarem imiscuídas de um caráter notadamente técnico, ainda assim precisam refletir o conteúdo da norma superior que lhes garante legitimidade, pois “tanto o princípio quanto a lei exigem que o ato administrativo lhes respeite os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção e realizem o seu mesmo espírito³”.

O papel da hermenêutica, neste contexto, se apresenta deveras claro, pois, conforme o dizer de Carlos Maximiliano⁴, “esta visa o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”, logo, analisar o conjunto de disposições jurídicas relativas ao caso em questão, bem como os princípios diretamente implicáveis em função do regime jurídico adotado (se de direito público ou de direito privado, bem como as especializações existentes dentro destes dois ramos do direito, em especial o direito econômico, que congrega normas das duas categorias), garantirá o norte interpretativo para a concretização dos textos normativos no plano fático.

1.1. O mercado interligado do gás natural

O mercado de comercialização de gás natural possui características intrinsecamente distintas do petróleo cru e seus demais derivados, posto que, como não pode ser armazenado (ou em face dos altos custos para tal procedimento) após sua produção⁵, ou é consumido pela indústria, ou é simplesmente queimado em *flares*, ou seja, neste último caso termina sendo claramente desperdiçado.

A forma de comercialização do mesmo assume elementos peculiares, haja vista que, como não é viável seu armazenamento, seu transporte há de ser feito diretamente aos estabelecimentos consumidores, fato este que se dá por meio dos comumente chamados “gasodutos”, que nada mais são que uma denominação genérica para os dutos de transporte e de transferência de tal mercadoria.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 287.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4.

⁵ Lei nº 9.478/97, art. 6º, XVI: Lavra ou produção: conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou *gás natural* de uma jazida e de preparo para sua movimentação.

Por se tratar de uma forma de comercialização altamente custosa, haja vista o impacto ambiental na instalação dos dutos, gastos com desapropriações, manutenção e a grande distância dos mercados consumidores, a malha dutoviária se enquadra entre as chamadas “indústrias de rede⁶”, tal qual aquelas existentes para a energia elétrica, por se tratar de um investimento rentável apenas quando altamente difundido e interligado, fato este que inibe, necessariamente, investimentos de agentes econômicos em infra-estrutura distinta.

É, portanto, um mercado onde potencialmente podem haver inúmeros concorrentes, porém todos concentrados numa única estrutura de comercialização, fato este que demanda, para o agente regulador, um elevado grau de especialização para a prevenção de atos atentatórios aos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência, corolários da nova ordem econômica e financeira nacional, bem como do desestímulo à realização de novos investimentos na ampliação da malha existente, haja vista até o presente momento a Petrobrás ter se encarregado de tal fardo de forma quase que exclusiva, sendo, entretanto, obrigada a garantir o livre-acesso a terceiros interessados na comercialização do gás natural.

2.DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E A RELEVÂNCIA DA OBSERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NOVA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

A lei do petróleo disciplina o transporte de gás natural em seu capítulo VII, mais especificamente nos artigos 58 e 59, quando, de forma altamente resumida, trata da possibilidade de acesso a qualquer interessado no uso dos dutos de transporte e da reclassificação dos dutos caso haja comprovado interesse de terceiros.

Logo, duas importantes considerações podem ser extraídas, quais sejam, a da existência do chamado *open access*, ou “livre acesso⁷”, para tais dutos, em benefício de terceiros

⁶ Entende-se por indústria de rede aquela para cujo escoamento de sua mercadoria dependa de uma infra-estrutura previamente instalada, a qual, no caso do gás natural, são os dutos por onde o mesmo é escoado, desde a refinaria até as distribuidoras e destas aos consumidores finais. São ambientes que forcem a negociação entre os interessados, posto que para o ingresso nas mesmas é necessário possuir compatibilidade de tecnologias. Segundo Calixto Salomão Filho, por proporcionarem retornos crescentes de escala, constituem uma nova hipótese de monopólio natural, pois quanto maior o número de usuários, maior será a utilidade do produto para o usuário seguintes e, portanto, maior a facilidade e a lucratividade da venda sucessiva. Quanto maior a produção, mais fácil a venda de uma unidade adicional do produto. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As condutas*. P. 191.)

⁷ O livre acesso deve existir sempre que for inviável economicamente a duplicação do bem em poder do monopolista e quando ele se mostrar indispensável para o ingresso no mercado de novos agentes econômicos (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**, p. 40).

interessados e do fato que apenas os dutos de transporte se encontram sujeitos a tal prática, daí a curial relevância da discriminação entre ambos.

Referida discriminação, todavia, não se dá de forma clara e precisa, sendo, ainda realizada por meio de atos infranormativos (portarias técnicas e resoluções) emitidos pela própria agência reguladora competente, qual seja, a ANP.

O uso de tais atos administrativos por parte da agência para regular (e não regulamentar)⁸ esse mercado, a despeito da discussão relacionada ao poder normativo conferido a esses novos órgãos da Administração Pública, se verifica como uma prática cada vez mais comum, consolidada e referendada pelo modelo internacional adotado, o qual preconiza a celeridade e especialização no controle dos mercados privados tidos como de alta relevância para a nação⁹.

A ANP procurou normatizar as atividades relativas aos condutos de gás natural por meio de portarias administrativas, como a de número 170/1998, que visa “estabelecer a regulamentação para a construção, a ampliação e a operação de instalações de transporte ou de transferência de petróleo, seus derivados, gás natural, inclusive liqüefeito, biodiesel e misturas óleo diesel/biodiesel”.

Tais instrumentos, além de ágeis no tocante à elaboração, se comparados ao procedimento legislativo ordinário, funcionam também como otimizadores de tempo e de qualidade, pois, teoricamente, serão isentos de pressões políticas e voltados inteiramente para a área que visem regular. Referidas normas se apresentam como opções administrativas, as quais, embora elaboradas com maior densidade técnica sobre um setor da economia previamente deslegalizado, não visam mais à aplicação de uma regra legislativa predefinida, mas à harmonização de interesses e valores contrapostos por meio da ponderação, que irá definir a nova normatização a ser adotada¹⁰.

Trata-se, doravante, da concretização do objetivo máximo do novo poder regulador conferido às agências, com a Constituição de 1988 e as emendas posteriores, voltadas à efetivação da nova postura político-econômica a ser obedecida em consonância com os princípios constitucionais da ordem econômica e financeira.

A observância de tais princípios constitucionais deve se verificar como o primeiro passo para a legitimação do poder normativo e regulador das agências reguladoras, e da forma como

⁸ A regulamentação é uma função política no exercício de impor regras secundárias, já a regulação é uma função administrativa, decorrente de uma abertura da lei. (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito regulatório*. p. 132.)

⁹ A regulação visa garantir eficiência econômica onde as forças de mercado não podem fazê-lo. (Idem. p. 136)

¹⁰ Ibidem. p. 114.

estes se concretizam na prática. Não se trata, neste momento, de estabelecer uma discussão retórica e de cunho meramente academicista acerca da constitucionalidade ou não dos textos normativos editados pelas agências, mas sim da legitimidade destes em função de sua fundamentação de base¹¹.

A despeito da intrínseca especialidade dos textos emitidos pelas agências, estes não podem, na raiz de teleologia, se distanciar dos princípios constitucionais que norteiam sua atividade econômica, logo, a busca do bem estar social e da eficiência na prestação dos serviços deverá sempre nortear a elaboração de qualquer texto normativo, por mais técnico e aparentemente distanciado do destinatário final, qual seja, a população em geral, bem como os próprios agentes econômicos envolvidos.

Os princípios gerais da atividade econômica, consubstanciados no artigo 170 da Carta Magna, estabelecem a observância não apenas de valores como a soberania nacional e a propriedade privada, mas também a livre iniciativa, livre concorrência e a função social da propriedade, sendo estes dois últimos que merecem maiores considerações para a temática ora em estudo.

No tocante ao princípio da função social da propriedade, este passa a refletir a novel ideologia constitucional adotada, devendo observar, neste tocante¹², uma *necessidade social* (função ideológico-analítica), um *consenso generalizado* (função de entendimento) e a *possibilidade de exigências comportamentais por parte de quem quer que seja de sua realização e sua satisfação* (função pragmática).

É no contexto desta função pragmática que se observará a questão do livre acesso aos dutos de transporte¹³, quando, em caso de capacidade ociosa, estes necessariamente terão de ser abertos à utilização para terceiros interessados, haja vista que tais dutos, quando de interesse geral, devem concretizar, também, a sua função social. A necessidade social que se verifica, portanto, se dá pela abertura do mercado à entrada de novos agentes (que irão contribuir para o Fisco, empregar mais pessoas, melhorando a situação econômica e social geral da região onde atuem), já o consenso generalizado se apresenta no livre acesso, pois é

¹¹ Segundo a doutrina dos poderes implícitos, na interpretação de um poder, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder, logo, toda vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo o poder particular necessário a efetivá-lo. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 473.)

¹² DE MORAES, José Diniz. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, pg. 20.

¹³ Os chamados “bens de acesso” formam uma categoria específica a requerer aplicação diferenciada do princípio da função social da propriedade (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As condutas**. p. 237.

entendimento comum e generalizado que a atividade de transporte de gás natural é um bem econômico (dotado de utilidade e escassez) imprescindível para a entrada no mercado de novos competidores. Por fim, a função pragmática, conforme acima mencionado, se dá pela conduta esperada do proprietário da *essential facility*, para agir conforme os ditames da legislação concorrencial e os princípios norteadores da mesma.

O desrespeito ao princípio da função social da propriedade, com efeito, representa um ato muito mais grave que a violação de uma outra norma qualquer, posto que “a desatenção a um princípio implica numa ofensa a todo um sistema de comandos, e não apenas a um único mandamento obrigatório¹⁴”. Doravante, a despeito da parca regulamentação infra-normativa acerca da forma como se deva dar o processo de participação de terceiros (agora prevista na Resolução nº 27/2005 da ANP), este necessariamente haverá de ocorrer, em observância à forma de interpretação adotada ao princípio constitucional supracitado.

Já em relação ao princípio constitucional da livre-concorrência, que é uma extensão lógica da livre iniciativa, a existir somente quando se encontrem concorrentes no mercado (fato este que só pode haver quando há a livre iniciativa para eles poderem ingressar no mesmo), seu estudo necessariamente haverá de ser direcionado à forma de convivência entre os agentes econômicos interessados na utilização dos dutos de transporte, haja vista a possibilidade de livre acesso, bem como na avaliação das conseqüências de tal ação, em face do risco do desinteresse na ampliação de investimentos na infra-estrutura já existente, na contraprestação a ser paga pela utilização e da existência ou não de barreiras à entrada para os novos agentes econômicos (burocracia excessiva, assimetria de informações, lentidão, incompatibilidade de tecnologias, etc).

Nesta linha de entendimento, toda e qualquer legislação infraconstitucional haverá de se submeter a esses princípios, não podendo se afastar de tais cânones por qualquer razão política ou econômica, pois a relativização dos mesmos, com base na justificativa comumente utilizada da governabilidade, foi o que se apresentou como de mais pernicioso para a consolidação da Constituição, na qualidade de texto normativo máximo, sendo, ao contrário, constantemente modificada por ela (observe-se a quantidade de emendas constitucionais até então existentes), fato este que contribuiu para a perda do seu poder normativo e, conseqüentemente, na possibilidade de um afrouxamento dos textos normativos direta e indiretamente subordinados, como as portarias e resoluções emitidas pelas agências reguladoras.

¹⁴ Idem, p. 25.

A relevância na observância de tais princípios constitucionais, portanto, é uma consequência direta da constatação da Constituição como um instrumento de mudança social, capaz de influir positivamente na sociedade para operar-lhe transformações, fato este que não pode passar despercebido, especialmente, pelos entes públicos, que devem ser os primeiros a dar o exemplo de uma conduta condizente com a Carta Magna.

3.A LACUNA NORMATIVA E O PAPEL DA HERMENÊUTICA PARA A SOLUÇÃO DA DISTINÇÃO EM ESTUDO

Opera-se no Brasil, com a tentativa de consolidação do modelo regulador de Estado Nacional, uma incisiva pauta de desregulamentação de diversos setores econômicos¹⁵. Esse processo de desregulamentação, consolidado por meio das privatizações, do programa nacional de desestatização, e das próprias emendas constitucionais, notadamente a de nº 09/95 (no caso do petróleo), resultaram, paradoxalmente, numa proliferação de regramentos administrativos por parte das novas agências reguladoras.

Essa nova normatização¹⁶, livre das amarras políticas e eleitorais dos Poderes Legislativo e Executivo, em face, também, da ausência de responsabilização eleitoral direta por parte dos diretores das agências, contribuiu para um obscuro exacerbamento das normas destinadas a regular as atividades econômicas envolvidas, fato este que apenas as pessoas operantes nos setores em questão são capazes de constatar.

O risco de excessos se verifica patente, seja pela possibilidade de uma legislação tendenciosa, consubstanciada na possibilidade de captura da agência por parte dos setores regulados, seja pela assimetria de informações existente, haja vista a notória carência de infraestrutura logística por parte dos órgãos reguladores em exercer, de forma contínua e eficiente, o seu papel fiscalizador, o que termina por deixá-lo a mercê dos entes regulados, melhores capacitados e estruturados a atuar no setor econômico.

¹⁵ A chamada “reforma do Estado”, operada, também, pela criação dos entes reguladores, tem em vista garantir os fins almejados na própria Constituição e que, no período intervencionista, não se conseguiu alcançar. As agências visam, portanto, garantir a maior eficiência econômica possível do mercado sem que este sofra, tal qual no período liberal, deturpações decorrentes das eventuais falhas econômicas existentes (concorrência desleal, concentrações, monopólios e oligopólios, cartéis, externalidades, custos de transação, etc).

¹⁶ Segundo Leila Cuéllar, a competência normativa conferida às agências reguladoras pelos diplomas kegalis que as instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições. (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. p. 64)

A hermenêutica jurídica entra nesse contexto jurídico desolador para servir como uma alternativa para a prevenção de arbitrariedades, posto que, tal como leciona Carlos Maximiliano¹⁷:

A interpretação é útil porque explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa obscuridades e falta de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base.

Eis a utilidade do intérprete. Ora, se o próprio texto normativo gerado pelo Poder Legislativo não pode ser tido como um modelo pronto e acabado de perfeição, quiçá dos textos elaborados sem a preocupação com o reflexo político dos mesmos, posto que, a despeito da especialidade técnica, esta não deixa de refletir a ideologia de seus elaboradores, pois foi criada, também, por pessoas, e não por máquinas impessoais e insensíveis à realidade circundante.

Quanto mais obscura for a legislação aplicável, portanto, mais importante a atuação da hermenêutica para enquadrar as falhas e omissões dentro da legitimidade democrática.

3.1. A competência constitucional como elemento auxiliar na solução do entrave normativo

Já foi afirmado previamente que existe, no tocante à questão dos dutos de transporte e de transferência, uma patente lacuna legal no tocante ao seu detalhado regime jurídico.

Um estudo hermenêutico sistemático, porém, não pode levar em consideração, ao analisar um instituto jurídico, apenas o seu regramento legal infra-constitucional, pelo contrário, deve pautar a pesquisa, inicialmente, na própria Constituição Federal, pois através dela é que se poderá traçar o delineamento interpretativo mais adequado à solução do caso concreto.

Sendo o escopo do presente estudo a discriminação de funções entre os dutos de transporte e de transferência, uma das formas de realizar tal ação é por meio da análise das competências envolvidas, especialmente no tocante ao livre acesso aos dutos de transporte, haja vista tal fato não poder ocorrer com relação aos de transferência.

A Constituição Federal disciplina a atividade de transporte, genericamente, no seu artigo 22, XI, tratando o mesmo como de competência privativa da União e, mais

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 14.

especificamente, no setor petróleo, trata tal atividade como monopólio federal¹⁸, tratando de especificar, no tocante ao gás natural, que o monopólio independerá de qualquer origem do mesmo (ou seja, tanto nacional, quanto estrangeiro).

Note-se que a terminologia “transporte” foi usada genericamente, sem especificar em que momento da transição, da refinaria à distribuidora, ela se daria. Tal fato foi detalhado no artigo 25¹⁹, que garantiu aos Estados a exclusividade na exploração local de gás canalizado e, desta forma, estabeleceu a primeira distinção a ser considerada para efeito de separação do regime jurídico que ora se procura traçar.

Porém, onde então se iniciará a distribuição e terminará a atividade de transporte? Onde se inicia o transporte e termina a transferência? Há de se ter em vista que o transporte dos derivados de petróleo, incluídos aí o gás canalizado via gasodutos, deve ser uma atividade de interesse geral para os agentes econômicos, nos termos da definição trazida pela lei nº 9.478/97²⁰, a qual apenas realiza tal conceituação afirmando se tratar de uma forma de “movimentação” em meio ou percurso considerado de interesse geral.

Grande parte da querela existente acerca dos dutos de transporte se dá pelo fato de não existir uma maior clareza acerca do que seja esse “interesse geral”. Impõe ressaltar que tal fato, longe de encontrar uma discriminação plenamente legal, se verifica como algo constatável mais concretamente na práxis, ou seja, será a atuação do intérprete, junto ao caso concreto, que poderá trazer maiores considerações.

Longe de se querer excluir essa discussão, interessa verificar até que ponto a normatização existente poderá auxiliar na atividade interpretativa, sem se correr o risco de imposição de barreiras à entrada ilegais por parte da proprietária dos dutos de transporte, ou também, sem se imiscuir na propriedade dos dutos de transferência ou de distribuição, que são exclusivos da proprietária (refinaria) e dos Estados, respectivamente.

Para a atividade de distribuição, importa ressaltar a discriminação realizada, também, na lei nº 9.478/97, que no mesmo artigo sexto²¹ realiza a diferenciação, fazendo uma correlação

¹⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União:...

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, *bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem*; (grifos nossos)

¹⁹ Art. 25§ 2º - *Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado*, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (grifos nossos)

²⁰ Art. 6º.

VII - *Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral*; (grifos nossos)

²¹ Art. 6º.

entre a prestação de um serviço (comercialização de gás canalizado), prestado monopolisticamente pelos Estados (no interior de seus territórios), junto aos usuários finais do mesmo.

Ressalte-se, portanto, que o fato da distribuição ter de se dar junto aos usuários finais do serviço de gás canalizado já representa importante distinção, que, associada à convenção da utilização do *city-gate*²², facilitou ainda mais a atividade do intérprete quanto à discriminação dos dutos de transporte e, conseqüente, sobre quem caberá a regulação (se a União, pela ANP, por meio de autorizações, ou os Estados, via contratos de concessão).

O fato da regulação se dar pela ANP já denota, implicitamente, que se está discutindo, *a priori*, a atividade de transporte de gás canalizado, posto ser matéria constitucionalmente determinada. Neste contexto, eventuais discussões acerca da competência e da natureza jurídica do duto, se de transporte ou de distribuição, passarão para a seara do “interesse geral” e da existência, ou não, de um usuário final diretamente ligado na cadeia, logo, neste tocante, os requisitos básicos para a atividade de interpretação estão claros, ficando pendente, apenas, o esclarecimento do já citado e vago conceito de “interesse geral”, o que pode ser feito pela análise do mercado relevante em questão e dos agentes e destinatários envolvidos, bem como suas localizações em todo o seguimento a ser observado.

4.0 MERCADO DE GÁS NATURAL CANALIZADO E A LOCALIZAÇÃO DOS DUTOS DE TRANSPORTE E DE TRANSFERÊNCIA

A estrutura existente de gás canalizado no Brasil compreende uma malha de dutos de transporte de aproximadamente 5.407 km de extensão, bem como de 2.233 km em matéria de dutos de transferência, o que totaliza uma média, em valores datados de 2004, de 7.640 km de gasodutos²³. As instalações de transporte são utilizadas pelos chamados transportadores - os

XXII - Distribuição de Gás Canalizado: *serviços locais* de comercialização de gás canalizado, *junto aos usuários finais*, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal; (grifos nossos)

²² Trata-se de uma estação de transferência de custódia do gás natural, segundo a terminologia utilizada na indústria, que visa transferir a propriedade do gás natural para a concessionária estadual. De acordo com parecer da Secretaria de Direito Econômico – SDE, de nº 08000.021008/97-91, esta estabelece como marco para o início da distribuição de gás o transporte feito a partir do *city-gate*.

²³ SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2004). **COMPROMISSOS EXISTENTES AO LONGO DA CADEIA DE GÁS NATURAL: CONTRATOS DE TRANSPORTE (versão preliminar)**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 006/2004., p. 4, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.

operadores dos gasodutos - e os carregadores – que são os contratantes de capacidade de transporte.

O mercado relevante do gás natural, todavia, não se resume à atividade de transporte, posto que se inicia com a exploração do produto, ainda tipo como um mero derivado do petróleo (haja vista sua produção se dar, geralmente, de forma associada), passando pela sua produção, transporte, distribuição e comercialização. Trata-se, conforme assinalado previamente, de uma indústria de rede, composta de atividades distintas, porém totalmente complementares, onde em determinados setores é possível a entrada de novos agentes, porém em outros a livre concorrência se verifica obstada em face dos altos custos de investimento (sunk costs²⁴, ou custos irrecuperáveis) e do grau de retorno esperado, o que caracteriza a existência de um monopólio natural²⁵.

O escopo da atividade regulatória da ANP, neste contexto, é o de maximizar a eficiência nos mercados onde ela atua, ou seja, na exploração, produção e transporte (haja vista que a distribuição e comercialização configuram competência exclusiva dos Estados-membros, por força do artigo 25 da CF), posto que o objetivo central da própria regulação não é a concorrência, mas sim a maior eficiência produtiva do mercado (fato este que pode se dar por meio de vários, poucos, ou apenas um agente econômico).

No âmbito do transporte, a ANP procura regular sua atividade através da Portaria nº 170/98, que apresenta os requisitos necessários, bem como todos os documentos que devem ser enviados à agência para obtenção de autorização para instalação de dutos.

Segundo tal portaria (art. 1º, §1º), é possível designar como sendo uma instalação de transporte ou de transferência os “dutos, terminais terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, bem como unidades de liquefação de gás natural e de regaseificação de GNL”. No âmbito do transporte, procura restringir ainda mais a entrada de novos agentes ao estabelecer, como requisito básico, o fato de que a empresa interessada possua, no seu contrato social, exclusivamente, a atividade de construção e operação de instalações de transporte (art. 6º, caput). Essa diferenciação jurídica visa que o transportador atue de forma a garantir uma maior eficiência na sua prestação de serviço, o que significa uma constante e crescente ampliação na sua capacidade de transporte, sem a imposição de barreiras à entrada capazes de

²⁴ Tratam-se de custos irrecuperáveis que o agente econômico deverá incorrer caso decida cessar suas atividades em um determinado mercado (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 340.)

²⁵ O chamado monopólio natural se dá quando não é possível, em face das características do mercado relevante em questão, o mesmo comportar a existência de mais de um concorrente, haja vista os custos envolvidos e ganhos de escala esperados só poderem existir por meio de uma constante ampliação do próprio mercado, fato este que torna inviável sua divisão, pois aí os custos se tornariam maiores que os benefícios esperados.

reduzir o número de agentes interessados de modo a proteger o mercado dos seus acionistas (via reserva de mercado, restrição à concorrência, manutenção de altos preços para a utilização da infra-estrutura de transporte, etc)²⁶.

Esse requisito se dá pelo fato que a rede de transportes, regra geral, se verifica verticalmente integrada e em poder de uma única empresa, qual seja, a Petrobrás, doravante, buscando evitar os efeitos negativos advindos do monopólio exercido por esta empresa, procurou-se, na lei do petróleo, instalar salvaguardas de forma e evitar eventual abuso do poder econômico por parte da operadora (transportadora) proprietária dos gasodutos.

Trata-se de uma prática verificável até mesmo no exterior, pois a União Européia também preconiza essa separação jurídica, conforme é possível verificar na Diretiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual estabelece em seu artigo 9º regras comuns para o mercado interno de gás natural²⁷. Nesta, é possível constatar a busca por uma maior imparcialidade para a tomada de decisões das empresas transportadoras, ao se realizar a separação jurídica desta (quando vinculada a uma empresa verticalmente integrada), direcionando o seu foco de ação unicamente para atividades relativas ao transporte e excluindo a participação dos seus dirigentes na estrutura das outras empresas integradas.

A busca, portanto, de uma prestação de serviço imparcial e não discriminatória a eventuais concorrentes e agentes econômicos interessados em integrar o mercado de transporte do gás natural também se apresenta, na União Européia, como algo de primordial importância. Procura-se, desta maneira, garantir um acesso não discriminatório aos gasodutos (sem priorizar as empresas coligadas das transportadoras), de forma a conferir todas as informações necessárias para sua utilização por terceiros interessados de forma eficiente e, se

²⁶ SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCGANP (2002). **Panorama da indústria de gás natural no Brasil: aspectos regulatórios e desafios**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 033/2002, p. 7, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.

²⁷ Artigo 9º

Separação dos operadores das redes de transporte

1. No caso do operador da rede de transporte fazer parte de uma empresa verticalmente integrada, *deve ser independente, pelo menos no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões, das outras actividades não relacionadas com o transporte.*

Estas normas não criam a obrigação de separar a propriedade dos activos da rede de transporte da empresa verticalmente integrada.

2. A fim de assegurar a independência do operador da rede de transporte referido no n.º 1, são aplicáveis os seguintes critérios mínimos:

a) As pessoas responsáveis pela gestão do operador da rede de transporte *não podem participar nas estruturas da empresa de gás natural integrada* responsáveis, directa ou indirectamente, pela exploração diária da produção, distribuição e fornecimento de gás natural; (grifos estranhos). Fonte: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2003/l_176/l_17620030715pt00570078.pdf, acesso em 26/08/06.

necessário, estabelecendo tarifas padronizadas (com métodos de cálculo transparentes e amplamente divulgados) e previamente aprovadas pelo ente regulador.

Na Europa, todavia, não se verifica a peculiaridade da distinção entre dutos de transporte e de transferência como se dá no Brasil, fato este que dificulta uma análise comparada dos institutos e que remete a uma análise dogmática unicamente da legislação nacional. Neste sentido, como definir o que sejam dutos de transporte e de transferência? Analisar o mercado no qual ambos se inserem não garante a total compreensão dos mesmos, aliás, apenas compreendendo as características de tais dutos é que se poderá entender completamente a lógica que permeia o mercado onde ambos se encontram inseridos.

Sendo a normatização aplicável para tal mercado integralmente ao cabo da ANP e que esta, no uso de suas atribuições, ainda não chegou a esclarecer perfeitamente referida distinção, ainda existem, no plano fático, importantes discussões acerca da caracterização de tais dutos²⁸ (como no caso da reclassificação do gasoduto Atalaia-Fafen e Aratu-Camaçari).

No caso da lei do petróleo (nº 9.478/97), a distinção entre as atividades de transporte e transferência se dá unicamente pelo interesse na movimentação do bem²⁹, posto que ambas possuem a mesma função de base, qual seja, a “movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural”, logo, a diferenciação é de caráter subjetivo, a depender da conceituação que for dada ao chamado “interesse geral” constante no inciso VII, mas que não é esclarecida na citada norma, servindo, ainda assim, de elemento para uma posterior classificação dos gasodutos, pois será através da existência do mesmo que se poderá conceituar um duto como de transporte ou então realizar sua eventual reclassificação.

²⁸ De acordo com a Portaria nº 206/2004, a decisão em primeira instância no processo de reclassificação de gasodutos se encontra a cargo do superintendente da Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural - SCP/ANP.

²⁹ Art. 6º.

VII. Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de *interesse geral*;

VIII: Transferência: movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de *interesse específico e exclusivo* do proprietário ou explorador das facilidades (grifos estranhos).

Ao falar de “proprietário”, o inciso se refere ao *transportador* do bem e, quando utiliza a expressão “explorador das facilidades”, procura fazer referência ao chamado *carregador*, que é o titular do petróleo, derivados ou gás natural a ser transportado, As definições de transportador e carregador se encontram na Resolução nº 27/2005 da ANP, que assim estabelece:

Art. 2º. Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:

VII - Carregador: empresa ou consórcio de empresas contratante do serviço de transporte de gás natural junto ao Transportador;

XIX - Transportador: empresa ou consórcio de empresas autorizadas pela ANP a operar as Instalações de Transporte.

4.1. *O chamado interesse geral ou de terceiros.*

A lei do petróleo não entra em minúcias para detalhar o que viria a ser referido interesse, logo, estando presente tal lacuna, a atividade interpretativa se faz necessária para trazer a lume o sentido de fundo da expressão, o conteúdo que dela se espera, se, portanto, a mesma está fazendo referência a algum interesse público e, neste caso, tratar-se-ia de ser regida pelos princípios de direito administrativo, ou se é algo mais restrito, a ser submetida à normatização jusprivatista.

A definição do regime jurídico que submete tal noção, portanto, é essencial para se esclarecer como se dará sua interpretação, sob quais princípios gerais do direito deverá ser mais diretamente submetida (além daqueles referentes à ordem econômica e financeira estabelecidos na Carta Magna).

Outro não é o trabalho teórico do jurista, que, à vista de aplicações práticas, como se dá no presente caso, “resume-se e explica-se na tentativa de descobrir a *rationale* que congrega e unifica um complexo de cânones e normas”.³⁰

Esta necessidade, de determinar qual regime jurídico deve ser aplicável ao estudo dos conceitos, se verifica clara em razão do rigorismo científico que deve ser utilizado para a interpretação dos mesmos, sem correr o risco do uso de determinações extrajurídicas, o que, no âmbito do direito econômico, tal qual as normas ora estabelecidas possuem guarida, apresenta um risco constante, haja vista a tentadora possibilidade de avocação dos termos das ciências econômicas para a interpretação de enunciados jurídicos.

Trata-se de uma busca pela pureza conceitual que não pode ser posta de lado, pois, conforme defende Celso de Mello³¹:

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão-só na medida em que através deles aprisione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.

³¹ Idem. P. 78.

A interpretação, portanto, há de ser pautada segundo determinado regramento de princípios estabelecidos em função do regime jurídico aplicável para o instituto que se estuda, posto que não se limita apenas à norma, mas ao todo sistemático em que se inserem, tendo como início os escalões mais altos, consubstanciados nos princípios.

Trata-se, no dizer de Siches³², de “interpretar a norma segundo os resultados esperados”, posto que realizar a interpretação de um instituto fora do regime jurídico a que ele deva ser submetido, desconsiderando, também, a realidade para a qual o mesmo foi construído, se verifica um verdadeiro contra-senso, haja vista que, sendo o direito uma obra circunstancial, gerada pelas necessidades de uma época determinada, está ele destinado a produzir os efeitos nesta realidade que sejam queridos pelos seus criadores³³, logo, não se poderá interpretar, voltando ao caso em análise, o conceito de interesse geral fora do regime jurídico ao qual ele se encontre inserido, pois é neste arcabouço normativo que se poderá extrair os resultados finalísticos esperados quando da sua elaboração.

Importa verificar, doravante, o que vem a ser o referido interesse, no sentido de que seja possível diferenciar efetivamente um duto de transferência para um de transporte, posto que, em face da forma como se encontra interligada a malha dutoviária, a existência de dutos de transferência, quando na realidade estes poderiam ser reclassificados como sendo de transporte, significaria um abuso de poder econômico por parte dos proprietários (notadamente a Petrobrás), dada a já característica posição monopolística existente e a dificuldade natural de ingresso de novos agentes econômicos.

Convém salientar que a denominação utilizada pela lei nº 9.478/97 de interesse geral (art. 6º, VII), ou interesse de terceiros (art. 59, caput), não pode ser literalmente assimilada como sendo um interesse público, totalmente difuso, posto que, a despeito da importância do referido mercado para o desenvolvimento nacional, o ingresso no mesmo depende de qualidades únicas, de alta especialização e poder de investimento, doravante, apenas quem tiver a capacidade de cumprir com os requisitos estabelecidos na Portaria nº 170/98 é que poderá reclamar eventual interesse na utilização dos dutos.

³² SICHES, Luis Recaséns. **Introducción ao estudio del derecho**. p. 230

³³ Idem. p. 212

O citado interesse, importante ressaltar, deve estar relacionado à utilização direta do gasoduto³⁴, seja para a retirada de gás natural do mesmo, através dos *city-gates*, seja no seu transporte.

Dados os inúmeros questionamentos relativos à conceituação dos gasodutos, tendo em vista a forma pouca clara como se deu sua normatização, importantes lições podem ser extraídas de casos práticos, como o processo para reclassificação do gasoduto Aratu-Camaçari³⁵, no qual, conforme parecer emitido pela procuradoria da agência reguladora bahiana – AGERBA, procurou-se defini-los a partir da sua efetiva atribuição, ou seja, independente da denominação legal que se dê aos mesmos, esta haverá de observar o elemento fático e, com base neste, realizar as devidas adequações (através do processo de reclassificação)³⁶.

A destinação funcional do gasoduto se apresenta, portanto, como elemento essencial para a configuração da classificação do mesmo, porém, saber a quem ele serve e como serve, demanda a análise do já prolapado “interesse geral”, ou de “terceiros”, nos limites já traçados para o mesmo no presente estudo.

Em outro caso clássico de reclassificação, do gasoduto Atalaia-Fafen, é possível a constatação não apenas da forma como vem se dando a destinação funcional dos gasodutos, bem como se é tratado o interesse geral (ou de terceiros), servindo tal análise de paradigma para o processo de distinção ora buscado, especialmente em virtude de proceder do órgão responsável para a normatização do setor econômico.

No parecer final sobre a matéria, a ANP consignou que não existe qualquer diferenciação física ou técnica entre as atividades de transporte e de transferência, pois ambas servem para a movimentação de petróleo e derivados, tal qual disposto no art. 6º, VII e VIII, doravante, *a distinção passa a ser feita em face da destinação funcional do duto*, sobre a

³⁴ Nos termos da resolução nº 27/2005 da ANP, em seu art. 2º, XI, entende-se por interessado a empresa ou consórcio de empresas que solicita formalmente o serviço de transporte dutoviário de gás natural;

³⁵ SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE PETRÓLEO, SEUS DERIVADOS E GÁS NATURAL – SCM/ANP (2005). **Considerações finais acerca do processo de reclassificação do gasoduto Aratu-Camaçari como duto de transporte**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 007/2005. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06;

³⁶ (...) a classe a que pertence um gasoduto não se determina, em princípio, como parece evidente, a partir de características físicas (como diâmetro), nem operacionais (como pressão ou qualidade do gás), nem tampouco pela qualidade do gás contido nas tubulações. *A partir de uma interpretação conforme a Constituição Federal, um gasoduto deve ser classificado como de produção, de transporte, de distribuição ou de consumo, conquanto sirva para tais atividades.* (grifos pessoais)

forma como o mesmo é utilizado e para quem ele serve, nos termos da parte final do inciso VIII do art. 6º.

Os dutos de transferência, em relação ao aspecto fático, se caracterizam por levarem o gás da planta de produção até as unidade de tratamento e de processamento do gás natural, e destas unidades até os dutos de transporte. Logo, assim, como os referidos dutos se localizam, em regra, em áreas de propriedade do próprio produtor, tanto o meio (o próprio gasoduto), como o percurso (local por onde passa o duto), seriam de interesse específico e exclusivo do proprietário das instalações. Ou seja, para ser tratado como um duto de transferência, este só pode interessar economicamente a um único explorador das suas facilidades, posto que, a partir do momento em que ele se apresente viável economicamente para terceiros, deverá necessariamente ser reclassificado.

Já os dutos de transporte transcendem o domínio do produtor, atravessando diversos Municípios e Estados da Federação (até mesmo países, como no caso do Gásbol) até chegarem aos locais onde se dará a transferência de propriedade (para as distribuidoras estaduais), logo, todo o percurso do gasoduto de transporte, neste contexto, é tido como de interesse geral.

5.O ASPECTO MONOPOLÍSTICO DA REDE DE TRANSPORTES E O PAPEL DO DIREITO PARA A SUA MITIGAÇÃO

A malha dutoviária existente no país, em função dos custos para sua instalação e até mesmo pela demora na sua construção, se apresenta ainda como um monopólio natural de uma única empresa, qual seja, a Petrobras, a qual, apesar de ter sido obrigada a criar uma subsidiária para operar no setor de transportes (a Transpetro, no sentido de evitar uma verticalização ainda mais agressiva), no sentido de diminuir a verticalização já existente, bem como para evitar conflito de interesses entre a atividade de transporte e os outros segmentos da cadeia, a despeito da possibilidade de concorrência (via livre-acesso), esta (a concorrência) ainda não se apresenta como um fato digno de nota.

Dadas as características do referido mercado, às barreiras naturais à entrada no mesmo (já previamente assinaladas), bem como da inviabilidade de duplicação da rede (haja vista ser na maior interligação que o custo é dissolvido), o papel do direito para regular este setor, sem contribuir, negativamente, com a diminuição no interesse da realização de novos investimentos (realizados pela empresa monopolística), haja vista a possibilidade de utilização da capacidade ociosa para terceiros, é extremamente importante e visivelmente delicado.

O processo de conceituação de gasodutos, tal qual analisado previamente, longe de configurar uma mera tertúlia jurídica, possui relevância prática no contexto de um mercado monopolizado, posto que os dutos de transferência não podem ser utilizados por terceiros; doravante, se estes passam a ter na prática uma destinação nitidamente de transporte, então tem-se aí um exemplo claro de infração à ordem econômica, nos termos do art. 21, IV (limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado) e VI (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição), fato este que não pode ser deixado de lado.

A liberdade de concorrência, erigida na qualidade de princípio conformador da nova ordem econômica constitucional, apesar de não se tratar de uma cláusula pétrea, devendo ser mitigada quando necessário para a consecução de outras iniciativas para dar uma vida mais digna ao cidadão brasileiro³⁷, no âmbito da atividade ora em espeque e a despeito das dificuldades e potenciais conseqüências negativas que venha a ter, não pode ser completamente alijada.

Apesar de no âmbito do transporte ser verificável uma aparente inviabilidade concorrencial, em face das peculiaridades da atividade, esta não pode ser totalmente rechaçada de plano, posto que é previsão expressa da lei do petróleo o livre acesso a tais dutos (artigo 58, caput), logo, existe uma teleologia já vocacionada para a tentativa de inclusão da concorrência, mesmo que mitigada, no sentido de equilibrar o poder ainda discrepante e efetivamente notório da Petrobrás, fato este buscado pelo direito por intermédio do seu aspecto concorrencial e regulador.

Os direitos regulatório e concorrencial, em face da clara concentração econômica em dado setor do mercado relevante do gás natural (transporte), bem como da possibilidade clara de introdução de novos agentes econômicos nas áreas de comercialização, exploração e produção, se inserem como duas facetas de uma mesma moeda.

Em relação ao primeiro, ao tratar do monopólio natural existente, por não se verificar como interessante de ser desfigurado (dadas as características deste tipo de estrutura de mercado); já no caso do direito concorrencial, ao procurar garantir a liberdade de escolha do consumidor ao transportador que ele desejar, evitando que, em função da existência de uma única rede de dutos (mas com diversos fornecedores), estas ainda assim não se tornem instrumentos de dominação dos mercados.

³⁷ MARQUES, Fernando de Oliveira; MARTINS, Rogério Gandra de Oliveira (coord. Et alii). **Direito concorrencial. Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 206.

O papel da regulação (voltada para competição, ou regulação pró-concorrencial), portanto, no que tange ao monopólio natural, é o de regulá-lo de forma a evitar práticas tendentes ao abuso de posição dominante (art. 20, §2º, lei nº 8.884/94), tal qual aquelas constantes no artigo 21 da lei nº 8.884/94, que tenham como escopo obstaculizar a entrada de novos ou de determinados agentes econômicos (acesso discriminatório por meio de contratos diferenciados) à rede dutoviária de transportes já existente, bem como, ao proteger tal acesso (denominado de “livre acesso”), evitar que o mesmo configure um desestímulo na ampliação da malha.

Sendo as instalações de transporte de gás natural praticamente dominadas por uma única empresa e que, por se tratar de uma indústria de rede, o acesso à mesma necessariamente só pode ser feito pelas instalações já implantadas, é que se pode tratar referidas instalações como uma *essential facility*, jargão este utilizado na indústria para definir situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, onde a oferta de determinada mercadoria (gás natural canalizado) ou serviço (o transporte da mercadoria) não seria possível, ou até mesmo viável, sem o acesso ou o fornecimento do essencial³⁸.

Já a função do direito concorrencial, ao revés, é a de, dentro do contexto da entrada de novos participantes no uso dos dutos já existentes, garantir que os mesmos não passem a agir em conjunto, seja para expulsar outro agente, ou para agir na forma de um oligopólio.

O desenvolvimento do livre acesso serve, no caso do monopólio natural exercido pela Petrobrás, para flexibilizar o mesmo sem tornar a atividade inviável economicamente, pois os concorrentes poderão participar deste mercado, mas sempre com uma contrapartida necessária e sobre o uso de espaços ociosos nos dutos existentes.

Trata-se, neste caso, de uma concorrência forçada, que não é inerente ao mercado em questão, mas cuja existência faz-se necessária para evitar os efeitos maléficos da ocorrência de um setor econômico dominado exclusivamente por uma única empresa, como ainda de fato ocorre, mesmo que nesta ainda haja certa cota de participação do Poder Público.

O acesso às instalações de gasodutos, quando verificável o interesse de terceiros sobre as mesmas, há de caracterizar uma infra-estrutura de transporte, logo, o papel do intérprete, seja este um agente público ou não, será justamente o de, no caso concreto, quando houver discordância em relação à classificação do gasoduto, agir no sentido de comprovar referido interesse e, concomitantemente, garantir que a legislação concorrencial e setorial (elaborada pela ANP), sejam devidamente aplicadas.

³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40.

6. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DIRECTIVA 2003/55/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2003/l_176/l_17620030715pt00570078.pdf. Acesso em 26/08/06;

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

MARQUES, Fernando de Oliveira; MARTINS, Rogério Gandra de Oliveira (coord. Et alii). **Direito concorrencial. Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002;

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999;

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002;

Idem. **Direito concorrencial. As condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003;

SICHES, Luis Recaséns. *Introducion ao estudio del derecho.* México: Editora Porrúa S.A., 1972;

SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE PETRÓLEO, SEUS DERIVADOS E GÁS NATURAL – SCM/ANP (2005). **Considerações finais acerca do processo de reclassificação do gasoduto Aratu-Camaçari como duto de transporte.** Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 007/2005. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06;

SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2002). **Panorama da indústria de gás natural no Brasil: aspectos regulatórios e desafios.** Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 033/2002. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06;

Idem (2004). **Compromissos existentes ao longo da cadeia de gás natural: contratos de transporte (versão preliminar).** Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 006/2004. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.