

**ULHÔA CANTO, REZENDE E GUERRA**  
**ADVOGADOS**

**COMENTÁRIOS À MINUTA DE PORTARIA SOBRE LIVRE ACESSO**

Um dos principais objetivos do Governo Federal quando da edição da Lei nº 9.478, de 06.08.1997 (“Lei do Petróleo”), foi a criação de um marco regulatório para aumentar a participação do gás natural na matriz energética brasileira.

A Lei do Petróleo fixou os princípios e os objetivos da política energética brasileira, dentre os quais se destacam: (i) a livre concorrência; (ii) a proteção dos interesses dos consumidores em relação a preço, qualidade e oferta de petróleo e gás; (iii) o incremento da utilização do gás natural em bases econômicas; e (iv) a ampliação da competitividade do Brasil no mercado internacional.

A Lei do Petróleo delegou à Agência Nacional do Petróleo – ANP a prerrogativa de zelar pela aplicação destes princípios, sob pena de, não o fazendo, frustrar o desenvolvimento da política energética do País. Essa preocupação também se refletiu em outros dispositivos da Lei do Petróleo que atribuíram à ANP competência para implementar a política nacional para o setores de petróleo e gás natural, com ênfase na proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta de produtos.

Especificamente em relação ao transporte de gás natural, esses princípios e objetivos estão expressos no art. 58 da Lei do Petróleo, que faculta a qualquer carregador o acesso às instalações de transporte existentes ou a serem construídas, mediante remuneração adequada ao titular das instalações (“princípio do livre acesso”). O §1º do art. 58 prevê que a ANP arbitrará o valor e a forma de pagamento da remuneração pelo uso das instalações de transporte, se não houver acordo entre as partes. O §2º estabelece que a ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações de transporte para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima eficiência na utilização da capacidade de transporte.

Em 26.11.1998, a ANP baixou a Portaria nº 169, com o objetivo de regulamentar a aplicação do “princípio do livre acesso” previsto no art. 58 da Lei do Petróleo. Pelo modelo regulatório até então adotado pela ANP, a aplicação do livre acesso se manifestava sob dois aspectos distintos e complementares: (i) oferta de capacidade ociosa e disponível; e (ii) acesso à infraestrutura de transporte. A Portaria ANP nº 169 foi posteriormente revogada pela Portaria ANP nº 62, de 17.04.2001.

Em fevereiro de 2001, a ANP colocou em consulta pública nova minuta de portaria sobre o livre acesso, com as seguintes inovações: (i) a introdução do conceito de “concurso aberto” e a imposição de limites à participação no certame de carregadores com mais de 50% da capacidade contratada da instalação de transporte; (ii) o detalhamento dos critérios tarifários; (iii) a transparência das informações a serem apresentadas pelos transportadores; e (iv) a possibilidade da cessão de capacidade entre carregadores.

Em 22.06.2001, a ANP baixou a Portaria nº 98 para regular o “Manual do Concurso Aberto”, com o objetivo de detalhar as regras aplicáveis à expansão das instalações de transporte para atender ao Programa Prioritário de Termoelectricidade – PPT. A referida

Portaria ANP nº 98 manteve certas restrições à participação de carregadores que detivessem mais de 50% da capacidade contratada da instalação de transporte. O “concurso aberto” foi adiado por tempo indeterminado.

Em 11.09.2001, a ANP baixou a Portaria nº 254, que dispõe sobre o mecanismo de resolução de conflitos entre transportadores, carregadores e demais interessados.

Em agosto de 2002, a ANP colocou em consulta pública quatro minutas de portaria para regulamentar (i) a aplicação do princípio do livre acesso; (ii) o procedimento de cessão de capacidade de transporte; (iii) a determinação dos critérios tarifários e (iv) a transparência das informações sobre oferta de capacidade. Algumas regras merecem destaque: (i) a manutenção de certas restrições à participação no concurso aberto de carregadores que detivessem mais de 50% do total da capacidade de transporte; (ii) a padronização dos contratos de prestação de serviços de transporte de gás natural; e (iii) a desnecessidade de “concurso aberto” para operações de cessão de capacidade entre afiliadas ou por prazo inferior a 180 dias (“cessão temporária”).

Em 04.01.2003, a ANP editou a Portaria nº 01, que estabelece os procedimentos a serem adotados por transportadores e carregadores para o envio de informações ao mercado e à ANP.

Em novembro de 2003, a ANP colocou em consulta pública três minutas de portaria para regulamentar o livre acesso, a cessão de capacidade de transporte e os critérios tarifários. Destacam-se as seguintes regras: (i) o “concurso aberto” passou a ser denominado “concurso público de alocação de capacidade”; (ii) o prazo de operações envolvendo a “cessão temporária” de capacidade de transporte foi estendido para 02 anos; (iii) não há mais restrição à participação de carregadores no “concurso público de alocação de capacidade”; e (iv) foram incluídas limitações temporárias à aplicação do princípio do livre acesso a “novas instalações de transporte” ou a “mercados emergentes”.

Pelo exame das normas ora referidas depreende-se que a definição do marco regulatório para aplicação do livre acesso previsto no art. 58 da Lei do Petróleo passou por diversas fases, a saber: (i) a Portaria ANP nº 169/98 preconizou o acesso não discriminatório às instalações de transporte; (ii) com a revogação da Portaria ANP nº 169/98 em abril de 2001, foi criado um hiato regulatório que persiste até o momento; e (iii) entre abril de 2001 e novembro de 2003, as minutas de portaria colocadas em consulta pública pela ANP encamparam conceitos distintos no que se refere à aplicação do princípio do livre acesso, ora restringindo a participação de carregadores no concurso aberto, ora retirando do seu escopo de aplicação os “mercados emergentes” e as “novas instalações de transporte”.

Um dos mais importantes princípios que norteiam os investimentos no setor de infraestrutura é o da “estabilidade das regras” (“stability of the rules”). Por esse princípio, os investidores têm a garantia de que o marco regulatório que permitiu o aporte de recursos para projetos de infra-estrutura será mantido, independentemente de quaisquer mudanças. Em Direito Administrativo, a contrapartida do “princípio da estabilidade das regras” é o “princípio da segurança jurídica”, consagrado no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29.01.1989, que regula o processo administrativo no âmbito federal.

Os investimentos em infra-estrutura caracterizam-se por sua longa duração. No setor de infra-estrutura, a definição de regras claras e duradouras é de fundamental importância para mitigar os riscos inerentes aos projetos. A contratação de projetos com base em regras estabelecidas por normas infra-legais (que podem ser alteradas ou até mesmo revogadas a qualquer momento pela Administração Pública) é precária e não confere ao investidor a segurança jurídica necessária ao aporte de recursos. Daí a importância de que as diretrizes gerais para projetos de transporte estejam definidas em uma nova lei. A edição de uma nova “Lei do Gás” afastaria, ainda, possíveis questionamentos quanto à legitimidade de se criar restrições ao exercício de direito subjetivo através de norma infra-legal, em oposição ao princípio da reserva legal.

Finalmente, o exame do novo marco regulatório para o transporte de gás natural poderia ser feito em conjunto com os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em virtude dos reflexos que essa regulamentação poderá trazer para o mercado relevante. Essa foi, aliás, a principal tônica dos relatórios internacionais apresentados na “Conference on Cross-Border Gas Trade” promovida em Paris pela Agência Internacional de Energia, em março de 2002.

**PAULO VALOIS PIRES**