



Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis -
ANP

Superintendência de Infraestrutura e Movimentação

Nota Técnica nº 4/2020/SIM/ANP-RJ (Revisada)

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2020.

Assunto: Proposta de Minuta de Resolução que Trata dos Critérios de Independência e Autonomia dos Transportadores.

1. INTRODUÇÃO

1. A presente Nota Técnica tem o objetivo de apresentar os critérios de autonomia e de independência para o exercício da atividade de transporte de gás natural em relação às demais atividades não incluídas no § 3º do art. 3º da Lei nº 11.909, de 2009, para transportadores novos e existentes, com vistas à promoção da livre concorrência, da transparência das informações, do acesso não discriminatório aos gasodutos e do uso eficiente das infraestruturas, em atendimento ao disposto no art. 4º-A do Decreto nº 7.382, de 02 de dezembro de 2010, inserido pelo Decreto nº 9.616, de 17 de dezembro de 2018.

2. Além da presente introdução, esta Nota Técnica conterá mais 4 (quatro) Seções. Na próxima Seção é apresentada a fundamentação legal da proposta em tela. A Seção 3 trata da descrição dos diferentes modelos de separação da atividade de transporte de gás natural adotadas na Europa, ao passo que a Seção 4 trata da proposta de autonomia e independência dos transportadores para o Brasil constante da minuta de resolução (SEI nº 0618259). Na Seção 5 tecem-se as considerações finais.

2. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

3. A atribuição para a ANP de estabelecer requisitos e condições para a obtenção de autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural se encontra no art. 56 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997:

“Art. 56. Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação.”

Parágrafo único. A ANP baixará normas sobre a habilitação dos interessados e as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego."

4. O parágrafo único do art. 56 dá ênfase ao atendimento dos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego, mas estes não mostram os únicos requisitos que devem ser observados, como pode ser visto nos art. 3º da Portaria ANP nº 44/1998 (revogada pela Portaria ANP nº 170/1998) e art. 6º da Portaria ANP nº 170/1998 (revogada pela Portaria ANP nº 52/2015) das primeiras normas que trataram da outorga de autorização de construção e operação emitidas pela Agência:

"Portaria ANP nº 44, de 15 de abril de 1998:

Art. 3º. As autorizações de que cuida esta Portaria serão outorgadas por prazo indeterminado e, no caso de dutos de gás natural, sem caráter exclusivo para um mesmo trajeto.

§ 1º. Previamente à outorga da autorização, a empresa interessada deverá constituir uma pessoa jurídica com atribuições específicas para operar e construir dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de gás natural.

§ 2º. A ANP exigirá da empresa interessada o prévio atendimento aos requisitos legais de proteção ambiental e de segurança de tráfego aplicáveis a cada caso específico.

Portaria ANP nº 170, de 26 de novembro de 1998:

Art. 6º. Caso a ANP classifique as instalações como de transporte para gás natural, a autorização só será concedida a pessoa jurídica cujo objeto social contemple, exclusivamente, a atividade de construção e operação de instalações de transporte.

Parágrafo único: Caso a empresa participe do capital social de outras empresas atuantes na indústria do gás natural, inclusive na atividade de distribuição, ou estas participem do capital social daquela, tal participação societária deverá ser comprovada com os documentos pertinentes."
(grifos nossos)

5. Tais restrições, aplicáveis a quaisquer interessados na obtenção de autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural, estendem aos demais agentes a mesma separação jurídica a qual estava sujeita a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras por força do art. 65 da Lei nº 9.478/1997.

6. Com o advento da Lei nº 11.909, de 04 de março de 2009, os transportadores passaram a ter a seguinte restrição com relação às demais atividades da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis:

"Art. 3º A atividade de transporte de gás natural será exercida por sociedade ou consórcio cuja constituição seja regida pelas leis brasileiras, com sede e administração no País, por conta e risco do empreendedor, mediante os regimes de:

I - concessão, precedida de licitação; ou

II - autorização.

(...)

§ 3º A empresa ou o consórcio de empresas concessionários ou autorizados para o exercício da atividade de transporte de gás natural somente poderão explorar aquelas atividades referidas no art. 56 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, além das atividades de estocagem, transporte de biocombustíveis e construção e operação de terminais.

(...)” (grifos nossos)

7. A mesma restrição encontra-se refletida no parágrafo único do art. 3º da Resolução ANP nº 52, de 02 de dezembro de 2015, que substituiu a Portaria ANP nº 170/1998, como pode ser visto a seguir:

“Art. 3º As Autorizações serão outorgadas à empresa, ou ao consórcio de empresas, que atenda às disposições do art. 5º da Lei nº 9.478/1997, em 2 (duas) etapas:

I - Autorização de Construção (AC);

II - Autorização de Operação (AO).

Parágrafo único. As empresas ou consórcios de empresas autorizados para o exercício da atividade de transporte de gás natural somente poderão explorar as atividades previstas no art. 56 da Lei nº 9.478/1997 e no parágrafo 3º do art. 3º da Lei nº 11.909/2009.” (grifos nossos)

8. A previsão legal para a ANP emitir normativo com os critérios para a autonomia e independência dos transportadores encontra-se no art. 4º-A do Decreto nº 7.382, de 02 de dezembro de 2010, inserido pelo Decreto nº 9.616, de 17 de dezembro de 2018, transcrito a seguir:

“Art. 4º-A. A ANP, por meio de ato normativo, disciplinará os critérios de autonomia e de independência para o exercício da atividade de transporte de gás natural em relação às demais atividades não incluídas no § 3º do art. 3º da Lei nº 11.909, de 2009, para transportadores novos e existentes, com vistas à promoção da livre concorrência, da transparência das informações, do acesso não discriminatório aos gasodutos e do uso eficiente das infraestruturas.”

9. Adicionalmente, é possível mencionar os art. 2º, incisos V, VI e VII, da Resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) nº 10/2016 e art. 2º, inciso II, da Resolução CNPE nº 16/2019, as quais estabelecem o seguinte:

“Resolução CNPE nº 10, de 14 de dezembro de 2016:

Art. 2º São diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural no Brasil:

(...)

V - promoção da independência comercial e operacional dos transportadores;

VI - reforço da separação entre as atividades potencialmente concorrenciais, produção e comercialização de gás natural, das atividades monopolísticas, transporte e distribuição;

VII - implantação de modelo de Gestão Independente e Integrada do Sistema de Transporte de Gás Natural – STGN;

(...)

Resolução CNPE nº 16, de 24 de junho de 2019:

Art. 2º A transição para o mercado concorrencial de gás natural deverá ocorrer de forma coordenada, de modo a:

(...)

II - promover a independência dos transportadores, eliminando potenciais conflitos de interesse e garantindo que os serviços de transporte sejam ofertados de forma ampla e não discriminatória;

(...)”

10. Em razão de sua relevância, a norma em tela encontra-se prevista na Agenda Regulatória da ANP para o biênio 2020-21 aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP no dia 12 de dezembro de 2019, assim como corresponde a um dos instrumentos do [Programa Novo Mercado do Gás](#), anunciado pelo Presidente da República na data de 23 de julho de 2019. As Figuras 1 e 2 apresentam o Programa Novo Mercado do Gás e a Agenda Regulatória 2020-2021 (Tema Primário 2 - Movimentação de Petróleo, Derivados, Gás Natural e Biocombustíveis):

Programa coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, desenvolvido em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República, Ministério da Economia, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e Empresa de Pesquisa Energética (EPE) para a formação de um mercado de gás natural **aberto, dinâmico e competitivo.**

PILARES

- Promoção da concorrência
- Harmonização das regulações estaduais e Federal
- Integração do setor de gás com setores elétrico e industrial
- Remoção de barreiras tributárias

RESULTADOS ESPERADOS

- **Melhorar o aproveitamento do gás** do Pré-sal, da bacia de SE/AL e outras descobertas
- **Ampliar investimentos** em infraestrutura de escoamento, processamento, transporte e distribuição de gás natural
- **Aumentar a competição na geração termelétrica a gás**
- **Retomar a competitividade da indústria** em seus diversos segmentos, como celulose, fertilizantes, petroquímica, siderurgia, vidro, cerâmica e outros

INSTRUMENTOS

- ★ Decreto que institui o **Comitê de Monitoramento da Abertura do Mercado de Gás Natural** - CMGN
- ★ **Termo de Compromisso de Cessação** (TCC) assinado entre CADE e Petrobras para pôr fim ao monopólio de fato da estatal
- ★ **Resolução CNPE nº 16/2019**, contendo diretrizes para a promoção da livre concorrência no mercado de gás natural
- ★ **Resoluções ANP**
- ★ **Regulações estaduais, incentivadas por programas federais** como o Programa de Equilíbrio Fiscal (PEF) e o Programa de Fortalecimento das Finanças Estaduais (PFE), além de comunicação e efeito demonstração
- ★ **Tributário:** Ajuste SINIEF/CONFAZ e outras medidas

ORIENTAÇÃO AOS ESTADOS PARA ABERTURA DO MERCADO

- Promoção de boas práticas regulatórias, recomendadas pela ANP, para prestação do serviço local de gás canalizado, incluindo:
 - Transparência na metodologia de cálculo tarifário, que deve dar incentivos econômicos adequados aos investimentos e à operação eficiente das redes
 - Efetiva separação entre as atividades de comercialização e de prestação de serviços de rede
 - Estrutura tarifária proporcional à utilização dos serviços de distribuição, por segmento de usuários
 - Princípios regulatórios para os consumidores livres, autoprodutores e autoimportadores
- Criação ou manutenção de agência reguladora autônoma, com requisitos mínimos de governança, transparência e rito decisório
- Privatização da concessionária estadual de serviço local de gás canalizado, avaliando-se a oportunidade e a conveniência de definição de novo contrato de concessão
- Adesão a ajustes tributários necessários à abertura do mercado de gás natural

Fonte: Resolução CNPE nº 16/2019

AGENDA REGULATÓRIA DA ANP

Aperfeiçoando a Regulação para o Novo Mercado de Gás

2020

- Resolução sobre critérios de independência dos transportadores
- Resolução sobre interconexão entre gasodutos de transporte
- Revisão da resolução sobre tarifa de transporte

2021

- Diretrizes para a elaboração de códigos comuns de acesso
- Revisão das resoluções de carregamento, comercialização e ampliação da capacidade de transporte

2022

- Resolução sobre mecanismos de repasse de receita entre transportadores
- Revisão da resolução sobre acesso ao transporte

2023

- Solução de Conflitos relativos ao Acesso aos Terminais de GNL
- Caracterização do Sistema de Transporte de Gás Natural

Figura 1 – Programa Novo Mercado do Gás

AÇÃO	RESOLUÇÃO	ANO / MÊS																																					
		2019				2020								2021								2022																	
		8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7		
1	Critérios de Autonomia e Independência dos Transportadores - Nova Resolução																																						
2	Autorização de Instalações de Movimentação - Revisão da RANP nº 52/2015																																						
3	Distribuição de Gás Natural Comprimido e Gás Natural Liquefeito - Revisão e consolidação da RANP nº 41/2007 e da PANP nº 118/2000																																						
4	Revisão da Resolução ANP nº 15/2014 - Tarifas de Transporte de Gás Natural																																						
5	Diretrizes para a Elaboração Conjunta de Códigos Comuns de Acesso - Nova Resolução																																						
6	Carregamento de Gás Natural - Revisão da Resolução ANP nº 51/2013																																						
7	Ampliação da Capacidade de Gasodutos de Transporte - Revisão da RANP nº 37/2013																																						
8	Comercialização de Gás Natural - Revisão da RANP nº 52/2011																																						
9	Mecanismos de Repasse de Receita entre os Transportadores de Gás Natural Interconectados - Nova Resolução																																						
10	Acesso de Terceiros ao Transporte de Gás Natural - Revisão da Resolução ANP nº 11/2016																																						

Figura 2 – Agenda Regulatória 2020-2021

(Tema Primário 2 - Movimentação de Petróleo, Derivados, Gás Natural e Biocombustíveis)

11. É importante ressaltar que o Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil, instituído pela Resolução CNPE nº 4, de 09 de abril de 2019, responsável pela elaboração do Programa Novo Mercado do Gás, realizou ampla consulta aos agentes da indústria e da sociedade civil, cujas contribuições se encontram consolidadas no documento "Propostas para o Mercado Brasileiro de Gás Natural" de 10 de junho de 2019¹. Neste procedimento, dos mais de quarenta agentes e associações representantes da cadeia produtiva de gás natural que foram consultados, trinta e seis entidades enviaram contribuições relevantes para o referido programa.

12. Neste sentido, a próxima Seção irá tratar da descrição dos diferentes modelos de separação da atividade de transporte de gás natural que fundamentam a proposta de autonomia e independência dos transportadores para o Brasil.

3. MODELOS DE SEPARAÇÃO DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE DE GÁS NATURAL

3.1 Modelos de Separação da Atividade de Transporte de Gás Natural

13. A independência da atividade de transporte é fundamental para que se possa introduzir a competição nas atividades a montante e a jusante na cadeia do gás natural.

14. A análise das contribuições dos agentes da indústria na consulta pública da iniciativa "Gás para Crescer", ocorrida de outubro a novembro de 2016, e no âmbito do Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil (ver Seção anterior) mostra que maior parte dos agentes também entende que o transportador deve atuar de forma independente das demais atividades da cadeia do gás natural.

15. Dentre as alternativas de solução apontadas pelo supramencionado documento encontra-se:

"(...)

- *Aplicação, em novos investimentos, da separação completa de propriedade (full ownership unbundling) entre os transportadores e agentes que atuam em atividades potencialmente concorrenciais da indústria do gás natural: os transportadores devem ser empresas completamente separadas e independentes de empresas verticalmente integradas na indústria do gás natural.*
- *Aplicação da certificação de independência OU (ownership unbundling), ISO e ITO aos transportadores existentes que sejam vinculados a uma empresa verticalmente integrada, nos moldes da experiência europeia: os transportadores que forem vinculados a empresa verticalmente integrada podem escolher entre os modelos de independência OU, ISO e ITO, a serem regulamentados pela ANP. Um transportador que já esteja completamente separado de uma empresa verticalmente integrada não pode escolher os modelos ISO ou ITO,*

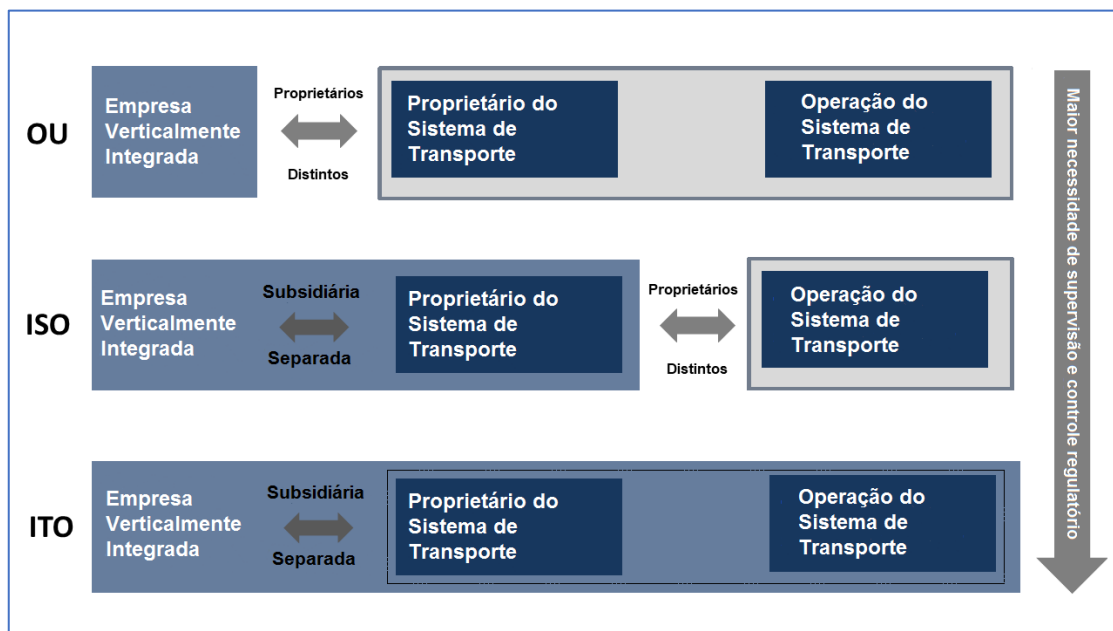
¹ Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil; "Propostas para o Mercado Brasileiro de Gás Natural", 2019. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/36112/491930/2.+Relat%C3%B3rio+Comit%C3%AA+de+Promo%C3%A7%C3%A3o+da+Concorr%C3%Aancia+vfinal+10jun19.pdf/2379cc7f-f6b7-8ba0-72db-1278e7d252ca> (acessado em: 03/03/2020).

buscando convergência de longo prazo para a separação completa de propriedade (*full ownership unbundling*).

(...)" (pág. 62)

16. Apesar da preferência pelo modelo de separação completa de propriedade (*full ownership unbundling*) o documento não recomenda sua adoção imediata, mas sim gradual. Tal recomendação tem o objetivo de evitar rupturas abruptas na organização atual da indústria do gás natural, ao mesmo que sinaliza a intenção de uma completa separação do segmento de transporte dos demais elos da cadeia de valor do gás natural como uma das medidas para se alcançar um mercado aberto, dinâmico e concorrencial.

17. A partir da recomendação do Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil, são apresentados os principais modelos de separação da atividade de transporte ("*Unbundling*") adotados na Europa, representados na Figura 3 a seguir:



Fonte: Elaboração pela SIM/ANP, com base em World Bank (2016).

Figura 3 – Modelos de Independência (*Unbundling*)

18. Onde cada sigla (OU, ISO e ITO) representa o seguinte²:

- OU – separação completa de propriedade (*full ownership unbundling*);
- ISO – operador independente de sistema (*independent system operator*);
- ITO – transportador independente (*independent transmission operator*).

² CEER, "Status Review on the Implementation of Transmission System Operators' Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package", 2016. Disponível em: https://www.ceer.eu/documents/104400/3731907/C15-LTF-43-04_TSO-Unbundling_Status_Review-28-Apr-2016.pdf/a6a22f89-3202-4f8b-f9ed-adf705185c33 (acessado em: 04/03/2020).

19. O modelo OU é praticamente autoexplicativo, e representa a constituição de uma empresa completamente separada e independente da empresa verticalmente integrada. O modelo ISO representa a situação em que uma empresa verticalmente integrada, a qual estava relutante em vender os seus ativos de transporte, poderia colocar a sua operação nas mãos de um operador completamente separado, evitando assim conflito de interesses no que diz respeito à operação da rede. Já o modelo ITO mantém a propriedade dos ativos com a empresa verticalmente integrada, mas esta tem que garantir a independência do transportador como uma organização autônoma. Este modelo também é condicionado a uma série de restrições e verificações.

20. Os quadros a seguir apresentam as características, vantagens e desvantagens teóricas de cada modelo de independência:

Quadro 1 – Principais Características dos Modelos de Independência

OU	ISO	ITO
<ul style="list-style-type: none"> • Empresa transportadora totalmente separada dos elos da produção, importação e comercialização, sendo a detentora dos ativos e operadora do sistema de transporte • Sem acionistas em comum entre a empresa transportadora e as demais atividades da IGN • Sem membros em comum no Conselho de Administração ou na diretoria da transportadora e dos demais agentes da IGN 	<ul style="list-style-type: none"> • Os ativos de transporte podem permanecer sendo da empresa verticalmente integrada, mas em uma entidade organizacional e legalmente distinta, ou com um proprietário independente do operador do sistema • O sistema de transporte é gerenciado e controlado por uma companhia independente, o ISO • Além dos custos de se certificar a independência deste agente, são exigidos maiores custos de supervisão regulatória (aprovação de contratos entre o proprietário dos ativos e o ISO, monitoramento das comunicações e das relações entre os dois, resoluções de conflitos, etc.) 	<ul style="list-style-type: none"> • A empresa verticalmente integrada mantém a propriedade dos ativos de transporte por meio de ente legalmente separada. • Medidas organizacionais e de governança para garantir que a atividade de transporte de gás natural esteja separada das demais atividades e sua operação seja independente. • Alternativa de maior custo regulatório de controle e supervisão (monitoramento da relação comercial e financeira entre a empresa transportadora e os demais negócios, aprovação dos serviços prestados por partes relacionadas, revisão e aprovação de mudanças no Conselho de Administração da empresa transportadora, etc.)

Fonte: Elaboração pela SIM/ANP, com base em World Bank (2016).

Quadro 2 – Vantagens Teóricas dos Modelos de Independência

OU	ISO	ITO
<ul style="list-style-type: none"> • Maior independência da gestão da rede e maior foco na atividade de transporte • Menor risco de subinvestimento • Menor escopo para a discriminação contra agentes não integrados, facilitando a concorrência • Facilitador do processo de privatização ou de entrada de agentes privados no segmento de transporte de gás natural • Maior transparência 	<ul style="list-style-type: none"> • Menor custo de separação (<i>unbundling</i>) • Pode facilitar a participação de agentes privados na IGN nos casos em que a empresa verticalmente integrada é de controle estatal • Aborda a questão do acesso não discriminatório ao transporte (mas não a questão da adequação do investimento para permitir este acesso) 	<ul style="list-style-type: none"> • Mantém os incentivos para o investimento contínuo e suficiente da infraestrutura de transporte • Preserva os ganhos de sinergia de manter em uma mesma empresa os ativos e a operação (economias verticais de escala e escopo) • Aborda a questão do acesso não discriminatório ao transporte, porém ao custo de controle regulatório mais elevado (ver Quadro 3)

Fonte: Elaboração pela SIM/ANP, com base em World Bank (2016).

Quadro 3 – Desvantagens Teóricas dos Modelos de Independência

OU	ISO	ITO
<ul style="list-style-type: none"> • Custo de estruturação de uma nova empresa, uma vez que os funcionários da empresa verticalmente integrada não mais poderão fazer parte da nova empresa transportadora • Potencial de inflação dos custos de investimento e base regulatória de ativos (sobreinvestimento), em que pese o risco de subinvestimento presente nos modelos ISO e ITO ser mais deletério do ponto de vista da prestação do serviço de transporte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Problema de interface e de incentivos: • O ISO possui poucos ativos, o que reduz a sua capacidade financeira de arcar com penalidades • Dificuldade de definir as responsabilidades e papéis no caso de emergências • O processo de tomada de decisão acerca da manutenção da rede e da realização de novos investimentos torna-se mais complexa • Pode haver um foco excessivo no curto prazo em detrimento do desenvolvimento de longo prazo da infraestrutura. • Maior esforço de supervisão regulatória para se garantir a independência do ISO em comparação à alternativa do OU • Pouca experiência relativa em operação de grandes sistemas de transporte 	<ul style="list-style-type: none"> • Os problemas decorrentes da integração vertical podem ainda estar presentes, uma vez que é complexo de exercer o monitoramento adequado da atividade na ausência de uma regulação mais forte • Benefícios pouco claros provenientes de manter a propriedade dos ativos na empresa verticalmente integrada • Maior esforço de supervisão regulatória para se garantir a independência do ITO em comparação às alternativas do ISO e do OU

Fonte: Elaboração pela SIM/ANP, com base em World Bank (2016).

21. As escolhas acerca do modelo de desverticalização permitem que transportadores que optaram por diferentes modelos de independência atuem coordenadamente dentro de áreas de mercado, sendo a sua operação conjunta disciplinada pelos Códigos Comuns de Rede (“*Network Codes*”), os quais devem ser formalizados contratualmente.

22. O importante é que haja a independência dos transportadores com relação aos demais elos da cadeia de valor da indústria do gás natural, notadamente os elos concorrenciais, ou seja, produção, importação e comercialização, para que o acesso de terceiros seja efetivo e os transportadores busquem a eficiência na operação do sistema de transporte.

3.2 Aplicação dos Modelos de Independência na União Europeia

23. Para que se possa implantar um mercado concorrencial para a indústria do gás natural é fundamental que a atividade de transporte de gás seja independente das demais atividades da cadeia. Neste sentido, a experiência europeia ensina que a simples separação jurídica das distintas atividades não foi suficiente para que se alcançasse a independência, de fato, do transporte de gás natural.

24. Na União Europeia, a fim de implementar a separação efetiva da atividade de transporte, a Diretiva 2009/73/EC explicitou as funções do transportador de gás natural, quais sejam:

- Operar, manter e ampliar as instalações de transporte, de forma eficiente, de modo a permitir o acesso a novos agentes;
- Efetuar tratamento não discriminatório entre os usuários da rede, particularmente, não favorecendo empresas a ele coligadas;
- Facultar aos outros transportadores, e aos demais agentes do mercado, informações suficientes para garantir que o transporte seja realizado de forma segura e eficiente na rede integrada (rede de transporte, instalações de estocagem e redes de distribuição).

25. Tais funções devem ser exercidas de forma independente dos demais segmentos da indústria. Neste sentido, a Diretiva europeia deixa claro que o transportador deve estar equipado com todos os recursos técnicos, humanos, físicos e financeiros necessários para o cumprimento de suas funções. Em particular, os transportadores devem atuar de forma independente, de modo que interesses de qualquer produtor ou comercializador de gás natural, mesmo daqueles que possuem qualquer tipo de coligação com o transportador, não interfiram na operação da rede de transporte.

26. Cabe ressaltar que a Diretiva 2009/73/EC tão somente apresenta uma lista indicativa e não exaustiva de obrigações impostas ao transportador para que ele seja, de fato, independente, cabendo a cada agência reguladora nacional estabelecer obrigações e deveres que achar necessário para alcançar seus objetivos.

27. No que diz respeito ao quadro técnico, a Diretiva 2009/73/EC determina que os ativos humanos necessários para executar a atividade de transporte, particularmente a operação da rede, devem ser empregados exclusivos do transportador.

28. Já no que concerne aos serviços corporativos, que incluem os serviços jurídicos, contábeis e de tecnologia da informação, a Diretiva 2009/73/EC estabelece que o transportador deve deter em seu quadro de pessoal próprio um número suficiente de funcionários qualificados para exercer as atividades do core business da companhia. Além disso, um transportador não pode transferir parte das suas responsabilidades para outros agentes. Por exemplo, um transportador não pode transferir suas tarefas ou funções a outro transportador nem assumir a responsabilidade de operação do sistema ou manutenção das redes de outro transportador.

29. Como discutido na seção anterior, na Europa foram propostos três modelos de desverticalização (OU, ISO e ITO) e cada transportador deve ser certificado em um dos três modelos.

30. O ponto de partida da aplicação dos diferentes modelos é que embora os três modelos propostos possuam diferentes graus de separação no que diz respeito à operação das redes em relação aos segmentos a montante e a jusante, em cada um deles deve se eliminar o conflito de interesses entre estas atividades e a operação da infraestrutura de transporte. Isso significa que o transportador não pode discriminar um agente em detrimento de outro caso ele possua alguma relação vertical com qualquer das empresas que operam a montante ou a jusante do transporte. Esta independência, no entanto, não se limita à operação da rede, mas também se expande ao acesso a informações comercialmente relevantes do transportador que possam influenciar a concorrência a montante ou a jusante do transporte.

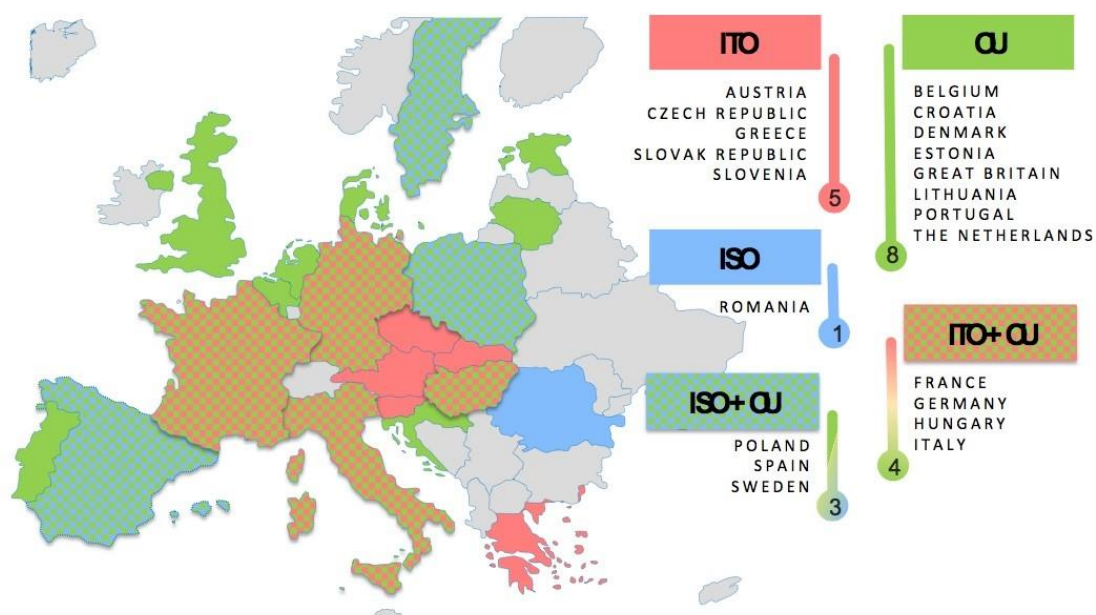
31. Nos três modelos devem ser criadas condições que gerem incentivos para a realização dos investimentos necessários à eficiente expansão das redes, bem como garantam o acesso a novos entrantes de forma transparente e eficiente.

32. Na Europa, a escolha pelos modelos OU, ISO e ITO pode ser feita mediante as seguintes restrições:

- Só poderiam ser adotados os modelos ISO e ITO caso, na data de entrada em vigência da Diretiva, os transportadores já pertencessem à empresa verticalmente integrada, não sendo possível um OU passar a ser ISO ou ITO;
- Novos sistemas de transporte devem obrigatoriamente ser OU; e
- É possível a coexistência de mais de um modelo dentro de um estado membro e a escolha por um determinado modelo por parte do transportador implica o cumprimento das suas regras, não sendo possível a criação de um quarto modelo híbrido não previsto nas Diretivas.

33. As obrigações acima descritas aplicam-se a qualquer tipo de transportador, independentemente de sua certificação, dado o caráter fundamental da autonomia e da independência do exercício da atividade de transporte para o funcionamento da indústria do gás natural.

34. A Figura 4 a seguir mostra a representação geográfica da adoção dos modelos de independência nos países da União Europeia.



Fonte: "Status Review on the Implementation of Transmission System Operators Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package" (CEER, 2016)

Figura 4 – Visão Geral dos Modelos de Independência na Europa

35. Pode-se depreender do mapa acima que o conjunto de países onde se desenvolveram mercados atacadistas relativamente mais líquidos (Grã-Bretanha, Holanda, Alemanha e Bélgica) houve a adoção do modelo OU ou a combinação dos modelos OU e ITO.

36. A seguir são detalhadas as obrigações impostas aos transportadores nos três modelos de independência do transportador previstos da Diretiva Europeia.

3.2.1 Separação Completa de Propriedade (OU – full Ownership Unbundling)

37. No que diz respeito ao modelo de Separação Completa de Propriedade, a Diretiva 2009/73/EC determina que a empresa que detenha a propriedade de um sistema de transporte deve atuar como transportador, sendo responsável, entre outras atividades, por garantir e gerenciar o acesso de terceiros ao seu sistema de transporte em bases não discriminatórias. De igual maneira, a operação e o balanceamento do sistema de transporte também devem ser realizados de forma não discriminatória. No tocante ao investimento, o proprietário do sistema de transporte é responsável por garantir a capacidade de o sistema atender, no logo prazo, às demandas, por meio de um plano de expansão.

38. A norma estabelece, ainda, que uma mesma pessoa (física ou jurídica) é impedida de exercer controle³, direto ou indireto, sobre uma empresa produtora ou comercializadora de gás natural ao mesmo tempo em que exerce o controle sobre um

³ Controle, segundo a Regulação de Fusões da Comunidade Europeia, significa: a) propriedade ou o direito de uso total ou parcial dos bens de uma empresa; e b) direitos ou contratos que exercem influência decisiva na composição, votação ou decisões da empresa controlada.

transportador ou um sistema de transporte. Na prática, uma empresa que realize a comercialização de gás natural pode possuir participação direta ou indireta num transportador desde que cumpra, simultaneamente, as seguintes condições: i) essa participação não seja majoritária; ii) a empresa comercializadora não exerça qualquer direito de voto no tocante à sua participação, iii) a empresa comercializadora seja vedada a indicar membros do conselho administrativo que representem legalmente o transportador; e iv) o comercializador seja impedido de possuir qualquer tipo de controle, direto ou indireto, sobre o transportador.

39. Ainda no tocante à separação, a Diretiva 2009/73/EC determina que a participação acionária pode apenas dar ao detentor desta participação os direitos financeiros dela derivados, ou seja, o direito de receber dividendos mas, de forma alguma, pode conferir qualquer direito de participar do processo de decisão ou exercer qualquer influência sobre a empresa na qual se detém parte do capital. Regras similares também se aplicam no caso de companhias *holdings* de comercializadores e transportadores.

40. Em continuação, também fica proibido que uma mesma pessoa (física ou jurídica) nomeie membros do conselho de administração, bem como membros dos corpos de supervisão e legal que representam o transportador e, direta ou indiretamente, exerça o controle ou qualquer direito sobre um produtor e/ou comercializador de gás natural. Na prática, esta regra adiciona restrições específicas no que diz respeito a empresas *holdings* ou outras entidades que não possuem participação controladora em um transportador e um produtor/comercializador. Esta restrição foi incluída na legislação a fim de evitar uma possível situação na qual uma empresa *holding* que tenha influência sobre o comercializador, mesmo que mínima, aponte membros do corpo técnico ou gerencial do transportador. Como consequência, uma empresa *holding* que detenha participação majoritária, ou que possa nomear os membros do conselho ou exercer direitos de voto em um comercializador fica proibida de nomear os membros para o transportador.

41. O marco legal também é cuidadoso ao tratar de possíveis conflitos de interesse entre diferentes elos da cadeia. Neste sentido, proíbe que uma mesma pessoa seja membro do conselho de um comercializador e de um transportador.

42. Destaca-se que as regras com relação à desverticalização se aplicam de maneira idêntica a empresas privadas ou públicas. No tocante à separação de propriedade, duas empresas públicas juridicamente distintas devem ser vistas como duas pessoas distintas; uma pode controlar as atividades de produção/comercialização e a outra a atividade de transporte, desde que não estejam sob a influência comum de uma outra entidade pública, pois isso viola as regras de desverticalização impostas pela Diretiva.

43. Visando a independência de fato da atividade de transporte, salienta-se que a Diretiva 2009/73/EC estabelece, ainda, regras de limitação de propriedade entre empresas do setor elétrico e o transportador de gás natural.

3.2.2 Operador Independente de Sistema (ISO – Independent System Operator)

44. Como já salientado anteriormente, no modelo ISO a empresa verticalmente integrada na ocasião da entrada em vigência da Diretiva 2009/73/EC

não estaria obrigada a vender seus ativos de transporte, mas deveria colocar a operação destes ativos nas mãos de um operador que seja, de fato, independente, de forma a evitar conflitos de interesse entre a empresa verticalizada e o exercício da atividade de transporte, que deve ser independente⁴. Destaca-se que novas empresas não podem solicitar a certificação de ISO, tendo, automaticamente, que se enquadrar no modelo OU.

45. O pedido de certificação para o enquadramento no modelo deve ser realizado pelo proprietário do sistema de transporte. A autoridade regulatória local deve analisar o cumprimento pelo requerente das restrições impostas na legislação para que este possa ser certificado como ISO. A certificação final fica sujeita à aprovação da Comissão Europeia.

46. Como parte do processo de certificação, a autoridade regulatória deve assegurar que as seguintes condições sejam atendidas:

- O candidato a operador cumpra com as regras de separação de propriedade determinados na Diretiva;
- O candidato a operador demonstre que possui à sua disposição os recursos financeiros, técnicos, físicos e humanos para exercer de forma independente suas responsabilidades;
- O candidato a operador se comprometa a cumprir um plano de desenvolvimento da rede com acompanhamento da autoridade regulatória;
- O proprietário do sistema de produção demonstre capacidade de cumprir com suas obrigações; e
- O candidato a operador demonstre capacidade de cumprir com suas obrigações nos termos na Diretiva.

47. Para que um ISO obtenha a certificação é necessário que ele cumpra com **todas** as atribuições de um transportador, já descritas no início desta seção. Em particular, isso significa que cada ISO é responsável por garantir e gerenciar o acesso de terceiros interessados em utilizar a rede de transporte. O ISO também é responsável por operar, manter e ampliar o sistema de transporte de forma eficiente. Esta lista de atribuições não é exaustiva. O proprietário da rede de transporte, como não é operador, não possui qualquer responsabilidade ou prerrogativa sobre o acesso ou o gerenciamento da rede.

48. No tocante aos investimentos, o ISO possui total responsabilidade de garantir que, no longo prazo, o sistema atenda às demandas dos usuários, por meio de um plano de investimentos. A Diretiva 2009/73/EC estabelece, expressamente, que no processo de ampliação do sistema de transporte, o ISO seja responsável pelo planejamento, incluindo a obtenção de autorizações para construção e operação da nova infraestrutura. Mais uma vez, o proprietário da rede não possui qualquer

⁴ No caso da opção pelo modelo ISO, é necessário que a empresa proceda à desverticalização legal e funcional (ver mais adiante nesta subseção), do proprietário do sistema de transporte. A desverticalização legal representa a separação em empresas distintas e a funcional objetiva garantir a independência do proprietário do sistema de transporte das atividades da empresa verticalmente integrada não relacionadas com o transporte, em termos de organização e tomada de decisões.

responsabilidade ou prerrogativa sobre a elaboração do plano de investimentos do operador. Não obstante, o proprietário do sistema de transporte também possui uma série de responsabilidades e obrigações.

49. Primeiramente, o proprietário da rede de transporte deve dar o apoio necessário ao ISO para que este cumpra as suas responsabilidades; em particular, fornecer ao ISO todas as informações referentes à rede de transporte da qual é proprietário.

50. Cabe também ao proprietário da rede de transporte a cobertura da responsabilidade em relação aos ativos da rede de que é proprietário e que são geridos pelo ISO (excetuando-se as responsabilidades referentes à função de operação independente da rede). A autoridade regulatória deve revisar e aprovar os acordos entre o ISO e o proprietário da rede de forma contínua.

51. No que diz respeito ao financiamento da expansão da rede, o proprietário da rede de transporte é, a princípio, responsável por financiar os investimentos estabelecidos pelo ISO e que tenham sido autorizados pela autoridade regulatória, mesmo não exercendo qualquer influência na elaboração do plano de investimentos do ISO. Caso o proprietário da rede de transporte não queira financiar um investimento, este deve aceitar que o financiamento seja efetuado por qualquer parte interessada em fazê-lo, inclusive o ISO. Isso, na prática, significará que o proprietário da rede de transporte não será o proprietário das ampliações na rede por ele não financiadas. Destaca-se que os acordos de financiamento relevantes estão sujeitos à aprovação da autoridade regulatória, que tem a obrigação de consultar o proprietário do sistema de transporte e outras partes interessadas, incluindo o próprio ISO. Caso a expansão da rede não seja financiada por uma terceira parte, o proprietário da rede também é obrigado a fornecer garantias financeiras para facilitar o financiamento das expansões.

52. Como já apresentado na Subseção 3.1, uma das desvantagens teóricas do modelo ISO em relação ao OU é um maior esforço de supervisão regulatória para se garantir a independência do ISO em relação ao proprietário da rede de transporte. Desta forma, neste modelo, o regulador possui uma série de deveres, apresentados a seguir:

- Monitorar o cumprimento das responsabilidades do proprietário do sistema de transporte e do ISO;
- Monitorar as comunicações entre o ISO e o proprietário do sistema de transporte, incluindo a aprovação de qualquer contrato entre esses agentes;
- Atuar como autoridade no processo de solução de controvérsias entre o ISO e o proprietário da rede de transporte;
- Aprovar o planejamento de investimentos e do plano de investimentos pluri-anual a ser apresentado anualmente pelo ISO;
- Garantir que as tarifas de acesso à rede pagas ao ISO incluam a remuneração para o proprietário da rede - deve haver uma

remuneração adequada aos investimentos em ativos de transporte de gás natural (incluindo novos investimentos).

- Realizar inspeções, inclusive não anunciadas, nas instalações do proprietário do sistema de transporte e do ISO; e
- Monitorar o uso das taxas de congestionamento⁵ recolhidas pelo ISO de acordo com as regras estabelecidas na regulação.

53. De forma geral, a autoridade reguladora deve garantir que o ISO cumpra com as suas obrigações, por meio do acompanhamento constante das atividades do ISO e do proprietário do sistema de transporte. No caso de não cumprimento das regras estabelecidas na legislação e em seus regulamentos, a autoridade regulatória pode emitir penalidades aos agentes, as quais devem ser eficazes e podem atingir até 10% da receita anual da empresa verticalmente integrada ou do ISO, conforme o caso.

3.2.3 Transportador Independente (ITO - Independent Transmission Operator)

54. Quando a Diretiva 2009/73/EC entrou em vigor, algumas companhias de gás natural eram verticalmente integradas sendo proprietárias, inclusive, dos ativos de transporte de gás natural. Neste caso, a empresa pode optar entre um dos três modelos de desverticalização propostos na Diretiva 2009/73/EC. Uma das possibilidades é a escolha do modelo do Transportador Independente (ITO – *Independent Transmission Operator*), opção na qual o transportador pode permanecer como parte da Empresa Verticalmente Integrada (EVI), mas tem que cumprir uma série de regras para garantir sua independência e autonomia em relação a esta empresa.

55. A Diretiva 2009/73/EC é clara em explicitar que o ITO deve ser autônomo tendo que, obrigatoriamente, ser equipado com todos os recursos técnicos, humanos, físicos e financeiros para cumprir com todas as suas obrigações de transportador de forma independente.

56. De acordo com a Diretiva 2009/73/EC, há a determinação de que os ativos de transporte devem ser de propriedade do ITO. Esta obrigação não se restringe à propriedade da rede, mas se aplica a outros bens que venham a ser necessários para o exercício da atividade de transporte.

57. No que diz respeito ao quadro técnico, a Diretiva 2009/73/EC determina que os ativos humanos necessários para a executar a atividade de transporte, particularmente a operação da rede, devem ser empregados exclusivamente pelo ITO, não podendo haver compartilhamento de pessoal para o cumprimento da atividade fim.

58. Já no que concerne aos serviços corporativos, que incluem os serviços jurídicos, contábeis e de tecnologia da informação, a Diretiva 2009/73/EC estabelece que o ITO deve deter em seu quadro de pessoal próprio um número suficiente de

⁵ A capacidade insuficiente em relação à demanda de transporte gera rendas de escassez para aqueles que possuem direitos a essa capacidade de transporte, resultando em transferências de riqueza de produtores e consumidores para os detentores de direitos à capacidade escassa. Para evitar lucros extraordinários por parte dos transportador, as rendas de escassez auferidas pelo transportador devem ser transferidas aos usuários, quer seja por meio de descontos de tarifas de transporte, quer por meio de investimentos a serem efetuados para eliminar congestionamentos físicos.

funcionários qualificados para exercer as atividades do *core business* da companhia. Além disso, o ITO não pode transferir parte das suas responsabilidades para outros agentes. Por exemplo, um transportador não pode transferir suas tarefas ou funções a outro transportador nem assumir a responsabilidade de operação do sistema ou manutenção das redes de outro transportador.

59. Também existem regras específicas para o compartilhamento de pessoal, bem como a contratação de serviços entre o transportador e a Empresa Verticalmente Integrada (EVI) que possui participação acionária no transportador. Uma vez que o ISO deve ser independente e atuar de forma autônoma, o compartilhamento de pessoal e a contratação de serviços do transportador por outras partes da empresa integrada, incluindo a atividade de distribuição, é terminantemente proibido.

60. Com o objetivo de garantir a independência do transportador em relação a outras atividades da cadeia, é proibido ao ITO compartilhar sistemas ou equipamentos de informática, instalações físicas e sistemas de acesso de segurança com qualquer outra parte da EVI que possui participação acionária no transportador. Ao transportador coligado com a EVI é também vedada a contratação dos mesmos consultores e a contratação dos mesmos sistemas de TI, equipamentos, sistemas de acesso de segurança ou auditoria contratados pela empresa com a qual possui coligação.

61. Ressalta-se, ainda, que a independência do ITO deve ocorrer tanto do ponto de vista da operação da rede quanto da expansão da infraestrutura. Na prática, isso significa que a EVI que tenha relação de coligação com um transportador não pode determinar, direta ou indiretamente, o comportamento do transportador em relação às suas atividades cotidianas, particularmente o gerenciamento das redes de transporte. Ademais, para que o transportador seja, de fato, independente, ele deve ser capaz de captar recursos no mercado de capitais de forma autônoma.

62. No que diz respeito ao financiamento, a Diretiva prevê que os recursos financeiros adequados à expansão da rede, seja para futuros projetos de investimento e/ou para a substituição de ativos existentes, devem ser disponibilizados ao ITO pela EVI. Estes recursos devem ser aprovados pela autoridade regulatória.

63. Além disso, a Diretiva 2009/73/EC estabelece que subsidiárias da EVI que atuam a montante do transporte não podem possuir qualquer participação direta ou indireta no capital do transportador. Este último também não pode possuir qualquer participação direta ou indireta em qualquer subsidiária da EVI que atue nas atividades a montante do transporte, nem receber dividendos ou qualquer benefício financeiro destas subsidiárias. Na prática isso significa que a subsidiária da atividade a montante e o transportador podem ser coligados a uma empresa *holding*, mas não podem possuir qualquer relação acionária direta ou indireta um com o outro.

64. A Diretiva 2009/73/EC proíbe que o ITO em seu processo de comunicação, possua identidade visual semelhante à da EVI, de forma a evitar que os consumidores associem o transportador ao comercializador de gás natural.

65. A fim de inibir qualquer tratamento preferencial, todas as relações comerciais e financeiras entre o transportador e outras partes da empresa verticalmente integrada devem ocorrer segundo as condições de mercado e, sempre que formalizadas, devem ser submetidas à aprovação da autoridade regulatória.

66. A estrutura geral de gestão e os estatutos do ITO devem contemplar um processo decisório e uma organização que assegurem a independência efetiva do ITO das demais atividades da cadeia do gás natural.

67. Quando do processo de certificação, é mandatório que o ITO estabeleça e implemente um programa de conformidade, a ser aprovado pela autoridade regulatória, com medidas para eliminar o tratamento discriminatório entre agentes. Apenas um ITO que cumpra as regras da Diretiva 2009/73/EC pode ser certificado e, por conseguinte, aprovado e designado como transportador.

68. Como mencionado no Quadro 3 na Subseção 3.1, o modelo ITO é aquele que demanda o maior esforço de supervisão regulatória dentre todas as alternativas para se garantir a independência do transportador em relação à EVI. De acordo com a Comissão Europeia⁶, o regulador deve possuir os seguintes deveres e poderes para monitorar a relação entre o ITO e a EVI:

- Aplicar sanções por comportamento discriminatório que favoreçam a EVI, seja por parte da EVI ou do ITO, conforme o caso;
- Monitorar as comunicações entre o ITO e outras partes da EVI, a fim de garantir o cumprimento das obrigações por parte do ITO;
- Atuar como autoridade de solução de controvérsias entre o ITO e outras partes da EVI em relação a reclamações e conflitos;
- Monitorizar as relações comerciais e financeiras, incluindo empréstimos entre o ITO e outras partes da empresa verticalmente integrada;
- Aprovar todos os acordos comerciais e financeiros entre o ITO e outras partes da EVI, desde que cumpram as condições do mercado;
- Solicitar à EVI a justificação de qualquer decisão proposta sobre planos de investimento ou investimentos individuais, em especial no que se refere à ausência de discriminação em benefício da EVI;
- Realizar inspeções, incluindo não anunciadas, nas instalações do ITO e em outras partes da EVI;
- Atribuir todas as tarefas específicas do ITO a um operador independente, sempre que o ITO violar persistentemente as obrigações que lhe incumbem por força das resoluções e outras

⁶ Commission Staff Working Paper; “Interpretative note on Directive 2009/72/EC Concerning common rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas; The Unbundling Regime”, 2010. Disponível em: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf (acessado em: 04/03/2020).

normas, em particular quando pratique comportamentos discriminatórios repetidos em benefício da EVI; e

- Aprovar e fiscalizar o programa interno de conformidade do ITO.

69. Concluída a apresentação dos modelos OU, ISO e ITO na perspectiva da Europa, a próxima Seção irá tratar da proposta dos critérios de autonomia e independência dos transportadores no Brasil.

4. PROPOSTA DE MINUTA DE RESOLUÇÃO

4.1 Disposições Preliminares

70. As disposições preliminares apresentam o objeto da minuta de resolução (art. 1º) e as novas definições necessárias para a compreensão da proposta (art. 2º).

71. O objeto da proposta está dividido em duas partes, a saber: (i) o estabelecimento dos critérios de autonomia e independência dos transportadores de gás natural no Brasil; e (ii) a aplicação de um procedimento de certificação de autonomia e independência dos transportadores de gás natural e seu acompanhamento por parte da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

72. A primeira parte (art. 1º, I) decorre diretamente do disposto no art. 4º-A do Decreto nº 7.382/2010, inserido pelo Decreto nº 9.616/2018. Já a opção pela adoção de um procedimento de certificação de autonomia e independência (art. 1º, II) deriva das discussões da Iniciativa Gás para Crescer e nos trabalhos do Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil, e já se encontra, inclusive, previsto no Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.407, de 2013, conforme art. 5º transcrito a seguir:

"Art. 5º O Transportador deve construir, ampliar, operar e manter os gasodutos de transporte com independência e autonomia em relação aos agentes que exerçam atividades concorrenciais da indústria de gás natural.

§ 1º É vedada relação societária direta ou indireta de controle ou de coligação, nos termos da Lei nº 6.404, de 16 de dezembro de 1976, entre transportadores e empresas ou consórcio de empresas que atuem ou exerçam funções nas atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural.

§ 2º É vedado aos responsáveis pela escolha de membros do conselho de administração ou da diretoria ou de representante legal de empresas ou consórcio de empresas que atuem ou exerçam funções nas atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural ter acesso a informações concorrenciaismente sensíveis ou exercer o poder para designar ou o direito a voto para eleger membros do conselho de administração ou da diretoria ou de representante legal do transportador.

§ 3º A empresa ou o consórcio de empresas que tenha obtido autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural até a data de publicação desta lei e não atenda aos requisitos e critérios de

independência estabelecidos no caput e nos §§ 1º e 2º terá que submeter-se à certificação de independência expedida pela ANP, nos termos de sua regulação, no prazo de até três anos, contados da publicação desta Lei, ou de até dois anos, contados da edição de mencionada norma, o que expirar por último.

§ 4º A certificação de independência de que trata o § 3º terá validade máxima até 4 de março de 2039." (grifos nossos)

73. Dessa forma, caso o Projeto de Lei nº 6.407/2013 seja aprovado, mantendo inalterada a essência do artigo acima transcrito, a proposta já se mostra compatível com o novo marco legal da indústria do gás natural, não carecendo de revisão em relação à aplicação da certificação de independência dos transportadores.

74. Para a melhor compreensão da norma e de sua abrangência propõem-se as seguintes definições (art. 2º): (i) Certificação de Independência; (ii) Operador Independente; (iii) Proprietário das Instalações de Transporte; (iv) Transportador Independente; e (v) Exercício de Controle ou Poder de Influência.

75. Com exceção da última, cada uma das novas definições remete a um artigo ou conjunto de artigos da minuta de resolução e tem o objetivo de deixar clara a distinção entre as figuras do operador independente, do proprietários das instalações e do transportador independente em termos das suas funções e obrigações não apenas para a própria norma, mas para a produção infralegal posterior à publicação do Decreto nº 9.616/2018 e da Resolução CNPE nº 16/2019. Já a definição de "Exercício de Controle ou Poder de Influência" se faz necessária em razão de sua utilização no art. 7º para tratar das vedações aplicáveis ao Transportador Independente.

4.2 Das Obrigações do Transportador

76. O art. 3º lista as obrigações dos transportadores e reproduz parcialmente o art. 22 da Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás). Apesar da aparente redundância de se replicar o que já se encontra disposto em lei, optou-se pela reprodução daquelas obrigações consideradas fundamentais na presente proposta uma vez que não existe um artigo correspondente no Projeto de Lei nº 6.407/2013. Em que pese as obrigações já encontrarem incorporadas na regulamentação expedida pela ANP posteriormente à publicação da Lei do Gás, a consolidação das principais obrigações em um capítulo específico aparenta ser a forma mais transparente dos agentes obterem a informação acerca do exercício da atividade de transporte de gás natural no Brasil.

77. Um motivo adicional para a inclusão desse capítulo, numa resolução que trata essencialmente da governança dos transportadores, é que na medida em que novas normas que tratem ou afetem o transporte de gás natural forem expedidas ou revisadas será possível apensar novos incisos ao art. 3º. Reforça a necessidade de tal abordagem o fato da presente proposta ser apenas a primeira norma do rol de regulamentações previstas pelo Programa Novo Mercado do Gás (ver Figura 1 no Seção 2), não sendo possível, por exemplo, antever perfeitamente o escopo da relação entre os transportadores e novos entes previstos na redação mais atual do Projeto de Lei nº 6.407/2013, a saber: o gestor da área de mercado de

capacidade (art. 3º, inciso XXVII) e a entidade administradora do mercado de gás (art. 3º, inciso XIX).

4.3 Da Independência e Autonomia dos Transportadores

4.3.1 Da Separação Jurídica, Patrimonial e Societária da Atividade de Transporte

78. O art. 4º estabelece o escopo da autonomia e independência do transportador em relação às sociedades empresárias ou consórcio destas que exercem, diretamente ou por meio de sociedades empresárias coligadas, as atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural. Como pode ser visto, o art. 4º, por meio do seu parágrafo primeiro, estende a todos os transportadores, não apenas aos concessionários da atividade de transporte de gás natural, a vedação de posse de relação societária, direta ou indireta, de controle ou de coligação (conforme definição do art. 243 da Lei nº 6.404, 16 de dezembro de 1976) com sociedades empresárias e consórcios das atividades acima citadas. Tal redação está em acordo com a redação do § 1º do art. 5º.

79. É importante ressaltar que a autonomia e independência dos transportadores se dá nos planos jurídico, patrimonial e societário. Para isto, o art. 5º da proposta estabelece que o transportador deve *"dispor de todos os recursos humanos, técnicos, materiais e financeiros necessários ao cumprimento das suas obrigações nos termos da presente Resolução e ao exercício da atividade de transporte de gás natural, devendo, designadamente, ser o proprietário de todos os ativos e contratar o pessoal necessários ao exercício da atividade de transporte de gás natural, incluindo para o desempenho das funções societárias."*

80. A condição de dispor de todos os recursos humanos, técnicos, materiais e financeiros, bem como deter a propriedade dos ativos, é essencial para evitar conflitos de interesses entre os transportadores e demais elos da cadeia de valor da indústria do gás. De acordo com a Comissão Europeia⁷, tais medidas visam a *"remover o incentivo às empresas verticalmente integradas para discriminar os concorrentes no que diz respeito ao acesso à rede, ao acesso a informações comercialmente relevantes e aos investimentos na rede."*

81. Especificamente no que diz respeito à propriedade dos ativos de transporte, o § 1º do art. 5º prevê a alternativa da transferência da operação dos seus ativos de transporte para um operador independente (descrito na Subseção 3.2.2). Neste sentido, a proposta prevê o modelo de Separação Completa da Propriedade (OU) como caso geral e o modelo de Operador Independente de Sistema (ISO) como alternativa para os transportadores existentes na data de entrada em vigor da resolução. Já o modelo ITO não será objeto de proposta para o Brasil pelas razões adiante.

82. Dado o exposto na Subseção 3.2.3, para o modelo ITO assegurar a independência das áreas comerciais e de operação do transportador é necessário que as seguintes condições estejam presentes:

⁷ Idem 2010 (pág. 4).

I – **Separação Administrativa:** os funcionários do transportador não devem ser compartilhados ou cedidos por sociedades empresárias que detêm participação acionária no transportador e vice-versa, incluindo não somente a direção, mas também a média gerência operacional. Da mesma forma, a remuneração dos funcionários não deve ser influenciada pelo desempenho do acionista, assim como a política de substituição e transferência de funcionários para o transportador e vice-versa deve conter regras e salvaguardas que assegurem sua independência. O transportador não deve possuir ações ou receber qualquer tipo de recursos baseados no desempenho do acionista, devendo haver regras semelhantes aplicadas aos funcionários do transportador.

II – **Poder de Decisão Efetivo:** o transportador deve ter efetivo poder de decisão sobre suas atividades e os ativos necessários para operar, manter e expandir sua rede; para tanto, deve possuir os recursos humanos, técnicos e financeiros, ou seja, sem necessitar de auxílio ou autorização de acionistas. O poder de supervisão dos acionistas deve ser restrito ao plano financeiro anual e ao nível de endividamento do transportador.

III – **Programa de Conformidade:** o transportador deve estabelecer um programa interno de conformidade elencando medidas que visam a reforçar, a dar publicidade interna e a monitorar a proibição de condutas discriminatórias. Este programa deve estabelecer regras de conduta, como por exemplo: obrigação de preservar a confidencialidade de informações comercialmente sensíveis, detalhando quais informações devem ser consideradas confidenciais (como informações de suprimento) e qual o tratamento adequado, além de prever sanções impostas pela legislação em vigor. O programa deve incluir os meios de implementação e promoção das medidas, tais como: comprometimento por escrito da direção, apoio ativo, claro e ostensivo às medidas, imposição de treinamentos e ações disciplinadoras em caso de violação, e a nomeação de um responsável na direção pelo programa de conformidade, que deve elaborar um relatório anual a ser encaminhado ao regulador.

83. Cabe ressaltar que a previsão da existência do modelo ITO na Europa decorre do fato que na data em que a Diretiva 2009/73/EC entrou em vigor algumas companhias de gás natural eram verticalmente integradas sendo proprietárias, inclusive, dos ativos de transporte de gás natural. No entanto, tal diagnóstico não se aplica necessariamente ao Brasil após a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), datado de 08 de julho de 2019, o qual prevê o seguinte compromisso em sua Cláusula Segunda ("Das Obrigações da Compromissária"):

"2.1. A COMPROMISSÁRIA se compromete a colocar em processo de alienação (i) suas participações societárias na NTS e na TAG; (ii) sua participação societária na TBG, após a definição da receita da TBG com a conclusão da chamada pública para contratação de capacidade disponível, cuja consulta pública ocorreu no ano de 2019; e (iii) a sua participação acionária indireta em companhias distribuidoras, seja alienando suas ações na própria GASPETRO, seja buscando a alienação da participação da

GASPETRO nas companhias distribuidoras, respeitados os termos dos respectivos acordos de acionistas, a critério da PETROBRAS (ativos citados nas alíneas (i) a (iii), conjuntamente "Ativos Desinvestidos"), observados, em relação a todas as alíneas anteriores, os procedimentos e padrões internos aplicáveis e devendo ser obtidas as aprovações conforme governança interna da Companhia.

2.1.1. O desinvestimento será executado nos termos da Sistemática de Desinvestimentos da PETROBRAS, que segue o regramento disposto no Decreto 9.188/17 ou legislação que lhe sobrevenha.

2.1.2. Enquanto não forem realizadas as alienações de suas participações societárias na NTS, TAG, TBG, bem como a alienação da participação acionária indireta em companhias distribuidoras, a COMPROMISSÁRIA deverá, no prazo de até 6 (seis) meses contados da data de assinatura deste Termo de Compromisso, indicar nessas empresas de transporte e na GASPETRO, Conselheiros de Administração que se enquadrem no conceito de conselheiros independentes, assim definido pelas regras do Novo Mercado, com o objetivo de assegurar a desverticalização funcional das empresas.

2.1.2.1. O compromisso estabelecido no item 2.1.2 acima não impede que a COMPROMISSÁRIA indique representantes para ocupar função de diretor ou outras funções técnicas e operacionais na NTS, TAG, TBG e na GASPETRO.

2.1.3. Serão deflagrados um ou mais processos competitivos que conjuguem um ou mais Ativos Desinvestidos ("Projetos de Desinvestimento na Área de Gás Natural"), de acordo com as seguintes etapas:

(a) Divulgação ao Mercado sobre cada processo competitivo ("Teaser") até 31/03/2020, em conjunto com a implementação da definição da receita da TBG tal como disposto no item 2.1;

(b) Assinatura dos Contratos de Compra e Venda ("Signing") até 31/12/2020 ou em até 9 (nove) meses da divulgação do Teaser, o que ocorrer por último;

(c) Fechamento das Operações ("Closing") até 31/12/2021 ou em até 12 (doze) meses do Signing, o que ocorrer por último."

84. Dessa forma, uma vez que a Petrobras, na figura da empresa verticalmente integrada detentora dos ativos de transporte, já se comprometeu a alienar seus ativos de transporte nas 3 (três) principais transportadoras existentes no Brasil, não se contempla a alternativa do modelo de ITO na presente proposta, haja vista que este modelo apresenta um custo-benefício de adoção, evidentemente, não favorável (ver Quadros 2 e 3 da Subseção 3.1).

85. Tecidas as considerações acima, os demais parágrafos do art. 5º e os arts. 6º e 7º disciplinam o funcionamento do modelo OU.

86. O § 2º do art. 5º e o art. 6º tratam especificamente da restrição à subcontratação de pessoal e à prestação de serviços entre o transportador e sociedades empresárias ou consórcio destas que exerçam, diretamente ou por meio de sociedades empresárias coligadas, atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural. Tal restrição

se baseia na ideia presente na Diretiva 2009/73/EC de que a operação da rede de transporte deve ser feita por empregados com dedicação exclusiva ao transporte de gás natural, ou seja, sem qualquer interesse no desempenho financeiro e comercial das sociedades empresárias que atuem nos demais elos da cadeia de valor do gás natural.

87. O art. 7º trata especificamente dos aspectos societários da autonomia e independência entre o transportador e as demais atividades da indústria do gás, bem como da obrigatoriedade da elaboração de um código de conduta relativo à independência funcional das suas operações em relação às demais atividades que aquele pode exercer: as atividades previstas no art. 56 da Lei nº 9.478/1997 e no parágrafo 3º do art. 3º da Lei nº 11.909/2009. Os citados artigos estão de acordo com a previsão do § 2º do art. 5º do Projeto de Lei nº 6.407/2013 no que diz respeito à governança dos transportadores e à preservação de informações comercialmente sensíveis.

4.3.2 Da Operação Independente da Atividade de Transporte

88. A Seção II, composta pelos arts. 8º a 14, trata da exceção constante no § 1º do art. 5º da proposta, e corresponde ao modelo ISO descrito na Subseção 3.2.2 da presente Nota Técnica.

89. Os arts. 8º a 10 estabelecem as funções do operador independente, as quais devem estar de acordo com aquelas do transportador autônomo e independente estabelecidas na Seção anterior, bem como dispõe que o operador independente deve seguir todas as normas atinentes à atividade e cumprir as obrigações constantes do art. 3º da minuta de resolução.

90. Já o art. 11 estabelece os deveres e responsabilidades do proprietário cujos ativos de transporte foram cedidos para o gerenciamento do operador independente.

91. Sua primeira obrigação (art. 11, I) é fornecer toda a cooperação relevante ao operador independente para o cumprimento de suas funções, em especial no que diz respeito ao fornecimento de todas as informações relevantes associadas aos ativos de transporte.

92. No que diz respeito ao financiamento da rede de transporte (art. 11, II), o proprietário das instalações de transporte tem, em princípio, a obrigação de financiar os investimentos decididos pelo operador independente, investimentos estes que devem ser previamente aprovados pela ANP para serem incorporados à base regulatória de ativos para fins de cálculo da receita máxima permitida do transportador, conforme dispõe o art. 6º da Resolução ANP nº 15, de 14 de março de 2014. Se o proprietário das instalações de transporte não quiser realizar tais investimentos, deverá concordar com o financiamento dos investimentos por qualquer parte interessada, incluindo o próprio operador independente, o que na prática significa que o proprietário das instalações de transporte não será o proprietário das novas instalações de transporte que não foram financiadas por ele. Além disso, o proprietário dos ativos de transporte também tem a obrigação de fornecer garantias financeiras para viabilizar o financiamento das ampliações da

infraestrutura de transporte, a menos que tenha concordado com o financiamento de terceiros (art. 11, III).

93. O proprietário da instalação também deve adotar as medidas necessárias para cobrir as responsabilidades e passivos derivados de seus ativos de transporte, exceto o correspondente às funções de operador independente (art. 11, IV). Isto significa que o proprietário da rede deve, por exemplo, cobrir as responsabilidades decorrentes do estado de conservação da infraestrutura de transporte, mas não pelo seu gerenciamento por parte do operador independente.

94. O art. 12 estabelece a obrigação da celebração de contrato entre o proprietário das instalações de transporte cedidas e o operador independente para a definição das suas respectivas responsabilidades e atribuições. Tal instrumento contratual deve ser submetido à aprovação prévia da ANP por ocasião do processo de certificação de independência e o seu cumprimento deve ser constantemente monitorado com o objetivo de garantir a conformidade do modelo de independência escolhido.

95. O art. 13 prevê que a ANP pode solicitar as informações que julgar necessárias para o exercício de suas funções e realizar inspeções, mesmo sem aviso prévio, das instalações do proprietário das instalações de transporte e do operador independente. Em que pese esta obrigação já constar do rol das obrigações do transportador, uma vez que a propriedade e a operação das instalações de transporte estão separadas no modelo ISO optou-se por uma redação que deixa absolutamente clara a obrigação por ambas as figuras na presente proposta.

96. Por serem agentes regulados pela ANP, o art. 14 dispõe que a Agência deverá atuar como o órgão de resolução de conflitos e arbitramento entre o proprietário da instalação de transporte e o operador independente, quando um deles reivindicar, em consonância com o disposto no art. 20 da Lei nº 9.478/1997. O § 1º prevê que no caso de conflito entre as partes, estas devem dar preferência à mediação e à conciliação, a passo que o § 2º estabelece o arbitramento por parte da ANP decorre do desejo expresso das partes e deve seguir o rito estabelecido no Regimento Interno da Agência.

4.4 Da Certificação de Independência do Transportador

97. O art. 15 da proposta de minuta estabelece que a ANP deve monitorar continuamente o cumprimento das disposições de independência e autonomia da atividade de transporte de gás natural, e para tal deve emitir oficialmente uma certificação para cada transportador enquadrando-o dentre os modelos OU ou ISO.

98. Já o art. 16 trata das condições nas quais um processo de certificação de independência deve ser iniciado. Em especial, a proposta de resolução prevê duas hipóteses para que o processo de certificação seja iniciado pela ANP:

I – caso do transportador ou o agente que tenha sido indicado para atuar como operador independente não façam o seu pedido de certificação tempestivamente; ou

II – caso a ANP obtenha conhecimento de alteração no transportador, no proprietário das instalações de transporte ou no operador independente que possa causar a necessidade de reavaliar a decisão de certificação e

cause potencial ou efetivamente uma violação das disposições de independência e autonomia da atividade de transporte disposto na resolução.

99. Seja por iniciativa própria ou por determinação da ANP, o art. 17 estabelece que o transportador deve anexar toda a documentação necessária para avaliar a sua situação real perante os requisitos para certificação de separação, independência e autonomia da atividade de transporte de gás natural. A listagem de documentos constantes do art. 17 não pretende ser exaustiva, mas sim uma orientação para a elaboração da solicitação, uma vez que novos documentos podem ser requisitados pela ANP no decorrer do processo em função da análise da documentação encaminhada. Além disso, a proposta de resolução prevê que a ANP deixará disponível formulário em sua página eletrônica na internet (www.anp.gov.br) com um modelo de solicitação de certificação de independência e informações úteis aos interessados acerca da documentação que devem ser anexada ao pedido encaminhado à Agência (parágrafo único do art. 17).

100. O art. 18 estabelece um prazo de 270 (duzentos e setenta) dias, contados da sua entrega, para a análise por parte da ANP de toda a documentação encaminhada pelos transportadores. Adicionalmente, a ANP poderá solicitar documentos e informações adicionais, sendo o prazo para a análise da documentação o mesmo previsto no *caput* do artigo. Tal previsão de periodicidade reside, principalmente, na complexidade e o volume documental que pode ser necessário para a conclusão de um processo inédito para a Agência, fato este agravado pela restrição de recursos que a ANP enfrenta para fazer frente ao processo de condução da sua Agenda Regulatória não apenas do biênio 2020-2021 em paralelo ao processo de certificação de independência de ao menos 5 (cinco) transportadores existentes na data de elaboração da presente Nota Técnica.

101. Ainda com relação ao prazo previsto no art. 18, na visão da equipe técnica responsável pela proposta a certificação de independência não se enquadra como um ato de liberação de atividade econômica (não se trata de uma autorização para o exercício de atividade) tal como previsto no Inciso IX do artigo 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. De toda sorte, o § 1º do Art. 11 do Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019, que regulamenta a Lei nº 13.874/2019, dispõe que a Diretoria Colegiada da ANP, na figura da entidade máxima do órgão responsável pela autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural, pode determinar prazo superior ao máximo estabelecido na norma, caso seja devidamente justificado.

102. De acordo com art. 19, se no curso do processo de certificação a ANP julgar necessário, poderá solicitar das sociedades empresárias ou consórcios destas que exerçam as atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural documentos e informações para o cumprimento de suas atribuições. A ANP garantirá a confidencialidade de informações comercialmente sensíveis prestadas pelos agentes da indústria do gás.

103. O art. 20 estabelece a obrigatoriedade de publicidade da decisão, por parte da ANP, no Diário Oficial da União para que a certificação de independência possa gerar efeitos.

104. O art. 21 trata das consequências do indeferimento da solicitação do pedido, sendo estas: (i) o impedimento por parte do transportador de celebrar novos contratos de serviço de transporte com carregadores; e (ii) impossibilidade de obter novas autorizações de construção e operação por parte da ANP, salvo nos casos de manutenção da qualidade e da continuidade da prestação dos serviços de transporte contratados à época da solicitação de certificação de independência. Trata-se, portanto, da imposição de limites ao transportador enquanto este não estiver em conformidade com as disposições de separação, independência e autonomia da atividade de transporte de gás natural, mas sem implicar na revogação de autorização existentes ou na extinção de contrato de serviços de transporte já celebrados com carregadores.

4.5 Disposições Finais e Transitórias

105. O art. 22 determina que o transportador que detiver a propriedade de seus ativos de transporte e que, na data da publicação da Resolução, fizer parte de grupo econômico ao qual pertença sociedade ou consórcio que atue ou exerça funções nas atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural, poderá manter a propriedade das instalações de transporte, desde que ceda a sua gestão a um operador independente. Dessa forma, uma vez feita tal opção, este agente passa à condição de proprietário de instalação de transporte (art. 11), e deixa, após concluída a cessão da gestão do transporte, de ser responsável por conceder e gerenciar o acesso de terceiros, assim como pelo planejamento dos investimentos em transporte de gás natural (parágrafo único do art. 22). Tal dispositivo, por apenas estar disponível na data de publicação da resolução, na prática estabelece que os novos transportadores que vierem a se constituir no Brasil após a publicação da norma apenas poderão fazê-lo dentro do modelo de independência e autonomia de transportador independente, disciplinado na Seção I do Capítulo III da proposta.

106. A Resolução estabelece no seu art. 23 o prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da sua entrada em vigor para o envio, pelos transportadores para a ANP das suas solicitações de certificação de independência. Cabe ressaltar que, na hipótese de não cumprimento do prazo previsto no art. 23, o inciso II do art. 16 prevê que a ANP dará início *ex officio* o processo de certificação de independência destes agentes.

107. O prazo proposto no art. 23 da minuta para o envio das solicitações foi estipulado para que os transportadores tenham tempo hábil para produzir a documentação correspondente ao modelo de independência eleito e colher as devidas permissões internas para o cumprimento do disposto no art. 17 da minuta de resolução.

108. Por fim, com relação ao artigo que trata da vigência da norma (art. 24), cumpre ressaltar que este prevê uma data certa para entrada em vigor da resolução em atendimento ao disposto no art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, o qual estabelece que os atos normativos devem conter data certa para sua entrada em vigor e para sua produção de efeitos, sendo que este prazo deve ser de, no mínimo, uma semana após a sua data de publicação (inciso I, art. 4º) e sempre no primeiro dia do mês ou em seu primeiro dia útil (inciso II, art. 4º). Assim

sendo, tão logo seja possível obter uma previsão precisa da sua publicação e data de entrada em vigor da resolução deverá estabelecida de acordo com o disposto no Decreto nº 10.139/2019.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

109. Esta Nota Técnica teve por objetivo apresentar uma proposta dos critérios de autonomia e de independência para o exercício da atividade de transporte de gás natural em relação às demais atividades não incluídas no § 3º do art. 3º da Lei nº 11.909, de 2009, para transportadores novos e existentes, com vistas à promoção da livre concorrência, da transparência das informações, do acesso não discriminatório aos gasodutos de transporte e do uso eficiente das infraestruturas, em atendimento ao disposto no art. 4º-A do Decreto nº 7.382, de 02 de dezembro de 2010, inserido pelo Decreto nº 9.616, de 17 de dezembro de 2018.

110. A presente proposta resulta do amplo debate ocorrido no Brasil desde 2016 com a Iniciativa Gás para Crescer e nos trabalhos do Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil, responsável pela elaboração do Programa Novo Mercado do Gás, por meio dos quais foram realizadas amplas consultas aos agentes da indústria e da sociedade civil. Com base nos comentários e sugestões recebidos optou-se por aproveitar a experiência europeia de aplicação de certificações de independência para os transportadores novos e existentes, com ênfase nos modelos de independência OU e ISO.

111. Desta forma, a presente proposta visa a promover o debate acerca do(s) melhor(es) modelo(s) para a efetiva separação da atividade dos demais elos concorrências, em linha com os objetivos de política energética traçados pelo Conselho Nacional de Política Energética por meio das Resoluções CNPE nº 10/2016 e nº 16/2019.