LÍVIA MEDEIROS AMORIM VELONI

TRANSPORTE DUTOVIÁRIO DE GÁS NATURAL: CONTEÚDO JURÍDICO DO REGIME DE MONOPÓLIO

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

LÍVIA MEDEIROS AMORIM VELONI

TRANSPORTE DUTOVIÁRIO DE GÁS NATURAL: CONTEÚDO JURÍDICO DO REGIME DE MONOPÓLIO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como condição parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado (Subárea Direito Administrativo), sob a orientação do Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

AMORIM VELONI, Lívia Medeiros.
Transporte Dutoviário de Gás Natural: Conteúdo Jurídico do regime de monopólio / Lívia Medeiros Amorim Veloni; orientador Floriano de Azevedo Marques Neto. – São Paulo, 2022. 311 p.

Tese (Doutorado) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. DIREITO ADMINISTRATIVO. 2. REGULAÇÃO. 3. GÁS NATURAL. 4. TRANSPORTE. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo, orient. II. Título.

Nome: VELONI, Lívia Medeiros Amorim.

Título: Transporte dutoviário de gás natural: conteúdo jurídico do regime de monopólio

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como condição parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Ao Tom e Guilherme, meus amores.

AGRADECIMENTOS

O processo criativo é solitário, como é confirmado no prefácio das referências bibliográficas citadas. O pedido de desculpas pelas ausências e angústia da solidão necessária ao processo criativo é a única tese sem antítese ao longo dos textos.

Escrever os agradecimentos em uma tese de doutorado é ter quase a certeza de cometer injustiças. São tantos os pontos conectados ao longo da vida para se chegar até aqui, tantas pessoas que foram e são importantes ao longo dessa jornada 'arte do encontro', que é impossível fazer a 'lista de grandes amigos'. Então, para abrandar a injustiça certa, primeiro fica meu agradecimento inominado a todos que por aqui passaram e que deixaram um pouco de si, sobretudo à minha família, aos amigos e professores, que me ensinaram o amor pela curiosidade e a fé na ciência e na educação como profissão de vida.

Sigo então agradecendo a alguns que, neste percurso solitário da pesquisa, me ajudaram a andar com fé.

Aos meus pais, pelo amor e pelo cuidado de toda a vida e por reiterarem diariamente que a educação é o único meio possível de transformação social e de construção de dignidade. Aos meus irmãos, por partilharem comigo a jornada e pela torcida incessante. À minha madrinha, pelo carinho e pelas orações.

Ao meu filho Tom, cuja chegada me deu força e disciplina para continuar, pela companhia ainda na barriga. Ver o 'espetáculo da vida desfiar seu fio, a fábrica que ela mesma, teimosamente, fabrica', foi fonte de grande inspiração para seguir. Ao meu amor e companheiro de vida, Guilherme Veloni, por todo amor e cuidado, pela paciência com minhas ausências e pelas discussões monotemáticas sobre o mercado de gás *here, there and everywhere*.

Ao Professor Floriano, pela oportunidade de realizar esta pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da convivência com seu brilhantismo e inesgotável entusiasmo e curiosidade pelo conhecimento.

Àqueles que me acolheram em São Paulo e me mostraram que existe realmente muito amor em SP, especialmente Mariana, Pedrinho e Nadeia. Aos amigos para a vida que as arcadas me deram, especialmente Antônio Machado, Andréa Magalhães, Beatriz Horbach, Diego Jurubeba, Guilherme Dourado, Juliana Melcop, Yasser Gabriel e Renata Isfer.

A todos aqueles que me ajudaram a vencer a inércia para começar, com o processo seletivo, com as pesquisas ou com as reflexões obsessivas e incessantes. A lista é extensa... Joisa Dutra, Miguel Vazquez, Edson Gonçalves, Raquel Freitas, José Marques Júnior, Edoarda Victer, Letícia Antunes, Fernando Menegat. Um agradecimento especial a Gustavo Kaercher, cuja genialidade amorosa tenho a sorte da convivência.

Ao Ralph Rosenberg, pela confiança depositada nos últimos anos e pelo desafio de transformar o conhecimento jurídico em conhecimento aplicado, ciente de suas consequências práticas e sem as barreiras de uma comunicação restrita a juristas.

Ao Souto Correa por me proporcionar um ambiente profissional que permite a dedicação à qualificação acadêmica. Agradeço especialmente a Carlos Souto e Guilherme Amaral pelo incentivo, a Isabelle Bueno por todo o apoio no processo e a Lucas Griebeler e Jorge Cesa pelo estímulo e pelas valiosas discussões sobre o tema. Ao incrível time de energia, pela felicidade cotidiana de dividir os dias com pessoas inteligentes, dedicadas e entusiasmadas.

RESUMO

VELONI, Lívia Medeiros Amorim. Transporte dutoviário de gás natural: conteúdo jurídico do regime de monopólio. 2022. 303 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A regulação do gás natural no Brasil ainda carece de reflexões jurídicas robustas, principalmente no que diz respeito à delimitação do regime constitucional de exploração de suas atividades e seus corolários. Apesar de ter passado por uma reorganização na década de 1990, ao mesmo tempo em que outras indústrias de rede no País, a manutenção da posição do incumbente estatal verticalizado na indústria do gás natural mitigou a aplicabilidade desses questionamentos. Na literatura jurídica, há contribuições importantes sobre o tema de uma forma abrangente, alcançando todas as atividades da cadeia. No entanto, tais contribuições não se propõem a uma análise mais detida da atividade de transporte dutoviário de gás natural. Apesar de a abertura jurídica da indústria ter ocorrido com as Emendas Constitucionais n. 5 e 9, ambas de 1995, ela se manteve verticalmente integrada sob a *holding* Petrobras. Por essa razão, não houve oposição de interesses/disputas relevantes que levassem a uma reflexão jurídica aprofundada sobre temas que atualmente estão se mostrando necessários em um contexto de liberalização. A perspectiva de abertura do mercado de gás natural a outros agentes tem levantado uma série de questões jurídicas relevantes que foram objeto de pouca (ou nenhuma, em determinados casos) problematização acadêmica. O tratamento dado a essas questões jurídicas esbarra em limitações importantes, relativas não apenas à escassez de problematização específica (doutrinária ou jurisprudencial), mas também à impossibilidade de aplicação das teorizações feitas sobre a categoria de monopólio legal ao transporte dutoviário de gás. Em outros termos, mesmo as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais feitas para a categoria de monopólio não são particularmente aplicáveis ao transporte, por meio de conduto, de gás natural. A insuficiência da diferenciação doutrinária usualmente feita entre as categorias de serviço público e de monopólio se torna especialmente presente, nesse caso, pelo fato de o transporte dutoviário de gás natural poder se organizar sob a forma de um monopólio natural. A pesquisa realizada propõe uma leitura constitucional de enquadramento da atividade de transporte de gás natural por meio de conduto, classificando-a com uma atividade reservada, que representa a imputação de uma competência pública à União. A atribuição dessa competência à União importa a exclusão dos demais entes da Federação e lhe impõe a obrigação de prestar a atividade diretamente ou de ordenar sua exploração por privados, na forma do art. 177, § 1º, da Constituição. Ademais, a reserva da atividade à União lhe dá a possibilidade de utilizar arranjos de regulação mais interventivos, a exemplo de ferramentas tipicamente aplicadas à regulação de monopólios naturais (controle de entrada, determinação setorial de acesso, regulação de preços e determinação de transparência de informações). Em relação às atividades de livre iniciativa, aquelas não reservadas a um ente da Federação, defende-se não ser possível a adoção integral e preventiva desses instrumentos, tendo em vista a fragilização desproporcional do direito de propriedade e a liberdade de iniciativa dos privados. Por fim, a última seção do trabalho aplica tais reflexões constitucionais aos três marcos normativos observados na indústria do gás natural após a Emenda Constitucional n. 9/1995.

Palavras-chave: Monopólio natural; monopólio; serviço público; transporte de gás natural por meio de conduto; serviços locais de gás canalizado.

ABSTRACT

VELONI, Lívia Medeiros Amorim. Natural Gas Pipeline Transportation in Brazil: the legal regime. 2022. 303 f. Thesis (PhD) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The legal regime applicable to the natural gas industry in Brazil has not been yet subject to in-depth research. Although the market has been, in legal terms, liberalized since the 1990's (along with other network industries in the country), in practice the market dominance was still held by the incumbent and, consequently, there has not been opposed interests leading to different legal points of view. There is relevant legal research with a cross-industry perspective. However, these academic contributions do not encompass a specific approach towards the gas transmission system legal regime. The ongoing market reform is raising several legal questions there are yet to be debated, both by the market stakeholders and by academic research. The historical debate opposing public services to legal monopolies is, also in this case, not fit for purpose. Although the majority of national doctrine considers natural gas transmission a legal monopoly (as an opposed category to a public service), the aspects normally claimed to distinguish one from another are not particularly applicable in the case of gas pipelines. Public services are usually – explicitly or not - identified by economic characteristics presented by natural monopolies, while legal monopolies are claimed as the activities where the Government or the licensee can freely exploit and potentially obtain excess profits. This work states that such categorization should not be adopted for gas pipelines and that economic activities in the Constitution should be labeled in reserved and non-reserved activities. Natural gas transmission would be then regimented as a reserved activity, meaning that the Federal Union would be legally competent to exercise such prerogative and duty. Such exclusive competence also entails that no other entity would be primarily entitled to exercise these powers and that the Federal Union is the one responsible for providing these services or for designing the market and putting in place the right conditions for licensees to provide the service. Furthermore, the Federal Union could apply to natural gas pipelines the regulatory tools most commonly applicable as a response to natural monopolies (market entry barriers, third party access provisions, price regulation and transparency obligations). These tools cannot be widely adopted in relation to non-reserved economic activities, since in these cases it will most likely lead to regulatory takings. The last chapter then applies such statements to the different legal frameworks that have been applicable to the natural gas industry in Brazil since the Constitutional Amendment n.º 9/1995.

Keywords: Natural Monopoly; Legal Monopoly; Public Services; Natural Gas Pipeline Transportation; Natural Gas Distribution.

RÉSUMÉ

VELONI, Lívia Medeiros Amorim. Transport par gazoduc au Brésil : le régime juridique. 2022. 303 f. Thèse (PhD) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2022.

Le régime juridique applicable à l'industrie du gaz naturel au Brésil n'a pas encore fait l'objet de recherches approfondies. Bien que le marché ait été, en termes juridiques, libéralisé depuis les années 1990 (ainsi que d'autres industries de réseau dans le pays), dans la pratique, la domination du marché était toujours détenue par l'opérateur historique et, par conséquent, il n'y a pas eu d'intérêts opposés conduisant à des divergences juridiques. points de vue. Il existe des recherches juridiques pertinentes dans une perspective intersectorielle. Cependant, ces contributions académiques n'englobent pas une approche spécifique du régime juridique du système de transport de gaz. La réforme du marché en cours y soulève plusieurs questions juridiques qui n'ont pas encore été débattues, tant par les acteurs du marché que par la recherche académique. Le débat historique opposant les services publics aux monopoles légaux est, là aussi, hors de propos. Bien que la majorité de la doctrine nationale considère le transport de gaz naturel comme un monopole légal (en tant que catégorie opposée à un service public), les aspects normalement prétendus les distinguer les uns des autres ne sont pas particulièrement applicables dans le cas des gazoducs. Les services publics sont généralement - explicitement ou non - identifiés par les caractéristiques économiques présentées par les monopoles naturels, tandis que les monopoles légaux sont revendiqués comme les activités où le gouvernement ou le concessionnaire peut librement exploiter et potentiellement obtenir des bénéfices excédentaires. Cet ouvrage stipule qu'une telle catégorisation ne devrait pas être adoptée pour les gazoducs et que les activités économiques dans la Constitution devraient être étiquetées en activités réservées et non réservées. Le transport de gaz naturel serait alors réglementé comme une activité réservée, ce qui signifie que l'Union fédérale serait légalement compétente pour exercer cette prérogative et ce devoir. Une telle compétence exclusive implique également qu'aucune autre entité ne serait principalement habilitée à exercer ces pouvoirs et que l'Union fédérale est responsable de la fourniture de ces services ou de la conception du marché et de la mise en place des conditions adéquates pour que les titulaires de licence fournissent le service. En outre, l'Union fédérale pourrait appliquer aux gazoducs les outils réglementaires les plus couramment applicables en réponse aux monopoles naturels (obstacles à l'entrée sur le marché, dispositions d'accès des tiers, réglementation des prix et obligations de transparence). Ces outils ne peuvent pas être largement adoptés en ce qui concerne les activités économiques non réservées, car dans ces cas, cela conduira très probablement à des prélèvements réglementaires. Le dernier chapitre applique ensuite ces déclarations aux différents cadres juridiques applicables à l'industrie du gaz naturel au Brésil depuis l'amendement constitutionnel n.º 9/1995.

Mots clés: monopole naturel; monopole légal; services publics; transport par gazoduc; distribution de gaz naturel.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abiape	Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia
Abradee	Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica
ACO	Ação Cível Originária
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CCT	Contrato de conexão
Celse	Centrais Elétricas de Sergipe
Cide	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CPAC	concurso público para alocação de capacidade
DGO	*Domestic Gas Obligation*
DMO	*Domestic Market Obligation*
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
GNA	Gás Natural Açu
GNC	Gás Natural Comprimido
GNL	Gás Natural Liquefeito
LNG	Líquido de gás natural
LNG	*Liquefied Natural Gas*
MME	Ministério de Minas e Energia
NTS	Nova Transportadora do Sudeste
PEM	Programa Exploratório Mínimo
RTDT	Regulamento Técnico de Dutos Terrestres para Movimentação de Petróleo, Derivados e Gás Natural
SCM	Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural
TAG	Transportadora Associada de Gás
Tepor	Terminal Portuário de Macaé
TGS	Terminal Gás Sul
TPNR	Terminal Portuário de Novo Remanso
TRSP	Terminal de Regaseificação de São Paulo

UT	Unidades de trabalho
UTE	Usina Termelétrica

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Estrutura da indústria 24
Figura 2 – Diferentes modalidades de movimentação..... 45
Figura 3 – Possibilidades de regulação de preços de acesso 181
Figura 4 – Planejamento do sistema de transporte 257
Figura 5 – Modalidades de movimentação e sua classificação 275

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Critérios adotados pelas legislações para classificação dutoviária infraconstitucional 52
Quadro 2 – Sintetização das premissas apresentadas 196
Quadro 3 – Análise das variáveis para as atividades reservadas e para as atividades de livre iniciativa 278

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 17

2 A ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA E JURÍDICA DA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL 23

2.1 O Gás Natural 25

2.2 Exploração e produção 28

2.3 Importação e exportação 37

2.4 Processamento 40

2.5 Liquefação e regaseificação 43

2.6 Transporte (ou movimentação de gás natural) 44

2.6.1 Movimentação não dutoviária 46

2.6.1.1 Terminais de GNL 46

2.6.1.2 Movimentação rodoviária, aquaviária e ferroviária 48

2.6.2 Movimentação dutoviária 50

2.6.2.1 O transporte por meio de conduto 51

2.6.2.2 Os serviços locais de gás canalizado 60

2.7 Carregamento 64

2.8 Comercialização 66

2.9 Estocagem e acondicionamento 69

2.10 Consumo 73

3 AS FALHAS DE MERCADO E OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA REGULAÇÃO DE MONOPÓLIOS NATURAIS 75

3.1 O conceito de monopólio 77

3.2 O conceito de monopólio natural 79

3.2.1 A relativização do conceito de monopólio natural 85

3.3 A doutrina das *essential facilities* 90

3.4 A escolha de modelo: o desenho do mercado 94

3.4.1 Regulação setorial vs. regulação da concorrência 95

3.4.2 Unbundling: a regulação setorial para proteção à concorrência 100

4 AS ATIVIDADES ECONÔMICAS NA CONSTITUIÇÃO: A LEITURA PROPOSTA 105

4.1 A reserva constitucional de atividades como divisão de competências 105

4.1.1 O conteúdo da competência *116*
4.1.2 A divisão federativa de competências na indústria do gás natural *125*
4.1.1.1 A fronteira entre os serviços locais de gás canalizado e o transporte de gás natural por conduto 128
4.2 O poder de polícia e o distinto espectro de atuação em relação às atividades de livre iniciativa e as atividades reservadas 140
4.2.1 A liberdade de iniciativa como eixo de análise *151*
4.2.1.1 Conteúdo econômico mínimo da liberdade de iniciativa 157
4.2.1.1.1 A possibilidade de controle de entrada e criação de exclusividade 159
4.2.1.1.2 A liberdade de alocação da capacidade: a determinação setorial de acesso de terceiro 163
4.2.1.1.3 A determinação do preço 176
4.2.1.1.4 A obrigação de divulgação de informações sobre nível de utilização e preço 182
4.2.1.2 Os princípios constitucionais econômicos delimitadores do conteúdo mínimo da liberdade de iniciativa 184
4.2.1.2.1 A livre concorrência e a vedação ao abuso de poder econômico 184
4.2.1.2.2 A função social da propriedade 188
4.3 Conclusão 192
5 A APLICAÇÃO DA LEITURA PROPOSTA À ATIVIDADE DE TRANSPORTE DUTOVIÁRIO DE GÁS NATURAL 199
5.1 A delimitação da atividade: o que está alcançado por transporte dutoviário de gás natural? Todos os gasodutos que não sejam de serviços locais de gás canalizado? 199
5.2 O transporte dutoviário de gás natural como monopólio da União: obrigação prestacional pela União? 202
5.3 O regime de exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural por privados: direito público ou privado? 204
5.3.1 A contratação de empresas estatais ou privadas para exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural *210*
5.3.1.1 Os limites da discricionariedade da União: em havendo interessados em explorar a atividade, a União pode negar o título habilitante? 215
5.3.2 A necessidade de licitação: é necessário licitar para contratar? *218*
5.3.3 A possibilidade de alteração unilateral de regras pela União: é possível? Quais as consequências? Há garantia ao equilíbrio econômico-financeiro? *220*
5.3.4 O título habilitante e a escolha do desenho de mercado *224*

5.3.4.1 Publicatio vs. Ordenatio: a escolha do legislador infraconstitucional pela autorização ou concessão leva a uma menor ou maior possibilidade de intervenção na atividade? 225
5.3.4.2 Autorização e concessão na exploração do transporte dutoviário de gás natural 226
5.3.4.2.1 Autorização na Lei n. 9.478/1997 226
5.3.4.2.1.1 Desverticalização 228
5.3.4.2.1.2 Objeto da outorga 232
5.3.4.2.1.3 Acesso de terceiros 238
5.3.4.2.1.4 Remuneração do transportador 245
5.3.4.2.2 Autorização e concessão na Lei n. 11.909/2009 248
5.3.4.2.2.1 Desverticalização 251
5.3.4.2.2.2 Objeto da outorga 251
5.3.4.2.2.3 Acesso de terceiros 252
5.3.4.2.2.4 Remuneração do transportador 253
5.3.4.2.3 Autorização na Lei n. 14.134/2021 253
5.3.4.2.3.1 Desverticalização 256
5.3.4.2.3.2 Objeto da outorga 257
5.3.4.2.3.3 Acesso de terceiros 260
5.3.4.2.3.4 Remuneração do transportador 262
5.3.4.3 A contratação do serviço de transporte dutoviário de gás natural 264
5.3.4.3.1 Aspectos regulatórios do contrato firmado entre o transportador e o carregador 266
5.3.4.3.2 A cessão – voluntária ou compulsória – da capacidade de serviço de transporte 270

6 CONCLUSÃO 273

REFERÊNCIAS 283

1 INTRODUÇÃO

A regulação do gás natural no Brasil ainda carece de reflexões jurídicas robustas, principalmente no que diz respeito à delimitação do regime constitucional de exploração de suas atividades e seus corolários. Apesar de ter passado por uma reorganização industrial na década de 1990, ao mesmo tempo que outras indústrias de rede no País, a manutenção da posição do incumbente estatal verticalizado na indústria do gás natural mitigou a aplicabilidade desses questionamentos.

Sem desconsiderar os impactos sobre outras etapas da cadeia, a falta dessas reflexões tem especial importância para a regulação daqueles segmentos que – sob a ótica econômica – podem se estruturar[1] sob a forma de um monopólio natural. Isso porque o controle dessa infraestrutura por um dado agente com participação nas demais etapas da cadeia pode levar a práticas anticompetitivas, com vistas a inviabilizar o acesso ao mercado por outros ofertantes.[2]

---

[1] A literatura econômica não é uníssona quanto a "se rede, então monopólio natural": "*Pipelines appear to be quintessential natural monopolies. Indeed, Archimedes of Syracuse, who mastered the concept of π in the third century BC, would have understood that the capacity within a pipeline was roughly π times a squared function of its radius. If the cost of the material for the pipe is roughly π times a linear function of that radius, then the average cost of pipeline capacity declines relentlessly with larger pipelines, as cost rises linearly as capacity rises exponentially. That means that a single pipeline is the least expensive way to serve the market for any conceivable quantity shipped – the definition of a* natural monopoly *for modern neoclassical economists. Archimedes may well have wondered why those future economists would make such a fuss over the concept. But in the twentieth and early twenty-first centuries, the concept of natural monopoly caused a significant fuss as major oil and gas pipelines quickly became critical links in supplying the world's energy demands. Owing to natural monopoly, with larger pipelines having lower unit capacity costs than smaller ones, regulators and governments believed that major pipeline companies possess market power. With such market power, the theory goes, pipelines will not provide services efficiently – at competitive prices reflecting cost – if not government owned or price regulated. During the decades of worldwide gas pipeline privatization in the 1980s and 1990s, the natural monopoly idea drove countries to privatize and regulate many of the world's gas pipelines as public utilities, as if pipeline competition and rivalry in inland fuel transport was out of the question. The perception of natural monopoly in pipelines has prompted some economists to favor building only one large pipeline from producing basis to major consuming areas as a compulsory joint venture. Other economists perceive that the natural monopoly concept has been overemphasized to support pipeline regulation when an unregulated market would work better*." (MAKHOLM, Jeff D. **The political economy of pipelines.** A century of comparative institutional development. Londres: The University of Chicago Press, 2012. p. 29-30).

[2] Nesse sentido: "Se bem é verdade que a propriedade da rede, necessária à prestação de uma utilidade pública, coloca seu titular numa posição dominante que, se não for fragmentada por medidas regulatórias, inviabiliza a competição e enseja mesmo a violação da ordem econômica, menos verdadeiro também não é que o caráter essencial de que se reveste a exploração dessa utilidade pode exigir a imposição, a esse agente dominante, do ônus de ampliação, abertura e aperfeiçoamento dessa rede. O que favorecerá não só a competição, mas, digamos, a própria democratização da fruição da *public utility*." (MARQUES NETO, Floriano de A. Universalização de serviços públicos e competição – O caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 138, jan. 2001).

Na literatura jurídica, há contribuições importantes sobre o tema de forma abrangente, alcançando todas as atividades da cadeia.[3] No entanto, tais contribuições não se propõem a uma análise mais detida das variáveis jurídicas de exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural (cf. inscrita no art. 177, IV, da Constituição Federal[4]).

Apesar de a **abertura jurídica** da indústria ter ocorrido com as Emendas Constitucionais n. 5 e 9, ambas de 1995,[5] a cadeia se manteve verticalmente integrada sob a *holding* Petrobras. Houve a separação legal e contábil de atividades da cadeia, mas os negócios jurídicos formados para coordenação entre as referidas atividades eram feitos por agentes controlados pela Petrobras. Por essa razão, historicamente, não houve negociação/oposição de interesses/disputas relevantes que levassem a uma reflexão jurídica aprofundada sobre temas que atualmente estão se mostrando necessários em um contexto iminente de indústria com múltiplos agentes.

Na prática, a realização de contratos de longo prazo entre partes relacionadas e sem regulação levou à consolidação jurídica de barreiras à entrada, tornando o direito de acesso de terceiros à malha de transporte dutoviário, fixado pelo art. 58 da Lei n. 9.478/1997,[6] uma previsão normativa de baixa (ou nenhuma) efetividade.[7] Mesmo após a edição da Lei n.

---

3 Nesse sentido, por exemplo, ver: ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 171-194, maio. 2002a; COSTA, Maria D. **Gás natural no cenário brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015; LOSS, Giovani R. **A regulação setorial do gás natural**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; SCHIRATO, Vitor R. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 205, out./dez. 2010; e SILVA, Anderson S. Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do Direito da Concorrência. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-173, 2003.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

5 BRASIL. **Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc05.htm. Acesso em: 27 jun. 2022; BRASIL. **Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

6 BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

7 A literatura internacional observa que na liberalização do mercado europeu ocorreu algo semelhante, com contratos de longo prazo firmados em um momento anterior à abertura efetiva do mercado e que, na prática, postergavam a possibilidade de acesso ao mercado por novos *players*. Nesse sentido, ver: TALUS, Kim. **Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**. The Netherlands: Wolters Kluwer Publishers, 2011a; TALUS, Kim. Just What is the Scope of the Essential Facilities Doctrine in the Energy Sector?: Third Party Access-Friendly Interpretation in the EU V. Contractual Freedom in the US. **Common Market Law Review**, v. 48, p. 1-28, 2011b; e ACER – Agency for the Cooperation of Energy Regulators. **ACER Report Inquiry on Transit Contracts in EU Member States**. 9 April 2013. Disponível em:

11.909/2009,[8] com a migração do modelo de acesso negociado para o de acesso regulado, criou-se um ambiente de regras detalhadas, mas que também não chegaram a ser de fato aplicadas. Além disso, diretamente correlacionada à estrutura do mercado (que permaneceu verticalmente integrado apesar da abertura normativa) e ao modelo de expansão[9] consignado nessa Lei, a expansão incipiente (na prática, inexistente) da malha de transporte dutoviário tampouco se mostrou uma via de acesso ao mercado.

Em síntese, até 2016,[10] o transporte dutoviário de gás natural se manteve não apenas sob o controle societário da Petrobras, mas também sob a exclusividade do direito de uso da malha de transporte por esse mesmo agente.

A perspectiva de **abertura comercial** do mercado de gás natural a outros agentes além da Petrobras tem levantado uma série de questões jurídicas relevantes,[11] que foram objeto de pouca (ou nenhuma, em determinados casos) problematização acadêmica. O tratamento dado a essas questões jurídicas emergentes esbarra em limitações importantes, relativas não apenas à escassez de problematização específica (doutrinária ou jurisprudencial), como mencionado, mas também à impossibilidade de aplicação das teorizações feitas sobre a categoria de **monopólio legal** ao transporte dutoviário de gás. Em outros termos, mesmo as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais feitas para a categoria genérica de **monopólio** não são

---

https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER_Report_Inquiry_on_Transit_Contracts_9_April_2013.pdf. Acesso em: 27 jun. 2022.

8 BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

9 Observe-se desde já que, como será desenvolvido ao longo do trabalho, não se reputa esse insucesso ao modelo de outorga (i.e., a concessão).

10 Em 2016, ocorreu a alienação do controle societário da Nova Transportadora do Sudeste (NTS) para a Brookfield e, em 2019, a transferência de controle da Transportadora Associada de Gás (TAG) para a Engie.

11 Alguns exemplos dessas questões são:

a) Qual é o objeto da atividade de transporte dutoviário de gás natural? Como ela se diferencia dos 'serviços locais de gás canalizado'?
b) É possível a imposição de restrições à exploração de outras atividades econômicas ao agente (ou a seu grupo econômico) que explora a atividade de transporte dutoviário de gás natural?
c) Ante a ausência de previsão legal, há limites aplicáveis à obtenção de receita pelo agente que explora a atividade de transporte de gás natural? Se sim, quais são esses limites?
d) A exploração da atividade de transporte de gás natural é alcançada pela proteção ao equilíbrio econômico-financeiro?
e) Qual é o regime do contrato firmado entre o usuário da instalação ou do "sistema de transporte" de gás natural e o prestador do serviço de transporte dutoviário de gás natural?
f) Qual é a natureza da contrapartida financeira devida no âmbito dos contratos de serviço de transporte dutoviário de gás natural?
g) Considerando a existência de capacidade ociosa – contratada pela Petrobras, mas sem utilização – na malha dutoviária existente, juridicamente seria possível a utilização dessa capacidade por terceiros ou seria necessário construir novas infraestruturas, tendo em vista a necessidade de preservação dos contratos de serviço de transporte feitos pela Petrobras com as transportadoras de gás natural?

particularmente aplicáveis ao transporte, por meio de conduto, de gás natural. A insuficiência da diferenciação doutrinária usualmente feita entre as categorias **serviço público** e **monopólio** se torna especialmente presente, nesse caso, pelo fato de o transporte dutoviário de gás natural poder se organizar sob a forma de um monopólio natural.

Muitas das reflexões essencialistas feitas sobre a categoria jurídica dos **serviços públicos** têm como pano de fundo o fato de esses serviços serem predominantemente prestados em indústrias de rede. A prestação sob regime de exclusividade, a não obtenção de lucro (e a correspondente microgestão dos custos do prestador), o planejamento da expansão das redes e as metas de investimento associadas – todos elementos reiteradamente apontados como inerentes ao regime de prestação dos serviços públicos – têm por pressuposto a forma de organização econômica das indústrias de rede. No caso do transporte dutoviário de gás natural – também uma etapa de rede –, o conteúdo material da regulação aplicada em concreto é, em muito, semelhante aos elementos apontados pela literatura jurídica como caracterizadores dos serviços públicos. Nesse cenário, as reflexões feitas para a categoria de monopólio[12] de que seriam atividades essencialmente lucrativas e, quando exploradas por privados, feitas com mais liberdade que a exploração dos serviços públicos, não são tão aderentes à forma como a indústria do gás natural vem sendo regulada desde a Lei n. 9.478/1997. Na prática, o agente que explora a atividade de transporte dutoviário de gás natural tem ônus semelhante aos de um concessionário de serviço público, sem, contudo, ter as mesmas garantias.

Esses ônus, em tese intrínsecos apenas à prestação dos serviços públicos, na verdade têm como contexto técnicas econômicas de mitigação de falhas de mercado presentes tanto nas indústrias de rede sobre as quais se apoia a prestação dos serviços públicos quanto no transporte dutoviário de gás natural. Este, na prática, fica exposto a uma regulação de conteúdo materialmente semelhante ao que seria o "conteúdo essencial dos serviços públicos"

[12] "Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, "c" da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, 'e'; 30, V e 25, § 1º, da Constituição), ainda então o prestador do serviço empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários de certo privilégio, por mais de um deles, e o regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência." (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 134).

e que, pela doutrina tradicional, não estaria presente nas atividades sujeitas ao regime do monopólio pelo art. 177 da Constituição.[13]

A inadequação da doutrina tradicional sobre o regime de monopólio perpassa, inclusive, pela escolha do título habilitante feita nas diferentes legislações infraconstitucionais que já regeram a exploração da atividade após a Constituição Federal de 1988: tanto a exploração sob concessão (instituída pela Lei n. 11.909/2009) quanto sob autorização (instituída pela Lei n. 9.478/1997, mantida pela Lei n. 11.909/2009 como regime de transição e para gasodutos que envolvam acordos internacionais, retomada de forma geral pela Lei n. 14.134/2021[14]) ensejam em concreto obrigações semelhantes para o transportador, se diferenciando marginalmente pelo procedimento de outorga.

Se confrontado especificamente o conjunto das obrigações impostas pela legislação e pela regulação setorial a um transportador de gás natural com a teorização doutrinária e jurisprudencial, ver-se-á que estas se encaixam com mais aderência às elocubrações geralmente feitas para a categoria de serviço público. Daí não se tirar que, então, o transporte de gás natural seja ou devesse ser, do ponto de vista jurídico, um serviço público; isso seria tautológico. Com isso apenas se conclui que (i) a diferenciação essencialista entre serviço público e monopólio, na prática, não esclarece as nuances do regime de exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural e (ii) é necessário propor uma leitura para o regime jurídico de exploração dessa atividade.

---

[13] Como um exemplo das incongruências do debate essencialista cita-se, por exemplo, o excerto abaixo, no qual se considera que, sob o modelo da Lei do Petróleo, optou-se pela autorização para explorar as atividades sujeitas ao monopólio da União sob o art. 177 da Constituição e que demandam a maior concorrência possível. Dentre elas estaria o transporte dutoviário de gás natural. Debatível, contudo, se mesmo sob o regime de autorização previsto na Lei do Petróleo seria possível a exploração dessa atividade em regime de concorrência, concretamente significando a livre possibilidade de duplicação da rede: "Vê-se que a Lei do Petróleo, considerando menos o monopólio incidente sobre as atividades do setor, e mais a possibilidade de concorrência que cada uma delas pode propiciar, destinou a autorização para as atividades nas quais se dêem as maiores possibilidades de concorrência. [...] Já as atividades monopolizadas (exploração, produção, importação, exportação, refino, transporte marítimo e por dutos) podem ser sujeitas à concessão ou à autorização. A lei reservou esta modalidade regulatória para as atividades (monopolizadas) de refino, importação, exportação e **transporte** marítimo ou por **dutos**, que não apenas admitem, como, pelo Princípio da Subsidiariedade, demandam, a **maior concorrência possível** (arts. 53, 56 e 60 da Lei 9.478/97)." (ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 249, abr.-jun. 2002b).

[14] BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Brasília: Presidência da República, 2021a. Acesso em: 28 jun. 2022.

Assim, como forma de preencher tal lacuna jurídica, o presente trabalho propõe uma leitura para o regime jurídico constitucional aplicável à exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural.

A Seção 2 aborda a forma de organização econômica e jurídica do gás natural, discorrendo sobre as atividades da cadeia e sobre o tratamento jurídico dado a cada uma delas pela Constituição e pelo arcabouço infraconstitucional vigente. Na Seção 3, analisa-se o conceito de monopólio natural e a doutrina das *essential facilities*, com o objetivo de confrontar seus corolários com as reflexões habitualmente feitas na doutrina jurídica sobre a 'essência' dos serviços públicos, descontruindo-se percepções absolutas sobre o postulado econômico de existência de um monopólio natural levar a um tratamento jurídico necessário e pré-determinado (metodologicamente delimitado, como a necessidade de criação de um controle à entrada ou de exclusividade, a determinação obrigatória de acesso de terceiros, o controle de preços do monopolista e a previsão de divulgação obrigatória de informações comerciais e operacionais do proprietário da infraestrutura). A seu turno, a Seção 4 traz a leitura jurídica proposta para a atividade de transporte dutoviário de gás natural, sobretudo contrastando-a com a classificação das atividades econômicas na ordem constitucional feita pela doutrina tradicional. Para tanto, adota-se como eixo balizador o maior ou menor espectro de intervenção constitucionalmente permitido sobre a liberdade de iniciativa. Ademais, discorre-se sobre a possibilidade de as medidas economicamente prescritas para contornar a falha de mercado 'monopólio natural' serem adotadas geral e irrestritamente em relação a todas as atividades econômicas, independentemente de seu *status* constitucional. Por fim, fixadas as premissas de análise nas Seções 2 e 3 e formulada a leitura proposta na Seção 4, a Seção 5, por fim, volta-se à aplicação dessas premissas e proposições, de forma específica ao transporte dutoviário de gás natural, assim entendido em sua acepção constitucional, demarcada pelo art. 177, IV, da Constituição.

2 A ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA E JURÍDICA DA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL

Para melhor delimitar a posição do transporte dutoviário na indústria do gás natural, esta seção se destina a apresentar a forma de organização econômica da cadeia do gás natural e o correspondente tratamento jurídico dado pelo ordenamento vigente.

Em relação à organização econômica da indústria, serão apresentadas, de forma introdutória, as etapas da cadeia do gás natural, desde aquelas de oferta até o consumo no mercado brasileiro. Tal organização, adianta-se, representa uma simplificação didática de elos que nem sempre (ou quase nunca) se mostram organizados.[15] O objetivo, contudo, é trazer uma visão panorâmica da organização econômica da indústria, que permita identificar o papel que o transporte dutoviário de gás natural tem ou teria em cada operação.[16]

A respeito da classificação jurídica da atividade, será empregado, como método de análise, (i) se há ou não reserva constitucional da atividade a algum ente da Federação, e, (ii) se houver, quais as previsões na legislação infraconstitucional atinentes ao exercício da atividade. Essa classificação será adotada para diferenciar as atividades sobre as quais a Constituição Federal vigente concedeu mais margem de conformação ao Estado daquelas que seguem a regra geral da Constituição, que privilegia a liberdade de iniciativa. Nesse último grupo, como será detalhado na Seção 4, defende-se que a intromissão pública não pode atingir o conteúdo mínimo da liberdade empresarial de direcionar o curso normal dos negócios, em especial quanto à possibilidade de exercício da atividade, à quantidade produzida e ao preço ofertado.

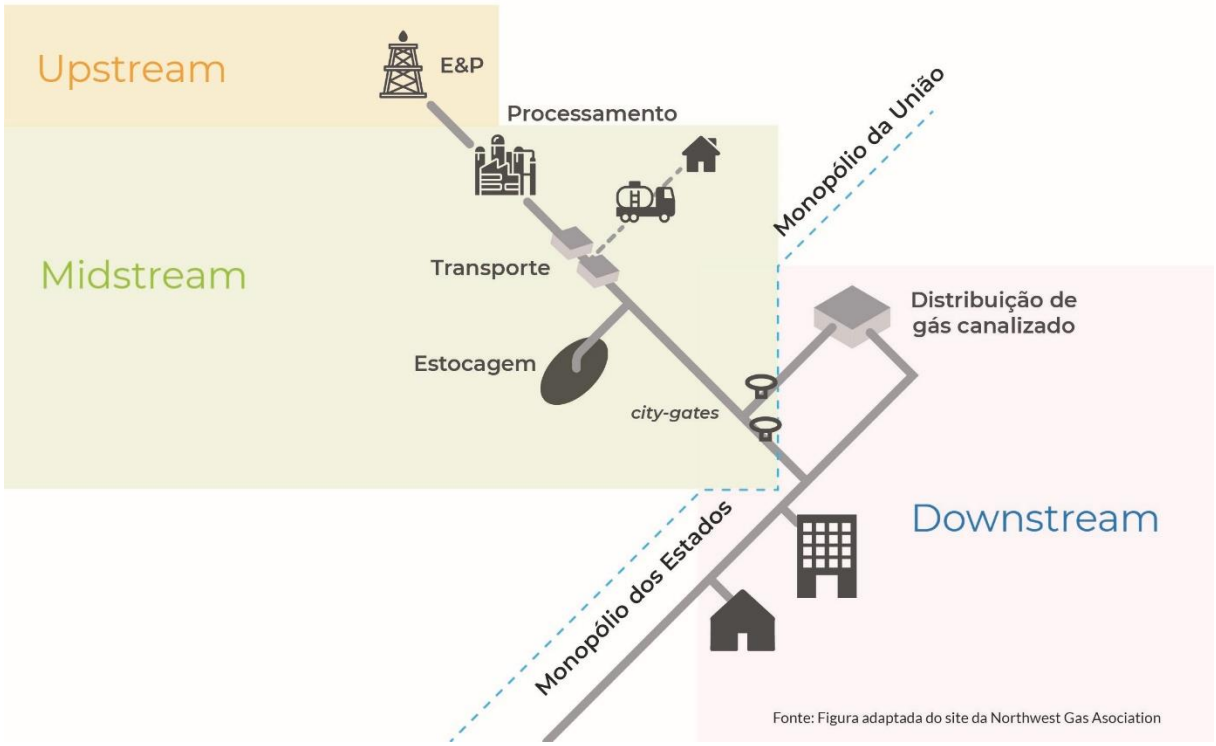
---

[15] Nesse sentido, cita-se ponderação à clássica distinção entre produção, transmissão e distribuição: "*Many variations have existed on the basic three-sector pattern, and the boundaries among the three sectors have always been fuzzy in places. We have already alluded to instances in which particular companies or their affiliates operate in two or three of the sector. Also, the gathering of gas in small-diameter pipelines from many wells and its processing to extract marketable byproducts and noxious impurities are sometimes functions of producers, sometimes of receiving pipelines, and in other an independent third party business. Distribution companies in gas-producing regions have long bought part of their resale gas directly from producers without the intermediary of a transmission company, and in some cases operate their own gas wells. Transmission companies often sold gas to one another at interconnection points, or sold gas directly to large industrial consumer or electric utilities, thus bypassing the local distributor. But despite these departures from the standard pattern of industrial organization, the three-part model retains great value as a framework for describing or thinking about the gas business*." (TUSSING, Arlon R. **The natural gas industry:** evolution, structure, and economics. 2nd ed. Tulsa, OK: Pennwell Corp, 1995. p. 13).

[16] Como será visto ao longo deste texto, a classificação dutoviária é um dos principais pontos de controvérsia jurídica em relação às atividades da indústria do gás natural, pois delimita (i) a competência, se federal ou estadual; e (ii) o conjunto de regras aplicáveis à exploração daquele duto (quem pode construir, quanto pode cobrar, a qual regime de acesso está submetido, etc.).

De forma simplificada, a estrutura da indústria pode ser representada nos seguintes termos:

Figura 1 – Estrutura da indústria



Empiricamente, a indústria do gás natural se organiza de forma potencialmente distinta da indústria do petróleo, dadas as restrições de movimentação do gás em larga escala por outros modais não dutoviários[17] e as limitações de estocagem em seu estado gasoso.[18] O modal de movimentação dependerá, em grande medida, da distância a ser percorrida e da quantidade a ser transportada.[19] Para distâncias médias (que variem de 3.000 a 4.000 km) e

[17] "*Despite its abundance and cleaner-burning qualities, methane fuel has long ranked in the market as a poor cousin to oil. It is trickier and more costly to transport than liquid or solid fuels, and its higher storage cost practically prohibit consumer stockpiling.* […] *For reasons of nature, economics and history, the natural gas industry overlaps the oil industry over a wide range of common business activities. Industry functions do not become clearly distinct until their gaseous and liquid products, respectively, commence long-distance transportation*." (TUSSING, Arlon R. **The natural gas industry:** evolution, structure, and economics. 2nd ed. Tulsa, OK: Pennwell Corp, 1995. p. 1-23).

[18] "*Gas, as a result of the storage difficulties, needs to be transported immediately to its destination after production from a reservoir*" (MOKHATAB, Saeid; POE, William A.; SPEIGHT, James G. **Handbook of Natural Gas Transmission and Processing**. [*S.l.*]: Gulf Professional Publishing, 2006. p. 19. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780750677769500063#further-reading.0010. Acesso em: 6 abr. 2021).

[19] "Para pequenas quantidades e distâncias, o transporte de gás natural no estado gasoso comprimido pode ser realizado através de barcaças ou caminhões que armazenam o gás natural em cilindros a pressões a cerca de 230 bar. De forma geral, a capacidade de transporte de gás comprimido é de cerca de 5.000 m^3 de gás natural por reboque, para o caso do transporte rodoviário. Para distâncias médias e volumes elevados, o transporte

volumes elevados, a alternativa de transporte de menor custo[20] é a movimentação por gasodutos de pressão até 80 bar.[21] Por essa razão, apesar de – ao contrário do que ainda ocorre com a energia elétrica[22] – haver alternativas de movimentação, em diferentes países, a indústria do gás natural se estruturou a partir de um sistema de gasodutos que permitem conectar as fontes de suprimento aos centros de distribuição (dutoviários ou não).

Essa característica é um elemento fundamental de análise da forma de organização econômica da indústria do gás e do papel central que as redes exercem nesse mercado. Assim, nas seções seguintes, passa-se a apresentar brevemente cada um dos elos de organização econômica da indústria do gás natural e sua respectiva classificação no ordenamento jurídico brasileiro. De antemão, deve-se pontuar que a legislação exige diferentes graus de separação (*unbundling*) para o exercício dessas atividades. O histórico e o nível de desverticalização exigidos serão objeto de análise na Seção 5.

2.1 O Gás Natural

Antes de passar-se propriamente a cada uma das etapas de organização econômica da indústria do gás natural, faz-se um aporte inicial com vistas a delimitar o conceito de gás natural para fins do presente trabalho. A demarcação de tal premissa é relevante, pois, na prática, é a definição infraconstitucional sobre quais atividades estão submetidas à reserva constitucional de atividades prevista no art. 177 e no art. 25, § 2º, da Constituição e às disposições infraconstitucionais fixadas para a exploração de atividades na indústria do gás natural.

---

por gasodutos a pressões de até 80 bar se apresenta como meio de transporte mais econômico e confiável. No caso de distâncias até 3.000 e pequenos volumes, uma alternativa de monetização é a conversão para eletricidade em plantas de geração termelétrica. Para volumes moderados e longas distâncias, a conversão química do gás para hidrocarbonetos líquidos é uma solução para valoração dos recursos. Por fim, para longas distâncias e volumes elevados, principalmente no transporte marítimo, o GNL mostra-se a opção mais viável economicamente [...]" (ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 16-17).

[20] Como será visto na Seção 3, essa premissa parte de uma avaliação estritamente econômica de que, dentro de determinada faixa de distância, a forma mais barata de interligar dois pontos seria um gasoduto de capacidade ótima, tendo em vista que o custo decresce exponencialmente com o crescimento da quantidade. No entanto, como será visto adiante, há diferentes fatores históricos e políticos que podem alterar essa equação e desafiam a qualificação da doutrina do 'monopólio natural'. Tais fatores têm sido observados no Brasil em diferentes casos.

[21] ALMEIDA; COLOMER, op. cit., p. 17.

[22] No caso da energia elétrica, a ausência de uma forma economicamente viável de estocagem em larga escala da energia faz com que as redes de transmissão e distribuição sejam, ainda, os únicos modais disponíveis de movimentação.

Adota-se como definição de gás natural aquela trazida pelo art. 6º, II, da Lei n. 9.478/1997, qual seja, a de "todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros".[23] A utilização dessa premissa se dá tão somente por fins metodológicos, sem o intuito de ignorar o debate existente sobre o alcance/insuficiência dessa definição. No entanto, tendo em vista que a conceituação do que é ou não é gás natural não assume um caráter central no desenvolvimento do presente trabalho, os questionamentos existentes acerca de tal definição serão apresentados apenas a título de nota.[24]

O gás natural encontrado em reservatórios geológicos é uma mistura de diferentes hidrocarbonetos e tem como elemento predominante o metano, composto por um átomo de carbonos e quadro de hidrogênio (CH_4).[25] Além do metano, também podem ser encontrados no gás natural, em menor proporção, os chamados líquidos de gás natural (ou "NGLS", no

---

[23] BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

[24] Sobre o debate acerca de outros produtos que podem ser enquadrados como gás natural, ver: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica Conjunta n. 002/SCM/SAB/SQP/SRP:** Classificação do gás proveniente de aterro sanitário. Fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/movimentacao-estocagem-comercializacao/transporte-gas-natural/estudos-notas-tecnicas/nota-tecnica-002-2007.pdf. Acesso em: 2 maio 2021; ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 09/2010-SCM:** Gás não-convencional. Abril de 2010. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/movimentacao-estocagem-comercializacao/transporte-gas-natural/estudos-notas-tecnicas/nota-tecnica-09-2010.pdf. Acesso em: 2 maio 2021; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ZEITOUNE, Ilana. Gás não convencional: novos horizontes regulatórios. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, v. 4, p. 105-106, 2013; VEIGA, Ana Paula; MERCEDES, Sonia Seger. **Biometano de gás de aterros no Brasil:** potencial e perspectivas. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana-Paula-Veiga/publication/283906944_BIOMETANO_DE_GAS_DE_ATERROS_NO_BRASIL_POTENCIAL_E_PERSPECTIVAS/links/5649ebc608ae127ff9865ecd/BIOMETANO-DE-GAS-DE-ATERROS-NO-BRASIL-POTENCIAL-E-PERSPECTIVAS.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.
Ainda, no âmbito da discussão acerca das substâncias abrangidas pelo termo "serviços locais de gás canalizado", utilizado pelo art. 25, § 2º, da Constituição, para delimitar a competência dos Estados, o entendimento predominante é que "gás" deveria ser entendido como sinônimo de "gás natural", sendo-lhe aplicadas as definições legais deste. Sobre o tema, ver: AMORIM, Lívia; LIMA, Clarissa Leão; LETA, Edoarda Victer. A abrangência do conceito de gás do art. 3º, § 2º da Lei n. 14.134/2021 e sua movimentação nas infraestruturas de gás natural. *In:* COSTA, Hirdan Catarina de Medeiros; SANTOS, Edmilson Moutinho dos (orgs.). **O novo mercado de gás no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2021. Disponível em: https://www.letracapital.com.br/wp-content/uploads/2021/12/O-Novo-Mercado-do-Gas_1a20.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022; CAVALCANTI, José Ribeiro P. C. Faveret. Limites da competência estadual em matéria de gás. *In:* VALOIS, Paulo (org.). **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 162-163; LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 191; WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 2 maio 2021.

[25] ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 3.

jargão), dentre os quais incluem-se etano, propano, butano, isobutano, pentano (gasolina natural).[26] Os líquidos de gás natural têm valor comercial isolado e, via de regra, são comercializados de forma independente, aumentando o valor das reservas.[27]

Quando há presença de líquidos, o gás é chamado de gás rico (ou *wet gas*) e, quando não há, de gás seco (ou *dry gas*).[28] O gás natural pode ser encontrado de forma isolada ("gás não associado") ou associada ao óleo ("gás associado"). Em geral, no gás associado observa-se a presença significativa de líquidos e, no gás não associado, maior teor de metano,[29] já sendo produzido seco.

---

[26] EIA – Independent Statistics & Analysis. What are natural gas liquids and how are they used? **Today in Energy**, April 20, 2012. Disponível em: https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=5930. Acesso em: 5 abr. 2021.

[27] Cada caso, contudo, tem uma conformação particular e as condições do mercado também podem influenciar a decisão sobre a retirada ou não dos líquidos de gás natural. Em concreto, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) realizou avaliação econômica de diferentes projetos típicos do Pré-Sal, por meio do cálculo do *break-even* do gás natural, simulando os respectivos fluxos de caixa, a partir das informações de Capex e Opex coletadas na literatura e dos parâmetros operacionais típicos de E&P, escoamento e processamento (cf. EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Informe:** custos de gás natural no pré-sal brasileiro. Brasília: Ministério de Minas e Energia, abril de 2019. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-368/INFORME%20-%20Custos%20de%20G%C3%A1s%20Natural%20no%20Pr%C3%A9-Sal%20Brasileiro.pdf. Acesso em: 2 maio 2021). A partir do referido estudo, concluiu-se que: "A avaliação econômica dos cenários de desenvolvimento deve ser feita para cada projeto, a partir das previsões de produção. Adicionalmente, é importante incluir na análise as questões de: (i) acesso ao mercado de gás; (ii) estimativa de preços para venda de gás; (iii) comercialização do C5+ e GLP gerados na UPGN; (iv) licenciamento ambiental, incluindo a chegada do gasoduto na costa e encaminhamento até a UPGN, entre outros. Todas essas questões devem estar bem definidas para apoiar a decisão de investimento em infraestrutura de escoamento e processamento de gás. Assim, a monetização dos volumes de gás natural produzidos no Pré-Sal deve levar em conta aspectos técnicos, econômicos e socioambientais que são específicos para cada projeto, e devem ser definidos durante o planejamento do desenvolvimento da produção por cada operador, em alinhamento com seus sócios naquele projeto. [...] No contexto geral, observa-se que a monetização do gás natural do Pré-Sal é um tema que deve ser analisado em detalhes para cada projeto, e que esta análise deve ocorrer anteriormente à etapa de aprovação dos projetos de desenvolvimento dos campos. Isto porque a infraestrutura necessária para processamento, compressão e escoamento, além da monetização em si, tem um longo período de maturação e requer planejamento prévio com antecedência de três a cinco anos. Idealmente, áreas próximas candidatas à exportação de gás devem ser reunidas em um polo e a solução de disponibilização do gás ao mercado analisada de forma integrada." (MME – Ministério de Minas e Energia; ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A.; EPE – Empresa de Pesquisa Energética; BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento. **Estudo sobre o Aproveitamento do Gás Natural do Pré-sal**. Brasília: MME: ANP: Pré-Sal Petróleo S.A.: EPE, março de 2020a. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/aproveitamentognpresal.pdf. Acesso em: 2 maio 2021).

[28] "*Natural Gas is considered 'dry' when it is almost pure methane, having had most of other commonly associated hydrocarbons removed. When other hydrocarbons are present, the natural gas is 'wet'*." (MOKHATAB, Saeid; POE, William A.; SPEIGHT, James G. **Handbook of Natural Gas Transmission and Processing**. [S.l.]: Gulf Professional Publishing, 2006. p. 19. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780750677769500063#further-reading.0010. Acesso em: 5 abr. 2021).

[29] "A composição da mistura de hidrocarbonetos irá depender da localização do reservatório (terra ou mar), de sua condição de associado ou não ao petróleo, do tipo de matéria orgânica ou mistura da qual se originou, da geologia do solo e do tipo de rocha onde se encontra o reservatório. De forma geral, o gás natural bruto não associado apresenta maior teor de metano, enquanto o gás natural bruto associado apresenta proporções mais significativas de etano, propano, butano e hidrocarbonetos mais pesados." (ALMEIDA, Edmar Fagundes de;

Para padronização do gás natural e sua transformação em um bem fungível (em uma *commodity*) são estabelecidos parâmetros de composição química e poder calorífico, que viabilizam sua mistura em um sistema de dutos. No marco regulatório vigente, nos termos do art. 8º, XVIII, da Lei do Petróleo, é competência da ANP regular a especificação que deve ser seguida pelo gás natural. A matéria é atualmente regulada pela Resolução ANP n. 16/2008, que se aplica a todo o gás natural, doméstico ou importado, a ser comercializado em território nacional. Com a concordância das partes envolvidas e desde que observados os limites ambientais de emissões, é possível comercializar gás fora da especificação prescrita. De qualquer forma, mesmo que para determinados modelos de negócios não seja necessário seguir uma especificação de qualidade pré-determinada, o gás natural bruto precisa passar por tratamento para remoção de vapor de gás, sólidos e contaminantes.[30]

2.2 Exploração e produção

De um modo geral, as formas por meio das quais o gás natural se apresenta na natureza podem ser agrupadas em três: (i) associado ao óleo; (ii) não associado ao óleo; e (iii) em reservatórios não convencionais.[31]

O gás natural associado ao óleo ocorre em reservatórios comuns aos do óleo, dissolvido no óleo ou como uma camada de gás.[32] Após produzidos, na superfície, o fluido obtido é separado em uma corrente de hidrocarbonetos líquidos, em uma corrente de água e em uma corrente de gás (na qual usualmente são encontrados os líquidos de gás natural).[33] No caso do gás associado, o óleo e o gás são necessariamente produzidos de forma conjunta, o que faz com que haja menor flexibilidade na oferta do gás produzido a partir desses reservatórios, pois a descontinuidade da produção de gás leva também à interrupção da produção de óleo.[34]

COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 4).

30 MOKHATAB, Saeid; POE, William A.; SPEIGHT, James G. **Handbook of Natural Gas Transmission and Processing**. [S.l.]: Gulf Professional Publishing, 2006. p. 18. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780750677769500063#further-reading.0010. Acesso em: 6 abr. 2021.

31 Idem, p. 4.

32 ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 31.

33 MOKHATAB; POE; SPEIGHT, op. cit., p. 5.

34 "No caso do gás natural associado, a produção de gás segue a dinâmica de extração do petróleo. Considerando que o valor comercial do petróleo bruto na boca do poço tem se mantido muito superior ao do gás natural, é a extração do óleo que irá determinar o ritmo de extração do gás natural. Na ausência de infraestrutura de escoamento ou quando os investimentos em dutos de transferência não se justificam pelo

O gás natural não associado, por sua vez, é produzido em reservatórios formados quase exclusivamente por metano, com percentuais muito baixos ou inexistência de óleo associado. Nesses casos, como já referido, o gás é produzido já seco, sem a presença de líquidos. Aqui, a flexibilidade de produção do gás é substancialmente maior, tendo em vista ser possível o produtor "fechar a válvula" e interromper a produção de gás, de acordo com as restrições logísticas de escoamento e movimentação ou as flutuações de demanda do mercado consumidor.

Por fim, a classificação em reservatórios não convencionais está associada aos hidrocarbonetos, que se apresentam em rochas de baixa permeabilidade,[35] para os quais é necessária a adoção de técnicas que aumentem a permeabilidade (a exemplo da utilização de químicos) e a superfície de contato (como o fraturamento hidráulico), de modo a permitir o fluxo de gás em quantidades economicamente viáveis.[36]

Nos termos do art. 176 da Constituição Federal,[37] as jazidas, em lavra ou não, constituem propriedade distinta do solo e pertencem à União, sendo assegurada, ao

---

reduzido volume de gás ou pela falta de mercado para o combustível, o gás natural mostra-se um fator de restrição da produção de petróleo. Nesses casos, muitas vezes o gás é reinjetado nos poços ou simplesmente queimado" (ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 32).

35 Dada sua relevância lateral para o objeto deste trabalho, não será aprofundada a discussão a respeito de a classificação em convencional/não convencional ser feita a partir de um critério geológico (como a descrita acima) ou econômico (em função da maior dificuldade e maior custo para extração do gás). Vale pontuar, contudo, a existência dessa discussão. Por todo, cita-se: "O termo gás não convencional começou a ser difundido nos EUA no final da década de 1970, como resultado da política norte-americana definida pelo Gas Policy Act de 1978, que previa incentivos fiscais à produção de fontes alternativas de energia, incluindo o gás não convencional. Recentemente, a classificação convencional ou não convencional deixou de ser guiada por aspectos econômicos e passou a ser dirigida pelas diferenças geológicas dos reservatórios. Nessa nova metodologia de classificação, os recursos de gás convencionais referem-se às acumulações de gás em rochas reservatórios, de elevada porosidade e permeabilidade com a presença de 'armadilhas' estruturais e estatigráficas. Em contraponto, os recursos não convencionais são aqueles cuja formação dos reservatórios independe de armadilhas estruturais ou estatigráficas [...]." (ALMEIDA; COLOMER, op. cit., p. 34).

36 IEA – International Energy Agency. **Golden Rules for a Golden Age of Gas.** World Energy Outlook Special Report on Unconventional Gas. Paris, France: OECD/IEA, 2012. p. 19. Disponível em: https://iea.blob.core.windows.net/assets/8422ef9a-9ae8-4637-ab1c-ddb160ab7c59/WEO_2012_Special_Report_Golden_Rules_for_a_Golden_Age_of_Gas.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

37 "Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.
§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o 'caput' deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)
§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.
§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

concessionário, a propriedade do produto da lavra.[38] O art. 177, I, c/c § 1º, permite à União contratar[39] empresas privadas para a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos.[40]

No ordenamento jurídico brasileiro há, atualmente, três modelos sob os quais a União pode contratar a exploração e produção de hidrocarbonetos: (i) o de concessão, instituído pela Lei n. 9.478/1997; (ii) o de partilha de produção, instituído pela Lei n. 12.351/2010;[41] e (iii) o da cessão onerosa, instituído pela Lei n. 12.276/2010.[42]

---

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

38 Em síntese, do ponto de vista histórico, a separação do direito de propriedade do solo em relação ao direito de propriedade dos minerais no subsolo deu-se com a Revolução de 1930, por meio da promulgação do Código de Minas e do Código de Águas. Dentre os princípios essenciais desses diplomas, estava justamente a nacionalização do subsolo, introduzida em sede constitucional pela Constituição de 1934 e mantida pela Constituição de 1988 (Sobre o tema, ver LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Participações governamentais na indústria do petróleo:** evolução normativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012).

39 Como será visto adiante, o § 1º do art. 177 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 9/95, passou a prever a possibilidade de as atividades das indústrias do petróleo e do gás natural, sujeitas ao monopólio (art. 177, I a IV), serem exploradas por terceiros, mediante **contratação** pela União. O conteúdo jurídico desse termo foi objeto de discussões ao longo do tempo, sobretudo no que diz respeito aos títulos possíveis de serem utilizados como instrumento de contratação.

40 A Emenda Constitucional n. 09/2005, fruto da PEC n. 06/2005, estava inserida em um movimento de reestruturação da própria concepção de Estado – para o chamado Estado Regulador – e tinha como objetivo principal estabelecer a "flexibilização" do monopólio do petróleo, a ser implementa a nível infraconstitucional (cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos n. 39, de 16 de fevereiro de 1995**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995c. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-9-9-novembro-1995-354957-exposicaodemotivos-148870-pl.html. Acesso em: 2 maio 2021). À época, a proposta teve parecer favorável pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) pela sua admissibilidade, apesar dos votos de diversos deputados pela inadmissibilidade da PEC, a qual, segundo eles, violaria o princípio geral da atividade econômica referente à soberania nacional. Infringiria, via de consequência, também, a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Posteriormente, quando alguns dispositivos da Lei do Petróleo tiveram sua constitucionalidade discutida no Supremo por meio da ADI nº 3.366-2/DF (popularmente conhecida como ADI do Petróleo), o Ministro Sepúlveda Pertence chegou a afirmar que o objeto da referida ação de controle concentrado iria além dos dispositivos introduzidos pelo legislador ordinário, alcançando os comandos contidos na própria Emenda: "Mas, com todas as vênias, a argüição de inconstitucionalidade, embora sustentada com inteligência por ambos os votos referidos [dos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio], a meu ver, soa o que Barbosa Moreira tem chamado de 'interpretação retrospectiva', com uma grande dose de '*wishfull thinking*': a primeira, por insistir em ler na Constituição o que nela já não está; o segundo, por ler a Constituição e a lei de acordo com o que desejaríamos que continuassem a ser. Mas não são mais. Por isso, convenci-me, afinal, de que, muito mais objeto real das críticas subjacentes aos dois votos que dão pelas inconstitucionalidades é a Emenda Constitucional 09/95, não, a Lei 9.478, que nos limites que lhe impôs o texto constitucional alterado, pareceu-me razoável, tanto quanto possível." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.366-2/DF**. Rel. Min. Carlos Britto, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16.03.2005).

41 BRASIL. **Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

42 BRASIL. **Lei n. 12.276, de 30 de junho de 2010**. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de

O regime de concessão foi estabelecido pela Lei n. 9.478/1997 como parte do desenho de abertura do mercado autorizada pela Emenda Constitucional n. 9/1995. Apesar de antes já haver a presença de *players* privados no segmento de exploração e produção, por meio dos contratos de risco firmados com a Petrobras, a concessão inaugurou a possibilidade de outorga direta dos direitos aos privados,[43] que teriam liberdade gerencial para tomar as decisões técnicas e econômicas para condução de suas atividades.

Em termos conceituais, a concessão desenhada pela Lei n. 9.478/1997[44] transfere para um agente privado **contratado** o direito de explorar determinado potencial geológico em certa janela de tempo,[45] observando premissas mínimas de atividade exploratória.[46] Caso haja uma descoberta comercial, o concessionário adquirirá também o direito de desenvolver e produzir

---

outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

[43] "O Contrato de Risco consistiu no 'ajuste' pelo qual uma empresa internacional de petróleo, ou uma empresa privada brasileira, prestava serviços técnicos operacionais e financeiros à Petrobras, sendo remunerada pelos serviços realizados de acordo com as condições preestabelecidas. A primeira minuta de Contrato de Risco da Petrobras foi feita após a determinação emanada do Presidente da República, conforme exposição de motivos n. 217/76, e foi resultado de um trabalho comparativo empreendido no âmbito da Petrobras, incorporando a experiência da Petrobras Internacional S.A. – Braspetro – na contratação petrolífera no exterior, durante a década de 1970. [...] Embora seja difícil resumir as linhas mestras do Contrato de Risco, podem ser ressaltadas as seguintes características: preservação da propriedade da Petrobras sobre o petróleo descoberto, exercício do controle sobre as atividades de exploração e desenvolvimento e a execução direta, pela Petrobras, da fase de produção." (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**. 3. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 398-399).

[44] O *caput* do art. 26 da Lei n. 9.478/1997 representa uma boa síntese da estrutura conceitual da concessão para exploração e produção de hidrocarbonetos: "Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes." (BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[45] Como a Lei n. 9.478/1997 não estabelece um prazo de duração para a fase de exploração, tampouco para eventuais prorrogações, tais elementos são fixados em sede contratual. Assim, o art. 43, II, indica, como cláusulas essenciais do contrato de concessão, o referido prazo e as condições para sua prorrogação, devendo estas serem estabelecidas com o objetivo de assegurar a devolução de um percentual do bloco, a critério da ANP, bem como o aumento do valor do pagamento pela ocupação da área.

[46] Como o concessionário terá a exclusividade de exploração da área concedida durante o período exploratório (e de desenvolvimento e produção, se vierem a ocorrer), a legislação prevê compromissos mínimos de investimento (o Programa Exploratório Mínimo – PEM), de modo a evitar que o direito tenha caráter meramente especulativo, sem a real intenção de aproveitamento econômico dos recursos. Tais mecanismos são conhecidos, na literatura internacional, como "*Minimum Work Obligations*" e, no caso do Brasil, o conteúdo dessas obrigações foi sendo alterado com o decorrer das licitações. Até a Quarta Rodada, as atividades eram definidas para cada período exploratório de bloco ofertado, sendo (i) para o primeiro período, normalmente levantamentos sísmicos; e (ii) para os demais, perfuração de poços. A partir da Quinta Rodada, a fase de exploração passou a ser formada por apenas dois períodos exploratórios, de modo que, (i) para o primeiro deles, o PEM passou a ser dimensionado através de Unidades de Trabalho (UT); e (ii) para o segundo, há sempre a obrigação de perfuração de um poço exploratório. Em concreto, alguns exemplos de UT são levantamentos aeromagnetométricos, gravimétricos e de geoquímica, sísmica 2D e 3D. No que tange à perfuração, são estabelecidas profundidades mínimas como objetivos litoestratigráficos.

os hidrocarbonetos encontrados, adquirindo a propriedade do produto da lavra.[47] Como contrapartida à aquisição dos direitos exploratórios, o concessionário paga ao poder concedente as chamadas participações governamentais,[48] quais sejam: (i) o bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área.

A natureza jurídica da concessão de exploração e produção de petróleo e gás é tema amplamente debatido na literatura jurídica, com visões que ora a aproximam de uma concessão de atividade,[49] ora de uma concessão de uso de bem público,[50] e outras que a enxergam como uma concessão híbrida ("pela qual se outorga o direito de execução de uma atividade sujeita a um regime jurídico especial (porquanto objeto de monopólio constitucional da União – art. 177 da CF) para a consecução da qual se outorga o uso privativo de um bem público (a jazida)"[51]). Aqui, concorda-se com sua natureza híbrida, pois, de fato, há a exploração de uma atividade – reservada à União pelo art. 177 da Constituição – e de um bem público também de titularidade da União – conforme previsto no art. 176 da Constituição.

Após a edição da Lei n. 12.351/2010, o regime de concessão passou a ser aplicável à exploração e produção de blocos não localizados no polígono do pré-sal, definido pelas coordenadas previstas no anexo da referida norma. Também pode ser afastado o regime de concessão e adotado o regime de partilha para áreas caracterizadas pelo baixo risco

---

47 Essa é uma das principais diferenças destacadas pela literatura internacional dos chamados "sistemas concessionais" em relação aos "sistemas contratuais" (dentre os quais está incluído o contrato de risco): "*Under a concessionary system, the title to hydrocarbons passes to the investor at the borehole. The state receives royalties and taxes in compensation for the use of the resource by the investor. Title to and ownership of equipment and installation permanently affixed to the ground and/or destined for exploration and production of hydrocarbons generally passes to the state at the expiry, or termination, of the concession (whichever is earlier). The investor is typically responsible for abandonment*." (TORDO, Silvana. Fiscal Systems for Hydrocarbons: Design Issues. **World Bank Working Paper**, Washington, n. 123, p. 8, 2007).

48 Para uma comparação entre os modelos fiscais adotados no Brasil (concessão e partilha de produção) e os instrumentos de participação fiscal adotados em cada um deles, ver: AMORIM, Lívia. Petróleo e gás natural. *In:* HEINEN, Juliano. **Direito da regulação – teoria e prática dos setores regulados**. Salvador: Editora JusPodium, 2021. p. 211-264.

49 "Na esteira desta doutrina, entendemos que as concessões petrolíferas, como não visam à delegação de serviços públicos, mas sim de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado, são, em linhas gerais, de Direito Privado [...]" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia – RBDP**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 93, 2006).

50 "Segundo entendemos, as concessões de petróleo e gás natural são concessões de uso de bem público e não concessões de atividade, pois o objeto sobre o qual recai o instrumento de habilitação outorgado pelo Poder Público é um bem e não uma atividade. Vale dizer, o que se habilita ao particular é o uso de um bem e não a realização de uma atividade. Tanto é assim que a propriedade do bem extraído fica com o concessionário (artigo 176 da Constituição). A atividade no caso é mero instrumento para o uso de um bem. Apenas consideraríamos que a concessão seria de atividade e não de uso se o bem fruto da atividade não fosse atribuído ao concessionário, o que não ocorre no Brasil)." (SCHIRATO, Vitor R. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 205, out./dez. 2010).

51 MARQUES NETO, Floriano de A. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 288.

exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, consideradas como áreas estratégicas em ato do Poder Executivo Federal.

O modelo de partilha de produção foi adotado, no Brasil, como resultado de mudanças legislativas realizadas a partir do anúncio feito, em 2007, pela Petrobras, de uma descoberta de elevados volumes recuperáveis de óleo e de gás nos reservatórios do pré-sal e da perspectiva de que fossem feitas outras descobertas semelhantes.[52] O regime aprovado pela Lei n. 12.351/2010 também transfere ao privado os direitos de exploração, desenvolvimento e produção, por sua conta e risco. Caso haja uma descoberta comercial, o contratado adquire o direito à apropriação do óleo necessário à recuperação dos custos incorridos (o chamado "custo em óleo") e a uma parcela do excedente em óleo (dividida entre o privado e a União).[53]

O regime da cessão onerosa foi desenhado com o propósito específico de capitalização da Petrobras para investimento em exploração das reservas do pré-sal. Em síntese, nos termos da Lei n. 12.276/2010, consistiu na outorga, sem licitação, à Petrobras, dos direitos de produção de até 5 bilhões de barris em áreas não concedidas localizadas no pré-sal. Pela aquisição desse direito, em 2010, a Petrobras pagou à União US$ 42.533.320,00 (em valores nominais) em títulos da dívida pública valorados a mercado.[54] Na outra ponta da operação, a Petrobras realizou um aumento de capital, subscrito pela União e integralizado por meio dos títulos da dívida pública pagos pela Petrobras como contrapartida à aquisição dos direitos de produção dos 5 bilhões de barris. Em 2019, foi realizado termo aditivo ao contrato de cessão onerosa, para ajuste da contrapartida paga à Petrobras ao valor efetivo do barril de petróleo utilizado como premissa para cálculo do valor devido à União à época da assinatura do contrato. Com o aditivo, a União se obrigou a pagar à Petrobras o valor de US$ 9,058 bilhões

---

[52] "Os volumes recuperáveis estimados de óleo e gás para os reservatórios do pré-sal, se confirmados, elevarão significativamente a quantidade de óleo existente em bacias brasileiras, colocando o Brasil entre os países com grandes reservas de petróleo e gás do mundo." (BARBASSA, Almir Guilherme. **Fato relevante.** Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/comunicados-ao-mercadocentral-de-downloads/cd905dfa27fac921aebbb3dcd301934abd33483605ea471770e84ffc72f7e042/fato_relevante_analise_da_area_de_tupi.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

[53] Conceitualmente, sobre o modelo de partilha de produção: "*Like a concession, a PSC grants an oil company or consortium (the "contractor") the right to explore for and produce hydrocarbons within a specified area and for a limited time period. The contractor assumes all exploration risks and costs in exchange for a share of petroleum produced from the contract area. Production is shared among the parties according to formulas defined in the relevant PSC and applicable legislation*." (TORDO, Silvana; JOHNSTON, David; JOHNSTON, Daniel. Petroleum exploration and production rights: allocation strategies and design issues. **World Bank Working Paper**, Washington, n. 179, p. 11, 2009).

[54] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Descrição e análise do contrato de cessão onerosa entre a União e a Petrobras**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2010. p. 4. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/4745/descricao_analise_lima.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 15 abr. 2021.

pela reavaliação do valor do contrato. O valor foi pago a partir do bônus de assinatura do primeiro leilão do excedente da cessão onerosa.

Como referido, os três regimes de outorga de direitos de exploração e produção se aplicam indistintamente, em termos macro, ao petróleo, ao gás natural e a outros hidrocarbonetos fluídos. Dada a dinâmica de produção e as dificuldades de monetização ainda aplicáveis ao gás natural, os contratos de exploração e produção estipulam algumas condições especificamente aplicáveis ao gás, a exemplo das condições para a queima do gás (o *flare*) e para a postergação da declaração de comercialidade em função de barreiras econômicas e tecnológicas existentes para sua monetização.

A respeito do *flare*, a regulação setorial brasileira estabelece restrições ao nível de queima do gás, conforme estabelecido na Resolução ANP n. 806/2020.[55] Tal possibilidade está ordinariamente prevista apenas para o gás associado. Para o gás não associado, a queima é autorizada apenas em hipóteses excepcionais, por motivo de segurança, emergência, testes ou limpeza de poços. Em todos os casos, as perdas e queimas são contabilizadas para fins de cálculo das participações governamentais devidas.[56]

Quando comparado ao petróleo, o gás natural apresenta opções mais restritas de movimentação, dada a maior complexidade logística para transporte (se não por dutos, requer compressão ou liquefação e posterior regaseificação). No caso brasileiro, dada a maior concentração da produção em campos *offshore* e as barreiras tecnológicas ainda observadas para liquefação do gás em instalações no mar, o gás deve ser escoado até a costa, para ser

---

[55] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 806, de 17 de janeiro de 2020**. Regulamenta os procedimentos para controle de queima e perda de petróleo e de gás natural. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020a. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-806-de-17-de-janeiro-de-2020-238839783. Acesso em: 29 jun. 2022.

[56] Tal restrição está prevista tanto nos contratos de concessão quanto nos de partilha de produção. Como exemplo de cláusulas nesse sentido:
Contrato de Concessão da 16ª Rodada:
"12.10. A queima de Gás Natural em *flares* somente será permitida por motivos de segurança, emergência e comissionamento e deverá restringir-se aos volumes prévia e formalmente aprovados pela ANP, de acordo com as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e a Legislação Aplicável, ressalvado, em qualquer caso, o disposto no art. 47, § 3º, da Lei nº 9.478/1997." (BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Minuta de contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020. Disponível em: https://www.mattosfilho.com.br/UnicoDocumentos/contratoR16-minuta-contrato17.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).
Contrato de Partilha da 5ª Rodada:
"17.13.1. Somente será permitida a queima de Gás Natural em *flares* por motivos de segurança, emergência e comissionamento, sendo o volume máximo especificado conforme Legislação Aplicável." (BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/partilha-de-producao/5a-rodada-partilha-producao-pre-sal/arquivos/edital/modelo-contrato-sem-operacao-petrobras-sudoeste-tartaruga-verde.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

processado em terra e, então, comercializado.[57] Além disso, dada a presença histórica do incumbente verticalmente integrado e a dificuldade no acesso às instalações de transporte de gás, a monetização do gás pela venda diretamente ao mercado ainda é uma estratégia com riscos não precisamente quantificáveis. Por essa razão, os contratos de exploração e produção preveem, para os casos nos quais a principal acumulação descoberta seja de gás natural, a possibilidade de postergar a declaração de comercialidade por até cinco anos, desde que fundada na inexistência de mercado para o gás natural a ser produzido ou na inexistência ou insuficiência de infraestrutura de transporte para movimentação do gás natural.[58] Há cláusulas análogas para postergar a comercialidade em acumulações nas quais o petróleo seja predominante, considerando as particularidades de sua monetização.[59] Nos dois casos, do

---

[57] É possível a comercialização do gás produzido na boca do poço. Esse arranjo comercial, contudo, não supera a necessidade física de movimentação do gás para processamento em terra. Na prática, o que acaba ocorrendo é a estruturação de um monopsônio, com a Petrobras como compradora única do gás *offshore*, uma vez que controla a infraestrutura de escoamento e também o acesso à malha de transporte dutoviário. Após a assinatura do TCC com o CADE, conforme previsto na Cláusula 5.1, a Petrobras se comprometeu a não realizar novos contratos de compra de gás.

[58] Como exemplo de cláusulas nesse sentido:
Contrato de Concessão da 16ª Rodada:
"8.4. Caso a principal acumulação de hidrocarboneto descoberto e avaliado em uma Área de Concessão seja de Gás Natural, o Concessionário poderá solicitar à ANP autorização para postergar a Declaração de Comercialidade em até 5 (cinco) anos, nas seguintes hipóteses:
a) inexistência de mercado para o Gás Natural a ser produzido, com expectativa de sua criação em prazo inferior a 5 (cinco) anos;
b) inexistência ou insuficiência de infraestrutura de Transporte para a movimentação do Gás Natural a ser produzido pelo Concessionário, com expectativa de sua implantação em prazo inferior a 5 (cinco) anos." (BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Minuta de contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020. Disponível em: https://www.mattosfilho.com.br/UnicoDocumentos/contratoR16-minuta-contrato17.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).
Contrato de Partilha da 5ª Rodada:
"13.4. Caso a principal acumulação de hidrocarboneto descoberto e avaliado na Área do Contrato seja de Gás Natural, o Consorciado poderá solicitar à ANP autorização para postergar a Declaração de Comercialidade em até 5 (cinco) anos, nas seguintes hipóteses:
a) inexistência de mercado para o Gás Natural a ser produzido, com expectativa de sua criação em prazo inferior a 5 (cinco) anos;
b) inexistência ou insuficiência de infraestrutura de Transporte para a movimentação do Gás Natural a ser produzido pelo Consorciado, com expectativa de sua implantação em prazo inferior a 5 (cinco) anos." (BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/partilha-de-producao/5a-rodada-partilha-producao-pre-sal/arquivos/edital/modelo-contrato-sem-operacao-petrobras-sudoeste-tartaruga-verde.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

[59] Como exemplo de cláusulas nesse sentido:
Contrato de Concessão da 16ª Rodada:
"8.5. Caso a principal acumulação de hidrocarboneto descoberto e avaliado em uma Área de Concessão seja de Petróleo, o Concessionário poderá solicitar à ANP autorização para postergar a Declaração de Comercialidade em até 5 (cinco) anos, nas seguintes hipóteses:
a) inexistência de tecnologia para Produção, escoamento ou Refino com expectativa de seu surgimento em prazo inferior a 5 (cinco) anos;
b) o volume da Descoberta seja tal que sua comercialidade dependa de Descobertas adicionais a serem feitas no próprio Bloco ou em Blocos adjacentes, visando ao Desenvolvimento conjunto das Operações."

petróleo e do gás natural, a postergação da declaração de comercialidade pode se dar por até cinco anos adicionais.

Outra variável relevante aplicável ao *upstream* do gás natural diz respeito à possibilidade de reinjeção do gás natural. Em geral, o *trade-off* do produtor consiste em avaliar se é economicamente mais vantajoso reinjetar o gás e utilizá-lo como forma de manter a pressão nos poços e estimular a produção do óleo ou escoá-lo até a terra, processá-lo e acessar o mercado para comercializá-lo. No caso do pré-sal, a segunda alternativa tem um desafio adicional, dada a elevada quantidade de CO_2 nos reservatórios. Para escoá-lo, é necessário tratar preliminarmente o gás *offshore*, elevando o custo associado à monetização e, portanto, demandando mais previsibilidade de médio-longo prazo sobre as condições de acesso ao mercado.[60]

Contudo não seja uma peculiaridade do gás natural ou mesmo uma realidade próxima ao contexto do mercado brasileiro de gás (tendo em vista que o gás produzido no Brasil é integralmente utilizado para oferta doméstica), vale destacar que os contratos de E&P preveem que, em situações de emergência que possam colocar em risco o abastecimento nacional de petróleo e de gás natural, a ANP poderá limitar a exportação dos hidrocarbonetos pelos outorgados (concessionários ou contratados, conforme o regime) e determinar seu direcionamento para atendimento ao mercado brasileiro (inclusive para a formação de estoque estratégicos).[61] Essa cláusula é internacionalmente conhecida como "DGO" ou "DMO",

---

(BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Minuta de contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020. Disponível em: https://www.mattosfilho.com.br/UnicoDocumentos/contratoR16-minuta-contrato17.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

Contrato de Partilha da 5ª Rodada:

"13.5. Caso a principal acumulação de hidrocarboneto descoberto e avaliado na Área do Contrato seja de Petróleo, o Consorciado poderá solicitar à ANP autorização para postergar a Declaração de Comercialidade em até 5 (cinco) anos, nas seguintes hipóteses:

a) inexistência de tecnologia para Produção, Escoamento ou Refino com expectativa de seu surgimento em prazo inferior a 5 (cinco) anos;

b) o volume da Descoberta seja tal que sua comercialidade dependa de Descobertas adicionais a serem feitas no próprio Bloco ou em Blocos adjacentes, visando ao Desenvolvimento conjunto das Operações." (BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/partilha-de-producao/5a-rodada-partilha-producao-pre-sal/arquivos/edital/modelo-contrato-sem-operacao-petrobras-sudoeste-tartaruga-verde.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

60 Ver: BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento. **Estudo sobre o Aproveitamento do Gás Natural do Pré-sal**. Brasília: MME: ANP: Pré-Sal Petróleo S.A.: EPE, março de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/aproveitamentognpresal.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

61 Como exemplo de cláusulas neste sentido:

Contrato de Concessão da 16ª Rodada:

relativas a "*Domestic Gas Obligation*" ou "*Domestic Market Obligation*", e mais comumente adotadas em indústrias extrativas consideradas estratégicas.[62]

2.3 Importação e exportação

Em termos físicos, a importação e a exportação de gás natural podem se dar sob diferentes modais de movimentação.

O Brasil possui três vias de conexão dutoviária para importação de gás: (i) duas com a Bolívia, sendo uma destinada à movimentação de gás pelo GASBOL e outra à entrega de gás para a Usina Termelétrica (UTE) Cuiabá; e (ii) uma com a Argentina, destinada à movimentação de gás para a Usina Termelétrica de Uruguaiana. Além disso, possui cinco

---

"12.5. Em situações de emergência que possam colocar em risco o abastecimento nacional de Petróleo e Gás Natural, bem como de seus derivados, a ANP poderá determinar ao Concessionário que limite suas exportações destes hidrocarbonetos.
12.5.1. Considera-se situação de emergência aquela assim decretada pelo Presidente da República.
12.5.2. A parcela da Produção com exportação limitada deverá ser direcionada ao atendimento do mercado brasileiro ou à composição de estoques estratégicos para o País.
12.5.3. A ANP notificará o Concessionário quanto à limitação das exportações com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.
12.5.4. A parcela da Produção sobre a qual incidir a restrição à livre disposição será, a cada mês, determinada em relação à proporção da participação do Concessionário na Produção nacional de Petróleo e Gás Natural relativa ao mês imediatamente anterior." ((BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Minuta de contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020. Disponível em: https://www.mattosfilho.com.br/UnicoDocumentos/contratoR16-minuta-contrato17.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).
Contrato de Partilha da 5ª Rodada:
"17.7. Em situações de emergência que possam colocar em risco o abastecimento nacional de Petróleo e Gás Natural, bem como de seus derivados, a ANP poderá determinar ao Contratado que limite suas exportações destes hidrocarbonetos.
17.7.1. Considera-se situação de emergência aquela assim decretada pelo Presidente da República.
17.7.2. A parcela da Produção com exportação limitada deverá ser direcionada ao atendimento do mercado brasileiro ou à composição de estoques estratégicos para o País.
17.7.3. A ANP notificará o Contratado quanto à limitação das exportações com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.
17.7.4. A parcela da Produção sobre a qual incidir a restrição à livre disposição será, a cada mês, determinada em relação à proporção da participação do Contratado na Produção nacional de Petróleo e Gás Natural relativa ao mês imediatamente anterior.
17.7.5. O limite para a exportação de hidrocarbonetos pelo Contratado será aplicado igualmente à participação da União no Excedente em Óleo." ((BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/partilha-de-producao/5a-rodada-partilha-producao-pre-sal/arquivos/edital/modelo-contrato-sem-operacao-petrobras-sudoeste-tartaruga-verde.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

62 Nigéria e Indonésia podem ser citados como países que também adotam obrigação análoga. Ver: NDUKA, Kenneth *et al*. Development of Domestic Gas Supply Obligation Model for Efficient Gas Utilisation in Nigeria. **International Journal of Oil, Gas and Coal Engineering**, v. 8, n. 2, p. 35-39, 2020. doi: 10.11648/j.ogce.20200802.11; e GOMES, Ieda. **The dilemma of gas importing and exporting countries**. Oxford: Oxford Institute of Energy Studies, 2020.

terminais em operação para importação de Gás Natural Liquefeito[63] e outros doze em desenvolvimento.[64]

Assim como a exploração e produção, a importação e a exportação de gás natural também são monopólios da União, por força do disposto no art. 177, II, da Constituição.[65] Por serem atividades reservadas, o exercício dessas atividades por privados depende de um título habilitante prévio por parte da União, também na forma do art. 177, § 1º, da Constituição. Aqui, é facultada maior margem de discricionaridade da União para (i) autorizar ou não – **contratar**, nos termos da Constituição – privados ao exercício das atividades e (ii) delimitar sob quais termos tal contratação deve se dar.

Observa-se que essa competência, somada ao monopólio sobre as atividades de exploração e produção, tem um viés estratégico de controle do balanço energético nacional. Por vezes, é possível que se queira privilegiar a oferta do gás doméstico (diminuindo a concorrência com o gás importado, por exemplo) ou que para resguardar a segurança do abastecimento nacional se criem transitoriamente restrições à exportação do gás (a exemplo das cláusulas mencionadas na seção anterior – as chamadas *domestic gas obligations*). Não se faz, aqui, um juízo de valor sobre a conveniência econômica e política de se adotarem tais restrições ou práticas protecionistas, cogita-se apenas de sua conformidade jurídica do ponto de vista constitucional.

---

[63] Conforme informações divulgadas pela EPE, os cinco Terminais de GNL em Operação no Brasil são os seguintes: (i) três deles detidos pela Petrobras e localizados em Pecém/CE, na Baía de Guanabara (Rio de Janeiro/RJ) e na Baía de Todos os Santos (São Sebastião do Passé/BA); (ii) um detido pelas Centrais Elétricas de Sergipe (Celse), localizado em Barra dos Coqueiros/SE; e (iii) um detido pela Gás Natural Açu (GNA), localizado no Porto do Açu (São João da Barra/RJ) (EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Nota Técnica EPE/DPG/SPG/06/2020**. Outubro de 2020. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-527/NT%20Terminais%20de%20GNL%20no%20Brasil%20-%20Panorama%20dos%20Principais%20Projetos.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021).

[64] Em 2020, a EPE divulgou os projetos em fases de estudo/construção, denominados da seguinte forma: Terminal Celba (Barcarena/PA); Projeto Uirapuru (Ponta de Pedras/PA e Itacoatiara/AM, no Terminal Portuário de Novo Remanso – TPNR); Terminal associado à Usina Termelétrica (UTE) Geramar III (São Luís/MA); Terminal associado às UTE São Marcos I e II (São Luís/MA); Suape (Ipojuca/PE); Porto Imetame Logística (Aracruz/ES); Porto Central (Presidente Kennedy/ES); Terminal Norte Fluminense (São Francisco de Itabapoana/RJ); Terminal Portuário de Macaé – Tepor (Macaé/RJ); Barra do Furado (Campos dos Goytacazes/RJ); Terminal de Regaseificação de São Paulo – TRSP (Santos/SP); Terminal Gás Sul – TGS (São Francisco do Sul/SC) (EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Nota Técnica EPE/DPG/SPG/06/2020**. Outubro de 2020. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-527/NT%20Terminais%20de%20GNL%20no%20Brasil%20-%20Panorama%20dos%20Principais%20Projetos.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021).

[65] "Art. 177. Constituem monopólio da União:
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; [...]." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

Nesse sentido, o art. 2º da Lei do Petróleo prevê a competência do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) para fixar diretrizes para importação e exportação de gás natural, de maneira a atender às necessidades de consumo interno.[66] Não foram fixadas diretrizes expressas pelo Conselho a respeito da importação de gás natural. Em relação à exportação, foi editada a Resolução CNPE n. 8/2009,[67] com vistas a regulamentar os critérios para emissão de autorizações de exportação. A edição dessa norma foi motivada, principalmente, para fixar os termos de reexportação dos volumes de GNL importados e que, dada a necessidade de estocagem por longos períodos em tanques criogênicos, acabavam sendo perdidos em função de evaporação.[68]

O art. 60 da Lei do Petróleo estipulou, originalmente, a competência da ANP para autorizar a importação e a exportação de gás natural, o que deveria ocorrer em consonância com as diretrizes fixadas pelo CNPE. Com a vigência da Lei n. 11.909/2009, houve uma derrogação desse dispositivo em relação ao gás natural, cuja competência para autorização de sua importação e exportação passou a ser do Ministério de Minas e Energia (MME). Na prática, o processo continuou sendo instruído pela ANP e remetido posteriormente ao MME para conclusão e emissão da respectiva autorização de importação ou exportação, nos termos

---

66 Na atual redação, dada pela Lei n. 12.490/2011, alterou-se a norma para incluir também os biocombustíveis, mas petróleo, o gás natural e condensados estão incluídos desde a redação original (BRASIL. **Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011**. Altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõem sobre a política e a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis; o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores; as Leis nºs 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e 12.249, de 11 de junho de 2010; o Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública; a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; revoga a Lei nº 7.029, de 13 de setembro de 1982; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12490.htm. Acesso em: 29 jun. 2022).

67 CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 9, de 8 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre a decisão relativa à 8a Rodada de Licitações de blocos exploratórios de petróleo e gás natural. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36074/266749/Resoluxo_8_CNPE.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

68 A norma prevê como diretrizes, para permitir a exportação:
"Art. 1º Estabelecer as seguintes diretrizes, a serem seguidas pelo Ministério de Minas e Energia – MME, para a autorização da atividade de exportação de cargas ociosas de Gás Natural Liquefeito - GNL, no mercado de curto prazo, denominado *spot*:
I - a autorização para a exportação, de que trata o *caput*, no mercado *spot* fica condicionada à garantia do pleno abastecimento do mercado interno de gás natural;
II - as autorizações de exportação deverão ser emitidas para volumes preestabelecidos de GNL e deverão ter prazo de validade;
III - o MME poderá revogar as autorizações sempre que houver riscos ao pleno abastecimento do mercado interno de gás natural; e
IV - a autorização de exportação deverá ser precedida da apresentação, pelo interessado, das justificativas que estão levando a intenção de exportar, podendo o MME requerer os documentos necessários à comprovação da necessidade da operação, inclusive o contrato de importação das referidas cargas de GNL, quando for o caso." (CNPE, op. cit.).

das Portarias MME n. 232/2012 e 67/2010,[69] respectivamente. Com a edição da Lei n. 14.134/2021, nos termos do art. 19, a competência para autorizar a importação e exportação de gás voltou a ser da ANP, mantendo-se a obrigação de observar as diretrizes do CNPE.

2.4 Processamento

Após ser produzido, via de regra, o gás natural é coletado e movimentado por um sistema de dutos até as unidades de processamento de gás natural (as "UPGN"). O processamento é voltado à separação do metano dos demais componentes encontrados no gás (líquidos, água, contaminantes).[70] Os objetivos usuais do processamento são (i) a produção de uma corrente de gás que atenda às especificações do mercado local e transforme o gás em um bem fungível, que pode ser misturado na rede de gasodutos, tornando-o uma *commodity*;[71] (ii) a maximização da produção dos líquidos de gás natural; e (iii) a padronização do gás em uma margem de variação de poder calorífico que atenda aos interesses comerciais do mercado.[72]

Juridicamente, ao contrário das atividades de exploração e produção e importação e exportação já narradas, o processamento de gás natural não está previsto na Constituição de 1988 como uma atividade reservada. Apesar de funcionalmente, na cadeia de valor, o processamento de gás natural fazer um papel análogo ao do refino de petróleo, a Constituição fez incidir o regime de monopólio apenas sobre "a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro", conforme previsto no art. 177, II.[73]

Portanto, a menos que o processamento se dê de forma subordinada a uma atividade sujeita à reserva constitucional, à montante ou a jusante, o processamento de gás natural é

---

[69] MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 232, de 13 de abril de 2012**. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/web/guest/acesso-a-informacao/legislacao/portarias/-/document_library_display/mhGvQg5HAvT2/view/268757. Acesso em: 29 jun. 2022; MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 67, de 1º de março de 2010**. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/72128/268749/Portaria+67+de+01-03-2010+Publicado+no+DOU+de+02-03-2010.pdf/7147c811-4862-617d-3abc-99cdbff84a90?version=1.0. Acesso em: 29 jun. 2022.

[70] ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 16.

[71] A especificação do gás natural a ser observada no mercado brasileiro está atualmente prevista na Resolução ANP n. 16/2008 (ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 16, de 17 de junho de 2008**. Estabelece a especificação do gás natural, nacional ou importador, a ser comercializado em todo território nacional. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=109588#:~:text. Acesso em: 29 jun. 2022).

[72] MOKHATAB, Saeid; POE, William A.; SPEIGHT, James G. **Handbook of Natural Gas Transmission and Processing**. [S.l.]: Gulf Professional Publishing, 2006. p. 193. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780750677769500063#further-reading.0010. Acesso em: 26 abr. 2021.

[73] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

uma atividade de livre iniciativa, para todos os fins constitucionais. Nesse sentido, com a ressalva das hipóteses nas quais o processamento ocorre de forma física ou juridicamente indissociável[74] a uma atividade reservada (sendo exploração e produção ou transporte dutoviário as mais prováveis), concorda-se com a leitura já feita pela doutrina no sentido de que "trata-se o processamento, portanto, de atividade privada regulamentada, aberta à iniciativa privada, cuja autorização administrativa para seu exercício é ato de poder de polícia administrativa".[75]

Em primeiro lugar, faz-se a distinção sobre o processamento ocorrer ou não de forma subordinada a uma atividade sujeita à reserva constitucional.[76] Apesar de os elementos fáticos que caracterizem tal situação dependerem de uma avaliação em concreto da configuração adotada para a instalação de processamento naquele caso, de uma forma macro descreve-se tal arranjo como aquelas hipóteses nas quais o processamento se dá de forma tão imbricada à exploração e produção ou ao transporte, por exemplo, que não seria possível ou factível imaginá-la como atividade autônoma, mas tão somente como dependente dessas outras. É o caso, por exemplo, de uma instalação de processamento *offshore* detida pelo consórcio titular dos direitos de exploração e produção, cuja capacidade foi dimensionada exclusivamente para atendimento daquele campo. Em outro exemplo, tem-se uma UPGN cujo serviço de processamento é prestado por um transportador de gás natural e cujos custos e despesas incorridos com atividades estão inseridos como parte de sua receita requerida da atividade de transporte. Nessas hipóteses, defende-se, o regime das respectivas unidades de processamento seguirá a sorte do título ao qual está subordinado, principalmente em relação às condições

---

[74] Em qualquer caso, destaca-se a necessidade de que seja feita uma análise sobre a função exercida pela instalação. Isso porque o mero fato de estar localizada junto a outra instalação ou de estar prevista no mesmo título jurídico pouco diz sobre a função exercida. Na prática, contudo, é possível que uma instalação esteja localizada próxima a outra, mas funcionalmente não haja tal indissociabilidade. Por exemplo, se um transportador de gás é titular de autorização para construção e operação de uma UPGN, mas que fora construída com separação contábil dos recursos destinados à atividade de transporte, cuja utilização por terceiros não é cobrada via tarifa de transporte e cujo gás processado é destinado à utilização de diferentes formas (distribuição de Gás Natural Comprimido (GNC) e Gás Natural Liquefeito (GNL) a granel e também para injeção nos gasodutos de transporte).

[75] LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 145. Apesar de tal afirmação ter sido feita sob a vigência do marco setorial da Lei n. 9.478/1997 (já sucedido pela Lei n. 11.909/2009 e pela Lei n. 14.134/2021), tal avaliação se mantém pertinente, tendo em vista que se trata do *status* constitucional de exploração da atividade, o qual se manteve inalterado.

[76] Apesar da visão tradicional da indústria enxergar o processamento sempre de forma complementar às atividades de exploração e produção, fato é que tal verticalização se dava mais pelo estágio da indústria. Progressivamente, observa-se o interesse autônomo de *players* em explorar atividades do *midstream*, meramente logísticas, de forma autônoma. O fato de historicamente não ter havido interesse comercial/econômico na exploração da atividade dessa forma não acarreta uma barreira jurídica a fazê-lo nesses termos. Todos os agentes que demonstrem ter as qualificações técnicas e econômicas exigidas de forma proporcional e razoável pela legislação e pela regulação setorial devem, portanto, ser autorizados a exercer a atividade de processamento de gás natural.

para acesso de terceiros, à liberdade de precificação e à destinação final dada aos bens (obrigações de descomissionamento e reversão). Nesse ponto, alerta-se que o fato de serem instalações outorgadas ao mesmo titular ou ao mesmo grupo econômico não é o que gera sua relação de subordinação ao título à montante ou à jusante. Tal constatação dependerá da análise do caso concreto.

Para a generalidade dos casos, nos quais não há tal subordinação, o processamento é, no âmbito constitucional, uma atividade de livre iniciativa. A exigência de título prévio habilitante está prevista na legislação infraconstitucional desde a Lei n. 9.478/1997, tendo sido mantida pela Lei n. 11.909/2009 e sua sucessora, a Lei n. 14.134/2021. Como referido, nesse caso a autorização prévia é exigida com fundamento no art. 170, parágrafo único, da Constituição e nas respectivas determinações legais. Como tal, nesse caso, o título prévio não se presta a delegar ao privado o exercício de uma atividade pública, mas tão somente a criar um credenciamento mínimo, necessário a assegurar que o agente detém capacidade técnica e econômica para explorar tal atividade e operar tais instalações. No âmbito infralegal, as condições para exercício da atividade estão previstas na Resolução ANP n. 852/2021.[77]

Nesses casos, quando o processamento de gás natural é exercido como uma atividade autônoma, e não como uma atividade subordinada, por ser uma atividade regida pelos ditames gerais da ordem econômica fundada na livre iniciativa, entende-se que o agente que explore a atividade tem liberdade para escolher as condições para acesso a terceiros e sua formação de preços. Como será desenvolvido especificamente para o transporte dutoviário nas seções seguintes, mas, a contrário senso, também para as atividades sujeitas a um regime constitucional distinto, a menos que haja algum indício de conduta anticompetitiva – o que é aferido no caso concreto e com determinações igualmente restritas ao caso concreto –, as determinações setoriais de acesso e a possibilidade de controle de preços não são compatíveis com o regime constitucional das atividades regidas pela livre iniciativa, como o caso do processamento de gás natural.

Assim, o art. 28 da Lei n. 14.134/2021, ao prever "o acesso não discriminatório e negociado de terceiros interessados"[78] aos gasodutos de escoamento da produção, às

---

[77] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 852, de 23 de setembro de 2021.** Regulamenta o exercício da atividade de produção de derivados de petróleo e gás natural, seu armazenamento, sua comercialização e a prestação de serviço e dá outras providências. Rio de Janeiro: ANP, 2021b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-anp-n-852-de-23-de-setembro-de-2021-347059938. Acesso em: 29 jun. 2022.

[78] BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a

instalações de processamento de gás natural e aos terminais de GNL, tratou de maneira uniforme instalações sujeitas a regimes constitucionais distintos. Os gasodutos de escoamento e os terminais marítimos de GNL, por serem instalações sujeitas à reserva constitucional, comportam um nível maior de intervenção pública sobre sua exploração. O processamento, quando explorado de forma autônoma, não pode ser validamente sujeito a um regime de igual grau de intervenção no âmbito de concepção da política pública setorial. A avaliação sobre tais instalações serem ou não uma *essential facility* deve ocorrer não em abstrato, quando do desenho do modelo do mercado, mas a partir da análise dos casos concretos e com base no desenho de competências do sistema de defesa da concorrência.

2.5 Liquefação e regaseificação

A liquefação e a regaseificação são etapas necessárias ao transporte de gás natural por modais não dutoviários. A liquefação reduz em aproximadamente 600 vezes o volume do gás natural,[79] facilitando o transporte e se tornando uma estratégia competitiva com o modal dutoviário, principalmente para longas distâncias.[80] Após transportado, para que possa ser movimentado por meio de dutos não criogênicos e utilizado pelos consumidores finais, o gás natural liquefeito precisa ser regaseificado.

Assim como o processamento de gás natural, a liquefação e a regaseificação não estão previstas na Constituição como atividades reservadas à União ou aos estados. Com a edição da Lei n. 11.909/2009, a Lei n. 9.478/1997 passou a prever a competência da ANP para autorizar a prática das atividades de liquefação e de regaseificação. A autorização exigida, nesse caso, também se qualifica como uma autorização de polícia, com fundamento no art. 170, parágrafo único, da Constituição, e na respectiva prescrição infralegal. As condições para

---

Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

79 MOKHATAB, Saeid *et al.* **Handbook of Liquefied Natural Gas**. [*S.l.*]: Gulf Professional Publishing, 2014. p. 6.

80 "Os custos, de capital e operacional, associados à produção, transporte e armazenagem de GNL são muito elevados. Ademais, as perdas com os processos de liquefação e transporte de GNL e o consumo de energia são relativamente altos (10 a 15%), quando comparados com o transporte via gasoduto (1 a 2%). Dessa forma, os projetos de GNL só se justificam onde os gasodutos não são viáveis técnica e/ou economicamente em função das grandes distâncias a serem percorridas. Mesmo nesses casos, os projetos necessitam explorar ao máximo as economias de escala nas fases de liquefação e transporte para se viabilizarem economicamente." (ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 97).

obtenção da autorização para construção e operação de unidades de liquefação e regaseificação estão previstas na Resolução ANP n. 52/2015.[81]

Também como observado em relação ao processamento, é possível que as estruturas de liquefação e de regaseificação se apresentem como instalações essencialmente vinculadas a outras instalações, cuja exploração se dá sob regime de atividade reservada, a exemplo das instalações de regaseificação física e funcionalmente associadas a Terminais de GNL. Como a própria definição de "Terminal de GNL", estabelecida pela Lei n. 14.134/2021, prevê, o Terminal pode incluir "os serviços ou instalações necessários aos processos de regaseificação, liquefação, [...] e entrega de gás natural ao sistema dutoviário ou a outros modais logísticos".[82]

Especificamente sobre o regime de acesso às instalações de liquefação e de regaseificação, a Lei n. 14.134/2021 não estabelece uma determinação setorial de acesso, como no caso das unidades de processamento de gás. Contudo não haja tal previsão, entende-se que se tais instalações forem – física e funcionalmente – parte de um terminal de GNL, estariam submetidas às regras de acesso de terceiros aplicáveis ao terminal, sujeito ao acesso não discriminatório e negociado de terceiros interessados.

2.6 Transporte (ou movimentação de gás natural)

Em termos técnicos, como referido, há diferentes formas de se **transportar** o gás natural, a depender de seu estado físico. Em termos jurídicos, esses diferentes modos de transporte foram apontados sob categorias distintas, que se apresentam de forma difusa e nem sempre com uma terminologia consistente.

Como um esforço didático e para que se busque mais precisão conceitual em relação às diferentes modalidades, propõe-se que (i) todas as modalidades de transporte sejam

---

[81] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 52, de 2 de dezembro de 2015**. Estabelece a regulamentação para a construção, a ampliação e a operação de instalações de movimentação de petróleo, seus derivados, gás natural, inclusive liquefeito (GNL), biocombustíveis e demais produtos regulados pela ANP. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=310877. Acesso em: 29 jun. 2022.

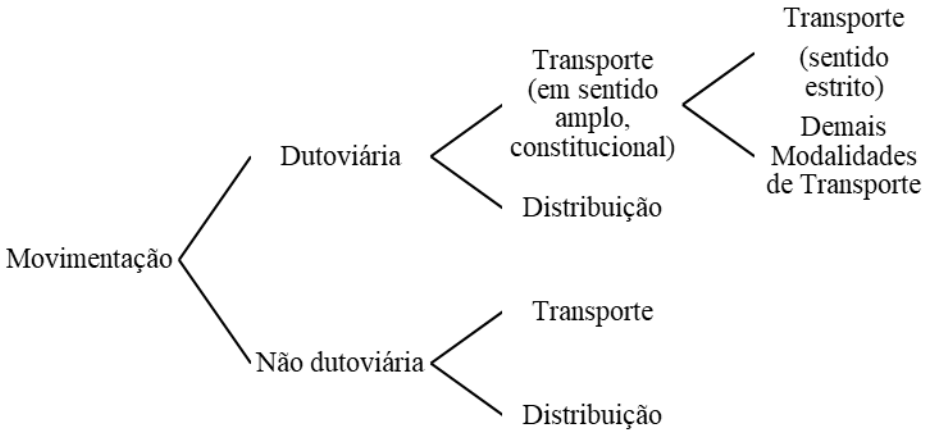
[82] BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

referidas conjuntamente como **movimentação**; e (ii) as diferentes modalidades de movimentação sejam classificadas conforme sistematização proposta adiante.

Em relação à movimentação, a relevância em criar um termo distinto do **transporte** para se referir a todas as modalidades se dá pelo fato de o termo **transporte** possuir significado jurídico próprio (tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional). Assim, chamar genericamente as modalidades de **movimentação** ajuda a mitigar eventuais confusões conceituais, pois o termo **transporte** já possui múltiplos significados jurídicos.

Em relação à classificação das diferentes modalidades de movimentação, propõe-se a seguinte sistematização:

Figura 2 – Diferentes modalidades de movimentação



Fonte: Lívia Amorim, em 2022.

A primeira separação, em dutoviária e não dutoviária, é relevante para distinguir as matérias sujeitas à competência federal daquelas sujeitas à competência estadual. Apenas a distribuição dutoviária de gás natural está sujeita à competência estadual, nos termos do art. 25, § 2º, da Constituição. As demais modalidades de movimentação estão sujeitas à competência federal, sob regimes jurídicos distintos. A movimentação dutoviária (excluída a distribuição), defende-se, está integralmente sujeita à competência federal, por força do art. 177, IV, da Constituição; a não dutoviária, por sua vez, engloba atividades não reservadas na Constituição e que, portanto, seguem a regra geral da ordem econômica, qual seja, sua exploração sob a livre iniciativa. Em relação à movimentação não dutoviária, faz-se somente o aparte de que os Terminais portuários para movimentação de gás natural liquefeito seguem um regime específico, pois, além de estarem sujeitos à reserva constitucional prevista no art. 21, XII, f, da Constituição, também estão submetidos a disposições infraconstitucionais setoriais aplicáveis aos terminais de GNL.

2.6.1 Movimentação não dutoviária

Como referido, para movimentação do gás natural por outros modais que não o dutoviário, é necessária a transformação de seu estado físico, por compressão ou liquefação. As autorizações necessárias à movimentação não dutoviária do gás vão depender do arranjo em concreto do projeto que está sendo analisado, a depender das atividades ou instalações exploradas no caso (a exemplo da liquefação, regaseificação e central de distribuição).

Como já destacado nas seções anteriores, a reserva constitucional sobre as atividades de movimentação, tanto no âmbito federal quanto no estadual, projetou-se apenas sobre o modal dutoviário. Exceto nos casos de importação e exportação de petróleo e de gás natural e de transporte marítimo de petróleo bruto e de derivados básicos de origem nacional, previstos nos incisos II e III do art. 177 da Constituição – cuja monopolização pela União não foi condicionada a um modal específico –, a movimentação não dutoviária de gás natural segue o regime geral das atividades econômicas na Constituição, sendo explorados sob os preceitos da livre iniciativa. O título habilitante prévio porventura exigido pela legislação terá, via de regra, o caráter de autorização, com fundamento no art. 170, parágrafo único, da Constituição.

2.6.1.1 Terminais de GNL

Em razão do seu reduzido volume, o GNL pode ser movimentado até as instalações de regaseificação através de navios de carga, em sistemática que se mostra competitivamente atrativa quando as rotas de longas distâncias atravessam oceanos ou grandes extensões de água. As estruturas responsáveis por essa movimentação são os chamados *Liquefied Natural Gas (LNG) carriers*, com sistemas de contenção e de manuseio especializados em relação aos navios petroleiros tradicionais. Tais embarcações são compostas por tanques de casco duplo, construídos para armazenar a carga de maneira isolada e para mantê-la em pressão levemente superior à pressão atmosférica e em temperatura criogênica de - 169 ºC.

No entanto, muito embora haja um forte isolamento dos tanques em relação ao calor externo, é comum que parte do GNL (cerca de 0,10% a 0,15% do volume total, por dia) evapore durante o seu transporte marítimo. As principais consequências desse fenômeno são (i) a formação de um gás mais pesado, já que a referida evaporação não atinge todos os componentes do GNL de forma idêntica (por exemplo, o nitrogênio e o metano são mais

afetados); e (ii) a necessidade de remoção desse gás evaporado, para preservar a pressão do tanque.[83]

A etapa seguinte na cadeia é a entrega do GNL pelos *carriers* aos terminais receptores – localizados *offshore* ou *onshore*. A partir daí, o GNL pode ser regaseificado nas próprias instalações do terminal e, na sequência, transportado por meio de gasodutos; ou pode ser movimentado ainda liquefeito, por meio de dutos criogênicos, e regaseificado em outros locais, já próximo aos centros de consumo. Cabe destacar que a implantação de terminais *offshore* surge como modo de contornar as dificuldades de acesso dos navios aos centros populosos e industriais e, também, as questões ambientais e de segurança.[84]

Juridicamente, os terminais de GNL são definidos pela Lei n. 14.134/2021 como "instalação, terrestre ou aquaviária, destinada a receber, movimentar, armazenar ou expedir gás natural na forma liquefeita [...]".[85] Além disso, o art. 3º da Resolução ANP nº 50/2011 prevê que "será considerado terminal de GNL, a critério da ANP, um terminal que, em conjunto com outras instalações ou embarcações, efetivamente execute as atividades elencadas em sua definição".[86] O art. 2º, XVI, da Resolução ANP n. 50/2011, define o terminal de GNL como "instalação utilizada para a liquefação de gás natural ou para a importação, descarga e regaseificação de GNL", podendo também incluir os "serviços auxiliares e tanques de estocagem temporária necessários para o processo de regaseificação e subseqüente entrega do gás natural à malha dutoviária ou a outros modais de transporte".[87] Essa definição infralegal é anterior à edição da Lei n. 14.134/2021 e possivelmente será alterada no processo de revisão das normas regulamentares relativas ao novo marco regulatório. Vale observar que a definição da Resolução ANP n. 50/2011 traz uma descrição incompleta das atividades potencialmente desenvolvidas por um terminal de GNL, uma vez que está essencialmente associada à dinâmica de importação desse produto, não contemplando, por exemplo, eventuais operações de exportação feitas pelo terminal.

---

83 MOKHATAB, Saeid *et al.* **Handbook of Liquefied Natural Gas**. [S.l.]: Gulf Professional Publishing, 2014. p. 13.

84 Idem, p. 24

85 BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

86 ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 50, de 22 de setembro de 2011**. Estabelece as informações a serem prestadas para a ANP relativas aos terminais de GNL e os critérios para definir os gasodutos que são parte integrante desses terminais. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=115495. Acesso em: 29 jun. 2022.

87 Idem.

O processo de autorização das instalações direta ou indiretamente relacionadas a projetos que envolvem terminais de GNL está atualmente regulado pelas Resoluções ANP n. 811/2020,[88] n. 52/2015, n. 50/2011 e pela Portaria ANP n. 118/2000.[89]

No que diz respeito ao direito de acesso de terceiros aos terminais de GNL, a Lei n. 11.909/2009 previa que os terminais de liquefação e regaseificação não estavam obrigados a dar acesso a terceiros. A Resolução ANP n. 50/2011, vigente desde então, prevê que os titulares de Terminais de GNL, ao ofertarem o acesso a terceiros, deveriam fazê-lo sob a forma de produtos padronizados e precificados a uma estrutura de encargos pré-definida. Com a edição do Decreto n. 9.616/2018, a legislação passou a prever que a ANP deveria fixar diretrizes para a elaboração de códigos comuns de acesso pelos operadores de terminais de GNL, com vistas à "eficiência global das infraestruturas e a minimização de impactos ambientais".[90] Por fim, após a vigência da Lei n. 14.134/2021 e do Decreto n. 10.712/2021,[91] passou a ser assegurado o acesso não discriminatório e negociado de terceiros aos terminais de GNL, devendo ser observadas as regras setoriais pertinentes pelos terminais situados em instalação portuária.

2.6.1.2 Movimentação rodoviária, aquaviária e ferroviária

A legislação infraconstitucional vigente não traz um regime específico aplicável à movimentação de GNC e GNL por modais não dutoviários. Estão previstas tão somente as regras aplicáveis ao acondicionamento de gás natural, à estruturação de projetos com GNC e à distribuição de GNL a granel.

---

88 ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 811, de 16 de março de 2020**. Regulamenta a atividade de transporte a granel de petróleo, seus derivados, gás natural e biocombustíveis por meio aquaviário e as operações de transbordo entre embarcações (*ship to ship*). Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-811-de-16-de-marco-de-2020-248327333. Acesso em: 29 jun. 2022.

89 ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 118, de 11 de julho de 2000**. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/AGENCIAS/ANP/PT0118-110700.PDF. Acesso em: 29 jun. 2022.

90 BRASIL. **Decreto n. 9.616, de 17 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto nº 7.382, de 2 de dezembro de 2010 que regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9616.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

91 BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

O regime constitucional de exploração e as regras setoriais aplicáveis à atividade de acondicionamento de gás são abordadas na Subseção 2.9. Em termos gerais, o art. 25 da Lei n. 14.134/2021 prevê a competência da ANP para regular o exercício da atividade de acondicionamento e transporte do gás pelos modais rodoviário, aquaviário e ferroviário. Estabelece também que a ANP, quando for o caso, deve articular-se com outras agências reguladoras para adequar a regulação do transporte por modais alternativos ao dutoviário.

A regulação da ANP vigente aplicável à estruturação de projetos que envolvem movimentação de gás comprimido e liquefeito é reconhecidamente obsoleta[92] e, até a data de conclusão deste trabalho, estava sob discussão a revisão integral daquela aplicável à distribuição de GNL a granel. A Portaria ANP n. 118/2000 regulamenta a atividade de distribuição de GNL a granel.

A obsolescência das normas citadas está fundamentalmente associada ao fato de elas não serem aderentes à multiplicidade de arranjos de negócios que estão sendo estruturados pelo mercado. Mesmo em relação aos modelos anteriores, em um mercado menos líquido e dinâmico, a norma já padecia de certa inadequação, tendo em vista tratar, de forma metonímica, atividades na cadeia que podem ser exercidas de modo independente.

A Portaria n. 118/2000, por exemplo, regulamenta as atividades de "distribuição de gás natural liquefeito (GNL) a granel e de construção, ampliação e operação das centrais de distribuição de GNL". Ela trata por 'distribuição de GNL a granel' diversas outras atividades na cadeia (a exemplo da liquefação e da movimentação por veículos transportadores), como se fossem necessariamente vinculadas ao exercício da atividade de distribuição, o que não é verdade.[93] É possível a movimentação para uso próprio ou mesmo para a realização tão somente do percurso entre o vendedor e aquele que fará efetivamente a distribuição. Essas hipóteses não estão hoje contempladas na norma e devem ser endereçadas no processo de revisão.

---

[92] Como indicado pela própria ANP dentre os elementos motivadores para revisão da Portaria ANP n. 118/2000, uma das razões de reforma da norma foram os novos modelos de negócio de distribuição de GNL (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. ANP faz evento virtual para debater regras sobre GNL. **ANP**, 20 de agosto de 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-faz-evento-virtual-para-debater-regras-sobre-gnl. Acesso em: 30 jun. 2022).

[93] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 118, de 11 de julho de 2000**. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/AGENCIAS/ANP/PT0118-110700.PDF. Acesso em: 29 jun. 2022.

A Resolução ANP n. 41/2007 estabelece as regras aplicáveis à atividade de distribuição de GNC a granel.[94] Diversamente da Portaria ANP n. 118/2000, essa Resolução já diferencia a atividade de distribuição de GNC a granel dos projetos para uso próprio – aqueles nos quais o adquirente do GNC realiza toda a logística relacionada e o GNC é destinado a consumo próprio, sendo vedada a comercialização – e dos projetos estruturantes – destinados a realizar a logística necessária à movimentação do GNC entre dois ou mais dutos pertencentes à concessionária estadual de gás canalizado.

Em todos os casos, contudo, as duas normas subordinam o exercício do transporte ao da atividade de distribuição, ao consumo próprio ou à movimentação entre dois dutos da distribuidora local de gás canalizado (esses dois últimos possíveis apenas no caso do GNC). Não há uma previsão normativa geral que trate do transporte rodoviário ou ferroviário do GNC e do GNL.[95] Para o transporte a granel de gás por meio aquaviário, sob a perspectiva da regulação setorial do gás natural, aplica-se a Resolução ANP n. 811/2020.

2.6.2 Movimentação dutoviária

A movimentação dutoviária do gás natural é um dos elos jurídicos de maior litigiosidade na indústria do gás no Brasil, sobretudo no que diz respeito à delimitação da competência federal e da competência estadual. Isso porque, em matéria dutoviária, convivem duas competências constitucionais, de igual estatura, para as quais não há uma diretriz expressa sobre como interpretá-las. São elas: (i) a competência estadual para exploração dos serviços locais de gás canalizado, estipulada pelo art. 25, § 2º, da Constituição, e (ii) a competência federal para o transporte de gás natural por meio de conduto, estipulada pelo art. 177, IV, da Constituição.

---

[94] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 41, de 5 de dezembro de 2007**. Regulamenta as atividades de distribuição e comercialização de gás natural comprimido (GNC) a Granel. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=107032. Acesso em: 29 jun. 2022.

[95] Especificamente em relação aos transportes rodoviário e ferroviário, destaca-se a seguinte manifestação da ANP, formalizada em 2016: "Em atendimento a sua manifestação, informamos que a regulação dos modais de transporte rodoviário e ferroviário é atribuição da ANTT. Os agentes que realizam a atividade de transporte de combustíveis nesses modais devem atendar regulação para o transporte de produtos perigosos da referida Agência. Sugerimos o contato direto com a ANTT para maiores esclarecimentos. A ANP autoriza as atividades de distribuição de gás natural comprimido (GNC) e de distribuição de gás natural liquefeito (GNL), a granel, regulamentadas, respectivamente, por meio da Resolução ANP n.º 41/2007 e da Portaria n.º 118/2000. [...]." (LIAW, Cylon. **Novas fronteiras de expansão para o gás natural:** o suprimento em pequena escala através da malha ferroviária brasileira. 2018. 125 f. Dissertação (Mestrado em Energia) – Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 112. doi:10.11606/D.106.2019.tde-19122018-113127).

Esse ponto será objeto de análise pormenorizada na Seção 5. Nesta seção será feita tão somente uma delimitação introdutória do problema.

Em termos práticos, a delimitação dessa competência é relevante, pois influencia, evidentemente, o ente da Federação competente para autorizar e fiscalizar a construção e exploração do respectivo gasoduto e atrai um conjunto de regras distintas. No caso do 'transporte por meio de conduto', sujeito à competência federal, há diferentes modalidades de exploração, que permitem maior ou menor flexibilidade ao proprietário da infraestrutura. No caso dos gasodutos necessários à prestação dos serviços locais de gás canalizado, apesar de não haver uma obrigatoriedade constitucional,[96] eles teriam de ser outorgados como parte da concessão de serviço público estadual.

Nas seções seguintes, passa-se a discorrer sobre as classificações dutoviárias e as regras de exploração correspondentes.

2.6.2.1 O transporte por meio de conduto

Como mencionado introdutoriamente nesta seção, defende-se que o art. 177, IV, da Constituição, confere à União o monopólio para exploração do transporte (em sentido amplo) por meio de conduto, excetuado apenas o transporte que se caracterize como distribuição de gás canalizado, por força do art. 25, § 2º, e os dutos funcionalmente subordinados a outras instalações e sem relevância sistêmica (os dutos de interesse restrito funcionalmente vinculados a outra instalação, a exemplo dos dutos internos).

Em consequência, na interpretação aqui proposta, o 'transporte por meio de conduto' tem um escopo maior que a definição infraconstitucional de transporte dutoviário adotada pelas Leis n. 9.478/1997, n. 11.909/2009 e n. 14.134/2021. Por isso, denomina-se aqui o transporte, em sua acepção infraconstitucional, como 'transporte em sentido estrito', diferenciando-o das demais modalidades também abrangidas pelo monopólio federal do

---

96 "Nele, será trabalhada a perspectiva de que os serviços públicos, antes de carrearem um agrupamento de atividades, funcionariam como um regime – mais precisamente, uma regra de acesso a determinados mercados. Será compartilhada, sob esse prisma, a perspectiva de que a aposição do referido regime sobre uma atividade econômica não a tornaria infensa à competição, mas refletiria, na verdade, uma resposta projetada para endereçar uma falha de mercado pressuposta. [...] Revelar-se-á, por conseguinte, que os serviços públicos, como técnica regulatória que seriam, comporiam uma engrenagem bem maior assente na Carta Magna." (Cf. SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **O mito dos serviços públicos:** monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil. 2020. 179 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020). A partir da interpretação de que os serviços públicos consubstanciam atividades econômicas para as quais são admitidos regimes regulatórios distintos, o autor entende que determinados dispositivos constitucionais, inclusive aqueles referentes à competência dos estados, ilustram tal raciocínio.

‘transporte por meio de conduto’. Concretamente, essa classificação é importante para que se tenha uma diretriz hermenêutica a respeito do regime constitucional de exploração da instalação e do âmbito de intervenção possível sobre a atividade (a exemplo da possibilidade de determinação de acesso de terceiros e do controle dos preços praticados pelo proprietário da infraestrutura).

Na legislação vigente, há atualmente quatro classificações dutoviárias infraconstitucionais alcançadas pela competência federal para o transporte de gás por meio de conduto, quais sejam: (i) os gasodutos de transporte em sentido estrito; (ii) os gasodutos de transferência; (iii) os gasodutos de escoamento; e (iv) demais modalidades de transporte ou gasodutos inominados. Os critérios adotados para tais classificações ao longo das respectivas legislações setoriais foram os seguintes:

Quadro 1 – Critérios adotados pelas legislações para classificação dutoviária infraconstitucional

	Lei n. 9.478/1997	**Lei n. 11.909/2009**	**Lei n. 14.134/2021**
Transporte	Eram os gasodutos que movimentariam gás em percurso considerado de interesse geral.	Passou a ser adotado um critério de origem e destino para classificação do duto, movimentando gás desde instalações de processamento, estocagem ou outros gasodutos de transporte até instalações de estocagem, outros gasodutos de transporte e pontos de entrega a concessionários estaduais de distribuição de gás natural.	A nova lei passou a adotar um critério mais abrangente, não estritamente relacionado a um critério de origem e destino. Os gasodutos de transporte foram definidos como os dutos destinados à movimentação de gás natural ou à conexão de fontes de suprimento, conforme os critérios estabelecidos em Lei. O art. 7º da Lei n. 14.134/2021 e os arts. 8º e 9º do Decreto n. 10.712/2021 preveem os critérios específicos para enquadramento nessa categoria. Ademais, a Lei n. 14.134/2021 previu que os gasodutos de transporte podem ser integrantes ou não de um sistema de transporte. Não há uma definição clara sobre as consequências da diferenciação, devendo tais aspectos serem objeto de regulamentação pela ANP. O art. 16 da Lei n. 14.134/2021 prevê ainda que as instalações de transporte não integrantes do sistema podem ser reclassificadas como integrante, mediante aprovação da ANP precedida de consulta pública.

Transferência	Eram os gasodutos que movimentariam gás em percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das instalações.	Passou a ser adotado um critério de origem e destino para classificação do duto. Eram classificados como transferência os gasodutos de interesse específico e exclusivo do proprietário das instalações. que movimentassem gás, iniciando e terminando em instalações de produção, coleta, transferência, estocagem e processamento de gás natural.	A nova lei manteve o conceito de gasoduto de transferência, conforme previsto na Lei n. 11.909/2009. O único ajuste realizado foi para desmembrar o que estava genericamente referido como estocagem (abrangendo as duas modalidades), passando a referir especificamente a possibilidade de conexão com instalações de estocagem subterrânea e de acondicionamento.
Escoamento	Não havia uma classificação específica para os dutos destinados a escoar a produção do gás. Eles poderiam ser classificados como transporte, transferência ou mesmo como uma instalação de produção (subordinada ao título de exploração e produção).[97]	Passou a ser prevista a classificação como gasoduto de escoamento, sendo estes os dutos integrantes das instalações de produção, destinados à movimentação de gás natural desde os poços produtores até instalações de processamento e tratamento ou unidades de liquefação. Os gasodutos de escoamento podiam ser classificados em integrantes ou não da outorga de exploração e produção de hidrocarbonetos. Os integrantes deveriam ser autorizados pela	A nova lei manteve os gasodutos de escoamento como uma classificação específica. Foram adicionados dois elementos específicos, quais sejam, a possibilidade de conexão a instalações de estocagem e de acondicionamento e a previsão de que a classificação como gasoduto de escoamento inicia-se após o sistema de medição.

[97] A Lei n. 9.478/1997, no seu art. 58, prevê o livre acesso a dutos de transporte e terminais marítimos. O conceito de transporte é apresentado no inciso VII do art. 6º, como sendo "movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral". Não existe distinção acerca do transporte por meio de dutos em áreas de produção, sejam esses construídos na plataforma continental ou em terra. Sendo assim, estariam sujeitos à aplicação da Lei os dutos localizados em áreas de produção desde que a movimentação seja em meio ou percurso considerado de interesse geral. É importante notar que os dutos ditos de transferência, definidos no inciso VIII do art. 6º como aqueles onde a movimentação dá-se em meio e em percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades, não estariam sob o regime de acesso estabelecido no art. 58. A distinção entre "transferência" e "transporte" está na medida em que a instalação se presta ao interesse geral ou ao interesse específico e exclusivo. Sendo assim, como prevê o art. 59, caso haja comprovado interesse de terceiros, os dutos de transferência poderão ser reclassificados como dutos de transporte pela ANP. Novamente, não há nesse processo de reclassificação nenhuma menção a dutos dentro ou fora de áreas de produção. Quando se atenta para a definição de Lavra ou Produção obtém-se uma melhor compreensão dos limites operacionais da regulamentação do acesso. No inciso XVI do art. 6º, a Lavra ou Produção é definida como "conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação". De acordo com essa definição, a atividade de produção englobaria todas as operações até o preparo para movimentação. Dessa forma, como o livre acesso diz respeito à movimentação, todas as atividades até o preparo para a movimentação estariam fora do acesso, como regulamentado pela Lei n. 9.478. O ponto então seria identificar se os procedimentos de coleta, tratamento e medição fazem parte ou não do preparo para movimentação; caso positivo, essas instalações seriam enquadradas como de produção e não estariam submetidas ao livre acesso. Por conseguinte, esse raciocínio, se correto, responderia à primeira questão formulada antes. Dado que a Lei n. 9.478/1997 trata do livre acesso a dutos de transporte ou a dutos de transferência reclassificados, onde verifica-se movimentação de produtos em percurso e meio de interesse geral, a regulamentação do acesso se iniciaria após a etapa de produção dita como de "preparo" (DIAS, Felipe *et al*. Regulação do acesso de terceiros à rede de gasodutos em áreas de produção. **Revista Brasileira de Energia**, v. 8, n 1, p. 13-14, jan. 2001. Disponível em: http://www.sbpe.org.br/rbe/revista/16/. Acesso em: 28 jun. 2021).

		ANP junto com a aprovação do plano de desenvolvimento. Os não integrantes seriam autorizados pela ANP autonomamente, independentemente da vinculação à concessão ou ao contrato de partilha de produção.	
Demais modalidades de transporte	Já estava vigente a redação do art. 56 da Lei n. 9.478/1997 (fundamento legal geral dessa modalidade). No entanto, não havia clareza sobre tal interpretação, o que foi feito apenas após a edição do Decreto n. 9.616/2018 e da Lei n. 14.134/2021.	Já estava vigente a redação do art. 56 da Lei n. 9.478/1997 (fundamento legal geral dessa modalidade). Com a edição do Decreto n. 9.616/2018, que inseriu o § 2º no art. 2º do Decreto n. 7.382/2010, ficou expressamente previsto que os gasodutos não enquadrados nas modalidades tipificadas[98] deveriam ser classificados nos termos da regulação da ANP.	Já estava vigente a redação do art. 56 da Lei n. 9.478/1997 (fundamento legal geral dessa modalidade). A nova lei transpôs a redação do Decreto n. 9.616/2018, passando a prever, em Lei (art. 3º, §1º[99]), que os gasodutos não enquadrados nas modalidades tipificadas deveriam ser classificados nos termos da regulação da ANP.

Fonte: Elaborado pela autora a partir das informações disponíveis nas citadas leis.

As distintas classificações infraconstitucionais atraem regras específicas para exploração das atividades, sobretudo no que diz respeito ao processo de atribuição da autorização, ao regime de acesso e aos critérios de formação de preço aplicável.

No que diz respeito ao processo de atribuição, até a edição da Lei n. 14.134/2021, sob o regime da Lei n. 11.909/2009, a classificação infraconstitucional como transporte em sentido estrito também remetia a um regime de outorga particular, de concessão,[100] para os

[98] Para tentar viabilizar a conexão de novas fontes de suprimento ao sistema de transporte sem a necessidade de adoção do regime de concessão, os chamados "*feeder lines*", tal dispositivo do Decreto n. 9.616/2018 previu que, dentre os gasodutos não enquadrados como transporte, transferência ou escoamento estariam "incluídos os que conectam unidades de processamento ou de tratamento de gás natural ou de instalações de estocagem a instalações de transporte ou de distribuição". Tal previsão, contudo, entrava em contradição literal com a definição de gasoduto de transporte então estipulada pela Lei n. 11.909/2009 e não gerou segurança jurídica suficiente a viabilizar a construção de novos dutos (BRASIL. **Decreto n. 9.616, de 17 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto nº 7.382, de 2 de dezembro de 2010 que regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9616.htm. Acesso em: 29 jun. 2022).

[99] Com a previsão do dispositivo em Lei (e não mais em norma de hierarquia inferior, como no marco normativo anterior) e considerados os termos da Lei n. 14.134/2021 e do Decreto n. 10.712/2021, entende-se haver margem normativa para que, apesar de observados os critérios de origem e destino estipulados no art. 7º da Nova Lei do Gás, o gasoduto venha a ser juridicamente enquadrado como 'demais modalidades de transporte'. Nesse sentido, destaca-se que o art. 8º, § 3º, I e II, do Decreto n. 10.712/2021, já prevê que, mesmo nos casos que deveriam ser classificados como transporte em função das características técnicas do gasoduto (diâmetro, pressão e extensão), a ANP poderá adotar outra classificação, desde que (i) não implique potencial impacto ou conflito com estudos de planejamento e com os planos coordenados de desenvolvimento do sistema de transporte, existentes ou em elaboração; e (ii) a influência do projeto esteja restrita exclusivamente ao interesse local.

[100] O regime de concessão adotado pela Lei n. 11.909/2009 tinha por premissa um regime de outorga duto a duto, e não uma visão de sistema integrado de transporte de gás natural. À época, como registrado pela ANP

gasodutos de transporte que não se qualificassem como ampliação dos gasodutos autorizados existentes. Com a vigência da Lei n. 14.134/2021, o regime de outorga de todos os gasodutos sujeitos à competência federal passou a ser de autorização. Contudo, em relação aos gasodutos de transporte (em sentido estrito) destinados ao atendimento de novos mercados consumidores,[101] o processo de atribuição pode ser distinto caso haja mais de um agente interessado na construção do duto, pois, nesses casos, deverá prever período de contestação no qual outros transportadores possam manifestar interesse na implantação do duto.

A diferenciação entre os processos de outorga de gasodutos de transporte passou a ocorrer de forma mais clara tão somente em 2020,[102] após o reenquadramento do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim, que deixou de ser qualificado como "construção de novo gasoduto" (o que atraía sua outorga sob o regime de concessão previsto na Lei n. 11.909/2009) e passou a ser qualificado como "ampliação de gasoduto existente" (o que atraia o regime então residual, de autorização, aplicável aos gasodutos existentes que estivessem sendo ampliados).

---

em manifestação sobre o histórico de instituição do regime de concessão, acreditava-se que a outorga sob o regime de concessão faria com que novos *players*, que não o incumbente, tivessem segurança o suficiente para investir em novos dutos de transporte. Contudo, como se verá na Seção 4, os regimes de autorização e de concessão fixados pela Lei n. 9.478/1997 e pela Lei n. 11.909/2009, materialmente, não eram tão diferentes. A pretensa maior segurança associada ao regime de concessão decorria mais de uma "metafísica semântica" do que propriamente da análise dos direitos e obrigações que cada uma delas encerrava em concreto. Como registro, transcreve-se a manifestação da ANP sobre o histórico do regime de concessão: "A classificação como gasoduto novo, e a sua consequente submissão ao regime de concessão, também foi fruto de algumas condições que o contexto à época exigia. Como já exposto, havia enorme influência da Petrobras nas transportadoras brasileiras, tanto pela sua total participação direta ou indiretamente na composição societária, como pela sua interferência nas ações de governança das transportadoras. A influência do agente incumbente, principal carregador em suas próprias transportadoras, prejudicaria o acesso de terceiros interessados aos sistemas de transporte e a promoção de um ambiente competitivo no fornecimento de gás natural ao mercado nacional. A própria competência do MME, trazida pela Lei do Gás para a proposição de construção ou ampliação de gasodutos de transporte, foi mais uma das medidas para evitar que a Petrobras fizesse a expansão da malha considerando somente seus interesses, sem atender outros carregadores interessados. Assim, caso o Gasoduto Itaboraí-Guapimirim tivesse sido concebido como uma ampliação de gasoduto existente, não haveria possibilidade de mínima diversificação dos agentes operadores de gasodutos de transporte, uma vez que a empresa operadora do GASDUC III era 100% controlada pela Petrobras. A incumbente continuaria sua predominância no mercado e o acesso de terceiros, de forma isonômica, permaneceria prejudicado. Atualmente, porém, dada a evolução da estrutura do mercado no sentido da diminuição da participação da Petrobras, esse risco se encontra significativamente minimizado." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 8/2020/SIM/ANP-RJ**. Regime de outorga do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim. Rio de Janeiro: ANP, 2020c. p. 10. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJaQlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzOjxGQeo3jYgt12Q3a3ICiqvDTdUOgt7Ic4tq7aC1T1xQfzKncgBZDGCq2JSLLpytl81B1o-wTlaZg_ikUOh8Zw. Acesso em: 2 jul. 2022).

[101] Nos termos do art. 7º do Decreto n. 10.712/2021.

[102] Ver ANP, op. cit., e ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 13/2020/SIM/ANP-RJ**. Considerações sobre a classificação do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim como integrante da UPGN (*FEEDER*). Rio de Janeiro: ANP, 2020d. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJaQlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzNR1N2jnFzm0QJfXD-VubzzpeIefCtrW4uF639iPzj6ms8lqSaLy23N8oQJjCCnro8d6qbH4lY_UTaW3I6e70zI. Acesso em: 2 jul. 2022.

O reenquadramento foi fundamentado pela ANP sobretudo em função (i) das alterações na estrutura do mercado, que demandariam uma visão mais sistêmica da rede de gasodutos de transporte, em oposição a uma visão por instalação (ou "duto-a-duto", como usualmente referido); e (ii) de a Petrobras não mais deter o controle societário de todas as empresas titulares de autorização de transporte de gás natural, como à época da edição da Lei n. 11.909/2009 e da Portaria MME n. 317/2013.[103] Em relação ao primeiro aspecto, a ANP entendeu que a visão da malha como um sistema privilegia "o enquadramento de novos ramais, trechos ou pontos de entrega ou recebimento como ampliações de uma rede geralmente já constituída e de porte muito maior que essas novas instalações"[104]. A caracterização como expansão – e aplicação do regime de concessão – passaria a ser "mais lógic[a] nos casos em que são efetivamente criados novos percursos de interesse geral, para a movimentação do gás entre produtores e consumidores, que possam constituir sistemas de transporte futuros".[105] Sobre o segundo aspecto, segundo justificado pela Agência, no regime anterior, a outorga sob o regime de concessão era o que viabilizaria a competição para construir novo duto. Caso à época já tivesse sido enquadrado como ampliação, o direito de construir e operar o gasoduto seria franqueado à Petrobras (por meio de uma de suas subsidiárias já titular das instalações a serem ampliadas).

Como será examinado na Seção 5, tais discussões a respeito do regime (sob a Lei n. 11.909/2009) e sobre o processo de outorga (sob a Lei n. 14.134/2021), na verdade levam a um debate sobre qual seria o objeto da outorga em si. No atual estágio de desenvolvimento econômico e jurídico da indústria, não está claro, por exemplo, se a caracterização da ampliação como parte do objeto da outorga existente configura um direito (que poderia não ser exercido, sem que haja o impedimento à seleção de outros interessados, já que não há

---

[103] Portaria do Ministério de Minas e Energia que propôs, mediante provocação da Petrobras, a construção de Gasoduto de Transporte entre os municípios de Itaboraí e Guapimirim, no estado do Rio de Janeiro, sob regime de concessão precedido de licitação (MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 317, de 13 de setembro de 2013**. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/transporte-de-gas-natural/arquivos/leis-portarias/portaria-mme-n317-2013.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022).

[104] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 8/2020/SIM/ANP-RJ**. Regime de outorga do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim. Rio de Janeiro: ANP, 2020c. p. 9. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJaQlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzOjxGQeo3jYgt12Q3a3ICiqvDTdUOgt7Ic4tq7aC1T1xQfzKncgBZDGCq2JSLLpytl81B1o-wTlaZg_ikUOh8Zw. Acesso em: 2 jul. 2022).

[105] Idem, p. 9.

exclusividade de área) ou uma obrigação (o transportador cuja instalação está sendo ampliada teria a obrigação de construí-la, uma vez constatada a necessidade sistêmica?).[106]

No que diz respeito ao regime de acesso e à formação de preço, a legislação estabeleceu regimes expressamente distintos para os gasodutos de transporte (em sentido estrito) e para os gasodutos de escoamento. O regime aplicável aos gasodutos de transferência e aos gasodutos inominados não está expressamente definido na legislação. Com o desenvolvimento do mercado, é provável que essas questões venham a ser enfrentadas em concreto.

Para os gasodutos de transporte (em sentido estrito), originalmente, a Lei n. 9.478/1997 estabeleceu um regime de acesso negociado, no qual a intervenção regulatória em concreto se daria tão somente caso o acessante e o proprietário não chegassem a um acordo ou para verificação de se o valor acordado era compatível com o mercado.[107] Em termos de modelo regulatório, tinha-se o que a literatura denomina "*negotiate and arbitrate*", no qual o regulador delimita uma moldura normativa com diretrizes para negociação entre as partes e age concretamente apenas caso as partes não cheguem bilateralmente a um acordo. As diretrizes foram originalmente estipuladas pela ANP na Portaria n. 98/2001[108] e, posteriormente, pelas Resoluções ANP n. 27/2005,[109] 28/2005[110] e 29/2005.[111]

---

[106] Por exemplo, no caso dos concessionários do serviço público de transmissão, é obrigação do concessionário a realização dos reforços (escopo *ad hoc*) determinados pelo Poder Concedente.

[107] Na redação original do art. 58 da Lei n. 9.478/1997:
"Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.
§ 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado." (BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[108] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 98, de 22 de junho de 2001**. Determina a elaboração do Manual do Concurso Aberto pelos transportadores, detalhando os procedimentos de oferta e alocação de capacidade para o serviço de transporte firme decorrente da expansão de suas instalações de transporte de gás natural. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/portaria-tecnica-n-98-2001-determina-a-elaboracao-do-manual-do-concurso-aberto-pelos-transportadores-detalhando-os-procedimentos-de-oferta-e-alocacao-de-capacidade-para-o-servico-de-transporte-firme-decorrente-da-expansao-de-suas-instalacoes-de-transporte-de-gas-natural-2001-06-22-versao-original?origin=instituicao. Acesso em: 29 jun. 2022.

[109] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 27, de 14 de outubro de 2005**. Brasília: ANS, 2005a. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-27-2005-. Acesso em: 29 jun. 2022.

[110] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 28, de 14 de outubro de 2005**. Brasília: ANS, 2005b. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-28-2005-?origin=instituicao. Acesso em: 29 jun. 2022.

[111] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 29, de 14 de outubro de 2005**. Estabelece os critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural. Brasília: ANS, 2005c. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101584. Acesso em: 29 jun. 2022.

Com a edição da Lei n. 11.909/2009, a legislação passou a prever um regime de acesso regulado às instalações de transporte (em sentido estrito). A capacidade deveria ser ofertada a partir de contratos padronizados, ofertados por meio de chamadas públicas e com tarifas previamente aprovadas pela ANP. No âmbito infralegal, as Resoluções ANP n. 27/2005, 28/2005 e 29/2005 foram sucedidas pelas Resoluções ANP n. 15/2014[112] e n. 11/2016.[113] A Lei n. 14.134/2021 manteve o regime de acesso regulado a essas instalações, deixando de prever apenas a necessidade de chamada pública para oferta de capacidade, abrindo a possibilidade, portanto, de se definir, no âmbito infralegal, modelos distintos de alocação de capacidade (a exemplo da oferta bilateral, conforme desenvolvido na Seção 5).

Para os gasodutos de escoamento, o art. 45 da Lei n. 11.909/2009[114] excluía expressamente a obrigatoriedade de o proprietário da instalação franquear acesso a um terceiro interessado. Após os esforços do Gás Para Crescer, instituído pela Resolução CNPE n. 10/2016,[115] foi identificado que a falta de acesso aos gasodutos de escoamento era uma barreira à entrada de novos *players* ao mercado de gás.[116] Em consequência, foi editado o

---

[112] ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 15, de 14 de março de 2014**. Estabelece os critérios para cálculo das Tarifas de Transporte referentes aos Serviços de Transporte firme, interruptível e extraordinário de gás natural e o procedimento para a aprovação das propostas de Tarifa de Transporte de gás natural encaminhadas pelos Transportadores para os Gasodutos de Transporte objeto de autorização. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268003#:~:text=Estabelece%20os%20crit%C3%A9rios%20para%20c%C3%A1lculo,Gasodutos%20de%20Transporte%20objeto%20de. Acesso em: 30 jun. 2022.

[113] ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 11, de 16 de março de 2016**. Dispõe sobre a Oferta de Serviços, Cessão de Capacidade Contratada, Troca Operacional de Gás Natural, Aprovação e Registro dos Contratos de Serviço de Transporte de Gás Natural - Promoção dos Processos de Chamada Pública para Contratação de Capacidade de Transporte de Gás Natural e dá outras providências. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317660. Acesso em: 30 jun. 2022.

[114] "Art. 45. Os gasodutos de escoamento da produção, as instalações de tratamento ou processamento de gás natural, assim como os terminais de liquefação e regaseificação, não estão obrigados a permitir o acesso de terceiros." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[115] CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 10, de 14 de dezembro de 2016**. Estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural, cria o Comitê Técnico para o Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural no Brasil, com o objetivo de propor medidas que garantam a transição gradual e segura para a manutenção do adequado funcionamento do setor de gás natural e de avaliar a possibilidade de aceleração da transição, e dá outras providências. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2016/resolucao_cnpe_10_diretrizes_gas_para_crescer.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

[116] No procedimento de elaboração das Diretrizes Estratégicas para o Desenho do Novo Mercado de Gás no Brasil, posteriormente incorporadas na Resolução CNPE n. 10/2016, o Relatório Técnico do Gás para Crescer indicou a "regulamentação do acesso de terceiros aos dutos de escoamento" como uma "medida que poderia contribuir para uma maior disponibilização de oferta de gás natural ao mercado". A medida passou a ser vista como necessária em razão de ser a Petrobras praticamente a única supridora de gás natural já que, nas etapas de escoamento e processamento, a maior parte do gás natural produzido por outros agentes precisava necessariamente ser entregue a ela – detentora de tais infraestruturas essenciais – para que fosse, enfim, ofertado ao mercado (BRASIL. **Gás para Crescer.** Relatório Técnico. Brasília: ANP: EPE:

Decreto n. 9.626/2018, que, dentre outras questões, previu que a ANP deveria estabelecer diretrizes para elaboração conjunta de códigos comuns de acesso pelos proprietários de instalações de escoamento, bem como os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos em casos de negociações de acesso frustradas. Tal determinação, feita exclusivamente no âmbito infralegal, a depender de como tivesse sido regulamentada, poderia padecer de vícios de legalidade, caso contrariasse a expressa previsão legal de que os proprietários das instalações de escoamento não estavam obrigados a conceder acesso não discriminatório a terceiros. Com a edição da Lei n. 14.134/2021, o art. 28 passou a assegurar o acesso não discriminatório e negociado aos gasodutos de escoamento, superando potencial ilegalidade da determinação setorial de acesso em confronto com a expressa dispensa legal anteriormente prevista.

Para os gasodutos de transferência, nem a Lei n. 11.909/2009, nem sua sucessora, a Lei n. 14.134/2021, previram, com esses termos, o referido direito de acesso. Ainda está vigente no ordenamento jurídico, contudo, a possibilidade de reclassificar instalações de transferência em instalações de transporte, nos termos previstos pelo art. 59 da Lei n. 9.478/1997. De acordo com esse dispositivo, "os dutos de transferência serão reclassificados pela ANP como dutos de transporte, caso haja comprovado interesse de terceiros em sua utilização".[117] Em outros termos, a reclassificação é uma dimensão do direito de acesso de terceiros, na medida em que altera a o regime de exploração do duto, cujo pressuposto, de interesse restrito inicial – que justificara sua classificação como gasoduto de transferência –, é desconstituído pelo comprovado interesse de utilização por terceiros.

Sob o marco regulatório da Lei n. 9.478/1997, nos termos da própria Lei, a única reclassificação possível no âmbito federal era como **gasoduto de transporte**, o que atraía um regime de acesso e uma forma de oferta de capacidade já estipulados na regulação. Sem embargo, após a edição da Lei n. 11.909/2009 e, ademais, com a vigência da Lei n. 14.134/2021, as quais passaram a adotar critérios de origem e destino para enquadramento dos dutos, não são todos os trajetos classificados como gasoduto de transferência que também se enquadram como gasoduto de transporte, diferenciando-se apenas pelo interesse restrito. Para alguns pares de origem e destino, a exemplo de instalações de produção até instalações de

---

Ministério de Minas e Energia: out. 2016. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/gas-para-crescer/consulta-publica/0.GsparaCrescer_RelatrioTcnico.pdf. Acesso em: 6 jul. 2021).

[117] BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

processamento, a reclassificação possível seria não como gasoduto de transporte (por não se enquadrar no conceito de transporte), mas como gasoduto de escoamento. Em outros casos, o trajeto não se enquadrará como gasoduto de escoamento ou como gasoduto de transporte. Nesse contexto, em tese, a reclassificação possível seria como "demais modalidades de transporte", para as quais o interesse específico e exclusivo de seu proprietário não é um requisito explícito.[118] Entende-se, porém, que a regra de acesso – e consequente reclassificação – do gasoduto de transferência deve seguir a previsão aplicável aos dutos nos quais estes seriam passíveis de reclassificação. Mais concretamente, se o trajeto é reclassificável em gasoduto de transporte ou gasoduto de escoamento, o gasoduto de transferência estaria sujeito ao acesso não discriminatório de terceiros, regulado e negociado, respectivamente. Caso o gasoduto fosse reclassificável como "demais modalidades de transporte", no entanto, compreende-se que não estaria sujeito às regras de acesso não discriminatório, já que os dutos de interesse geral correspondentes tampouco estão submetidos a elas. Não significa dizer, evidentemente, que o acesso de terceiros à instalação seja proibido e sim que, caso ocorra, de comum acordo com o proprietário da infraestrutura, a classificação como "gasoduto de transferência" não mais será aplicável, por não ser mais uma instalação "de interesse específico e exclusivo de seu proprietário". Portanto, apesar de o art. 59 da Lei n. 9.478/1997 fazer referência à reclassificação como duto de transporte, a interpretação da regra deve ser adaptada às demais categorias dutoviárias que passaram a ser previstas pela legislação.

2.6.2.2 Os serviços locais de gás canalizado

Há duas dimensões da delimitação do conteúdo da competência atribuída aos estados para exploração dos "serviços locais de gás canalizado": (i) uma referente à projeção da competência também sobre a comercialização da molécula; e (ii) outra referente à diferenciação da movimentação dutoviária sujeita à competência federal daquela sujeita à competência estadual.

Especificamente sobre a demarcação da competência para classificação dos gasodutos, há um considerável histórico de litígios, pois, como referido, são duas competências de estatura constitucional, para as quais não há um parâmetro interpretativo de mesma hierarquia

[118] Faz-se tal ressalva considerando-se que o enquadramento como "demais modalidades de transporte" é uma classificação residual, que contempla uma multiplicidade de situações, que podem ou não abranger o interesse restrito do proprietário da instalação.

normativa. A Constituição não delimita, de forma clara, o que diferencia (com critérios técnicos ou funcionais, por exemplo) o transporte por meio de conduto da movimentação dutoviária para exploração dos serviços locais de gás canalizado.

Com a edição da Lei n. 14.134/2021 e do Decreto n. 10.712/2021, foram delimitadas algumas premissas normativas infraconstitucionais para definição da competência e atribuído à ANP o papel de fixar os limites de diâmetro, pressão e extensão para classificação do gasoduto como de transporte (em sentido estrito) ou de distribuição.

A Lei n. 14.134/2021 revogou a definição anterior de "Distribuição de Gás Canalizado" como "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". Pela nova lei, a "Distribuição de Gás Canalizado" passou a ser definida tão somente como a "prestação dos serviços locais de gás canalizado consoante o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal", sem referências à comercialização junto aos usuários finais.[119]

Contudo tenha havido a exclusão da referência aos usuários finais no âmbito legal (em sentido estrito), o art. 2º, XI, do Decreto n. 10.712/2021 definiu 'usuário final' como o "destinatário do gás natural situado no fim da cadeia de valor da indústria do gás natural",[120] excetuando desse conceito as pessoas jurídicas que utilizam o gás (i) para consumo próprio nos processos de produção, coleta, escoamento, transferência, estocagem subterrânea, acondicionamento, tratamento e processamento do gás natural e (ii) em etapas intermediárias da cadeia, como a compressão, a liquefação, a regaseificação e o acondicionamento do gás. Com essa definição e com o disposto no art. 9º do Decreto n. 10.712/2021, a norma regulamentar endereçou um critério de corte entre a competência federal e estadual, estabelecendo que "a conexão direta entre instalação de transporte e usuário final de gás natural poderá ser realizada quando permitida pela norma estadual aplicável".[121] Em outros

---

[119] BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

[120] BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

[121] Idem.

termos, consignou que a competência para permitir situações de *by-pass* físico (quando o usuário final se conecta diretamente à malha de transporte, e não à distribuição) seria dos estados, competentes para explorar e regular os serviços de distribuição. Por outro lado, também esclareceu que determinadas situações, antes reclamadas pelos estados como hipóteses afetas ao monopólio estadual, não caracterizariam o *by-pass* físico, a exemplo do consumo próprio nas atividades do *upstream* e das atividades intermediárias (que fundamentalmente transformam o gás e o preparam para a movimentação sob outros modais). Nesse ponto, vale destacar ainda que tal previsão não exclui a possibilidade de conexão direta do usuário à fonte de suprimento naquelas hipóteses caracterizadas como rede privada, nas quais a conexão não tem relevância sistêmica e o duto constitui uma instalação subordinada a outro título à montante ou à jusante.

Após a vigência da Lei n. 14.134/2021, houve a edição do Decreto do Estado de São Paulo n. 65.889/2021,[122] que dispôs sobre critérios de classificação de gasodutos de distribuição de gás canalizado no âmbito do estado de São Paulo. A norma estadual prevê que são classificados como gasodutos de distribuição "as instalações destinadas à prestação de serviços locais de gás canalizado que se destinem ao atendimento das necessidades de usuários, cativos ou livres, de quaisquer segmentos".[123] O Decreto estabelece, ainda, que o atendimento das necessidades de usuários se dá mediante a "movimentação de gás", a "interligação a gasoduto de transporte" e a conexão direta a fontes de suprimento (especificamente a gasoduto de escoamento, a terminal de GNC ou GNL, a gasoduto integrante das instalações de escoamento, a instalações de estocagem e processamento e a planta de produção de biogás ou biometano). Discute-se a conformidade constitucional desse tipo de previsão, em virtude da alegada obrigatoriedade de contratação do transporte pelos ofertantes de gás. Tal questão está atualmente em discussão relativamente à classificação do gasoduto "Subida da Serra".

Sobre tais divergências, todavia, tendo em vista se tratar de duas normas de igual hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro (o art. 25, § 2º, e o art. 177, IV, da Constituição), reafirma-se o entendimento de que possivelmente os conflitos federativos em relação à classificação dos dutos apenas serão estabilizados com uma diretriz igualmente

[122] SÃO PAULO. **Decreto n. 65.889, de 27 de julho de 2021**. Dispõe sobre critérios de classificação de gasodutos de distribuição de gás canalizado no âmbito do Estado de São Paulo. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65889-27.07.2021.html. Acesso em: 30 jun. 2022.

[123] Idem.

constitucional (seja por meio de uma Emenda – o que soa improvável no contexto –, seja por meio da interpretação da Carta vigente – o que parece mais provável):

> A solução dessa questão pelo direito brasileiro, contudo, vai demandar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista se tratar de duas normas de estatura constitucional. Como visto, chegar a um critério geral e abstrato de diferenciação entre transporte e distribuição não é uma tarefa trivial e com potenciais consequências relevantes para o desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) do mercado. Dessa forma, para além da manifestação em casos concretos, entende-se que a decisão do STF sobre a extensão dessa competência teria maior alcance de estabilizar conflitos ao se ater à definição de quem é o ente competente para fixar a fronteira entre o que constitui o transporte e a distribuição de gás natural. Considerando as demais normas constitucionais sobre o tema, tal decisão poderia ocorrer, por exemplo, ao se interpretar o sentido da expressão **na forma da lei** inserido no art. 25, § 2º da Constituição Federal. Essa solução, contudo não responda de imediato à pergunta sobre o que separa o transporte e a distribuição de gás canalizado no Brasil, permitiria avançar pelo menos em relação à definição sobre de quem é a competência para legislar – e escolher, observando o devido processo legal – qual será o critério para diferenciação dessas infraestruturas.[124]

Uma parte dessa discussão – notadamente aquela que diz respeito à obrigatoriedade de os agentes que adquirem o gás para distribuição por outros modais que não o dutoviário – já se encontra atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal. A questão chegou à Corte originalmente por meio da Reclamação n. 4.210, o caso GNL Gemini,[125] para o reconhecimento da existência de conflito federativo entre a União e o Estado de São Paulo. Em 2019, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a reclamação, para que o conflito fosse processado perante a Suprema Corte.[126] O mérito da controvérsia

---

[124] AMORIM, Lívia. Classificação de infraestrutura dutoviária de movimentação de gás natural: as experiências comparadas do Brasil e da França. *In:* MARIANI, Rômulo; REIS, Henrique; GOMES, Victor (org.). **Temas relevantes do novo mercado de gás natural**. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2020. p. 73-93.

[125] O caso GNL Gemini diz respeito ao conflito de competências no projeto por meio do qual "A GásLocal, nome fantasia da GNL Gemini, tem 40% de capital da Petrobras (através da Gaspetro) e 60% da White Martins. As três empresas formaram um consórcio (Consórcio Gemini), no qual a Petrobras participa como fornecedora do gás, a White Martins como proprietária e operadora da planta de liquefação, inaugurada em 2006, e a GásLocal como distribuidora e comercializadora do gás natural liquefeito (GNL). O gás natural é fornecido à planta de liquefação por ramal direto de transporte do Gasoduto Bolívia-Brasil (GASBOL), onde é liquefeito para ser transportado por caminhões com tanques criogênicos. Atualmente, a GásLocal dispõe de uma carteira de ao menos trinta clientes, dispersos em sua área de atuação (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal)." (LISBONA, Diogo Romeiro. O imbróglio da GásLocal (GNL Gemini) no CADE: defendendo a concorrência ou garantindo o monopólio? **Blog Infopetro**, 18 de julho de 2016. Disponível em: https://infopetro.wordpress.com/2016/07/18/o-imbroglio-da-gaslocal-gnl-gemini-no-cade-defendendo-a-concorrencia-ou-garantindo-o-monopolio/. Acesso em: 11 set. 2021).

[126] Destaca-se o seguinte trecho do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Reclamação n. 4210: "Lançando um olhar sobre o dispositivo constitucional em que se arrimam os reclamantes, a saber, o art. 25, § 2°, da Carta Política, é possível ler, com meridiana clareza, que compete "aos Estados explorar, diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado", que corresponde, exatamente, à situação fática revelada nos autos. Com efeito, como se vê, o gás natural, mediante processo de liquefação, é transformado em gás natural liquefeito que, depois desse processo, é repassado para uma empresa responsável por sua comercialização. Assim, a situação acima retratada, disciplinada por ato normativo

está atualmente em trâmite no STF por meio da Ação Cível Originária (ACO) n. 3.269 (à qual estão apensadas as ACO n. 3.264, 3.265 e 3.291).

2.7 Carregamento

Um aspecto peculiar da regulação da indústria de gás natural em relação a outras indústrias de infraestrutura no Brasil diz respeito à necessidade de uma autorização prévia específica como usuário da rede de transporte dutoviário, a autorização para carregamento de gás natural.[127] Em outros setores de infraestrutura, a exemplo do setor elétrico ou de saneamento básico, não é necessário um título jurídico próprio para ser usuário da rede, tal título está associado a algum outro título de agente setorial (o de gerador, o de distribuidor, o de consumidor livre).

Nos termos do art. 8º, V, da Lei n. 9.478/1997 (inserido pela Lei n. 11.909/2009), a ANP é o órgão competente para autorizar o exercício da atividade de carregamento de gás natural. Tais condições regulamentares estão previstas na Resolução ANP n. 51/2013.[128]

Na prática, em sua configuração vigente, a autorização para carregamento de gás natural tem três funções principais: (i) de acompanhamento dos dados do agente, cadastral; (ii) de determinação de alguns dos critérios de separação vertical na indústria de gás natural, os critérios de *unbundling*; e (iii) de criação de obrigações regulatórias (não exclusivamente contratuais) para os usuários do sistema de transporte, a exemplo da responsabilidade pelo atendimento à especificação do gás natural e por desequilíbrios e da obrigação de não adoção

---

emanado de agência reguladora controlada pelo Estado de São Paulo, em nada conflita com o monopólio da União, revelado no art. 177, IV, do mesmo diploma, correspondente ao "transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem", ao menos a partir do exame que se pode fazer dentro dos estreitos limites probatórios desta ação constitucional. Isso posto, julgo procedente a presente reclamação, com fulcro no art. 161, parágrafo único, do RISTF, para cassar as decisões impugnadas, julgando extinta a ação ordinária 2005.61.00.029794-9 e os recursos dela decorrentes, bem como para avocar o feito para que seja processado e julgado nesta Corte." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 4.210 São Paulo**. Reclamação. Constitucional. Ação ordinária. Usurpação de competência. Distribuição de gás natural canalizado. Conflito federativo estabelecido entre a União e Estado-membro. Art. 102, I, F, da Constituição Federal. Exploração de serviços locais de gás canalizado. Reclamação julgada procedente. Rclte.: Estado de São Paulo. Recldo.: Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo (Processo nº 2005.61.00.029794-9). Município de São Paulo. Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de março de 2019a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749927230. Acesso em: 30 jun. 2022).

[127] "Com isso, demarca uma característica peculiar dessa concessão, que é o fato de o usuário da atividade concedida ser também um agente regulado." (MARQUES NETO, Floriano de A. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 301).

[128] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 51, 26 de dezembro de 2013**. Regulamenta a autorização para a prática de atividade de Carregamento de gás natural, dentro da esfera de competência da União. Brasília: ANP, 2013a. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=263624. Acesso em: 30 jun. 2022.

de condutas discriminatórias e práticas anticompetitivas,[129] sob pena de revogação da autorização.

A Resolução ANP n. 51/2013 permite a outorga de autorização para carregamento de gás apenas aos agentes que tenham, em seu objeto social, alguma das atividades da indústria do gás natural (exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, escoamento, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural) ou que sejam considerados consumidores livres. Em mercados mais maduros, é possível a contratação de capacidade por agentes puramente financeiros, que não exerçam, materialmente, atividades da indústria do gás natural. Deve-se ressaltar, contudo, que não há vedação a que tais agentes exerçam a atividade de comercialização de gás natural (atividade da indústria de gás natural) e, portanto, passem a cumprir tal requisito para obtenção da autorização de carregamento.

No que diz respeito à possibilidade de agentes financeiros exercerem tal atividade, destaca-se que essa opção foi objeto de debate à época da edição da Resolução ANP nº 51/2013, mas acabou não sendo adotada no mercado brasileiro por questões mais operacionais. À época da Audiência Pública n. 16/2012,[130] que levou à aprovação da

---

[129] Cita-se essa obrigação como exemplo pelo fato de este não ser um efeito decorrente da aplicação da legislação antitruste em si, mas da criação de uma consequência adicional, setorial, do cometimento de práticas anticompetitivas. Destaca-se que, no setor, tal previsão não é uma inovação exclusiva para a atividade de carregamento de gás natural: ela está prevista no art. 10, VI, da Lei n. 9.847/1999, segundo a qual a penalidade de revogação da autorização para exercício da atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração à ordem econômica reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou por decisão judicial.

[130] De início, a redação proposta mencionava "cujo objeto social deve prever a atividade de carregamento de gás natural". Na sequência, os agentes começaram a questionar essa exigência (em razão da burocratização que seria ocasionada pela necessidade de alterar os seus objetos sociais), pleiteando a eliminação de barreiras regulatórias desnecessárias para consumidores que desejassem investir nessa atividade. A maior parte das contribuições, então, se voltou à exclusão do referido trecho. Nesse contexto, em substituição à referida exigência, a Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (Abiape) propôs incluir a apresentação de garantias financeiras, o que seria um mecanismo até mais efetivo para excluir os chamados carregadores "aventureiros". Com base nos referidos fundamentos, após a conclusão da AP/CP, a Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural (SCM) modificou a redação para "cujo objeto social deve ser compatível com o exercício da atividade de carregamento de gás natural" (cf. ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 001/2013-SCM**. Rio de Janeiro: ANP, 8 de fevereiro de 2013b. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-e-audiencia-publica/2013/arquivos-consultas-e-audiencias-publicas-2013/cap-18-13/nota-tecnica-scm-012013.doc. Acesso em: 30 jun. 2022). Por fim, após nova realização de Audiência e Consulta Pública, a redação foi alterada mais uma vez para prever "cujo objeto social deverá prever atividade pertencente à Indústria do Gás Natural" (cf. ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota técnica n. 7/2013-SCM**. Considerações da SCM/ANP quanto às alterações na nova minuta de resolução sobre autorização da atividade de carregamento de gás natural dentro da esfera de competência da União após a Consulta e Audiência Públicas nº 18/2013. Disponível no Processo nº 48610.010389/2012-91, volume IV, p. 645-685,

Resolução ANP n. 51/2013, a redação original da norma previa que apenas poderiam ser autorizados como carregadores de gás natural aqueles cujo objeto social fosse a atividade de carregamento de gás natural. Tal alternativa permitiria que agentes não ligados à indústria do gás natural pudessem explorar a atividade de carregamento de gás natural, desde que adequassem o objeto social nesse sentido. Por outro lado, a obrigatoriedade de adequação do objeto social poderia levar a um elevado custo de transação, pelo tempo demandado para implementação da alteração (principalmente considerando a anuência de outros órgãos eventualmente necessária). Por essa razão, dada a reação dos agentes setoriais de que o requisito poderia, à época, levar a uma barreira à entrada, a versão final da norma contemplou a possibilidade de autorização àquele "cujo objeto social deverá prever atividade pertencente à Indústria do Gás Natural".[131]

2.8 Comercialização

Como já sustentado em oportunidade anterior, a atividade de comercialização de gás natural não está prevista na Constituição como uma atividade reservada.[132] Sua confirmação

---

2013c. p. 657). Os pleitos dos agentes nesse sentido foram motivados pela necessidade de segurança/clareza, para que ficasse explicitado o que se entendia por atividades "compatíveis".

[131] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 51, 26 de dezembro de 2013**. Regulamenta a autorização para a prática de atividade de Carregamento de gás natural, dentro da esfera de competência da União. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=263624. Acesso em: 30 jun. 2022.

[132] Ver: FGV CERI – Fundação Getúlio Vargas, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas; THE WORLD BANK. **Desenvolvimento de um mercado de gás no Brasil**. maio 2018. p. 57. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/49_49_desenvolvimento-de-um-mercado-de-gas-no-brasil.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

"No entanto, ao se analisar a Constituição, observa-se que não é claro o alcance dado pela expressão 'serviços locais de gás canalizado'. Além disso, importa dizer que não há um dispositivo que atribua a um ente específico a competência para legislar sobre a comercialização de gás natural. Por essa razão, é preciso analisar o contexto no qual está inserida essa competência e como ela se articula com o restante do arranjo de atribuição de competências ao longo da cadeia. Vejamos. Analisando-se sistematicamente a Constituição de 1988, observa-se que foi dado um papel predominante e de centralização de competências à União Federal em matéria de gás natural. Este papel se verifica em diversos dispositivos do texto constitucional, mas, de uma forma geral, reflete a competência macro da União, prevista no art. 22, IV, de legislar privativamente sobre energia, conforme apontam juristas. No texto constitucional, essa racionalidade é observada em diversas ramificações desta competência. Ao longo das Constituições da República, a competência para dispor sobre energia foi sendo concentrada na União, em função do caráter estratégico da matéria e por se entender que sua regulação necessitava de um grau tal de uniformidade e harmonização que apenas seria alcançado se regulado por um único ente da Federação. Este é um movimento que se observa inclusive em relação à partição de rendas oriundas da exploração do potencial energético nacional – em suas diferentes formas. Mesmo no caso em que a Constituição expressamente previu o direito dos Estados e Municípios em participar do resultado da exploração dos recursos naturais – art. 20, § 1º –, as funções normativas e administrativas relativas ao exercício desta competência ficaram a cargo da União. Neste sentido, observa-se a competência da União para dispor, por exemplo, sobre (i) os serviços e instalações de energia elétrica (cf. art. 20, XII, 'b'); (ii) energia nuclear (art. 21, XXIII); (iii) a exploração e produção, a importação e exportação, o transporte e o refino do petróleo e seus derivados (art. 177); (iv) a exploração e produção, a

também se dá, portanto, como atividade ordenadora, nos termos da presunção de que as atividades não expressamente reservadas a algum ente da Federação seguem a regra geral da Constituição, que prestigia a liberdade de iniciativa e da competência privativa da União para legislar sobre energia fixada pelo art. 22, IV, da Constituição.[133] Defende-se, logo, que a competência do art. 25, § 2º, da Constituição, reserva aos estados tão somente os serviços de rede para movimentação dutoviária[134] do gás natural.

Sendo assim, postula-se que a competência para legislar sobre a comercialização do gás natural deve ser entendida como uma competência una, não fragmentada, que incide sobre atividades de compra e venda de gás de forma geral.[135] O fato de ser uma competência una não impede a fixação legal de um desenho de mercado que distinga entre o mercado atacadista e o mercado varejista. Entende-se, portanto, que não haveria inconstitucionalidade na existência de uma lei federal que delimitasse, no âmbito federal, o conceito de consumidor livre, inclusive o volume mínimo necessário para acessar o mercado atacadista. Tal definição,

---

importação e exportação e o transporte de gás natural. Especificamente em relação ao gás natural, as diferentes etapas da cadeia também seguiram essa orientação, com exceção do disposto no art. 25, § 2º. Ou seja, constatado que o texto do art. 25, § 2º da Constituição não é claro em relação ao que se entende por serviços locais de gás canalizado e que há diferentes interpretações sobre estar a comercialização necessariamente vinculada ao serviço de rede ou ser uma atividade autônoma, a análise econômica da questão combinada a uma análise sistemática da Constituição mostram que: (i) do ponto de vista econômico é possível e observável na experiência internacional o *unbundling* – e não apenas contábil – entre a atividade de comercialização e os serviços de rede; e (ii) no desenho constitucional de atribuição de competências para legislar sobre energia foi dado um papel preponderante à União e, portanto, razoável supor que a interpretação do art. 25, §2º da Constituição levaria a uma interpretação restritiva em relação ao papel do Estado para exploração e normatização destas atividades. A própria mudança da redação do §2º, retirando a palavra "distribuição", parece sugerir uma interpretação nesse sentido." (FGV CERI – Fundação Getúlio Vargas, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas; THE WORLD BANK. **Desenvolvimento de um mercado de gás no Brasil**. maio 2018. p. 60-61. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/49_49_desenvolvimento-de-um-mercado-de-gas-no-brasil.pdf. Acesso em: 2 maio 2021).

133 Ver LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado**: uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. 134 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

134 Como será desenvolvido na Seção 5, não é clara, contudo, a delimitação constitucional entre o que separa a classificação dutoviária sujeita à competência federal – por força do art. 177, IV, da Constituição – daquela sujeita à competência estadual – por força do art. 25, § 2º, da Constituição.

135 "Como já mencionado, através do art. 2º, XXXI, da Lei do Gás – cujas disposições foram replicadas pelo Decreto nº 7.382/2010 e restam mantidas na redação atual do PLS –, o legislador federal remeteu parcela da disciplina da **comercialização** às normas estaduais. No entanto, não há que se cogitar de uma delegação juridicamente válida e eficaz desta competência, na medida em que o art. 22, parágrafo único da CRFB/88215 exige a formalidade de lei complementar para tanto. Dito de outro modo, caso a União pretendesse deixar a cargo dos Estados determinados pontos específicos inseridos em sua competência privativa para legislar sobre energia (prevista pelo art. 22, IV, da CRFB/88) – dentro da qual está incluído o tema da **comercialização de gás natural**, não poderia tê-lo feito através do instrumento de lei ordinária." (LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado**: uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. 134 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. p. 100-101).

porém, (i) não poderia levar a um esvaziamento da competência estadual para exploração dos serviços de rede, tendo em vista ser necessária uma escala mínima de aquisição do gás para entrega ao mercado cativo, sob pena de – no pior cenário[136] – ser inviabilizado o fornecimento de gás àqueles que não tem a opção de comprar de outros fornecedores; e (ii) deveria respeitar as relações contratuais pré-existentes, notadamente os contratos de concessão de distribuição que, no momento anterior à outorga, dispusessem de forma diferente do previsto na legislação federal.

No atual desenho infraconstitucional sobre a questão, para o modal dutoviário, restou definido que a divisão de competências sobre quem pode desenhar as fronteiras entre o mercado atacadista e o mercado varejista está alocada do seguinte modo: (i) a União é competente para definir os agentes de oferta (atualmente concentrados na figura do comercializador)[137] e as figuras do autoprodutor e do autoimportador;[138] e (ii) os estados competentes para definir os agentes que podem ser enquadrados como consumidor livre[139] e para delimitação das regras para aquisição de gás pelas concessionárias de distribuição.

Atualmente, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei n. 11.134/2021, mediante autorização da ANP, podem exercer a atividade de comercialização atacadista de gás natural as distribuidoras de gás canalizado, os consumidores livres, os produtores, os autoprodutores, os importadores, os autoimportadores e os comercializadores.

A distribuição de GNC e GNL a granel também está sob a esfera de competência da União. Por não se enquadrarem como "serviços locais de gás canalizado", tais modais de movimentação do gás estão fora do escopo da competência estadual prevista no art. 25, § 2º, da Constituição. O art. 25 da Lei n. 14.134/2021 previu a competência da ANP para regular o exercício da atividade de acondicionamento para transporte e comercialização do gás natural ao consumidor por modais alternativos ao dutoviário (expressamente definidos como

---

[136] Diz-se no pior cenário porque há também outros mecanismos, a exemplo do comercializador varejista, que podem fazer a agregação de demanda para ter escala.

[137] Neste ponto, exceto as figuras do distribuidor de gás comprimido ou liquefeito a granel, pela regulação vigente, os demais agentes de oferta – de exploração e produção e de importação – também precisam de autorização de comercialização de gás natural para vendê-lo no mercado doméstico.

[138] Conforme o Parecer n. 448/2013/PF-ANP/PGF/AGU: "Entendemos que os entes reguladores estaduais não dispõem de competência para impor restrições adicionais àquelas adotadas pela ANP para o enquadramento dos agentes como autoprodutores ou Autoimportadores. Isto porque a regulação da atividade em questão é de competência federal, pois não se enquadra no conceito de 'serviço local de gás canalizado' que representa a excepcional hipótese constitucional de competência estadual em matéria de gás natural." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; PGF – Procuradoria-Geral Federal; AGU – Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 448/2013/PF-ANP/PGF/AGU**. Competência dos entes reguladores estaduais. Restrições adicionais às adotadas pela ANP. Fixação de tarifas. Autoprodutor e autoimportador. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2013).

[139] Isso porque tanto a Lei n. 11.909/2009 quanto a Lei n. 14.134/2021, ao definirem consumidor livre, prescrevem que tal enquadramento se dará "nos termos da legislação estadual".

rodoviário, ferroviário e aquaviário). As condições para exercício dessas atividades, bem como para construção e operação das instalações necessárias, estão previstas na Resolução ANP n. 41/2007 e na Portaria ANP n. 118/2001.

A lei dispõe, ainda, sobre a necessidade de a comercialização atacadista se dar sob contratos registrados junto à ANP ou em entendida habilitada pela ANP e sobre o conteúdo mínimo dos contratos de comercialização de gás. O preço gás no mercado atacadista é de livre formação, resultado da oferta e demanda do gás. Há, contudo, disposições gerais na regulação sobre sua estruturação em uma parcela de *commodity* e uma parcela de infraestrutura (de transporte). Em relação à parcela de infraestrutura, a diretriz é que seja tão somente o repasse – o *pass-through* – dos custos efetivamente incorridos para aquela transação. O racional dessa determinação é (i) permitir aos agentes comparar o preço da molécula no mercado – parcela efetivamente determinada em função de oferta e demanda; e (ii) fazer com o que preço cobrado a título de infraestrutura reflita a regulação tarifária que ancorou a contratação do transporte dutoviário.[140]

No que diz respeito à formação de lastro na comercialização atacadista, o art. 47, § 1º, da Lei n. 11.909/2009 previa a necessidade de caracterizar reservas para demonstração do lastro dos contratos de venda de molécula, o que era aplicado a todos os contratos com duração superior a um ano. A Lei n. 14.134/2021 não prevê mais essa necessidade de demonstração de reservas, porém, a de demonstração de reservas em contratos de suprimento de gás natural destinados à geração termelétrica a gás remanesce, podendo variar de acordo com o ambiente de comercialização da energia (se destinada ao mercado livre ou ao mercado regulado).

2.9 Estocagem e acondicionamento

Em termos técnicos, o armazenamento de gás natural pode ocorrer de diferentes formas, em reservatórios naturais e em reservatórios artificiais. Nos reservatórios naturais, incluem-se os aquíferos, os campos de petróleo e gás depletados e as cavernas de sal. Nos

[140] Sobre esse ponto, vale o aparte de que atualmente a Resolução ANP n. 52/2011 traz tão somente a diretriz de que variações positivas ou negativas em relação ao custo do transporte devem ser repassadas ao preço final da molécula comercializada. No entanto, não há diretrizes sobre as etapas de formação da parcela de transporte a partir da tarifa de transporte (*spread* de contratação, nível de ociosidade possível de repasse, inserção de fator locacional no desenho da componente, etc.). Tal questão foi objeto de debate na Consulta Pública ANP n. 14/2016, mas não chegou a ser concluída, pois estava embasada nos contratos postais de transporte e as discussões do "Gás Para Crescer" estavam avançando no sentido de adotar o modelo de entrada e saída no Brasil.

reservatórios artificiais, incluem-se a estocagem nos gasodutos (o *linepack*), o armazenamento autônomo, em tanques, e o armazenamento associado a outras instalações da cadeia (a exemplo das associadas aos terminais de GNL).

A legislação brasileira, a partir da Lei n. 14.134/2021, diferenciou terminologicamente as modalidades de armazenamento em (i) estocagem, para se referir ao armazenamento subterrâneo de gás natural,[141] e (ii) acondicionamento, para se referir ao armazenamento do gás natural na forma gasosa, líquida ou sólida em tanques ou outras instalações (excluído expressamente o armazenamento técnico nos gasodutos).[142]

Em termos técnicos, a estocagem subterrânea pode ser feita em diferentes formações geológicas, em aquíferos e poços de petróleo extintos[143] e em cavernas de sal.[144] Nesses casos, o art. 20 da Lei n. 14.134/2021 prevê que o exercício da atividade de estocagem pode ser autorizado pela ANP, segundo critérios a serem regulamentados. O processo de autorização foi dividido em duas etapas: (i) a primeira, a emissão de autorização de pesquisa exploratória não exclusiva, e (ii) a segunda, a emissão de autorização de estocagem propriamente. Os critérios para emissão da autorização de pesquisa e de estocagem serão regulamentados pela ANP. Especificamente para a autorização de estocagem, a norma prevê que a autorização só poderá ser revogada nas hipóteses expressas no art. 10 da Lei n. 14.134/2021.

---

141 "Art. 3º Ficam estabelecidas as seguintes definições para os fins desta Lei e de sua regulamentação:
[...]
XX - estocagem subterrânea de gás natural: armazenamento de gás natural em formações geológicas produtoras ou não de hidrocarbonetos; [...]." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

142 "Art. 3º Ficam estabelecidas as seguintes definições para os fins desta Lei e de sua regulamentação:
I - acondicionamento de gás natural: confinamento de gás natural na forma gasosa, líquida ou sólida em tanques ou outras instalações para o seu armazenamento, movimentação ou consumo; [...]." (Idem).

143 Uma das diferenças entre a estocagem em aquíferos extintos e em poços depletados de petróleo e gás diz respeito à necessidade de investimentos para formação de uma camada de gás, o *cushion gas*. Nos poços depletados, tal estoque é pré-existente, enquanto nos aquíferos extintos é necessária a realização de investimentos: "Diferente dos campos de petróleo e gás natural esgotados, nos aquíferos 'virgens', há constante retesamento de água que ocupa parte da capacidade de estocagem do reservatório. Por essa razão, é necessário deslocar a água através da injeção de gás natural, para aproveitar ao máximo a capacidade de estocagem da formação geológica. Esse volume de gás natural utilizado para deslocar a água não pode ser recuperado, uma vez que a redução da pressão do reservatório abaixo de certo nível faz com que a água deslocada retorne para o aquífero reduzindo a capacidade de estocagem de gás natural do reservatório. Essa quantidade de gás injetada e não recuperada é conhecida como *cushion gas* e representa cerca de 50% da capacidade de estocagem dos aquíferos "virgens". Em alguns casos, para reduzir os custos dos investimentos, utiliza-se nitrogênio no lugar do gás natural como *cushion gas*." (ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013. p. 77).

144 Idem, p. 77-78.

Nos termos do art. 20, X, da Constituição, os aquíferos, poços de petróleo extintos e cavernas de sal são bens da União. Juridicamente, portanto, a autorização a ser outorgada pela ANP para estocagem será uma autorização de uso privativo de bem público. As autorizações de uso privativo de bem público são definidas pela doutrina como "ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração Pública consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade."[145]

Guardadas as peculiaridades da dinâmica de cada setor, o processo de outorga dividido em duas etapas se assemelha àquele previsto no Decreto-Lei n. 227/1967 ("Código de Minas") para a pesquisa e concessão de lavra mineral. A autorização de pesquisa mineral, contudo, é exclusiva, ao contrário do que ocorre com a autorização de pesquisa no caso da estocagem subterrânea de gás. Ademais, a autorização de estocagem propriamente dita confere ao particular tão somente o direito de uso do bem público, enquanto a concessão de lavra mineral "confere o direito à concessão de uso e exploração de uma mina àquele que, tendo postulado e obtido uma autorização para pesquisa mineral (artigo 16), identifica jazida explorável".[146]

Sobre a necessidade de licitação prévia para outorga da autorização de uso privativo de bem público, o entendimento doutrinário predominante é pela necessidade de realização de procedimento licitatório prévio, haja vista que a outorga a um particular gerará o uso excludente do bem. Nesse ponto, discorda-se da necessidade de realizar-se uma licitação, no sentido jurídico do termo, pela ausência de um dispositivo constitucional ou legal expresso. Defende-se, porém, a necessidade de um procedimento transparente e isonômico como critério de seleção de um particular em detrimento dos demais interessados (se houver). Tal obrigação decorreria não de uma norma específica, mas da sistematização de diferentes princípios e regras constitucionais. Quanto mais a atividade se apresentar com traços de exclusividade, dotada de privilégios, tanto mais é de se esperar que seja instaurado um procedimento que, garantindo a isonomia e a transparência, seja apto a selecionar a melhor proposta para a realização da tarefa, a bem do interesse público específico de que se trata.

Especificamente em relação à precariedade, a doutrina reconhece que ela pode ser afastada pela estipulação de um prazo.[147] Apesar de a Lei n. 14.134/2021 não dispor

---

[145] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

[146] MARQUES NETO, Floriano de A. **Bens públicos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 356.

[147] "Outro aspecto não tão tranquilo diz respeito à precariedade da autorização. Embora ela seja a característica em regra deste instrumento de conferência de uso privativo, há casos em que a autorização é expedida com prazo de vigência. Diz-se que neste caso trata-se de uma autorização qualificada. Nesta hipótese, a

expressamente que a autorização de estocagem será por prazo indeterminado, presume-se que este será o modelo adotado, tendo em vista o disposto no art. 20, § 3º, segundo o qual a autorização será revogada apenas em hipóteses específicas listadas. Ou seja, em tese, dada a indeterminação do prazo, a precariedade seria mantida. Defende-se, no entanto, que a previsão de um rol *numerus clausus* de situações que levam à revogação da autorização, nesse caso, tem função semelhante à do prazo: a de afastar a discricionariedade da revogação (e, em consequência, sua precariedade).

Assim como observado em relação às instalações de processamento, aos gasodutos de escoamento e aos terminais de GNL, a Lei também estabeleceu um regime setorial de acesso negociado às instalações de estocagem subterrânea. Nesse contexto, por se tratar da utilização de um bem público, a previsão da obrigação genérica de conceder acesso a terceiros é juridicamente válida por ser uma condição pré-existente a uma outorga que era discricionária. Em outros termos, não compõe a esfera jurídica do particular o direito de utilizar o bem público de forma privativa. Desse modo, ao desenhar as condições para que seja outorgado esse direito de forma exclusiva a um privado, razoável que a União, titular do bem, insira algumas condicionantes, a exemplo da obrigação de dar acesso a terceiros. É diferente, portanto, da reflexão feita em relação às instalações de processamento de gás natural, que, como desenvolvido, são instalações privadas e utilizadas no exercício da uma atividade de livre iniciativa, que não é constitucionalmente reservada a nenhum ente da Federação.

O acondicionamento de gás também está sujeito à necessidade de autorização prévia para exercício. Nesse sentido, por não se tratar de uma atividade reservada ou de um bem público (como no caso da estocagem), o armazenamento de gás é, via de regra, uma atividade de livre iniciativa. Nos termos da Lei n. 14.134/2021, a autorização pode ser dada de forma isolada ou em conjunto com outras instalações. Assim como observado para o processamento, liquefação e regaseificação, contudo, é possível que tais instalações estejam jurídica e funcionalmente atreladas a outras instalações, cujo regime de exploração é distinto, a exemplo dos terminais de GNL. Nessas hipóteses, como já defendido, o regime do acondicionamento ficará subordinado ao do título principal, inclusive no que diz respeito às obrigações de acesso de terceiros, precificação do acesso e divulgação de informações ao mercado.

Vale observar ainda que o art. 25 da Lei n. 14.134/2021 prevê que a ANP regulará também o acondicionamento de gás natural, por compressão ou liquefação, quando destinado

---

precariedade cede lugar a alguma estabilidade do vínculo com o particular, pois o aprazamento confere ao autorizado o direito de ver mantido o uso privativo por tempo certo." (MARQUES NETO, Floriano de A. **Bens públicos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 338).

ao transporte e à comercialização aos consumidores finais por modais alternativos ao dutoviário. Tal previsão reproduz a já contida no art. 41 da Lei n. 11.909/2009 e afirma a competência federal para regulação da compra e venda de gás a consumidores finais cuja movimentação se dê por modais não dutoviários.

Ao contrário da estocagem, não há previsão de determinação de acesso de terceiros às instalações de acondicionamento de gás natural. Excetuadas as hipóteses de o armazenamento ser subordinado a outras instalações, cuja exploração é reservada a algum ente da Federação, entende-se juridicamente acertada a não determinação em abstrato de acesso de terceiros às instalações utilizadas para acondicionamento, pelas mesmas razões observadas para o processamento e para a liquefação e regaseificação.

2.10 Consumo

O gás natural é utilizado de diferentes formas, para transformação e para consumo final, com fins energéticos e não energéticos. No período de 2009 a 2018, a transformação respondeu, em média, por 40,74% do consumo total, o consumo final não energético por 2,82% e o consumo final energético por 56,44%.[148]

Juridicamente, é necessário distinguir o consumidor final do gás que obtém a molécula a partir da rede de gasodutos de distribuição daquele que a obtém a partir de outros modais de movimentação, como os detalhados anteriormente. No ordenamento jurídico atualmente vigente, apenas os consumidores que recebem a molécula por meio da rede de gasodutos de distribuição têm um título jurídico próprio, quais sejam, os autoprodutores, os autoimportadores e os consumidores livres. Os consumidores que obtêm o gás por outros modais não estão sujeitos a essa classificação e não devem ser submetidos aos critérios de enquadramento como tal para aquisição de gás não canalizado.

Isso porque a classificação em consumidores livres, autoprodutores e autoimportadores tem por referência o direito de obter o gás natural a partir de terceiros que não a concessionária de distribuição de gás canalizado, cujo contrato de concessão pode ter outorgado exclusividade para determinado período da concessão ou para determinadas classes de consumo durante toda a vigência da concessão. Elas existem, portanto, para criar uma exceção à regra da exclusividade, exclusividade essa que pode incidir apenas sobre o modal

[148] EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Balanço Energético Nacional 2019**. Disponível em: https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019. Acesso em: 30 abr. 2021.

dutoviário, por força do art. 25, § 2º, da Constituição. A aquisição do gás natural entregue por outros modais – rodoviário, ferroviário e aquaviário – não está abrangida pela reserva constitucional do art. 25, § 2º, e, portanto, não condicionada à verificação da exclusividade.

3 AS FALHAS DE MERCADO E OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA REGULAÇÃO DE MONOPÓLIOS NATURAIS

Feitas as considerações iniciais sobre a organização econômica e jurídica da indústria do gás natural, passa-se a analisar as premissas econômicas por trás de diversas das ferramentas adotadas na regulação, com o objetivo de alcançar uma indústria do gás mais competitiva e menos concentrada. Tais premissas econômicas são, notadamente, a organização – potencial[149] – dos elos de rede da indústria como um monopólio natural e a teoria das *essential facilites*.

A análise dessas teorias é relevante por serem o pano de fundo para a tomada de decisão sobre o desenho de mercado a ser adotado para a indústria. No entanto, partem de um arcabouço essencialmente econômico e a possibilidade jurídica de adoção de alguns dos instrumentos regulatórios preceituados por elas deve ter em conta o regime constitucional de exploração da atividade e a margem de permissão constitucional para intervenção.

Em síntese, defende-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, os instrumentos usualmente adotados para correção da falha de mercado 'monopólio natural' – i.e., instituição de uma barreira geral de acesso pela inviabilidade de competição, transparência para redução da assimetria de informações, livre acesso de terceiros e regulação de preços – não podem ser irrestritamente aplicados em relação a toda e qualquer atividade econômica.[150] Além disso, elude-se que a teoria das *essential facilities* não tem um valor normativo *ipso facto*: ela é (i) também um instrumento de análise da organização econômica que pode ser utilizado, no âmbito de *policy*, para escolha do desenho de mercado, e (ii) um instrumento hermenêutico, de verificação das condições particulares de dado arranjo para caracterização, ou não, de determinada infraestrutura como essencial naquele caso, que pressupõe o enquadramento

---

[149] Como se verá adiante, o conceito de monopólio natural vem sendo relativizado pela literatura econômica, no sentido de que a escolha de um operador único como força de mitigação dessa falha de mercado é mais uma escolha político-institucional do que o único remédio disponível para endereçá-la, inclusive porque há diversos fatores (a exemplo de questões históricas da abertura do mercado) que podem afetar a percepção de que a criação legal de um monopólio é a escolha socialmente ótima do ponto de vista de maximização de bem-estar.

[150] Também no mesmo sentido de que a teoria econômica não é por si só *enforceable* e que é necessária a sua tradução legislativa de forma compatível com outros valores juridicamente tutelados, é precisa a referência do Professor Dunne: "*In translating economic theory to legal rules and public policy choices, however, several importante qualifications must be added. [...] When economic theory is applied as a legal framework for market regulation, moreover, the adequacy of efficiency as a normative goal for a legal system becomes more pressing. The question is whether efficiency is a sufficiently close proxy for utility so as to provide a morally significant foundation for law, or whether the pursuit of efficiency is merely an instrument by which to achieve more compelling normative goals*." (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 11).

necessário em alguma conduta juridicamente reprimível (principalmente pela legislação concorrencial).

Assim, nas seções seguintes passa-se a analisar tais conceitos e também sua relevância na definição do desenho de mercado. A análise desses conceitos revela, em síntese, que, mesmo no âmbito do debate econômico, não há consenso em relação ao "essencialismo" do conceito de monopólio natural. O fato de não ser considerado "natural" não afasta, na prática, toda e qualquer necessidade de regulação, mas age, sobretudo, em relação à necessidade/utilidade de se outorgar uma exclusividade ao titular da infraestrutura. Se a competição for uma inviabilidade prática, defendem os críticos da teoria, o detentor da primeira outorga será o único operador até que os ganhos de escala demandados para exploração da atividade deixem de ser uma barreira à entrada, de modo que a outorga da exclusividade teria pouca utilidade adicional a não ser a de criar uma barreira legal à entrada.

Apesar de a constatação dessas divergências sobre o conceito econômico não ter um efeito jurídico imediato, fato é que fragiliza uma premissa normalmente adotada como incontestável pela doutrina e pela jurisprudência da qual costumam derivar formulações sobre uma consequência única necessária ("tendo em vista ser monopólio natural, então exclusividade", "tendo em vista ser monopólio natural, então regulação tarifária", etc.).[151,152] [153] Por tais razões, mesmo para aquelas atividades sujeitas à *publicatio,* em relação às quais –

[151] "Assim, é que vimos que a concorrência nos serviços públicos faz com que as diversas atividades concernentes a um setor sejam divididas de acordo com a potencialidade de competição, com um regime jurídico diferenciado para cada grupo delas (assimetria regulatória). As mais sujeitas à concorrência ficam sujeitas a um regime mais aberto (relativa liberdade de entrada e de fixação de tarifas, ausência de obrigações de universalidade, etc.). As demais, ao revés, permanecem em um regime jurídico tendencialmente monopolista e, por isso (já que o mercado não é suficiente para atender aos interesses públicos), sob forte regulação estatal." (ARAGÃO, Alexandre S. de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 338, 2003. DOI: 10.12660/rda.v233.2003.45457).

[152] "Talvez avançar nas distinções seja bom método para identificar a essência do conceito. Um monopólio natural é uma situação de impossibilidade de competição em decorrência de circunstâncias que independem da vontade do homem, seja porque decorrem da própria natureza, seja porque estão limitadas pelo estado da técnica, seja à conta de alguma característica da atividade que torne a competição ruinosa. Caso se deseje explorar o potencial de geração de energia de uma queda d'água, só uma única hidrelétrica conseguirá se instalar. O monopólio natural é, por assim dizer, o último dos limites aos impulsos pró-concorrência que vêm se instalando no Direito Público dos anos recentes. O que é verdadeiramente monopólio natural não consegue se abrir à competição." (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 253).

[153] "Como se sabe, determinadas atividades, por demandarem a aplicação de alta tecnologia e investimentos financeiros irrecuperáveis em infraestrutura, constituem, necessariamente, verdadeiro monopólio natural conforme a definição da literatura econômica. O acesso de concorrentes à atividade monopolizada levaria a uma rentabilidade muito inferior àquela que motivou os investimentos, tornando-os inviáveis economicamente. É sob essa perspectiva, por exemplo, que se defende o direito de exclusividade no acesso ao Eurotúnel durante determinado período, para que haja retorno dos enormes investimentos realizados. Daí a necessidade de os serviços que encerram um monopólio natural serem submetidos ao regime jurídico de concessão, com um único agente a prestá-los, ainda que por determinado período, pois só assim se tornam atrativos os pesados investimentos no desenvolvimento da infraestrutura necessária à manutenção ou

defende-se – é possível a adoção no âmbito de regulação setorial de todo o ferramental de regulação de monopólios naturais, a extensão de sua adoção depende, também, de uma escolha institucional, presumidamente legítima. Logo, inclusive quando o legislador infraconstitucional tem permissão constitucional para fazê-lo, não há algo tão "natural" a ponto de obrigá-lo a tanto.

Para a generalidade das atividades econômicas – inclusive aquelas sujeitas à *publicatio* –, é possível a incidência da doutrina das *essential facilities*, com a operacionalização de sua aplicação via autoridade antitruste ou via autoridade setorial (desde que tenha sido dotada de competência específica). Nesses casos, contudo, a determinação de contratar incide não sobre todo o setor e todos os agentes atuantes nele – norma setorial –, mas dentro das particularidades do caso concreto. Quando a incidência da doutrina se dá em um setor sujeito à regulação setorial, a incidência da *essential facilities doctrine* pela legislação concorrencial pode vir a ter seu escopo de aplicação limitado, a depender do nível de deferência dado à decisão da autoridade reguladora setorial. Defende-se, porém, que, mesmo nos casos em que a regulação setorial tenha afastado a obrigação de acesso a terceiros, não estaria resguardada integralmente a aplicação da determinação de acesso via *essential facilities doctrine*, por depender da análise do caso concreto, dos custos e benefícios associados e da intenção do agente com a negativa de acesso.

3.1 O conceito de monopólio

De forma teórica, o sentido econômico da regulação – genericamente considerada – tem por fundamento predominante a correção de potenciais distorções competitivas (as chamadas "falhas de mercado").[154] Nesses casos, a intervenção seria necessária, pois o mercado por si só não geraria o resultado esperado que melhor atenda ao interesse público.[155]

---

expansão desses serviços e, ao mesmo tempo, resta assegurada a cobrança de tarifas módicas dos usuários, satisfazendo-se por completo o interesse público." (WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 13 set. 2020).

[154] "A regulação estatal geralmente está associada à mitigação de falhas de mercado, tais como monopólios naturais, bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação, assim como a aspectos de natureza redistributiva (como, por exemplo, políticas de subsídios cruzados e metas de universalização)." (SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62).
"*This is 'market failure': namely, 'the failure of a more or less idealized system of price-market institutions to sustain "desirable" activities or to estop "undesirable" activities'. Market failures may exist, inter alia, where buyers or sellers lack sufficient information to act efficiently, for public goods, for moral hazards, or when externalities such as pollution are not factored into transaction costs.*" (DUNNE, Niamh. **Competition**

A teoria econômica apregoa que, em competição perfeita, o mercado é capaz de gerar o melhor resultado para a sociedade, fazendo com que os recursos sejam utilizados de forma eficiente (gerando eficiência alocativa) e que os preços dos bens ofertados nesse mercado (preço de equilíbrio em competição) convirjam para os respectivos custos marginais de produção,[156] como resultado do encontro das curvas de oferta e de demanda.

Também pela teoria econômica – e como defesa da tese de que o mercado em competição perfeita gera o resultado socialmente ótimo –, quando alguma dessas premissas necessárias para que o mercado esteja em competição perfeita não está presente caracteriza-se uma falha de mercado, que leva a uma distorção em relação aos resultados esperados de um mercado competitivo em equilíbrio.[157] O monopólio e o monopólio natural são exemplos dessas falhas de mercado.[158]

Law and Economic Regulation. Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 9).

155 Como se verá adiante, esta é uma representação didática da teoria do monopólio natural. Há, na literatura, diversas críticas à consistência dessa teoria, sobretudo quanto ao fato de o monopólio não ser, de fato, **natural**, mas haver também uma escolha de desenho de mercado que privilegia a existência de um operador único (o que é legítimo, mas não deve ser reputado como a única opção possível, a opção "natural").
"*Yet, embracing a free-market model does not require that a State abstain entirely from market intervention. In particular, the persistence of market failures – or market absences, where no effective market exists – creates a need for State corrective action, for example through competition law or regulatory instruments.*" (Idem, p. 6).

156 "*Economic theory posits that when an industry is 'perfectly competitive' it will generate allocative efficiency, the resources of society being put to their most valuable use. 'Perfect competition' exists when 'the number of firms selling a homogeneous commodity is so large, and each individual firm's share of the market is so small, that no individual firm finds itself able to influence appreciably the commodity's price by varying the quantity of output it sells. […] At the other extreme from perfect competition is pure monopoly. A monopolist firm, because it is sole producer of a commodity, is able to determine both the quantity produced and the price at which it is sold. Unlike a competitive firm, it will be able to maximize profits by selling at a price greater than the marginal cost of producing the relevant number of units of the commodity. Output will be lower than it would have been if the competitive equilibrium price had been charged (equal to marginal cost), and those who would have purchased the commodity at that price are thus deprived of the benefit that would have accrued to them. The result is allocative inefficiency: the potential purchasers will use the money they would have spent on the monopolized commodity in ways which give them less satisfaction. This is often called the 'deadweight loss' of monopoly. Also, the lack of competition is assumed to dull the incentive of the firm to minimize the costs of production, thus leading to productive inefficiency*." (OGUS, Anthony I. **Regulation Legal Form and Economic Theory.** Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 22-23).

157 "*Many of the rationales for regulating can be described as instances of 'market failure'. Regulation in such cases ir argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest. In some sectors or circumstances there may also be 'market absence' – there may be no effective market – because, for example, households cannot buy clean air or peace and quite in their localities*." (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation.** Theory, Strategy and Practice. Second Edition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 9).

158 "*There are, however, several reasons why markets can fail to operate in this beneficial way. Such market failure in some cases can be so severe as to merit regulation despite its attendant costs. Broadly speaking, there are three classes of market failure, and these may be termed problems of asymmetric information, problems of externalities, and problems of monopoly power.*" (ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon; VICKERS, John. **Regulatory Reform:** Economic Analysis and British Experience. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. 11).

Na literatura econômica, a caracterização de um monopólio depende de três elementos, fundamentalmente: (i) a presença de um agente dominante; (ii) a ausência de um bem substituto para que os consumidores naquele mercado tenham alternativas; e (iii) barreiras significativas à entrada, que impedem outros agentes de concorrer com o agente dominante.[159,160]

O resultado da existência de um monopólio, quando comparado a um mercado em competição perfeita, é o incentivo a que o monopolista pratique preços maiores e reduza a quantidade ofertada, levando a uma transferência de renda dos consumidores para o monopolista (a "renda do monopolista").[161] Ademais, em alguns casos, o monopolista pode ser uma barreira à entrada tão relevante que sua presença representa não apenas para o controle de preços na configuração atual como à impossibilidade de entrada de outros *players* capazes de contestar seu mercado, perpetuando o monopólio e seus resultados.[162]

O remédio adotado para a correção do monopólio é justamente a viabilização da concorrência no mercado. Para isso, adotam-se medidas voltadas à redução de barreiras à entrada, à redução de assimetria de informações (em competição perfeita, inexiste assimetria de informação) e à inibição de condutas anticompetitivas.

3.2 O conceito de monopólio natural

Para determinadas infraestruturas, contudo, a existência de um monopólio pode ser a forma mais eficiente – em termos de custo – de exploração da atividade.[163164] Dado que até

---

[159] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation.** Theory, Strategy and Practice. Second Edition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 16.

[160] "*At the other end of the spectrum we find a monopoly market, in which a single seller has sufficient market power to alter price unilaterally, either by increasing output to drive down price, or by reducing output to raise price. Monopoly, too, is premised on the existence of various structural factors: a single seller occupying the entire market, selling a unique product, with substantial barriers to entry and imperfect market knowledge in the industry. When compared to competition, the primary effects of monopoly are reduced output, higher prices and a transfer of income from consumers to producers.*" (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 15).

[161] Idem, p. 16.

[162] "*Some would even argue that intervention is more harmful than unrestrained monopoly, because markets self-correct eventually whereas anticompetitive regulation does not. There is significant danger, however, of overstating the case in this instance. Because self-correction is premised on new entry, the existence of high barriers to entry into a market is liable to hinder and delay the self-correction process. Such barriers may be structural (e.g., scale economies), legal (e.g., licensing requirements) or behavioural (e.g., anticompetitive conduct by the incumbent firm) in nature. Barriers to entry render monopoly more durable and may justify increased competition law or regulatory scrutiny*." (Idem, p. 17).

[163] "[…] *monopolies are in general regarded as undesirable and are prohibited by competition law. But under certain conditions there may exist a 'natural monopoly' where it is economically preferable for there to be a single supplier. If, in such circumstances, a firm is granted monopoly rights, it will not be subject to the*

determinado nível de demanda há efeitos importantes de economia de escala,[165] a exploração dessas infraestruturas tem um custo econômico-financeiro consideravelmente menor quando explorado por apenas um agente. A divisão da mesma quantidade entre mais de um agente levaria a uma disponibilização da utilidade a um custo superior. A ausência de competição, porém, faz com que esse agente único tenha incentivos de monopolista,[166] levando a uma potencial restrição de oferta e aumento de preços, além de restringir possibilidades de entrada de concorrentes em mercados adjacentes e/ou verticalmente relacionados.[167] Essa falha de mercado, na qual a existência de competição pode ser o desenho subótimo, é conhecida como monopólio natural.

Esses ganhos de escala[168] podem se observar, por exemplo, por razões tecnológicas, que fazem com que – até certo nível de demanda[169,170] – haja uma diminuição progressiva do custo médio de produção com o aumento da quantidade ofertada. Dados os elevados custos

---

discipline normally provided by competition and in consequence may overprice its products, fail to meet consumers preferences regarding quality, and lapse into inefficiency." (OGUS, Anthony I. **Regulation Legal Form and Economic Theory.** Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 5).

164 "*[…] the public utility industries are preeminently characterized in important respects by decreasing unit costs with increasing levels of output. That is indeed one important reason why they are organized as regulated monopolies: a "natural monopoly" is an industry in which the economies of scale are such that one company supplies the entire demand. It is a reason, also, why competition is not supposed to work well in these industries.*" (KAHN, Alfred E. **The Economics of Regulation:** Principles and Institutions. v. I: Economic Principles. New York: John Wiley & Sons Inc., 1970. p. 15).

165 "*A natural monopoly occurs when economies of scale available in the production process are so large that the relevant market can be served at the least cost by a single firm. It is accordingly less costly to society to have production carried out by one firm than by many. Thus, rather than have three railway or electricity companies laying separate networks of rail or cables where one would do, it may be more efficient to give one firm a monopoly subject to regulation of such matters as price and access to the network.*" (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**. Theory, Strategy and Practice. Second Edition. Oxford University Press. Nova Iorque, 2012. p. 16).

166 "*Determining whether a natural monopoly exists requires a comparison of demand for the product with the extent of the economies of scale available in production. If a firm is in a position of natural monopoly then, like any monopoly, it will present problems of reduced output, higher prices, and transfer of wealth from consumers to the firm.*" (Idem, p. 16).

167 "*In the utilities industries most consumers would be prepared to pay a great deal for firms' outputs (demand elasticities are low), and the unregulated monopoly could charge prices that would result in a dramatically inefficient allocation of resources. As discussed below, the most efficient use of resources usually involves consumers facing a price equal to the marginal cost of supplying the product, and a price in excess of this result in a loss of welfare, or allocative inefficiency." Vickers, John, Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*." (ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon; VICKERS, John. **Regulatory Reform:** Economic Analysis and British Experience. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. 13).

168 "*Some of the basic facts responsible for monopoly-creating bigness in business may be inherent in the economies of large-scale production*." (SAMUELSON, Paul A. **Economics**. 8th edition. New York: McGraw-Hill, 1970. p. 70).

169 "[…] *natural monopoly is described as characterized by the sub-additivity of cost functions (production costs less if it is done by one firm only), and by sustainability (entry is not profitable)*." (MOSCA, Manuela. On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition. **The European Journal of the History of Economic Thought**, v. 15, n. 2, p. 319, 2008. DOI: 10.1080/09672560802037623).

170 "*A natural monopoly exists because of a combination of market size and industry cost characteristics. It exists when economies of scale available in the process of manufacturing a product are so large that the relevant market can be served at the least cost by a single firm.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 48).

fixos iniciais e – proporcionalmente – um baixo custo variável, a teoria do monopólio natural defende que seria mais eficiente concentrar a oferta em determinado *player* do que dividi-la entre diferentes agentes,[171] que teriam de incorrer nos custos iniciais de forma superposta. Na prática, a verificação de se essa generalização é verdadeira depende da avaliação de custos da(s) firma(s) envolvidas na exploração da atividade, o que a literatura costuma referir como teste do monopólio natural. Caso o custo total de exploração por uma única firma seja menor do que a soma do custo de se ter múltiplas firmas prestando o serviço, estará caracterizada a "*sub-additivity*" da função de custo, um elemento definidor de que aquele segmento da indústria apresenta características de monopólio natural.[172] [173]

Indústrias de rede de setores tradicionais, como de infraestrutura e serviços de interesse público, são os exemplos mais frequentes de monopólio natural, ainda que na maioria das vezes tal conceituação se dê a partir de uma observação teórica e não empírica e quantitativa da realidade da função de custos daquela atividade em particular[174]. O transporte

---

171 "*Subadditivity plays the dominant role in defining a natural monopoly. Subadditivity is realized if no combination of multiple firms can collectively produce industry output at lower cost than a monopolist (Berg and Tschirhart, 1988). In the single output case, the existence of economies of scale is a sufficient condition to ensure subadditivity. However, in the multiple output case the conditions for subadditivity are more elaborate requiring cost complementarities or product specific scale economies and economies of scope (Baumol, 1977; Baumol et al., 1982). The interest by applied economists in subadditivity is in measuring the benefits from splitting up a monopoly industry into a number of smaller firms. If subadditivity prevails, no cost benefits will be realized by increased competition. On the other hand, without subadditivity (or what is referred as super additivity) lower costs of production could be realized by splitting up a monopoly industry into a number of smaller firms.*" (GORDON, D. V.; GUNSCH, K.; PAWLUK, C. V. A natural monopoly in natural gas transmission, **Energy Economics**, v. 25, Issue 5, p. 474, 2003. https://doi.org/10.1016/S0140-9883(03)00057-4).

172 "*Additionally, some markets are subject to 'natural monopoly', meaning that production of the total output of the goods or service by a single producer minimises total cost (subadditivity) and is most efficient. Natural monopoly is distinct from economies of scale, where average production costs decline with increased output, although many natural monopoly markets display scale economies. Fixed-line telecommunications services, railways, and gas and electricity distribution networks have, for example, each displayed natural monopoly characteristics historically. Monopoly may, accordingly, be a desirable and even unavoidable industry structure in such circumstances, yet competition problems can still arise. The natural monopolist lacks the downward pressure on prices and the incentives to innovate faced by firms under competition, and/or the monopolist may attempt to leverage its market dominance into adjacent non-natural monopoly segments. In natural monopoly markets, the public-policy dilemma is to secure the social benefits of least-cost production (which requires single-firm production) without suffering from inefficient monopoly behaviour.*" (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17).

173 "*Although interrelated, the most important of these is subadditivity of the firm's cost function, which means that it is less expensive for one firm to produce the total output demanded than it would be for several firms to produce proportions of it. […] For a single-output firm, subadditivity is both necessary and sufficient for a natural monopoly, as subadditivity implies that it is more efficient for a single firm to produce all of the output in the market.*" (GREER, Monica. The theory of Natural Monopoly and Literature Review (Chapter 2) In: GREER, Monica. **Electricity Marginal Cost Pricing**. [*S.l.*]: Butterworth Heinemann, 2012. p. 15-38. https://doi.org/10.1016/B978-0-12-385134-5.00002-8).

174 "*Much of the applied work in testing for natural monopoly has been carried out for the telephone industry (Smith and Corbo, 1979; Fuss and Waverman, 1981; Evans, 1983; Evans and Heckman, 1984; Roller, 1992; Shin and Ying, 1992). In fact, some of this work was instrumental in the decision to break up the Bell telephone system in US (Shepherd, 1990). The natural gas pipeline industry is also an interesting candidate*

dutoviário de gás natural é um dos exemplos de "monopólio natural" tipicamente citados pela literatura[175,176].

O movimento de liberalização das indústrias de rede[177] colocou em projeção o debate de que a integração vertical entre as atividades eram menos uma necessidade inerente à atividade que uma escolha institucional, do desenho de mercado que se considerava mais adequado à prestação daquela utilidade. Ou seja, verificou-se que a exploração subótima quando feita por mais de um agente era restrita a um (ou a alguns) segmentos específicos da cadeia, normalmente os segmentos de rede. Os demais poderiam ser explorados em regime de competição por mais de um agente e a coordenação entre os diferentes elos da cadeia, antes feita de forma interna ao prestador, poderia ser feita através de regras e contratos.

Sob a teoria do monopólio natural, como a competição no caso da rede não é desejada, tendo em vista a perda de eficiência global, a regulação interviria[178] para emular os efeitos que seriam obtidos com a competição em aspectos como preço, qualidade, quantidade e

---

for natural monopoly testing but has received much less attention by applied economists (Aivazian et al., 1987; Ellig and Giberson, 1993)." (GORDON, D. V.; GUNSCH, K.; PAWLUK, C. V. A natural monopoly in natural gas transmission, **Energy Economics**, v. 25, Issue 5, p. 474, 2003. https://doi.org/10.1016/S0140-9883(03)00057-4).

175 "*In some industries, however, economies of scale are available up to a very large output level. Natural gas transmission is a classic example of an industry typified by substantial economies of scale. A single large pipeline can transport gas at a lower unit cost than can several smaller pipelines.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 50).

176 Conforme se detalha adiante, tanto a teoria do monopólio natural tem sido relativizada quanto sua aplicação à regulação de gasodutos, tendo em vista que há uma série de fatores históricos, políticos e sociais que fazem com que nem sempre a verificação matemática de que determinado desenho de mercado (i.e., o monopólio natural) seria a solução economicamente ótima resulta em uma implementação possível sob as mesmas premissas adotadas (pois há contratos a serem respeitados, aspectos políticos que por vezes inviabilizam a adoção de determinado modelo tal qual teoricamente previsto, etc.).

177 No relato do professor Vitor Rhein Schirato sobre esse movimento no Brasil: "Após meados da década de 1990, passar a haver no Brasil maior pressão pela liberalização dos serviços públicos, até então quase que na íntegra monopolizados pelo Estado. As razões para essa pressão são diversas. Em primeiro lugar, do ponto de vista jurídico, as normas do direito da concorrência passam a ganhar mais espaço dentro do ordenamento jurídico, desafiando o regime jurídico de direito público aplicável sobre esses serviços. Em segundo lugar, do ponto de vista tecnológico, os avanços encontrados passam a possibilitar a quebra dos "monopólios naturais", facilitando a pluralidade de agentes econômicos nos campos de monopólio. Em terceiro lugar, do ponto de vista econômico, passa-se a cogitar da concorrência como ferramenta destinada à melhoria dos serviços públicos, com o estabelecimento de nova política econômica para eles. Por fim, do ponto de vista fiscal, passa a existir o esgotamento da capacidade de investimento do Estado na prestação deles e a necessidade de quebra de monopólios estatais, que, muitas vezes, escondiam consideráveis ineficiências." (SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 150-151).

178 "*We repeat that, according to this formulation, natural monopoly is a market structure in which there are barriers to entry created by a technology characterized by economies of scale (i.e. declining average costs) over the whole range of market demand. Such scale economies, due to the presence of high fixed start-up costs and low or zero variable costs, are considered to be the source of a market failure that requires government intervention.*" (MOSCA, Manuela. On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition. **The European Journal of the History of Economic Thought**, v. 15, n. 2, p. 321, 2008. DOI: 10.1080/09672560802037623).

acesso.[179] O regulador estabelecerá o preço do monopolista próximo de seu custo incremental, de modo a incentivá-lo a continuar investindo.

Em concreto, do ponto de vista econômico, pelo fato de serem consideradas monopólios naturais, a regulação dessas estruturas envolve as seguintes obrigações:[180,181]

(i) controle de entrada: a definição dos agentes que poderão explorar determinada atividade e sob quais condições, se de forma exclusiva ou em competição com terceiros;
(ii) determinação setorial de acesso: concessão de acesso a terceiros interessados, desde que técnica e economicamente compatível com o uso original da infraestrutura;
(iii) controle de preços: obtenção de retornos regulados – ou, ao menos, passíveis de serem regulados –; e
(iv) transparência em relação a questões operativas – de capacidade e de utilização – e contábeis, notadamente para controle e *enforcement* das outras duas obrigações mencionadas.

Esse ferramental econômico que tem por objetivo corrigir os efeitos dessa falha de mercado foi incorporado pela dogmática jurídica e, no caso da regulação de preços e da qualidade, pelo art. 175, III e IV, da Constituição de 1988, como princípios a serem observados para a prestação de serviços públicos.

---

179 "*If a firm is a natural monopoly, its pricing and output decision create the same problems as those of any other monopolist – reduced output, higher prices, and transfer of wealth from consumers to the firm. Yet, in the case of natural monopoly, restoration of competition through antitrust remedy cannot be a successful response to the monopoly problem. If a natural monopolist were divided into three separate firms in order to permit competition, the result necessarily would be an increase in the total cost of manufacturing the quantity of product previously manufactured by a single firm. Assuming the market is divided among three firms, each of the three would produce at a higher marginal cost than the single firm, because none would take full advantage of the available economies of scale.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 52).

180 Nesse sentido, por todos: "*There are four principal components of this regulation that in combination distinguish the public utility from other sectors of the economy: control of entry, price fixing, prescription of quality and conditions of service and the imposition of an obligation to serve all applicants under reasonable conditions.*" (KAHN, Alfred E. **The Economics of Regulation:** Principles and Institutions. v. I: Economic Principles. New York: John Wiley & Sons Inc., 1970. p. 3).

181 A regulação do acesso tem também por objetivo mitigar abusos de posição dominante por parte do monopolista: "A regulação de monopólios naturais justifica-se tanto para se evitar que o monopolista detentor da infraestrutura possa abusar de sua posição dominante em detrimento dos consumidores (por exemplo, mediante restrição da oferta ou prática de preço supracompetitivo), como para impedir o ingresso de novos agentes econômicos que, necessitando duplicar a infraestrutura, farão o mercado atuar de forma ineficiente, em escala subótima." (SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80-81).

O transporte dutoviário de gás natural, no entanto, rompe com essa lógica, pois (i) apresenta as características econômicas que usualmente o tipificam como um monopólio natural, mas (ii) não é juridicamente tratado com a dogmática que a doutrina jurídica tradicional atribui essencialmente a um serviço público. Em outros termos, no Brasil, o transporte dutoviário de gás natural cria uma fissura de comunicação entre (i) o que a literatura econômica prega sobre a forma e os instrumentos para regulá-lo (por ser um "monopólio natural", com controle de preços, regulação de acesso e transparência) e (ii) o que a doutrina jurídica usualmente conceitua (por enxergar este mesmo ferramental – de controle de preços, regulação de acesso e transparência – como associado aos serviços públicos, o que essa mesma doutrina consignou que ele não é, por não constar do rol do art. 21, mas do art. 177 da Constituição[182]). Essa ruptura conceitual é exatamente o objeto do presente trabalho, pois a superposição que tipicamente existia entre a regulação dos 'monopólios naturais' e a doutrina dos serviços públicos não se verifica aqui para o transporte dutoviário de gás natural, o que revela uma fragilidade importante da própria teoria dos serviços públicos, que identifica esta ou aquela ontologia da atividade à sua topografia constitucional.

Os aspectos jurídicos desse problema serão enfrentados nas Seções 4 e 5. Na seção seguinte, o que se busca mostrar é que mesmo a teoria do monopólio natural – além de não ter uma representatividade jurídica *ipso facto* – é contestável sob a perspectiva da literatura econômica. Ou seja, para aqueles com inclinação a uma perspectiva mais "jusnaturalista" de aplicar a teoria do monopólio natural por ser da "natureza das coisas", a seguir se mostra que a literatura econômica coloca em cheque o próprio conceito de monopólio natural (e, em consequência, a premissa de que a existência de competição seria a alternativa necessariamente subótima).

Com isso não se quer fazer qualquer alusão a um negacionismo científico, pelo contrário, mas tão somente mostrar que, mesmo do ponto de vista econômico, a teoria do monopólio natural não é uma verdade absoluta ("se rede, então monopólio natural; se monopólio natural, então determinação setorial de acesso de terceiros, então regulação de preços, então transparência das informações") e que a adoção ou não dessas ferramentas está ligada a uma escolha de desenho de mercado.

No sistema jurídico brasileiro, defende-se que a adoção desse ferramental como desenho do mercado – como uma escolha setorial – não é possível em relação a todas as

[182] A esta altura do trabalho, válida a ressalva expressa de que não se pretende defender, aqui, que o transporte dutoviário de gás natural deveria ser explorado sob o regime de serviço público, mas tão somente expor que a apartação conceitual entre o regime de serviço público e os monopólios do art. 177 da Constituição, com base em noções apriorísticas de cada um deles, não é suficientemente robusta.

atividades econômicas, mas tão somente sobre as atividades econômicas para as quais houve uma reserva constitucional da atividade. Mesmo para estas, contudo, a adoção ou não da prescrição econômica aplicável à regulação de monopólios naturais dependerá da avaliação feita quando do desenho de mercado no âmbito legislativo. No outro extremo, portanto, defende-se que o fato de a atividade ser reservada não impõe que ela seja necessariamente explorada sob a ausência de competição. Se o ente titular da atividade tem a prerrogativa de explorá-la diretamente com exclusividade, com maior razão ainda que possa delegar o exercício a privados sob a conformação de que – respeitado o processo legislativo democrático – se entendeu que melhor tutela os demais bens jurídicos da ordem constitucional. Dito mais diretamente: quem pode o mais, pode o menos. Se o Estado pode explorar essas atividades sem qualquer penetração de privados – dada a reserva constitucional da atividade –, pode delegar a terceiros, dando exclusividade ou não àqueles que obtenham o título jurídico habilitante com mais controle das variáveis econômicas de exploração da atividade.

3.2.1 A relativização do conceito de monopólio natural

O objetivo desta seção é mostrar que a teoria do monopólio natural não é algo dado sequer entre os economistas.[183] Derivar um valor jurídico imediato dessa teoria para regular toda e qualquer atividade econômica, independentemente de seu tratamento na ordem constitucional brasileira, seria questionável mesmo em um cenário de consenso em relação à teoria. Na ausência do consenso, com mais razão, deve-se interpretar a teoria do monopólio natural não como uma verdade absoluta, mas como um importante ferramental, que pode ou não ser utilizado, a depender da avaliação do desenho de mercado que melhor se adéque à função-objetivo a ser perseguida naquele dado momento (atrair o primeiro investidor, desenvolver uma rede incipiente, gerar contestabilidade ao mercado do incumbente, etc.).

Concretamente, a adoção ou não do modelo clássico de regulação de *utilities* deve ser entendida como uma escolha institucional a ser feita, com base em diferentes fatores (econômicos, políticos, históricos), que irão determinar o maior ou menor êxito em alcançar o objetivo pretendido com o desenho da política. No desenho constitucional brasileiro, essa

[183] De nenhuma forma, inclusive por ser um trabalho jurídico, o intuito da presente seção é trazer elementos para mostrar que tal ou qual teoria econômica é mais ou menos aderente. O ponto é tão somente mostrar que existe o debate no âmbito econômico. Assim como a seção anterior mostrou os elementos que, do ponto de vista econômico, caracterizam um monopólio natural, esta seção mostra os argumentos que contestam a aplicação da teoria, mesmo sobre os segmentos de rede.

escolha no âmbito setorial não prescinde da análise dos contornos jurídico-constitucionais aplicáveis à exploração da atividade. Inexistentes tais contornos, conforme mais bem detalhado na Seção 4, defende-se que tais intervenções não são possíveis no contexto setorial.

A literatura econômica moderna contesta o caráter dogmático das teorias do interesse público e a 'naturalização' dos monopólios de rede. Mesmo a etapa de rede das indústrias, defende-se, também poderia estar sujeita à competição. Até determinados níveis de demanda, essa não seria a escolha socialmente ótima, mas, caso haja concorrentes, presume-se haver viabilidade técnica e econômica para tanto e que a imposição de uma barreira à entrada seria desnecessária. Em outros termos, ou (i) a necessidade inerente de escala serviria como uma barreira à entrada – sem a necessidade de determinação legal nesse sentido – ou (ii) não seria um fator suficientemente impeditivo da entrada de outros *players* – o que demonstraria a viabilidade de competição naquele mercado.[184] A verificação de subaditividade da demanda seria uma constatação não estática, mas dinâmica, que pode ser alterada ao longo do tempo.[185] Em resumo, passou-se a fazer a crítica de que esses monopólios não seriam 'naturais', mas também resultantes de escolhas institucionais.[186]

---

184 "*There are two related grounds for criticizing regulatory restrictions on entry based on the need to protect the advantages of a natural monopoly. Firsts, because of the difficulty of determining the potential economies of scale available in a relevant market, entry often is restricted when competition between two or more firms would be effective without sacrificing economies of scale. In these circumstances, consumers lose the potential efficiency-enhancing value of competition. Second, when economies of scale are sufficient to justify precluding a firm's entry into a market, regulatory restrictions on entry are unnecessary because the existence of the economies of scale will deter new firms from entering the market anyway. If a potential entrant sees a market that is being served by a single firm whose cost characteristics cause it to have a natural monopoly in the market, the potential entrant rarely will have an incentive to invest the large amount of capital necessary to enter the market. It will recognize that it has little opportunity to earn a return on its investment in the unstable competition market that would be created by entry of a second firm.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 257-258).

185 "*The economics profession came to embrace the theory of natural monopoly after the 1920s, when it became infatuated with "scientism" and adopted a more or less engineering theory of competition that categorized industries in terms of constant, decreasing, and increasing returns to scale (declining average total costs). According to this way of thinking, engineering relationships determined market structure and, consequently competitiveness. The meaning of competition was no longer viewed as a behavioral phenomenon, but an engineering relationship.*" (DI LORENZO, Thomas J. The Myth of Natural Monopoly. **The Review of Austrian Economics**, v. 9, n. 2, p. 46, 1996). Ademais, "*The phenomenon is not rare. Railroads possessed significant cost advantages in the late 1800s, and these advantages were considerably eroded with the introduction of trucking in the 1920s. This example introduces a new element, namely, technological change. That is, over long periods of time it is likely that the cost function will shift as new knowledge is incorporated into the production process. Hence, permanent natural monopoly is probably a rare category. Technical change can shift cost functions so as to tender competition workable. And, as we will see later, a serious deficiency of regulation seems to be that it often fails to "disappear" when the natural monopoly does*." (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 403).

186 "*The theory of natural monopoly is an economic fiction. No such thing as a "natural" monopoly has ever existed. The history of the so-called public utility concept is that the late-nineteenth- and early-twentieth century "utilities" competed vigorously and, like all other industries, they did not like competition. They first secured government-sanctioned monopolies, and then, with the help of a few influential economists,*

Como já referido na Subseção 0, o conceito de monopólio natural já teve uma projeção ainda maior do que a atualmente observada, pois defendia-se que não apenas as etapas de rede deveriam ser franqueadas a um único agente, mas toda a cadeia de produção, dada a apregoada inviabilidade de competição e a, em geral, correspondente necessidade de manter-se um retorno mínimo franqueado à exploração da atividade (o que pressupõe a ausência de contestação ao mercado do monopolista).

Para indústrias como a de energia elétrica e de gás natural, a diminuição do alcance do conceito alterou substancialmente o desenho de mercado até então adotado nessas indústrias: limitou-se a extensão da inviabilidade de competição sobre os segmentos de rede dessas indústrias, abrindo à livre competição os demais segmentos antes também submetidos às restrições de entrada típicas da regulação de monopólios naturais. A dimensão das intervenções feitas para diminuir a projeção da regulação até então incidente sobre etapas da cadeia que deixaram de ser consideradas monopólios naturais depende do desenho de mercado adotado em cada país. Na maioria dos casos, a abertura à competição foi acompanhada por movimentos de explicitação de custos (o que envolve a desverticalização das atividades em centros de custo ou pessoas jurídicas distintas, para que se tenha clareza dos custos envolvidos em cada etapa) e de desregulação de preços.

No caso da energia elétrica, os segmentos de geração, importação e comercialização foram abertos à livre concorrência, junto com a possibilidade de parte dos consumidores cativos optarem por comprar energia de outros supridores que não a distribuidora. Da mesma forma, no caso do gás natural, também foi aberta a possibilidade de parte dos consumidores finais adquirirem o gás natural diretamente de produtores, não mais ficando obrigados a adquirir diretamente da distribuidora local.

Contudo já haja certo consenso em relação à inaplicabilidade da teoria do monopólio natural (ou à competição como melhor instrumento para maximização de bem-estar social) sobre os segmentos da cadeia que foram 'desregulamentados', permanece incontestável, ao menos no meio jurídico, a premissa de que, em relação aos segmentos de rede, a competição é inviável ou a solução subótima. No entanto, a revisão de bibliografia mostra que mesmo sobre as etapas de rede a literatura econômica tem ponderado a posição de que a competição (ou, ao

---

constructed an ex post rationalization for their monopoly power." (DI LORENZO, op. cit., p. 58). Além disso, "*The theory of natural monopoly is a nineteenth-century economic fiction that defends nineteenth-century (or eighteenth century, in the case of the U.S. Postal Service) monopolistic privileges, and has no useful place in the twenty-first-century American economy.*" (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 58).

menos, a "ameaça" de competição)[187] seria indesejável e que novas outorgas de exclusividade deveriam ser sopesadas, considerando-se os custos e benefícios do caso concreto, e não adotadas a partir de uma posição irrefletida de que ela seria a única solução possível/viável/desejável.

Tal relativização da aplicação do conceito de monopólio natural sobre redes vem sendo feita também em relação à indústria dutoviária, tradicionalmente utilizada como exemplo de livro-texto do que se caracteriza como um monopólio natural. Nesse sentido, cita-se:

> *Pipelines appear to be quintessential natural monopolies. Indeed, Archimedes of Syracuse, who mastered the concept of π in the third century BC, would have understood that the capacity within a pipeline was roughly π times a squared function of its radius. If the cost of the material for the pipe is roughly π times a linear function of that radius, then the average cost of pipeline capacity declines relentlessly with larger pipelines, as cost rises linearly as capacity rises exponentially. That means that a single pipeline is the least expensive way to serve the market for any conceivable quantity shipped – the definition of a natural monopoly for modern neoclassical economists. Archimedes may well have wondered why those future economists would make such a fuss over the concept. But in the twentieth and early twenty-first centuries, the concept of natural monopoly caused a significant fuss as major oil and gas pipelines quickly became critical links in supplying the world's energy demands. Owing to natural monopoly, with larger pipelines having lower unit capacity costs than smaller ones, regulators and governments believed that major pipeline companies possess market power. With such market power, the theory goes, pipelines will not provide services efficiently – at competitive prices reflecting cost – if not government owned or price regulated. During the decades of worldwide gas pipeline privatization in the 1980s and 1990s, the natural monopoly idea drove countries to privatize and regulate many of the world's gas pipelines as public utilities, as if pipeline competition and rivalry in inland fuel transport was out of the question. The perception of natural monopoly in pipelines has prompted some economists to favor building only one large pipeline from producing basis to major consuming areas as a compulsory joint venture. Other economists perceive that the natural monopoly concept has been overemphasized to support pipeline regulation when an unregulated market would work better*.[188]
>
> *The gas transmission system can be a natural monopoly here or there, but not necessarily. It depends, on the one hand, on the architecture of the gas network, and on the other on the trade system implemented. Observing several cases of*

[187] "*A monopolistic or oligopolistic market is contestable when the threat of entry is sufficient to maintain the price and output levels that would occur if the market were competitively structured. In general, three conditions must prevail for a market to be contestable. First, entry into and exit from the market must require the expenditure of few or no sunk costs. Second, all potential entrants must have access to the technology employed by the incumbent firms. Finally, the incumbent firm must not be able to adjust prices instantaneously when faced with the threat of entry. When these conditions exist, hit and run entry and exit are possible. This threat will cause even a firm in a monopolistic market to set its price and output at the competitive equilibrium because the ability of entrants to attack targets of profitability quickly provides discipline on incumbents' pricing and service offerings.*" (BROADMAN, Harry G.; KALT, Joseph P. How Natural Is Monopoly: The Case of Bypass in Natural Gas Distribution Markets. **Yale Journal on Regulation**, v. 6, n. 2, p. 196-197, 1989).

[188] MAKHOLM, Jeff D. **The political economy of pipelines.** A century of comparative institutional development. Londres: The University of Chicago Press, 2012.

> *liberalization in the gas industry, one observes significantly different choices in the design and implementation of trading arrangements*.[189]

A crítica feita à necessária caracterização de gasodutos como monopólios naturais tem como referência a percepção de que a indústria dutoviária tem ganhos de escala relevantes e é quase intuitiva, já que o diâmetro/custo cresce linearmente e a área/capacidade, exponencialmente. No entanto, essas condições podem ser distorcidas por uma série de fatores políticos, geográficos e históricos, que, na prática, as tornam quase teóricas.[190]

O modelo norte-americano é tipicamente citado como o desenho de mercado que permite a competição entre dutos,[191] sobretudo a partir das reformas feitas no final da década de 1980. No entanto, a literatura destaca que a diminuição da intervenção regulatória feita com as reformas não significou a desregulamentação total da indústria, sobretudo no que diz respeito à construção de novos dutos (o direito a entrar no mercado), à regulação de preços e à regulação de acesso, que continuam existindo, mas sob regras menos restritivas.[192]

Em síntese, portanto, a teoria do monopólio natural é menos uníssona e "natural" do que usualmente presumido pela literatura jurídica. A desconstrução desse marco como um dado de entrada inquestionável, um dado imutável da realidade, mostra-se um relevante instrumento de interpretação para o futuro, pois afasta a ideia de que, diante de um "monopólio natural", as respostas jurídicas a serem dadas deverão ser sempre as mesmas. Como já referido anteriormente, mesmo aceitando-se a teoria do monopólio natural em sua integralidade, tal adoção não prescinde de uma análise jurídica do regime de exploração da atividade. Nesta seção se revelou, porém, que mesmo em relação às atividades que permitem

---

189 VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle Carvalho; GLACHANT, Jean-Michel. Gas Network and Market: À La Carte? **Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2013/73**, p. 12, October 2013. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2378838.

190 "*For despite the economics of natural monopoly, such a cost structure does not lead naturally to monopoly in real-world pipeline transport markets. Using practical examples from actual pipeline transport markets, it is easy enough to show that natural monopoly has failed in practice to produce a single, investor-owned pipeline in a major regional fuel market.*" (MAKHOLM, Jeff D. **The political economy of pipelines.** A century of comparative institutional development. Londres: The University of Chicago Press, 2012. p. 30).
"*Agencies have relaxed regulatory restrictions on entry even in markets that once were considered classic natural monopolies. In Order 436, issued in 1985, FERC greatly reduced regulatory barriers to entry in the natural gas transportation market. Reviewing courts have consistently upheld those policies.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 274).

192 "*Most natural gas pipelines worldwide are covered by some form of regulatory or negotiated access arrangement that dictates terms and conditions of service, maximum prices, and information disclosure requirements. […] North American regulators have become comfortable with using "let the market decide" tests for new pipeline authorization. Such policies are not purely laissez faire, however. [...] Market based or "negotiated" rates have also been contemplated where there is a "recourse" for the customer to take basic firm transportation service at the capped, regulated rate*." (CARPENTER, Paul. **Competition in Gas Pipeline Markets**: International Precedent for Regulatory Coverage Decisions. Melbourne, Australia: National Competition Council, June 2000. p. 4-6. Disponível em: brattle.com/wp-content/uploads/2021/05/14175_gcegbr-001.pdf. Acesso em: 21 jan. 2022).

maior intervenção legislativa – notadamente as atividades reservadas –, para as quais todo o ferramental de regulação de monopólios naturais poderia ser adotado, a inviabilidade de competição não é uma verdade absoluta e há desenhos de mercado que não restringem a entrada de competidores nos segmentos de rede.

3.3 A doutrina das *essential facilities*

Para além da caracterização econômica do que se qualifica ou não como um monopólio natural, a partir de julgados antitruste norte-americanos formulou-se a chamada "*essential facilities doctrine*". Em resumo, essa doutrina apregoa que, para determinadas instalações, a recusa de contratar por parte de determinado *player* no mercado deve ser rechaçada em função de motivações anticompetitivas e da perda de bem-estar para os consumidores, resultante da recusa.[193] A limitação do direito de propriedade e da liberdade de contratar seria justiçável em função de uma conduta anticompetitiva subjacente e da essencialidade do bem para que outros competidores possam acessar o mercado.

Pelo direito norte-americano, a mera existência de economias de escala relevante ou o menor custo dessa alternativa para que um terceiro (não detentor da alegada *essential facility*) acesse o mercado não seria elemento suficiente a caracterizar a essencialidade que fundamenta a intervenção sob a doutrina da *essential facility*. A violação à Seção 2 do Sherman Act, pela demonstração da intenção de fechar o mercado ou de justificar ganhos extraordinários, seria um pressuposto que usualmente justificaria sua aplicação.[194] Ou seja, a

---

193 "*The courts have identified circumstances under which a firm with market power has a duty to deal with a competitor, whether it is to supply a product – either an input or a complement to the rival's product – or provide valuable information. When a firm refuses to deal and that refusal is deemed to have anticompetitive intent, the firm can be found in violation of Section 2 of the Sherman Act.*" (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 322)

194 "*U.S. court opinions also suggest that, while not required to establish antitrust liability under the essential facilities doctrine, liability is particularly appropriate when the denial of access is motivated by an anticompetitive animus – usually demonstrated by a change in existing business practices with a specific intent to harm rivals. […] It is unsurprising that anticompetitive animus is relevant to application of the essential facilities doctrine. Numerous U.S. courts have held that a refusal to deal, coupled with an anticompetitive intent, may support a finding of antitrust liability even absent proof that the withheld input constitutes an "essential facility". In Intergraph Corp. v. Inter Corp., the Federal Circuit stated that "[a] 'refusal to deal' may raise antitrust concerns when the refusal is directed against competition and the purpose is to create, maintain, or enlarge a monopoly. […] These Supreme Court cases – and other cases – make clear that the essential facilities doctrine renders a unilateral refusal to deal subject to potential liability as a monopolization violation of Section 2 of the Sherman Act. The 'essential facilities' doctrine is not an independent cause of action, but rather a type of monopolization claim*" (PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 70, p. 450-451, 2002).

aplicação jurisprudencial da teoria requer mais do que o intuito de *policy*[195] de que o desenho de mercado adotado para determinadas atividades encerre a obrigação de contratar por parte do detentor de um direito/estrutura específico; requer a verificação dos fatos específicos do caso concreto que, naquela hipótese, justificam, sob a perspectiva do direito antitruste, a intervenção.[196]

O marco inicial da adoção da teoria das *essential facilities* pelo direito norte-americano foi a decisão proferida no caso United States v. Terminal Railroad Assn. of St. Louis, 224 US 383 (1912).[197] O caso envolvia o controle de uma ponte ferroviária sobre o Rio Mississipi e de outras instalações acessórias por um grupo de empresas, cuja duplicação foi considerada inviável e, na prática, bloquearia o acesso de outras empresas à cidade de St. Louis (para acesso ao mercado local ou como passagem).[198] Outros casos recorrentemente citados de aplicação da *essential facilities doctrine* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana são: (i) Associated Press v. United States, 326 US 1 (1945); (ii) Lorain Journal Co.

---

195 Com isso, como mencionado na introdução desta Seção, não se quer negar a possibilidade de que a doutrina das *essential facilities* seja utilizada como um elemento de convencimento na formulação de políticas públicas. Nesse quadrante, no entanto, defende-se que as limitações de sua aplicação são semelhantes àquelas anotadas em relação aos possíveis efeitos jurídicos da teoria neoclássica do monopólio natural. Em outros termos, caso o legislador decida adotar aprioristicamente que determinada atividade, instalação ou direito constitui uma *essential facility* e que seu titular está irrestritamente obrigado a contratar com quaisquer terceiros, deve ser avaliado, no caso concreto, se o regime constitucional de exploração da atividade econômica envolvida permite tal nível de intromissão legislativa em abstrato sobre o direito de propriedade e a liberdade de contratar.

196 "*In limited circumstances, however, where the refusal to transact harms consumer welfare, derogation from this non-interventionist precept may be mandated by competition law, an exception that has been recognised within both the US and EU competition systems. The essential facilities doctrine is perhaps the most notable expression of the refusal-to-deal theory, and also its most notorious application. Broadly speaking, the concept of an essential facility relates to physical or intangible infrastructure that cannot be duplicated easily, yet where access is required for market participation. In such circumstances, the State may choose to enact public-utility regulation that imposes, inter alia, mandatory sharing requirements on the owner of the facility. Absent such regulation – or, more controversially, where regulation exists but is ineffective, as we will consider further in Chapter 4 – the question arises as to whether competition law can be employed to force a facility owner to open its infrastructure and share access with other market participants, thus enabling otherwise unfeasible competition. The essential facilities doctrine accordingly balances diminutions in individual property rights and commercial freedom against general consumer welfare gains that follow from the introduction of competition*." (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 130-131).

197 Ver DUNNE, op. cit., p. 130; VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 323; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** Princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112; HOVENKAMP, Herbert. **Principles of Antitrust**. Saint Paul, Minn.: West Academic, 2017. p. 401.

198 "Sua formulação inicial tem origem na jurisprudência norte-americana. Em "United States *versus* Terminal Railroad Association of Saint Louis", a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos de acesso a determinada infra-estrutura poderia caracterizar uma infração ao *Sherman Act*, em face das peculiaridades da situação. A circunstância que se sobressaía, no caso, era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis sem utilizar certas instalações terminais, as quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississipi. Além disso, não era possível às companhias dependentes deste acesso adquirem ou construírem para si as infra-estruturas, dados os custos proibitivos para tanto." (SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 112)

v. United States 342 US 143 (1951); (iii) Otter Tail Power Co. v. United States, 410 US 366 (1973);[199] (iv) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 US 585 (1985);[200] e (v) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).[201]

A decisão proferida pela Suprema Corte Americana no caso AT&T e MCI é recorrentemente citada como o paradigma no qual foram estabelecidos os critérios do que seria necessário para a incidência da doutrina das *essential facilities*. Pelo precedente, as situações nas quais a intervenção sobre a recusa de contratar seria justificável seriam caracterizadas quando: (i) há o controle de uma *essential facility* por um monopolista; (ii) o(s) competidor(es) não conseguem, sob esforços razoáveis, duplicar a *essential facility*; (iii) tenha havido negativa de acesso pelo proprietário da infraestrutura a um competidor; e (iv) houver viabilidade técnica para o acesso de terceiros.[202]

---

[199] "*Since Terminal Railroad, the Supreme Court has reached similar decisions in a series of cases:*

- *In Associated Press v. United States, the Supreme Court found that the Associated Press bylaws violate the Sherman Act by limiting membership in the organization and thereby access to its copyrighted news services.*
- *In Lorain Journal Co. v. United States, the Supreme Court considered whether the defendant newspaper, the only local business circulating news and advertisements in the town, violated the Sherman Act by refusing to accept advertising from business that placed advertisements with a small radio station. The Court approved an order requiring the newspaper to accept advertisements.*
- *In Otter Tail Power Co. v. United States,13 the Supreme Court found that the defendant, an electrical utility which sold electricity at both the retail level (directly to consumers) and the wholesale level (to municipalities who sought to resell electricity at retail), had monopolized in violation of the Sherman Act by refusing to supply electricity at wholesale so that it could instead service customers directly itself.*" (PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 70, p. 446, 2002).

[200] "*Exemplifying this case and representing a landmark decision by the Supreme Court in 1985 is Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing.56 Aspen Skiing Company owned three of the four major mountain ski facilities in its geographic market, with Highlands owning the fourth. The two companies had sold a pass that allowed a skier to ski on any of the four mountains, with revenue being allocated on a pro rata basis. After several years, Aspen Skiing demanded a higher share of revenue. After Highlands refused to concede it, Aspen Skiing discontinued the joint venture. Soon thereafter, Highland's share of skiers fell from 15 to 11 percent and it sought, without success, to reestablish its arrangement with Aspen Skiing. The Supreme Court found that there were no valid business reasons for Aspen Skiing's refusal to return to the joint venture and that its refusal was anticompetitive in intent. However, in a recent decision, the Court stated that Aspen Skiing is "at or near the boundary of Section 2 liability.*" (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 322).

[201] "*The case concerned the aftermarket, in the form of service and repair, for micrographic equipment and high-volume copiers sold by Kodak. Originally, the aftermarket was served by both Kodak and independent service organizations (ISOs). To operate in the aftermarket, ISOs needed Kodak's patented replacement parts, which Kodak chose to sell to them. Soon after losing a service contract in a vicious price war with Image Technical Services, Kodak changed its policy regarding the sale of parts. Purchasers of parts now had to provide proof of ownership of the equipment, which meant that ISOs could no longer buy them. Seventeen of these ISOs brought suit on the grounds that Kodak's refusal to deal was intended to leverage its monopoly over parts to the service market. After a series of judicial events, which are summarized in table 9.1, the courts ultimately found Kodak guilty of monopolization practices.*" (VISCUSI; HARRINGTON; VERNON, op. cit., p. 326).

[202] "*In its decision, the Court stated that to establish antitrust liability under the essential facilities doctrine, one must prove: "(1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4)*

Via de regra, os casos nos quais houve a aplicação da doutrina das *essential facilities* se enquadram em alguma dessas três hipóteses: (i) há um monopólio natural ou uma *joint venture* nos quais se aplicam economias de escala relevantes; (ii) envolve estruturas ou ativos – tangíveis e intangíveis – criados como parte de um regime regulatório; ou (iii) estruturas de propriedade do governo, cujo desenvolvimento/construção e manutenção foram subsidiados.[203] As três situações têm como interseção o fato de que o proprietário da *essential facility* pode ter uma vantagem significativa sobre seus competidores que não tenham acesso a ela.

Em relação a sua incidência quando há um "monopólio natural" vê-se uma interseção relevante entre os elementos do teste prescrito no caso AT&T e MCI e os elementos da teoria econômica neoclássica necessários para qualificar um monopólio natural. Ambos trazem como uma característica definidora a existência de ganhos de escala tão relevantes que inviabilizem, a esforços razoáveis, a duplicação da infraestrutura. Em consequência, quando a regulação setorial já prevê as regras de acesso aplicáveis àquela infraestrutura, a doutrina e a jurisprudência costumam reforçar a deferência à autoridade setorial, sem prejuízo de sua aplicação em absoluto, contudo.[204] Reconhece-se a pertinência de sua aplicação, sobretudo em setores que estão passando por processos de liberalização, quando as regras setoriais de acesso podem se provar ineficazes ou ainda inaplicadas.

Uma crítica recorrente à aplicação da *essential facilities doctrine* é que ela tem por consequência inerente dizer sob quais bases a negociação vai ter de acontecer, pois a mera determinação de contratar não seria suficiente. É necessário estabelecer uma moldura mínima

---

the feasibility of providing the facility to competitors. Of course, the doctrine requires monopoly control of the facility and its denial to rivals." (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 323).

[203] "*Most of the things found by courts to be essential facilities have fallen into one of three classifications: (1) natural monopolies or joint venture arrangements subject to significant economies of scale; (2) structures, plants or other valuable productive assets that were created as part of a regulatory regime, whether or not they are properly natural monopolies; or (3) structures that are owned by the government and whose creation or maintenance is subsidized. What all these structures have in common is that those who have control over or access to them may have significant operational advantages over those who do not.*" (HOVENKAMP, Herbert. **Principles of Antitrust**. Saint Paul, Minn.: West Academic, 2017. p. 403).

[204] "*It is useful, finally, to consider the relationship between the essential facilities doctrine under competition law and sector-specific regulation's imposition of mandatory access requirements. Concurrent competition enforcement in regulated markets will be examined in detail in Chapter 4. Nonetheless, the similarities and synergies between these legal regimes necessitate some preliminary consideration at this juncture. As noted, claims of essential facilities arise most frequently in network or natural monopoly markets: that is, markets that also present the most likely candidates for regulation. In unregulated markets, successful invocation of the doctrine may point to natural monopoly elements that would benefit from regulation. In this manner the doctrine performs a gap-filling function, similar to that identified in the earlier part of this chapter, by identifying a need while providing a substitute for sector-specific regulation. Where a regulatory duty to deal has already been imposed, the added value of the essential facilities doctrine is more questionable.*" (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 135).

de contratação e, muitas vezes, a determinação do preço de acesso, além de supervisionar o cumprimento das determinações impostas.[205] Em consequência, as decisões resultantes se afastariam da aplicação clássica do direito concorrencial, onde o controle de condutas é negativo – determina a não continuidade de uma conduta verificada –, e passaria a impor um conteúdo obrigacional positivo, que teria de ser posteriormente fiscalizado.[206] Nesse sentido, Dunne[207] se refere à *essential facilities doctrine* como *quasi-regulation*, pois materialmente criaria obrigações semelhantes àquelas impostas quando a obrigação de contratar decorre de uma imposição legislativa da regulação setorial. A crítica feita em consequência é a de que as autoridades antitruste não teriam o conhecimento e a legitimidade setorial para tomar essas decisões em substituição ao regulador setorial pertinente.

3.4 A escolha de modelo: o desenho do mercado

Uma das tensões recorrentes e já objeto de pesquisas jurídicas qualificadas no Brasil diz respeito à interação da regulação setorial com a regulação da concorrência. A regulação setorial estabelece o desenho do mercado e a arquitetura que será adotada para o exercício das

---

[205] "*On the other hand, a policy that defines access generously encounters the rather ideological complaint that it represents a government "taking" of private property, and the more practical concern that it will be likely to reduce incentives to innovate. Added to these conflicting policy concerns is the further complication that a simple declaration of access is seldom enough, and that government authorities, legislative, judicial or regulatory, must also define the terms of access-price, priority, and other terms and conditions of sale-usually on a basis that requires continuing supervision.*" (PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 70, p. 443, 2002).

[206] Parte da doutrina defende, inclusive, que as *essential facilities* seriam equivalentes à teoria do monopólio natural, sendo impertinente cogitar de sua aplicação, por exemplo, para casos de propriedade intelectual. Além disso, elude que – dada a identidade de conceitos – a intervenção regulatória seria invariavelmente mais precisa e apropriada, tendo em vista seu desenho prévio e capacidade de fiscalização. Nesse sentido: "*Under those circumstances, no quantity of antitrust enforcement will change the structural characteristics that give rise to the essential facility problem. Such a facility is equivalent to a so-called "natural monopoly," and to control the use of monopoly power by the owner of the facility, society is faced with the same unappetizing alternatives available in any public utility context: public ownership, regulation in the classic "rate-base/rate-of-return" mold, incentive regulation, and various in-between solutions familiar to policy makers and students of this problem. Given the existence of the essential facility, antitrust intervention must confront the fact that any solution to the problems of economic inefficiency is inherently regulatory. Structural solutions can change the competitive dynamics of cartelized markets or unlawful mergers and consolidations, but, by hypothesis, those alternatives are unavailable in an essential facilities case.*" (LIPSKY, Abbott; SIDAK, Gregory. Essential Facilities. **Stanford Law Review**, v. 51, issue 5, p. 1220, 1999).

[207] "*Once again, we may conclude that quasi-regulatory elements at a doctrinal level within competition law may enhance the ability of antitrust to address, at least in the short term, the sort of problems that tend to arise in markets with enduring monopoly components. Yet the objections raised to the essential facilities doctrine are not dissimilar to those advanced against the control of excessive prices under competition law: effectively, that competition adjudicators are ill-placed, both in terms of technical knowledge and democratic accountability, to make and also monitor compliance with the type of decisions that these doctrines entail.*" (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 136).

atividades econômicas em determinado mercado. Por boa prática, o projeto de arquitetura setorial deve envolver (i) a identificação das atividades observadas naquele mercado; (ii) a definição sobre a necessidade ou não de um título prévio habilitante para o exercício da atividade; (iii) a identificação do *stakeholder* setorial competente para emissão do eventual título habilitante e para regulação da respectiva atividade; (iv) o nível de integração vertical permitido entre cada uma das atividades; e (v) a moldura geral das normas aplicáveis à atividade, a exemplo da obrigação de acesso a terceiros, da regulação ou não de preços e do nível de transparência eventualmente determinado. No caso do gás natural, o desenho do mercado é, atualmente, aquele exposto na Seção 2.

A regulação da concorrência, por sua vez, é horizontal a toda a ordem econômica, por vezes se superpondo ao desenho setorial e gerando tensões a serem deliberadas sobre a manutenção da previsão setorial ou a prevalência do direito concorrencial em situações concretas de conflito.

Nas próximas seções, (i) será analisada a dinâmica geral de interação entre a regulação setorial e a regulação da concorrência sob uma perspectiva teórica, da literatura internacional e doméstica e (ii) também feitos comentários sobre as regras de *unbundling*, que, em geral, são determinações setoriais do nível de verticalização permitido entre as diferentes atividades de determinado setor, com o objetivo de promover mais concorrência no mercado.

3.4.1 Regulação setorial vs. *regulação da concorrência*

A definição de papéis entre a regulação setorial e a regulação da concorrência é uma tarefa institucional complexa, na maioria das vezes não resolvida em definitivo. De forma didática, costuma-se diferenciar a regulação setorial e a regulação da concorrência com base em algumas características predominantes, a exemplo do escopo de sua incidência (se geral ou particular), do tempo de sua incidência (se prospectivo ou retrospectivo) e dos instrumentos de atuação disponíveis a cada uma delas.

No que diz respeito ao escopo de sua incidência, a regulação setorial seria vocacionada a reger todas as situações observadas em um setor, independentemente da verificação de uma conduta específica por um agente ou por um grupo de agentes naquele setor. Seria papel da regulação setorial, por exemplo, determinar o nível de transparência aplicável a todos os agentes que desempenhem uma atividade de determinado mercado (por exemplo, ao exercício

da atividade de processamento de gás natural).[208] [209] A regulação antitruste, por sua vez, faria tais determinações apenas em casos concretos e específicos, de modo a frear a continuidade de certas condutas anticompetitivas (a exemplo do determinado no item 2.4 do Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Petrobras, em 08/07/2019).[210] No caso, o item 2.4 do TCC determinou a aplicação do "Caderno de Boas Práticas de Gás Natural – Diretrizes para Acesso de Terceiros a Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN", do Instituto Brasileiro do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. A Seção 3 do Caderno determina que o titular de uma unidade de processamento deve prover, de boa-fé, as informações básicas necessárias para que terceiros possam avaliar a capacidade disponível para contratação de processamento de gás natural. Tais obrigações são mais amplas do que aquelas então previstas na Resolução ANP n. 16/2010 e na Resolução ANP n. 852/2021, que revogou a resolução anterior. A Petrobras ficou vinculada a tais determinações por ter realizado o referido TCC com o Cade. Os demais agentes titulares de Unidades de Processamento de Gás Natural[211] não estão obrigados a seguir tais determinações por não haver obrigação semelhante na regulação setorial.

Outra característica usualmente apontada para diferenciar a regulação setorial da regulação da concorrência é que aquela seria de intuito prospectivo e a regulação da concorrência, de cunho retrospectivo.[212] Ou seja, a regulação setorial se voltaria a prescrever

---

[208] Ver Seção 2.

[209] "*The theoretical difference between the two approaches is starke and simples. Industry regulation is based on the conclusion that private market pressures are inadequate and will continue to be so, and that government must supply the missing ingredients, invariably by limiting private firm freedom of choice or action. Antitrust, on the other hand, assumes that marketplace rivalry is possible and that in this circumstance legal regulation should be limited to those steps necessary to assure the openness of markets*." (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 299).

[210] Seus instrumentos, no entanto, são bastante distintos: enquanto as autoridades de regulação econômica costumam agir por meio de um controle direto sobre preços, quantidades, acesso ao mercado (condições de entrada e saída) e qualidade dos serviços prestados, os órgãos de defesa da concorrência almejam promover tais finalidades de forma indireta, por meio "da preservação de um processo que tende a efetivá-los" (SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84).

[211] À época da elaboração deste capítulo, a Alvopetro S. A. Extração de Petróleo e Gás Natural, titular da Autorização ANP n. 248/2020.

[212] "A regulação tem, assim, uma abrangência mais ampla, já que possui aspiração redistributiva e conformadora de novos mercados, enquanto a tutela da concorrência encontra-se normalmente associada à repressão a desvios praticados por agentes econômicos com posição dominante no mercado. São funções típicas da regulação a definição de pautas de comportamento, a transmissão de informações que facilitem a orientação dos agentes e a persecução de objetivos de políticas públicas, tais como a exigência de padrões mínimos de qualidade e segurança no fornecimento de determinados bens e serviços, a imposição de metas de universalização, além de, em situações limites, poder vir a substituir o mercado na definição do preço a ser cobrado pelo ofertante. À entidade regulatória pode competir, inclusive, a disciplina dos incentivos do setor no que tange ao aspecto concorrencial." (SAMPAIO, op. cit., p. 84).

comportamentos sobre como os agentes devem ou não agir em relação ao futuro. A regulação da concorrência, por sua vez, estaria mais preocupada com a imposição das determinações necessárias para que uma conduta anticompetitiva cesse e, portanto, teria esse viés retrospectivo de analisar o passado.

Para além das definições conceituais entre a regulação setorial e a regulação da concorrência, discute-se qual deve ser a dinâmica de interação entre ambas quando aparecerem, de forma superposta, em determinado setor. Em um primeiro grupo, há os que defendem que a existência de uma regulação setorial afastaria a incidência da regulação antitruste.[213][214] Prega-se certa deferência à regulação setorial, pois defende-se sua especialidade em relação à legislação antitruste (*lex specialis derogat generali*) e presume-se mais competência técnica do regulador setorial para desenhar as bases sob as quais a concorrência incidirá sobre o setor.

Essa visão é criticada, sobretudo porque (i) o referencial de especialização adotado é aquele da regulação setorial, e não do conhecimento sobre a regulação e o ferramental concorrencial;[215] e (ii) o regulador setorial, por ter sua atuação restrita a determinado mercado, estaria mais exposto à captura que o regulador concorrencial, que lida com uma multiplicidade de setores da economia e *stakeholders*.[216]

Um segundo grupo defende que a regulação da concorrência seria aplicável em todos os casos, independentemente da existência ou não de regulação setorial incidente, exatamente por terem escopos de atuação distintos: enquanto a norma setorial se ocuparia da generalidade

---

213 "*The vision of competition law and regulation as substitute instruments of market control implies a competitive and exclusionary relationship; that is, adoption of one mechanism bars application of the other. Given the asymmetry in terms of prospective impacts of competition law and regulation, in practice this indicates primarily that adoption of a regulatory solution excludes antitrust remedies*." (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 193).

214 "*[U]se one system of regulation, not two. While there is only one way not to regulate, there are many ways in which to regulate, and these often work at cross-purposes. The wisdom is to keep the lines of regulation as simple and clean as possible, so that one problem has only one regulator. […] Once a direct form of regulation deals with the monopoly issue, antitrust law is, at best, redundant. If the government agency can fix rates, the danger of monopoly has in most cases been effectively countered. Why create opportunities for legal arbitrage? Do it once, and do it right.*" (EPSTEIN, Richard A. **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice:** Why Less is More. Washington, DC: AEI Press, 2007. p. 114).

215 "*The impact of this principle in delimiting the relationship between competition law and regulation in cases of conflict is difficult to assess, however, insofar as it is not immediately obvious which legal regime is 'specialised' here. In addressing anticompetitive behaviour in a market, the question is whether rules that relate directly to that market, but not necessarily to competition, are more specifically applicable than rules that relate directly to competition but are not unique to that sector.*" (DUNNE, op. cit., p. 194).

216 "Ademais, deve-se observar que, por interagir com os mais diversos setores da economia, a autoridade de defesa da concorrência estaria menos sujeita à captura do que a agência reguladora setorial, que lida com um pequeno grupo de agentes econômicos, e de forma mais cotidiana. Por outro lado, o regulador é o ente com maior expertise técnica sobre o setor regulado." (SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94).

dos casos, a norma antitruste endereçaria as hipóteses nas quais há uma violação à concorrência no caso em concreto, ainda que tal conduta não represente um ilícito *per se* sob a perspectiva setorial. Sob essa visão, a distorção concorrencial poderia ser criada pela própria norma setorial, por exemplo, por permitir um subsídio cruzado entre segmentos distintos da cadeia ou por afastar a entrada onde seria possível a exploração em regime de concorrência.

Essa visão também é alvo de críticas porque, no outro extremo, tem o potencial de esvaziar a determinação setorial. Ainda que possa ser objeto de críticas (pela não decisão ou pela escolha de um modelo ineficiente), tais decisões foram validamente tomadas pelo regulador setorial e não deveriam ficar expostas à revisão por uma avaliação de mérito do regulador antitruste. Ademais, sob a perspectiva dos agentes, questiona-se a validade de atribuir responsabilidade (*liability*) por uma conduta válida sob a perspectiva do setor regulado no qual atua.

Há, por fim, um terceiro grupo, para o qual se deve adotar uma visão intermediária, nem de afastar por completo a legislação concorrencial (como no primeiro caso), nem de assegurar sua incidência a qualquer custo (como no segundo caso), mas de adotar-se uma análise caso a caso para investigar qual é a margem possível de interação naquela hipótese específica.[217] Reconhece-se a limitação prática desta leitura, porquanto não oferece uma diretriz hermenêutica clara de quais questões devem ser ponderadas em concreto para se decidir em favor da preponderância de uma ou de outra regulação setorial. Quer nos parecer, no entanto, que essa leitura é mais apropriada para dar conta da complexidade de situações que podem ocorrer quando se trata da interação entre a legislação setorial e a antitruste.

Como uma tentativa de deixar menos abrangente e inespecífica a forma de aplicação dessa terceira visão, Dunne enuncia alguns princípios a serem adotados na interpretação da incidência coordenada da regulação setorial com a regulação antitruste: (i) deve-se observar uma relação inversa entre a abrangência e complexidade da regulação setorial e da antitruste. Se há regulação específica clara e detalhada sobre determinado aspecto em questão, deve-se privilegiar a escolha institucional feita naquele caso pela norma setorial. Ou seja, nesse

---

[217] "*Given the broad array of potential market problems and sources of anticompetitive conduct, the wholesale question of whether concurrency should be permitted or denied presumes the availability of a 'one-size-fits-all' solution, and thus masks the policy choices inherent in any blanket solution. Instead, it will be argued that the concurrent application of competition law in regulated markets is a substantive question, which hinges primarily on the impact of the regulatory scheme on both the market itself and the prospective defendant's behaviour, and the implications for competition liability that follow. This proposition is fairly uncontroversial: commentators generally agree that the issue of concurrent application cannot be determined a priori, and depends on the specific regulatory context and alleged anticompetitive behaviour.*" (DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 196).

contexto, vale a regra da deferência; e (ii) deve-se privilegiar a análise sob a ótica da norma concorrencial nos casos em que a conduta alegadamente anticompetitiva resulta, exclusiva ou, ao menos, predominantemente, de uma escolha privada do agente. Estes seriam os casos, por exemplo, nos quais o regulador setorial não tem competência para impor uma legislação setorial que previna esse tipo de conduta ou não disponha, no seu portfólio, de competência dos remédios pertinentes para endereçar o resultado anticoncorrencial indesejado.[218]

Contudo a análise dos precedentes e de sua aplicabilidade no contexto brasileiro não seja objeto desta seção – serão endereçados apenas na Seção 4 –, é novamente válido o paralelo feito em relação à regulação setorial aplicável aos gasodutos de escoamento e às unidades de processamento de gás natural. Sob a vigência da Lei n. 11.909/2009, ambas as instalações não estavam obrigadas a franquear acesso não discriminatório a terceiros, por força do previsto no então vigente art. 45.[219] Em virtude do TCC firmado com a Petrobras, no entanto, nos itens 2.3 e 2.4, ficou compromissada pela Petrobras a concessão de acesso não discriminatório a essas instalações. Ressalta-se, contudo, que essa situação é deveras peculiar para afirmar que houve uma prevalência da legislação concorrencial sobre a legislação setorial. Nesse sentido, como tratou-se de um termo de cessação de conduta, sem reconhecimento de culpa ou da ocorrência de qualquer prática infracional por parte da Petrobras, não é possível dizer que houve uma determinação do Cade contrastante com o estipulado setorialmente em lei, pois houve a concordância da Petrobras para fixação dos termos do acordo. A constatação de prevalência da norma antitruste só seria possível se a determinação de acesso de terceiros resultasse de uma decisão do Conselho, e não da construção do consenso possível com a Petrobras (como foi o caso).

Por fim, a seção seguinte discorrerá brevemente sobre um dos principais pontos de intersecção entre a regulação setorial e a regulação antitruste, quais sejam, as regras de desverticalização (ou *unbundling*) aplicáveis a determinada indústria. Ao lado da definição das atividades integrantes da respectiva indústria, esses critérios são as vigas-mestra do desenho de um mercado, por definirem quais agentes poderão atuar em quais atividades e quais os incentivos esperados ou desejáveis de determinado agente na topologia da indústria.

---

[218] DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 197.

[219] "Art. 45. Os gasodutos de escoamento da produção, as instalações de tratamento ou processamento de gás natural, assim como os terminais de liquefação e regaseificação, não estão obrigados a permitir o acesso de terceiros." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

Não se está defendendo que deve haver, obrigatoriamente, uma determinação de desverticalização (pois há custos e benefícios envolvidos, conforme se discorre adiante), mas que deve estar clara a escolha institucional feita no desenho do modelo, ainda que ela seja de que não haverá uma determinação de separação das atividades ou que a determinação de separação se restringirá a uma segregação de contas (separação contábil) ou de entidades jurídicas (separação jurídica).

3.4.2 Unbundling: *a regulação setorial para proteção à concorrência*

Como mencionado, um dos *trade-offs* iniciais enfrentados no desenho de um mercado diz respeito ao nível de integração vertical permitido entre os diferentes elos da cadeia de determinada indústria. Sobretudo em mercados cuja organização industrial contém uma (ou mais) etapa(s) em rede, essa decisão envolve uma ponderação inicial entre (i) o alinhamento de incentivos que se quer dar ao detentor da *bottleneck facility*; e (ii) os custos de transação envolvidos no nível de coordenação necessária, inversamente proporcionais à permissão de maior ou menor integração vertical.[220]

Nas indústrias de rede, historicamente, observa-se o surgimento das redes de forma integrada ao desenvolvimento das demais atividades da cadeia. Nesse formato, além de o próprio negócio gerar a oferta e/ou a demanda necessárias para justificar a implantação da infraestrutura, as preocupações com sua financiabilidade eram muitas vezes afastadas pelo custeio cruzado de receitas geradas pelas receitas das atividades à montante ou à jusante, também exploradas pela mesmo agente.

Os já referidos movimentos de liberalização das *utilities* prestigiaram a separação das etapas de rede, em relação às quais reputava-se ser inviável a concorrência, das demais etapas

[220] "De um lado, a integração vertical de indústrias de rede permite o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream*. São comumente lembradas como justificativas para a integração vertical a redução de custos de transação, especialmente quando há necessidade de investimentos em ativos específicos e, assim, um maior incentivo ao fluxo de informações entre agentes econômicos inicialmente interdependentes. Por outro lado, o risco associado à detenção simultânea, por um mesmo agente econômico, de sucessivos segmentos da cadeia produtiva, é que ele busque monopolizar o segmento competitivo por meio da criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial. Observa-se, nesses casos, aumento do grau de dependência do concorrente verticalmente integrado.
Assim, essa dupla dimensão das integrações verticais em indústrias de rede demonstra a complexidade de se estabelecer políticas públicas nesses setores da economia, havendo, de todo modo, quem sustente que os riscos associados à integração vertical são maiores que os relacionados à desverticalização, devendo o regulador adotar uma postura favorável a essa última, em uma espécie de presunção (relativa) de que a desverticalização, em regra, gera maiores ganhos de bem-estar do que a verticalização." (SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82).

da cadeia, para as quais a concorrência passou a ser admitida como viável. Nesse processo, em primeiro lugar, qualquer concorrente deveria ter direito de utilizar a infraestrutura para negociar seus produtos em competição com os demais agentes. Ou seja, desde que física e economicamente viável, o detentor da rede teria obrigação de contratar, de modo não discriminatório, com os terceiros interessados na utilização de sua rede. Além disso, como um parâmetro fundamental do acesso, a rede deveria ser um custo previsível e regulado para permitir o acesso dos concorrentes ao mercado. Em consequência, o preço dos bens negociados "sobre a rede" seria resultado da competição e a rede seria um custo assumido com neutralidade pelos competidores. Esse custo, segundo a teoria do monopólio natural, deveria ser resultado de parâmetros fixados pela regulação, de forma a emular o resultado que seria obtido caso houvesse concorrência, com o objetivo de esvaziar – ou, ao menos, de mitigar – a elevação da margem e redução da quantidade potencialmente resultantes do fato de a rede ser explorada por um monopolista.

Para que esses dois pontos (o direito de acesso em si e o preço de acesso) fossem modeláveis e fiscalizáveis, fez-se necessário, originalmente, algum nível de explicitação dos custos da rede. Isso porque, para avaliar (i) se o detentor da rede não utilizava parâmetros discriminatórios na oferta do serviço de rede a terceiros e (ii) se os custos da rede realmente representavam aqueles atinentes à implantação e operação daqueles ativos em serviço, e não transferiam para a rede – e, em consequência, para os demais acessantes – os outros custos de atividades *upstream*, melhorando a posição de mercado do proprietário da infraestrutura em suas atividades *downstream*, fazia-se necessário ter alguma visibilidade de seus custos.

Por essa razão, o primeiro nível, menos interventivo, de explicitação de custos usualmente adotado é o de separação contábil (*accounting unbundling*), que impõe ao titular da rede a obrigação de fazer um *ring-fence* entre os custos das atividades de rede e os das demais atividades exploradas pela mesma entidade jurídica. Quando comparado às demais alternativas, esse modelo tem por vantagem um menor custo de transação e uma menor necessidade de coordenação entre as etapas, tendo em vista que, pelo menos em relação ao proprietário da rede, essa coordenação ocorrerá *interna corporis*, e não por meio de contratos, como nos outros níveis de intervenção a seguir descritos. Contudo, dado o nível de assimetria de informações inerente à relação entre regulador e regulado, esse nível de separação pode

não se mostrar a alternativa mais adequada a alcançar a função objetivo mencionada, de prover um acesso não discriminatório à rede a um custo regulado ou regulável.[221]

No próximo grau do espectro de intervenção, subsequente ao modelo de *accounting unbundling* em termos de grau de intervenção, viria o modelo de *functional unbundling*. A depender do nível de concentração do mercado e dos níveis de governança exigidos pela legislação societária, o formulador de política pode entender que o nível de separação das atividades ainda não é o suficiente para atingir o objetivo esperado. Assim, conceitualmente, não há uma definição dos requisitos de separação imponíveis nesse modelo; há, via de regra, a determinação de obrigações positivas ou negativas, que envolvem a restrição ao compartilhamento de informações, tecnologia, receitas e pessoal entre o escopo do titular da rede e o das atividades competitivas verticalmente integradas. Sob esse modelo, adiciona-se um custo de *compliance* regulatório para observância das regras de governanças exógenas, impostas pela regulação setorial.

Subsequente e, em muitos casos, coexistentes, tem-se então o *legal unbundling*, cujo racional é determinar que as atividades de rede sejam exercidas por uma pessoa jurídica distinta daquela com presença nos demais segmentos competitivos da cadeia. Esse terceiro nível de intervenção alcançaria o objetivo pretendido com o *accounting unbunlding*, de maior visibilidade de custos, e teria o controle adicional da legislação societária e tributária incidentes, que mitigariam eventuais poluições contábeis entre as atividades exercidas pela pessoa jurídica e aquelas exercidas pelas partes relacionadas com presença nas atividades competitivas. Ademais, dada a personalidade jurídica própria e as regras de governança societária incidentes, teria maior probabilidade de tomar decisões que maximizem o benefício econômico autorreferenciado – em relação à rede, portanto –, e não o benefício econômico do grupo como um todo, com potencial adoção de medidas para proteger a renda auferida na parte *downstream* do mercado. Os custos de transação envolvidos no modelo de *legal unbundling* são maiores que os envolvidos no de *accounting unbundling* e, nesse contexto, a coordenação passa a ser feita integralmente via contratos (bilaterais ou multilaterais, a exemplo dos códigos de rede). A parcela de coordenação *interna corporis* antes observada para as atividades exercidas pelo proprietário da rede deixa de existir. Por isso, diz-se que, além de um processo de explicitação de custos, passa-se a ter um de explicitação de contratos,

[221] Da migração da coordenação das etapas de forma *interna corporis* para uma externalização das etapas da cadeia coordenadas através de regras e contratos: "A regulação da atividade, que antes era desenvolvida pela mesma pessoa prestadora e era baseada no comando hierárquico produzido pela própria Administração, passa a ser exercida de forma segregada com relação à prestação e passa a ter base contratual ou regulamentar, e não mais hierárquica." (SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 151-152).

que antes já existiam – no sentido de haver um objeto transacionável –, mas estavam implícitos na dinâmica empresarial de determinado agente.

O modelo de *legal unbundling* convive, em muitos casos, com o modelo de *functional unbundling*. Como este último não tem um conteúdo pré-determinado, em certos casos ele é customizado com obrigações que impõem parâmetros de governança adicionais aos já impostos pela legislação societária no caso de *legal unbundling*.

Antes de chegar-se ao nível mais radical de separação das atividades, o *ownership unbundling*, para o caso de redes de transmissão – de energia elétrica e de gás –, tem-se ainda a possibilidade de adoção do modelo de *Independent System Operator*, ou "ISO". Sob esse formato, a propriedade da rede ainda é detida por um agente ou grupo econômico verticalmente integrado, mas a operação da rede – e, em consequência, todas as decisões econômicas e de alocação de capacidade da rede – é transferida para um agente independente, que atenda aos critérios de separação do *ownership unbundling*.

No outro extremo do nível de separação exigido pelas regras do mercado está o modelo de *ownership unbundling*, que determina a total separação de atividades entre grupos econômicos que exerçam atividades competitivas da indústria e aqueles que exerçam atividades ligadas à rede. Sob esse modelo, não pode haver qualquer fluxo de capital entre grupos econômicos detentores da rede e aqueles atuantes nas demais atividades da cadeia. Esse modelo impõe um parâmetro de separação radical e com uma diminuição expressiva do número de agentes que poderão ser proprietários da rede. A menor competição pela propriedade da rede pode, em consequência, levar à seleção de agentes menos eficientes e com maior custo de capital. Também nesse caso, o formulador de política deve contrapor os custos e benefícios[222] envolvidos nesse modelo, assim como sua adequação ao atingimento dos objetivos de política pretendidos.

[222] Para uma comparação sobre os custos e benefícios do modelo de *ownership unbundling*, ver: POLLITT, Michael. The Arguments for and against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks. **Energy Policy**, v. 36, p. 704-713, 2008.

4 AS ATIVIDADES ECONÔMICAS NA CONSTITUIÇÃO: A LEITURA PROPOSTA

4.1 A reserva constitucional de atividades como divisão de competências

Como já referido ao longo dos capítulos precedentes, entende-se que a Constituição atribuiu um *status* especial a determinado rol de atividades econômicas, em relação às quais algum ente da Federação é detentor da competência para explorá-la diretamente com exclusividade ou para fixar o desenho institucional sob o qual outros agentes poderão explorá-la. Para esses casos, tal desenho institucional vai além de mera formatação resultante dos poderes de polícia atribuídos ao Estado e pode vir a dispor sobre elementos endógenos às decisões econômicas e estratégicas de exploração da atividade.

Na presente seção, passa-se a discorrer sobre (i) como a classificação tradicional das atividades econômicas na Constituição não se mostra adequada quando utilizada, por exemplo, para leitura do regime constitucional aplicável à atividade de transporte dutoviário de gás natural – objeto do presente trabalho; e (ii) a leitura utilizada para o significado da reserva constitucional da atividade, particularmente aplicada à indústria do gás natural. Em linhas gerais, a diferenciação tradicionalmente empreendida pela doutrina agrega todas as atividades – serviços públicos, monopólios e atividades de livre iniciativa – sob o conceito de atividade econômica[223] em sentido amplo.

Os **serviços públicos** compreenderiam aquelas atividades econômicas indispensáveis "à consecução da coesão social",[224] que, portanto, deveriam ser prestadas pelo Estado.[225] Contudo, por estarem relacionados à prestação de atividades de incumbência do Poder Público, não poderiam ser explorados "mediante os mecanismos de atuação próprios da iniciativa privada".[226] Com isso, se diferenciariam das atividades **econômicas em sentido**

[223] Por todos, cita-se o Professor Eros Grau "A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que serviço público é um tipo de atividade econômica." (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 98).

[224] Idem, p. 124.

[225] "Por isso, porque assume o caráter de serviço público, deve ser prestada à sociedade pelo Estado (ou por outra pessoa administrativa, direta ou indiretamente)." (Idem, p. 129).

[226] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 682.

estrito, em relação às quais é essencial a "livre alocação dos recursos"[227] e "que dela extraia a maior lucratividade possível, segundo princípios norteadores da atividade empresarial".[228]

Em relação especificamente à possibilidade ou não de lucro nos serviços públicos, a doutrina anota que "[s]ó no caso de serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transporte, água, energia elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o autofinanciamento da empresa".[229] Para a prestação dos serviços públicos, defende a doutrina, dada a necessidade de atendimento a necessidades fundamentais, "devem ser adotadas todas as medidas que ampliem a eficácia na utilização dos recursos, propiciando a melhor satisfação para o mais amplo número de beneficiários".[230] A exploração de atividade econômica em sentido estrito se contraporia a essas premissas de não obtenção de **renda/lucro** nos serviços públicos por ocorrer em um ambiente de livre iniciativa e livre concorrência, no qual "[p]ressupõe-se que os sujeitos possam organizar os fatores da produção para obtenção de resultados não pré-determinados pelo Estado,[231] com apropriação privada do lucro".[232]

Tais **atividades econômicas em sentido estrito** se diferenciariam, então, naquelas **livremente acessáveis pela iniciativa privada** (regidas pelo art. 170 da Constituição) e **aquelas monopolizadas pela União Federal** (art. 177 da Constituição). Essas atividades, inclusive as monopolizadas pela União, "serão prestadas sob regime de direito privado".[233]

---

[227] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 684.

[228] Idem, p. 685.

[229] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92.

[230] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 684.

[231] Este ponto será retomado posteriormente como um dos elementos centrais da inadequação da diferenciação essencialista entre os regimes, principalmente quando aplicável ao caso do transporte dutoviário de gás natural. Como já enunciado pela doutrina em relação aos serviços públicos, muitos de seus corolários usualmente repetidos (a exemplo da exclusividade, do controle dos resultados financeiros da atividade, etc.) estão relacionados ao fato de que esses serviços, em pelo menos uma de suas etapas, envolvem monopólios naturais: "É dizer, devido à existência de um monopólio natural que, muitas vezes, determinada atividade econômica passou a ser considerada serviço público e estar sujeita ao regime desse serviço. Demais disso, os monopólios naturais, por serem empecilhos por essência à competição nos setores de determinados serviços públicos, podem ser considerados como responsáveis por parcela significativa das concepções jurídicas de que os serviços públicos são atividades que, por essência, inadmitem um regime concorrencial, o que reforça a necessidade de investigação acerca das características, da natureza jurídica e das consequências jurídicas dos monopólios naturais." (SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 202).
"As responsabilidades estatais foram ainda posteriormente acrescidas por uma série de novas necessidades possibilitadas pela evolução da cultura e da tecnologia (saneamento básico, ferrovias, telefonia, eletricidade, etc.), que então só podiam ser atendidas pelo Estado, seja em razão dos elevados investimentos iniciais, sem previsão de retorno ou com retorno de muito longo prazo, seja por constituírem monopólios naturais, o que faria com que sua exploração pela iniciativa privada acabasse constituindo um abuso de poder econômico." (ARAGÃO, Alexandre S. de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6).

[232] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 684.

[233] Idem, p. 685.

A diferença, em tese, entre as atividades de livre iniciativa (art. 170 da Constituição) e aquelas monopolizadas pela União seria tão somente uma barreira à entrada constitucionalmente imposta.[234,235] Estas seriam exploráveis – pela União ou, após a Emenda Constitucional n. 9/95, por seus **contratados** – sob o regime de direito privado, que consistiria, principalmente, na liberdade de determinar a quantidade produzida e a receita auferida com a exploração da atividade.[236]

Pela leitura tradicional, é como se a Constituição tivesse reservado um conjunto de atividades pela sua "especial lucratividade" ou "relevância estratégica" e determinado que, para essas atividades, a apropriação das rendas[237] só seria possível pelo seu titular (a União)[238] ou por um privado **contratado**.[239] Ou seja, sustenta-se que, ao contrário dos serviços públicos, em relação aos quais o Poder Público teria uma obrigação prestacional e uma vedação à sua exploração com fins arrecadatórios, as atividades dos incisos I a V do art. 177 da Constituição poderiam ser exploradas pelo Poder Público com liberdade de instrumentos e com finalidade de obtenção de rendas. Essa renda, contudo, não seria dividida com privados,

---

234 Nesse sentido, "[t]ais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Constituem-se, também elas, em 'serviços governamentais', sujeitos, pois, às regras do Direito Privado. Correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 800).

235 "A partir dos conteúdos dos artigos 175 e 177 da Constituição Federal, vemos que o primeiro contempla uma obrigação estatal (novamente: a locução do dispositivo é clara ao adotar o termo 'incumbe' com relação à prestação dos serviços públicos) e o segundo uma reserva de mercado em favor do Estado. Daí inferimos que, com relação aos serviços públicos, o traço fundamental é o dever do Estado de garantir a prestação da atividade, ao passo que, com relação aos monopólios, o traço fundamental é o afastamento dos agentes privados da exploração de determinada atividade." (SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 202).

236 Esses dois elementos, de livre determinação de quantidade e preço, são listados pela doutrina como elementos fundamentais do regime de direito privado: "Isso significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-los advém diretamente do Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados." (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 784-785).

237 No sentido econômico de renda, ou seja, de retornos acima do mínimo esperado para a realização de determinadas atividades.

238 Assegurada a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou a compensação aos demais entes da Federação na forma do art. 20, § 1º, da Constituição.

239 "No Direito Positivo brasileiro, monopólios públicos são atividades econômicas *stricto sensu* taxativamente previstas na Constituição Federal, titularizadas por razões estratégicas ou fiscais pela União Federal, que as exerce diretamente ou, em alguns casos, indiretamente através da contratação de empresas privadas ou estatais". (ARAGÃO, Alexandre S. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 475).

nacionais e internacionais, através da livre concorrência, já que tais atividades estariam, via de regra, inacessíveis a tais agentes.[240]

As razões estratégicas normalmente invocadas envolvem questões de soberania – de controle sobre os recursos naturais – e de segurança nacional,[241,242,243] que justificariam a assunção completa da atividade pelo Poder Público.

---

[240] Corroborando a tese da apartação dos regimes, cita-se: "Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas. Os serviços públicos são atividades econômicas qualificadas como tal, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia. É desta forma que Eros Roberto Grau considera que a Constituição brasileira de 1988 subdividiu a atividade econômica *lato sensu* em serviço público e atividade econômica *stricto sensu*. Tanto é assim, que o art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3), que disciplina a prestação dos serviços públicos pelo próprio Estado ou por concessionários e permissionários privados, está contido no Capítulo destinado aos "Princípios gerais da atividade econômica". Note-se que o objetivo da *publicatio* há de ser o atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, não o interesse fiscal ou estratégico do Estado, hipóteses em que estaríamos diante de atividades econômicas *stricto sensu*, que só podem ser monopolizadas pelo Estado nos casos taxativamente estabelecidos na Constituição, e que, ainda que em regime de concorrência com a iniciativa privada, só podem ser por ele exploradas se atendidos os requisitos do caput do art. 173 da CF (LGL\1988\3). Uma das mais objetivas distinções entre atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos foi elaborada por José Maria Souvirón Morenilla, que afirma que 'uma coisa é a atuação empresarial do Estado, desenvolvida com objetivos de rentabilidade econômica e conforme o mercado, e outra é – ou deveria ser – a atividade 'de não-mercado' ou de serviço público. Esta se define porque, a partir dos princípios de universalidade e de igualdade que a preside, se dirige à satisfação de uma necessidade coletiva com objetivos de justiça e de solidariedade social, prevalentes, em todo caso, sobre os critérios econômicos de rentabilidade na exploração do serviço'" (ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 246, abr.-jun. 2002b).

[241] Nesse sentido é o comentário do Professor Alexandre Santos de Aragão: "Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p.ex.: o petróleo, o jogo; em alguns países, o tabaco, etc.)." (ARAGÃO, Alexandre S. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 399).

[242] "Assim, pode-se dizer que os motivos que levaram ao estabelecimento do monopólio estatal na indústria do petróleo foram a importância desse produto para a segurança nacional, para o desenvolvimento de outras atividades econômicas e para o uso individual, bem como os grandes investimentos necessários para sua exploração e produção." (AJAJ, Cláudia. **Monopólio do petróleo e a Emenda Constitucional n. 9 de 1995**. 2007. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. p. 55. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp061644.pdf. Acesso em 15 jan. 2022).

[243] "Como se sabe, o Estado brasileiro reservou para si o monopólio sobre determinadas atividades econômicas em face de sua relevância nacional. O objetivo da Constituição Federal ao monopolizá-las não foi o de propiciar lucro ao Estado ou incentivar sua participação em empreendimentos capitalistas, em regime de livre iniciativa e livre concorrência. Foi, isso sim, o de colocar sob exclusiva competência do Estado a gestão de determinados bens econômicos de relevo social nacional. Esses monopólios foram divididos entre os entes de federação de acordo com o princípio da predominância do interesse, antes mencionado. À União Federal foi reservado o monopólio da atividade de transporte do gás natural, assim como das demais atividades previstas no art. 177, da Constituição da República, porque tais atividades têm por finalidade prover o país (considerado em seu conjunto) de referido energético, evitando-se os riscos de desabastecimento decorrentes de oscilações próprias de mercado. Há um relevo social nacional, ou seja um interesse público federal, a justificar o monopólio da União sobre as reservas de gás e as atividades de pesquisa, lavra e transporte." (WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 22 fev. 2022).

Em síntese, portanto, tem-se os elementos característicos das atividades sujeitas ao monopólio da União:

a) são atividades econômicas em sentido estrito, que podem ser exploradas com todo o ferramental do modo de produção capitalista, distinguindo-se dos serviços públicos, que não são voltados à obtenção de lucro;
b) como atividades econômicas em sentido estrito, se aproximam da generalidade das atividades de livre iniciativa (art. 170 da Constituição), exercidas sob o regime de direito privado, e não sob o regime de direito público, como os serviços públicos; e
c) por razões estratégicas e por seu potencial de obtenção de **renda** (no sentido econômico de retornos extraordinários), essas atividades econômicas foram retiradas da livre exploração privada, de modo que a renda seja apropriada pela União.

Para além das limitações já apontadas pela doutrina para essa sistematização da forma de organização das atividades econômicas na Constituição, ficam evidentes diversas incongruências da teoria quando tais elementos são analisados especificamente em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural.

Em primeiro lugar, genericamente, sobre as diferenças essenciais invocadas entre os serviços públicos e os monopólios, repete-se a crítica já feita pela doutrina sobre a pouca aderência dessa classificação ao texto constitucional e sua limitada funcionalidade para explicar, no contexto da Constituição de 1988, a exploração de atividades econômicas, em sentido amplo, pelo Estado.

Isso porque, em uma crítica mais abrangente, a Constituição não define um rol de atividades às quais nomeie como serviço público. À exceção do transporte coletivo,[244] [245] ao

[244] Até a edição da Emenda Constitucional n. 9/1995, o inciso XI do art. 21 referia-se a "demais serviços públicos de telecomunicações", levando à interpretação de que os serviços expressamente nominados no inciso (serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados) também seriam, por força constitucional, serviços públicos. Com a redação dada pela citada Emenda, o texto não mais faz referência a serviços públicos, mas tão somente a "serviços de telecomunicações".

[245] "Todavia – e para esta parte do nosso estudo a constatação é de suma importância – a expressão não é usada pela norma constitucional ao se referir aos serviços de telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; de instalação de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água; navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário; transporte rodoviário; portos marítimos, fluviais; e serviços locais de gás canalizado (arts. 21 e 25). Em momento algum a Constituição qualifica tais empreendimentos econômicos como 'serviço público' (nada obstante, reitere-se, ter se valido da expressão por 36 vezes ao longo do texto normativo). Quando muito, o art. 30 trata da competência municipal para os 'serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo' – aqui, de modo literal. Esta escolha do legislador constituinte não pode ser deixada de lado pelo intérprete, que está proibido

qual expressamente se refere como serviço público de interesse local, no art. 30, V, e dos serviços públicos de saúde, materialmente não há uma definição constitucional do que é ou não serviço público.[246,247] A Constituição apenas define que aquelas atividades que forem serviços públicos são incumbências prestacionais do Estado, que deve prestá-las na forma do art. 175.

Apesar de não haver essa menção expressa, a doutrina majoritária aparta, de forma essencialista, por exemplo, o regime dos dutos na indústria do gás natural: (i) aqueles de competência federal, previstos no art. 177, IV, estão submetidos ao regime de monopólio; e (ii) aqueles de competência estadual, previstos no art. 25, § 2º, de competência estadual, estão submetidos ao regime de serviço público.

Uma importante constatação feita e que reforça a tese defendida no presente trabalho é que, (i) historicamente, apesar de a monopolização do transporte dutoviário ter ocorrido antes da Constituição de 1988, não havia a diferenciação entre o regime de dutos, submetidos à competência federal ou estadual; e, (ii) nos debates da Constituinte, a previsão original mantinha essa conformação, apenas prevendo que a União poderia ceder aos estados e municípios o direito de realizar serviços de canalização e distribuição de gás natural, para uso doméstico.[248]

---

de carregar a qualificação jurídico-normativa das atividades disciplinadas pelo art. 175 (que só se refere a concessões e permissões) como 'natural' a todas aquelas prescritas no art. 21 (ou em qualquer outro dispositivo constitucional), em todos os seus momentos de execução. A Lei Fundamental afastou tal qualificação. Excluiu a noção de serviço público das normas que não se submetam à(s) lei(s) especial(is) demandada(s) pelo art. 175. O intérprete pode até achar que seria 'bom', 'tradicional' ou 'natural' que os serviços do art. 21 fossem, todos e de modo irrestrito, qualificados de 'públicos'. Mas não é isso o que a norma constitucional prescreve – e, em sede de aplicação normativa, deve imperar a Constituição." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 32, out./dez. 2019).

246 "A redação literal dos dispositivos supracitados em momento algum qualifica as atividades arroladas e dispõe se ela são ou não serviços públicos, ao contrário do que faz a Constituição, por exemplo, ao tratar do serviço público de saúde (art. 198), de transporte coletivo de passageiros (art. 30, IV), e o ADCT, ao tratar das telecomunicações (art. 66). Aliás, nem é esse o intento do art. 21: se utilizado como norte hermenêutico o "critério topográfico", nota-se que a finalidade do art. 21 é disciplinar as competências da União enquanto ente federativo, em contraste com os demais (Estados e Municípios), destacando materialmente atividades que somente ela, e nenhum outro sem seu aval, pode desempenhar." (MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência**. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 139).

247 "[...] a finalidade do art. 21 não se relaciona com a diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. O dispositivo se volta à discriminação de competências entre os diversos entes federais. Sua função consiste em identificar a competência da União em face dos demais sujeitos que integram a Federação. A disciplina da atividade econômica (em sentido amplo) não foi consagrada no art. 21, mas em outro título constitucional" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 46).

248 Fase: A – Anteprojeto do Relator da Subcomissão
"Art. 19 - Constituem monopólio da União:

Especificamente sobre o transporte dutoviário de gás natural, a classificação se mostra pouco aplicável ao caso concreto, seja pelas razões que teriam supostamente levado o Constituinte a dar um tratamento diferente ao rol de atividades do art. 177, seja pelas consequências derivadas desse tratamento diferente (que infirmariam as próprias razões estratégias que supostamente teriam levado à retirada da atividade do âmbito da livre iniciativa).

Como referido, em uma simplificação didática, para distinguir o "regime de serviço público" do "regime de monopólio", a motivação usualmente trazida é a de que, enquanto os serviços públicos são atividades econômicas necessárias ao provimento de uma utilidade individualizável à coletividade e que devem ser prestadas independentemente de serem lucrativas, os monopólios são atividades industriais rentáveis e reservadas ao Estado por razões fiscais ou estratégicas.

Fosse verdadeira tal descrição estanque da natureza das coisas, o transporte dutoviário de gás natural estaria muito mais próximo dos traços supostamente característicos de um serviço público do que dos elementos peculiares de um monopólio. Isso porque (i) é atividade econômica; (ii) é uma utilidade individualizável passível de ser provida à coletividade; e (iii) dadas as falhas de mercado observáveis em infraestruturas que podem se organizar como monopólios naturais,[249] até determinado nível de demanda, é provável que o transporte dutoviário de gás natural não seja economicamente viável (se afastando da narrativa de especial lucratividade pretensamente distintiva dos monopólios públicos).

Sobre esse último ponto, inclusive, retoma-se a advertência anteriormente feita de que diversas das obrigações normalmente associadas ao regime de serviço público estão relacionadas ao fato de os serviços públicos econômicos serem prestados em indústrias de rede, nas quais a infraestrutura física que serve de base à exploração do(s) serviço(s) costuma configurar monopólio "natural". Ou seja, esses princípios têm por fundamento

---

I - A pesquisa, a lavra, o refino, o processamento, a importação e exportação, o transporte marítimo e em condutos, do petróleo e seus derivados e do gás natural, em território nacional;
II - A pesquisa, a lavra, o enriquecimento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e materiais férteis e físseis.
§ 1º - O monopólio descrito no inciso I, deste artigo, inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades ali mencionadas, ficando vedado à União conceder qualquer tipo de participação, em espécie, em jazidas de petróleo ou de gás natural.
§ 2º - A União poderá ceder aos Estados e Municípios o direito de realizar os serviços de canalização e distribuição do gás natural, para uso doméstico." (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Centro de Documentação e Informação.** Quadro histórico artigo 177 da Constituição Federal de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação. p. 10. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/31179/quadro_historico_%20art.177.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 fev. 2022).

[249] Ver Seção 3.

empírico/econômico técnicas de regulação de falhas de mercado que estão igualmente presentes no caso do transporte dutoviário de gás natural[250] [251] (conforme Seção 3).

Esclarece-se que não se pretende defender, aqui, que o transporte dutoviário de gás natural deveria ser explorado sob o regime de serviço público, mas tão somente expor que a apartação conceitual entre o regime de serviço público e os monopólios do art. 177 da Constituição com base em noções apriorísticas de cada um deles não é suficientemente robusta.

Ainda sob a perspectiva das justificativas que teriam levado ao monopólio, se as razões fiscais, de lucratividade supranormal, podem estar presentes na pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, tal justificativa não é necessariamente encontrada em relação às demais atividades do rol do art. 177. Com exceção dos controles sobre a importação e exportação (art. 177, III), que poderiam ser utilizados para modular a lucratividade da produção nacional de hidrocarbonetos, como um instrumento de proteção ao mercado doméstico, as demais atividades previstas são relacionadas a infraestruturas (art. II e IV) de refino e de movimentação (por dutos ou terminais) ou à exploração de minérios e minerais nucleares. A justificativa fiscal – historicamente centrada na atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos –, portanto, não é representativa da motivação que teria levado à monopolização de todas as atividades presentes no rol do art. 177 da Constituição.

---

[250] Como exemplo dessa associação necessária feita pela doutrina entre monopólio natural e serviço público cita-se: "Como se sabe, determinadas atividades, por demandarem a aplicação de alta tecnologia e investimentos financeiros irrecuperáveis em infraestrutura, constituem, necessariamente, verdadeiro **monopólio natural**, conforme a definição da literatura econômica. O acesso de concorrentes à atividade monopolizada levaria a uma rentabilidade muito inferior àquela que motivou os investimentos, tornando-os inviáveis economicamente. É sob essa perspectiva, por exemplo, que se defende o direito de exclusividade no acesso ao **Eurotúnel** durante determinado período, para que haja retorno dos enormes investimentos realizados. Daí a necessidade de os serviços que encerram um **monopólio natural** serem submetidos ao regime jurídico de concessão, com um único agente a prestá-los, ainda que por determinado período, pois só assim se tornam atrativos os pesados investimentos no desenvolvimento da infraestrutura necessária à manutenção ou expansão desses serviços e, ao mesmo tempo, resta assegurada a cobrança de tarifas módicas dos usuários, satisfazendo-se por completo o interesse público." (WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 12, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 22 fev. 2022).

[251] "No Brasil, seguindo a tradição do direito europeu continental, as utilidades essenciais são reguladas pelo regime jurídico dos serviços públicos. Do ponto de vista econômico, todavia, tal regime traduz uma intensa regulação estatal incidente, via de regra, sobre a entrada (licitação), preços (tarifas públicas), qualidade e quantidade dos serviços a serem ofertados aos usuários. A diferença fundamental é que parte substancial da regulação se contém nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, sendo complementada e gerida por agências reguladoras, em alguns setores, ou por órgãos e entidades comuns da Administração Pública, em diversos outros." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 188).

A nosso ver, a inclusão da atividade de transporte dutoviário no rol do art. 177 não parece ter se dado por uma razão rentista, em primeiro lugar porque, logicamente, não seria necessário. Considerando que a União controla todas as etapas de oferta no atacado, não seria preciso estabelecer o monopólio da infraestrutura com um objetivo rentista, pois, na ausência de competição na oferta, seria suficiente a elevação dos preços do bem em si para maximizar as margens de exploração da atividade. Não seria imprescindível, com esse objetivo especificamente, controlar a infraestrutura para que houvesse o incremento de margens, seja diretamente no preço cobrável pelo uso da infraestrutura, seja na margem cobrável pela oferta da molécula.

Sobre esse ponto, poder-se ia contra-argumentar que, caso fosse permitido a terceiros a construção e operação desses dutos, o proprietário da infraestrutura poderia cobrar margens elevadas da União enquanto usuária da infraestrutura. Esse argumento, contudo, pressupõe que haveria interesse de terceiros na construção e operação dessas infraestruturas e que seria possível a esse terceiro exercer poder de mercado contra a União. Fosse essa a justificativa, haveria aqui outra ruptura lógica, pois a possibilidade de aumento de preços acima de seu custo pelo controlador da infraestrutura necessária para acesso aos compradores do bem pressupõe uma restrição de capacidade (uma demanda de utilização maior do que a capacidade – existente ou futura). Sendo a União o único usuário possível do lado da oferta, e não havendo exclusividade desse terceiro, não haveria a restrição de capacidade, inclusive porque ela poderia ser construída pela própria União. Em termos mais pragmáticos, ficassem elevadas as margens do terceiro, a União poderia simplesmente construir a infraestrutura para sua utilização. Ou seja, a razão de potencial obtenção de lucros abnormais não parece ser ou ter sido a justificativa de monopolização da atividade pela Constituição de 1988.

Ultrapassada a questão fiscal, restaria ainda a justificativa genérica de que o monopólio da atividade tenha se dado por uma razão estratégica. No entanto, pergunta-se: qual seria essa razão estratégica? Seria garantir o abastecimento nacional? Esse seria motivo suficientemente forte para exclusão da iniciativa privada? O acompanhamento da oferta e demanda e os instrumentos de fomento não seriam suficientes para assegurar investimentos e garantir o abastecimento nacional? Se essa foi a razão e a exclusão da atividade de transporte dutoviário de gás natural tiver sido necessária para suprir um “déficit essencial” de investimentos privados na atividade, pelos vultosos investimentos iniciais demandados e pela especificidade do ativo, também aqui parece fragilizada a diferença essencialista feita entre as atividades que foram objeto de reserva constitucional por serem serviços públicos.

Seria garantir segurança de operação, etc.? Tampouco nos parece o caso, porque mais uma vez se fragiliza a distinção entre serviços públicos e monopólios. Ora, se para ter segurança seria necessário criar um monopólio, quer dizer que nos serviços públicos se pode operar sem segurança? Não faria sentido, por esse ponto, a diferenciação. Além do mais, a tutela de questões ambientais e de segurança operativa é possível mesmo pelo exercício do poder de polícia, nos termos do art. 174 da Constituição e, caso necessário o controle *a priori* desses parâmetros, este poderia ser feito com base no art. 170, parágrafo único, da Constituição. Nesse caso, por essas razões, não seria necessário monopolizar.

Tendo em vista o histórico de monopolização da atividade de transporte dutoviário de gás natural, feito a reboque da monopolização do refino e dos meios de transporte do petróleo e seus derivados, parece que a retirada dessas atividades do âmbito de exploração pela livre iniciativa foi feita sob um afã nacionalista, com a preocupação de garantir o abastecimento do mercado doméstico e de substituição de importações. Vale observar que as justificativas trazidas à época da monopolização das atividades de *midstream* e *downstream* da indústria do petróleo eram superar um déficit de investimento privado nesses segmentos e assegurar a disponibilidade de infraestrutura, principalmente de refino, com o objetivo de garantir o abastecimento do mercado doméstico e substituir a importação de produtos acabados (com o objetivo de proteger a balança comercial nacional).

O déficit de investimentos nas infraestruturas que podem se organizar sob a forma de monopólio natural usualmente é associado também a essa própria característica, pois, até determinados níveis de demanda, a forma mais eficiente de explorar a atividade é através de um agente único. A competição, nesse caso, pode gerar uma exploração subótima da atividade do ponto de vista da sociedade. Além disso, o investimento inicial elevado e a necessidade de recuperação do investimento no longo prazo demandam alguma previsibilidade em relação aos recebíveis.

Essa motivação, de inviabilidade ou de otimização de resultados globais da atividade com a ausência de competição, própria das atividades que podem se apresentar como monopólios naturais, estava expressamente enunciada, no § 8º do art. 157 da Constituição de 1967, como uma das possíveis razões de criação de um monopólio pela União (o que, no contexto daquela Constituição, podia ser feito por lei). O artigo dispunha que a intervenção no domínio econômico e a criação de monopólios poderia ser feita por lei federal “quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser

desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".[252]

Ou seja, retoma-se aqui o fundamento de regulação de falhas de mercado em indústrias que se apresentam (ou possam se apresentar) como um monopólio natural. O monopólio da atividade surgia como o instrumento jurídico necessário à adoção dos remédios econômicos utilizados para mitigar a falha de mercado, quais sejam, o estabelecimento de um operador único para a infraestrutura.

Nesse ponto, retoma-se a crítica sobre a pouca aderência das reflexões essencialistas a respeito dos serviços públicos e dos monopólios jurídicos, particularmente no que se refere às consequências dos diferentes regimes de exploração. Ora, se a reserva da atividade (e a consequente exclusividade) se dá por uma questão de inviabilidade/não desejabilidade de competição para mitigar uma falha de mercado, essa razão se apresenta pela organização econômica da atividade e ela continuará presente quando estiver sendo explorada por um privado. Em outros termos, a contratação de um privado para exploração da atividade na forma do art. 177, § 1º, não parece levar à supressão da barreira à entrada existente e que, *ipso facto*, dali em diante, a atividade passe a ser explorada integralmente como atividade econômica em sentido estrito, com liberdade de iniciativa.

Isso porque, se a inclusão da atividade de transporte dutoviário no regime de monopólio (sem contratação) tinha por razão estratégica que sua exploração se desse – ou pudesse se dar – por um único operador (tratado como um monopólio natural), ela já seria à partida incompatível com o regime integral de liberdade de preços e quantidade. O combo da "regulação de monopólio natural" não permitiria, porque o sentido de dar exclusividade é concentrar eficiência e transferir isso para a sociedade. Como observado, tampouco seria necessário impor a exclusividade com o objetivo de criar renda (pois essa renda poderia ser extraída da comercialização da molécula).

Com o regime de monopólio com contratação, persistiriam as razões que, em teoria, motivaram sua inclusão no rol do art. 177: a possibilidade de regulá-la como um monopólio natural, valendo-se do arsenal de intervenção usualmente adotado para mitigação dessa falha de mercado. Agora, presumindo-se verdadeira a premissa de que essas atividades seriam exploráveis integralmente sob os ditames da livre iniciativa, seja quando eram exploradas apenas pela União, seja quando exploradas por um privado contratado, a União estaria impossibilitada de impor a esse privado uma das principais variáveis do pacote de regulação

[252] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

de monopólio natural (qual seja, o controle abstrato, *ex ante* ou *ex post*) da quantidade ofertada, da renda do monopolista e a imposição setorial do acesso de terceiros (já que a duplicação da infraestrutura acessada não é permitida).

Todas essas razões, portanto, demonstram que a tradicional apartação conceitual feita entre os serviços públicos e os monopólios não se sustentam. No objeto específico do presente trabalho, a inaplicabilidade dessa separação fica sobremaneira evidente, uma vez que, em termos de narrativa, o transporte dutoviário de gás natural tem características de organização econômica mais próximas daquelas usualmente associadas às atividades tratadas pela doutrina como destinadas a serem serviços públicos.

Na seção seguinte, passa-se a analisar, então, a leitura adotada para o significado da reserva constitucional da atividade, como um espectro especial de conformação do modo de exploração dessas atividades outorgado pela Constituição ao legislador infraconstitucional.

4.1.1 O conteúdo da competência

Como defendido por parte da doutrina,[253] ao invés de remeterem a um regime essencialista de exploração da atividade, as previsões constitucionais que reservam tal ou qual atividade a um ente da Federação devem ser lidas como atribuições de competências materiais ou prestacionais. Tal leitura seria aplicável tanto aos art. 21, art. 25, § 2º, e art. 30, V, da Constituição de 1988 – usualmente classificadas como serviços públicos – quanto ao art. 177 da Constituição de 1988 – usualmente tratadas como monopólio.

Como sabido, a Constituição de 1988 estabelece a arquitetura da repartição de competências – materiais e legislativas – e de receitas e rendas entre os entes da Federação, que são um dos elementos fundantes do federalismo. No que diz respeito às competências materiais e legislativas, estas são fixadas, sobretudo, pelo alcance do interesse envolvido: aquelas reputadas de interesse geral foram atribuídas à União, as de interesse local, aos municípios e, no caso dos serviços locais de gás canalizado, aos estados. Em matéria legislativa, atribui-se aos estados a competência para legislar sobre as matérias que não sejam

[253] As primeiras divergências desta interpretação em face daquela tradicional estão no *locus* e **fundamento** constitucional da dicotomia. Uma sua consequência já anunciada é a aproximação dos monopólios do art. 177 às atividades do art. 21. De resto, ao art. 175, sede constitucional da regulação do serviço público, atribui-se um papel específico, instrumental.

de competência da União ou dos municípios, nem de competência concorrente (art. 25, § 1º).[254]

As competências materiais podem ser exclusivas ou comuns.[255] Via de regra, a doutrina[256] associa o art. 21 e o art. 30, V, como as fontes das competências materiais exclusivas da União[257] e dos municípios, respectivamente, e o art. 23 como aquele das competências materiais comuns à União, aos estados e aos municípios. No que diz respeito às competências legislativas, estas são classificadas em exclusiva, privativas,[258] concorrentes e suplementares.[259] As competências legislativas exclusivas corresponderiam ao art. 25, §§ 1º e 2º, as privativas, ao art. 22, as concorrentes corresponderiam àquelas do art. 24 e as suplementares àquelas dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 24.

---

254 "Os temas que não sejam objeto de lei federal ou municipal, nem de competência concorrente (art. 24), serão regulados em lei estadual." (SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 273, 1993).

255 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 483.

256 Por todos, cita-se: "Isso permite falar em espécies de competências, visto que as matérias que compõem seu conteúdo podem ser agrupadas em classes, segundo sua natureza e seu vínculo a função de governo. Sob esses vários critérios, podemos classificar as competências em dois grandes grupos com suas subclasses: (1) competência material, que pode ser (a) exclusiva (art. 21); (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) competência legislativa, que pode ser (a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º); (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); (d) suplementar (art. 24, § 2º)." (Idem, p. 484).

257 Nesse sentido, ver: SILVA, op. cit., p. 483; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 115; BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição de gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 7, p. 1-23, ago.-out. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=127. Acesso em: 10 fev. 2022. P. 172

258 Cita-se a diferença entre exclusiva e privativa apenas por fidelidade aos textos pesquisados quando da elaboração do presente trabalho. Segundo a doutrina, seria válida tal diferenciação em virtude de para as competências exclusivas não haver previsão de delegação, enquanto para as competências privativas do art. 22 o parágrafo único do dispositivo prevê a possibilidade de lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias ali previstas. A própria doutrina, contudo, reconhece que essa classificação não encontra um respaldo rigoroso no texto da Constituição, vez que os termos exclusivo ou privativo não são utilizados com consistência. Nesse contexto, concorda-se com a crítica feita por Almeida: "Não é que não consideremos válido estabelecer uma classificação das competências assentada no critério da delegação, agrupando-as em delegáveis e indelegáveis. Trata-se de um critério aceitável como tantos outros com base nos quais é possível construir classificações doutrinárias. O que não nos parece apropriado, no entanto, é extremar mediante o uso dos termos "privativo" e "exclusivo" as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se "privativo" não exprimisse, tanto quanto "exclusivo", a ideia do que é deferido a um titular com a exclusão dos outros." (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 86).

259 "A diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada. Assim, no art. 22 se deu competência privativa (não exclusiva) à União para legislar sobre: [...], por que (*sic*) parágrafo único faculta à lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse artigo. No art. 49, é indicada a competência exclusiva do Congresso Nacional. O art. 84 arrola a matéria de competência privativa do Presidente da República, porque o seu parágrafo único permite delegar algumas atribuições ali arroladas. Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, por exemplo, que nos arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que se trata de competência privativa. Não é deste último tipo, porque são atribuições indelegáveis." (SILVA, op. cit., p. 484).

Essa classificação, contudo, está centrada em uma simplificação didática para tentativa de sistematização das competências previstas na Constituição. Na prática, o escrutínio de cada um dos dispositivos constitucionais que imputam competências aos respectivos entes da Federação, vê-se que elas estão postas de forma não sistematizada nos diferentes dispositivos.[260] [261] Não é parte do presente estudo uma digressão conceitual para aprofundar o tema, mas válido o registro de que esse recorte didático acaba por (i) uniformizar equivocadamente a previsão dos diferentes dispositivos (quando, na verdade, por vezes, os incisos preveem conteúdos materiais ou legislativos;[262] e, no caso da competência material, defende-se haver, por arrasto, também a competência legislativa); e (ii) deixar de contemplar outros dispositivos constitucionais que também preveem competências materiais ou legislativas para entes distintos da Federação, cujo enquadramento na categoria de **competência** não aparece no texto constitucional de modo tão explícito ou óbvio e requer mais esforço hermenêutico para sistematização.[263]

Analisando-se o rol constitucional que a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente tratou como serviços públicos (i.e., art. 21, art. 25, 2º, e art. 30, V) observa-se que, na verdade, pela literalidade do texto constitucional, trata-se de um rol de competências materiais exclusivas atribuídas a diferentes entes da Federação. Como já referido, em sua redação vigente, com exceção dos serviços públicos de saúde e de transporte coletivo, a Constituição de 1988 não qualificou essas atividades reservadas como serviços públicos. Disse tão somente que elas competem, com exclusividade, a um ente da Federação. Não é diferente, portanto, do que fez com relação àquelas atividades do art. 177.

---

[260] "Mas o constituinte de 1988, inspirado no modelo constitucional alemão, introduziu forma mais moderna de repartição cooperativa de competências, caracterizada por uma inter-relação concorrente de atribuições, num complexo mecanismo em que são geometricamente fracionadas em verticais, horizontais, privativas, remanescentes, sucessivas, exclusivas, numa multiplicidade que impressiona e até confunde." (SAMPAIO, Leandro A. N. Sobre a competência constitucional concorrente do Estado-Membro em matéria previdenciária. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 34, n. 71, p. 54, 2013).

[261] "Tudo isso é fácil de falar e difícil de fazer. Na prática, reina confusão a respeito da distribuição de certas competências legislativas e administrativas entre os entes da Federação, inclusive com vacilações jurisprudenciais." (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 291).

[262] É o caso, por exemplo, da competência do art. 25, § 2º, da Constituição, mencionada no exemplo citado como uma competência legislativa dos Estados. Na verdade, a competência do art. 25, § 2º, da Constituição tem conteúdo prestacional tal qual as competências da União do art. 21, por isso mais bem qualificada como uma competência material.

[263] "Esse exercício nem sempre é fácil, porque a divisão de temas feita pela Constituição através de vários critérios diferentes, que por vezes provocam aparente superposição de competências, só solucionável com a sistematização e comparação." (SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 273, 1993).

Nesse ponto, concorda-se com a interpretação feita por Sundfeld do art. 173 da Constituição, de que a livre iniciativa é o tratamento presumido pela Carta Magna às atividades econômicas e que os "**serviços públicos**" nada mais seriam que atividades econômicas que essa lei maior decotou da esfera de autonomia dos privados e atribuiu – como competência – a algum ente da Federação. Em seus exatos termos: "É que os serviços públicos, em sua natureza, nada mais são que atividades econômicas, reservadas ao Poder Público".[264] O único ajuste proposto em relação à interpretação dada pelo Ilustríssimo Professor é que esse quadrante de exclusão *a priori* da livre iniciativa (i) não é o que qualifica a atividade como serviço público, pois nem todas as atividades reservadas a um ente da Federação precisam ser tratadas como serviço público e atrair a incidência do disposto no art. 175 da Carta;[265] e (ii) inclui também as atividades do rol do art. 177, por igualmente retirarem do escopo de livre penetração da iniciativa privada. Constitucionalmente, não há diferenciação entre o regime de exploração das atividades reservadas. Todas aquelas que foram objeto da *publicatio* representam competências públicas de exclusão *a priori* da iniciativa privada.

A ideia de que determinado rol de atividades, a exemplo das previstas no art. 21 da Constituição, deve ser necessariamente explorado sob o regime de serviço público já foi desconstruída na prática e pela doutrina, motivada, principalmente, pela constatação econômica de que atividades verticalizadas às redes poderiam ser exploradas em regime de competição.

Em consequência, as competências previstas para a União nos arts. 21 e 177 da Constituição Federal não têm, no texto constitucional, uma apartação essencialista.[266,267] Há

---

[264] "É que os serviços públicos, em sua natureza, nada mais são que atividades econômicas, reservadas ao Poder Público; a doutrina tem demonstrado inexistir uma atividade que seja serviço público por natureza. O artigo 173 confere aos particulares a titularidade das 'atividades econômicas' (que o Poder Público só explora por exceção e mesmo assim num regime de direito privado). Ora, as 'atividades econômicas' a que se refere o artigo 173 são justamente as que, por não terem sido conferidas pela Constituição ao Poder Público, não foram rotuladas como serviço público. Assim, são da titularidade dos particulares as atividades econômicas remanescentes, isto é, as que a Constituição não tenha conferido aos Poderes Públicos (chamando-as 'serviço público')." (SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 280, 1993).

[265] "Em outras palavras, nem toda atividade econômica imputada ao Estado (competência pública) será, apenas por isso, 'serviço público'." (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 49).

[266] "Cumpre reiterar, por fim, que o artigo 21 não esgota o elenco das competências materiais privativas da União. Como já se teve oportunidade de dizer, há desdobramentos delas, e mesmo a previsão de outras, ao longo do texto constitucional. A título de exemplo, lembraríamos que no artigo 164 e seus parágrafos volta-se a cuidar da competência para emitir moeda, deferida com exclusividade ao Banco Central, e no artigo 176 e seus parágrafos trata-se em detalhes da pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de energia hidráulica. Por outro lado, nos termos do artigo 177, constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos, a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, a

razões históricas da diferenciação, principalmente porque o monopólio constitucional era restrito às atividades de exploração e produção. Tais razões estão datadas e, em relação às demais atividades da indústria do petróleo e gás inseridas no rol do monopólio constitucional, sequer estavam presentes as razões históricas para diferenciação entre monopólio e serviços públicos. Ao que consta, elas foram posicionadas no art. 177 a reboque da exploração e produção, com a transposição para o texto constitucional das atividades previstas na Lei n. 2.004/1953.[268]

Portanto, ao invés da divisão clássica entre serviços públicos, monopólio e atividade de livre iniciativa, adota-se por premissa, neste trabalho, a divisão entre atividades reservadas e atividades não reservadas. As atividades reservadas seriam aquelas cuja Constituição imputou competência material a um ente da Federação para explorá-las ou para delegar sua exploração a um parceiro privado,[269] [270] em relação aos quais o legislador possui maior

importação e exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades mencionadas, o transporte marítimo do petróleo e seus derivados e a pesquisa, lavra, enriquecimento, processamento, industrialização e comércio de minérios nucleares." (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 97).

267 Com uma posição de concordância parcial com a tese, por ver aproximações entre os dois regimes, mas por defender que se preserva a razão original de segregação dos serviços públicos e dos monopólios na Constituição, cita-se: "E é esta a nossa tese: atualmente, há enorme proximidade, na prática, entre o regime de monopólio público do petróleo e o regime de serviço público. Em ambas, o instrumento de delegação das atividades é a concessão (no caso das áreas estratégicas e do pré-sal, a partilha de produção), em ambas, a titularidade continua com o Estado. Qual a diferença? Resta, ainda, uma diferença por assim dizer ontológica, na essência das atividades. O "interesse público" por detrás do serviço público é um interesse de satisfação de necessidades coletivas, de oferecimento de comodidades aos cidadãos. O "interesse público" que anima o monopólio público é um interesse estratégico, de segurança nacional, de defesa do país, de controle de substâncias perigosas (exemplo: material nuclear), tudo isso muitas vezes qualificado por um interesse fiscal. Na essência, o serviço público atende a um interesse público, na melhor raiz do termo; o monopólio público atende a um interesse do Estado do que a um interesse público (embora com esse obviamente possa ser incompatível)." (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na Economia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 262-263).

268 BRASIL. **Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sôbre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2004.htm. Acesso em: 1º jul. 2022.

269 Nesse sentido e pela assertividade da explanação, cita-se: "Conforme argumentado acima, o ponto de discordância com relação a tais posicionamentos reside no fato de que, a nosso ver, não é possível enquadrar as atividades do art. 21 da CF/88 como atividades econômicas privadas, visto se tratar de atividades de titularidade necessariamente pública. De qualquer forma, as passagens servem para ressaltar que, como o art. 21 não fala em serviços públicos, e sim de atividades públicas, estas não serão necessariamente qualificadas como serviços públicos (e, consequentemente, não serão desempenhadas sob o regime dos serviços públicos), podendo ou não se qualificar como tal – inclusive concomitantemente – a depender das escolhas do legislador. Trata-se de "atividades-coringa", mas parametrizadas por um fato importante: sua titularidade é *ab ovo* atribuída ao Estado (União). Destarte, na linha aqui perseguida, assiste plena razão a Egon Bockmann MOREIRA ao afirmar que a atividade autorizada nos termos do art. 21, XII e XIII da Constituição surge como um *tertium genius*, ou seja, algo que se situa entre o serviço público e entre a atividade econômica em sentido estrito: não se trata de serviço público, posto que este não pode ser alvo de autorização, nos termos do art. 175 da CF; mas também não se trata de uma atividade econômica em sentido estrito (ao menos não "ordinária"), porquanto não é titularizada pelos privados, e sim pelo Estado. O autor propõe, para definir tais atividades, a expressão 'atividades econômicas especialmente reguladas'." (MENEGAT, Fernando. **Serviço**

margem de conformação para determinar o desenho de mercado que deve ser adotado quando da exploração da atividade pelos delegatários.[271] As atividades não reservadas seriam aquelas em relação às quais não houve a imputação de competência exclusiva a um ente específico da Federação e integram a esfera de direitos dos privados.

O que significa, contudo, o conteúdo destas competências materiais? Quais direitos e obrigações elas encerram, em última análise, para seu titular?

O termo competência é definido pela doutrina como o feixe de atribuições imputadas a determinado ente da Federação ou órgão da Administração que delimita sua esfera de atuação.[272,273,274] De outro ângulo, a demarcação da competência de um ente importa na

---

público, regulação e concorrência. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 150)

[270] "Aqui se configura o capitalismo de Estado à brasileira, no qual os Poderes Públicos podem empreender, eis que donos de bens e atividades econômicas. Titularidade que é, porque atribuída em sede constitucional, impossível de ser livremente transferida às/iniciada pelas pessoas privadas. Se a propriedade é um feixe de direitos, apenas alguns deles podem ser destacados da entidade pública e atribuídos à iniciativa privada, sempre sob o manto da legalidade. O que se torna viável, portanto, é a gestão privada de tais bens e atividades, por prazo certo, através de negócios jurídicos tipificados normativamente (concessões, permissões, autorizações, parcerias público-privadas etc.) – alguns dos quais disciplinados no art. 175." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 15-16, out./dez. 2019).

[271] "Outro dado muito significativo – inclusive para interpretarmos o art. 175 da Constituição – está no fato de que o art. 21, em momento algum, se vale da expressão 'serviço público'. Quando trata de atividades cuja exploração é imputada à União, apenas preceitua que ela poderá ser direta ou por meio de concessão, permissão e autorização. Esse fato é sobremaneira importante para compreendermos a variedade de regimes jurídicos a que foi submetida a exploração de tais atividades econômicas (definidos pela legislação infraconstitucional). Por conseguinte, não existe na Constituição o sistema bipolar fechado público-privado para a instituição dos estatutos jurídicos de exploração de tais bens e serviços, cabendo ao legislador ordinário a relevante tarefa de, caso a caso (ou em termos gerais), momento a momento, definir quem, onde, quando e como se dará a respectiva gestão. O que faz variáveis, no tempo e no espaço, os regimes jurídicos de conjugação dos verbos do art. 21 – e sua disciplina é de competência infraconstitucional. O desenvolvimento de tais atividades pode estar (ou não) ligado ao art. 175. Logo, podem vir a configurar (ou não) serviços públicos. Mas, uma coisa é certa: são áreas de ação econômica cuja iniciativa, administração e reserva são cometidas à União. Existem barreiras de entrada à iniciativa privada (que serão vistas mais abaixo)." (Idem, p. 17).

[272] "**Competência** é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. **Competências** são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções." (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 483). Para Canotilho, "Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas, bem como os meios de acção ('poderes') necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

[273] "No direito público, as atribuições de cada órgão ou autoridade recebem o nome de competência. Competência significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade públicos para realizar determinadas atividades." (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 73).

[274] "[...] a competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente

exclusão desse quadrante da esfera de ação dos demais entes ou órgãos.[275,276] Mesmo no caso das competências comuns ou concorrentes, são alijados da iniciativa todos os demais, não titulares da competência.

No caso das competências arroladas no art. 21, no art. 25, § 2º, no art. 30, V, e no art. 177 da Constituição, tais competências são competências materiais,[277] prestacionais,[278] e sem diferenças ontológicas entre elas em função de sua disposição no texto constitucional. Nessas hipóteses, o Estado titular da competência é chamado não apenas a ordenar a atividade econômica prestada (como o é na generalidade dos casos, conforme determinação do art. 174), a legislar sobre o tema (nos termos da competência legislativa nominadas no texto constitucional) ou ser titular de um bem público (nos termos do art. 176), mas, se necessário à tutela de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, a satisfazer concretamente as utilidades resultantes do exercício de sua competência exclusiva.

No que diz respeito ao caráter conformador da atividade, entende-se que este não é um elemento criado pela existência da competência material/prestacional exclusiva em questão. Ele é resultante da determinação do art. 174 da Constituição, que atribui ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica. Em contrapartida, entende-se também que a existência da competência material não elimina a competência em relação a esse papel, pelo contrário. Válido lembrar que aqui também se trata de competências incidentes sobre

---

conferidos para a satisfação de interesses públicos." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144).

275 "Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim." (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 435).

276 "A índole da primeira é a de separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma área própria, consistente em toda uma 'matéria' (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, a ele reservada, com exclusão absoluta da participação, no seu exercício, por parte de outro ente. Daí falar-se, a propósito de tais competências, em competências 'privativas' ou 'reservadas'." (FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 1. Arts. 1º ao 43. São Paulo: Saraiva, 1990a. p. 155).

277 "Em primeiro lugar, trata-se de uma competência material ou administrativa, entendida, por tradicional contraposição à legislativa, como aquela cujos deveres correspondentes são satisfeitos por atos concretos realizados pelo Poder Público (e não abstratos). Dentro da classe, várias são as classificações ulteriormente possíveis, tal aquela que se distingue entre competência material, econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária." (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 47).

278 Nesse ponto, cita-se a referência para qualificação do conteúdo de uma competência prestacional, com a ressalva de que se discorda da associação feita entre competência prestacional e serviços públicos ou intervenção do Estado no domínio econômico feita sob a forma prescrita no art. 173 da Constituição: "A função administrativa prestacional é composta dos poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais. Traduz-se, em especial, no instituto do serviço público. Mas também aí poderia estar abrangida a intervenção direta do Estado no domínio econômico, autorizada e disciplinada no art. 173 da CF/1988." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 115).

atividades econômicas, retiradas da livre exploração pela iniciativa privada. O papel de conformador da atividade coexiste, portanto, com a competência prestacional e não lhe subtrai validade.

No que diz respeito à competência legislativa, compreende-se que ela decorre, por arrasto, da competência prestacional, na extensão (i) da exata medida necessária para viabilizar a prestação daquela atividade, diretamente ou mediante delegação a terceiros; e (ii) da limitação de competência imposta pela existência de uma competência nominada de outro ente da Federação sobre o tema (seja no caso de uma competência legislativa exclusiva atribuída a outro ente, seja no caso da competência legislativa concorrente quando se tratar de normas gerais).[279] Como se verá na seção adiante, esse ponto é de fundamental importância na indústria do gás natural para a interpretação sistemática da delimitação de competências entre a União e os estados.

Especificamente sobre a dimensão da competência que impõe a seu titular satisfazer concretamente as utilidades resultantes do exercício de sua competência exclusiva, importante detalhar a qualificação feita acima sobre o dever de exercício sempre que necessário à tutela de outros bens jurídicos com guarida constitucional. A conceituação da competência pública como um dever-poder,[280] como adequadamente feita pela doutrina, não nos parece que afaste, mas permite um nível de inatividade consciente, desde que tal inatividade não prejudique a satisfação de outros deveres-poderes da Administração. Ora, se o exercício dessa competência é o único meio ou o meio mais eficiente de se tutelar outro bem jurídico constitucional, o Estado não poderá se furtar ao exercício da competência, vez que aqui seu papel não se esgota com a função de ordenador da atividade econômica prevista no art. 174 da Constituição. Ao contrário, no caso das atividades sujeitas à *publicatio*, como a atividade foi retirada da livre entrada dos agentes econômicos privados, o Estado é o único aprioristicamente credenciado a

---

[279] "[...] embora se cogite, na espécie, de exercício de 'poder', de execução de atividade ou desempenho de encargo, as competências gerais não excluem ação normativa precedente, emanada da própria esfera de poder. Assim, por exemplo, a prestação, pelo município, de serviços públicos de interesse local, inclusive o de transportes coletivos (art. 30, V), demandará, com certeza, legislação municipal disciplinadora dessa atividade local." (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. União, Estados e Municípios na Nova Constituição: enfoque jurídico-formal. *In:* **A Nova Constituição Paulista**. São Paulo: [*s.n.*], 1989. p. 65).

[280] Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 142).

exercê-la ou a habilitar os privados para que possam fazê-lo sob as bases por ele determinadas.

Dito de forma mais concreta, por exemplo, poderia a União não exercer ou não permitir que sejam exercidas algumas atividades do art. 21 ou do art. 177? Entende-se que sim, tendo em vista que a reserva constitucional da atividade lhe dá a prerrogativa de ser o único constitucionalmente habilitado a exercer tais atividades ou a credenciar quem poderá exercê-la. De outra banda, contudo, caso a inação estatal nesse tocante coloque em risco, por exemplo, outro bem jurídico constitucionalmente tutelado, a União teria o dever de exercício positivo da competência, como instrumento necessário à satisfação do outro bem jurídico que lhe incumbe tutelar.

Em um exemplo prático dessa discussão, vale mencionar a não realização de rodadas de licitação para outorga de direitos de exploração e produção de hidrocarbonetos após o anúncio da descoberta das reservas do pré-sal e até a aprovação do marco regulatório da partilha. Tendo em vista (i) o monopólio da União previsto no art. 177, I, e o disposto no § 1º do mesmo dispositivo, e (ii) a defesa aqui feita de que esta seria uma competência prestacional, estar-se-ia necessariamente diante de uma inércia inconstitucional da União? Entende-se que a inconstitucionalidade potencialmente resultante dessa inércia não deve ser presumida, mas, se existente, demonstrada a partir das consequências imediatas ou potenciais resultantes dela para a tutela de outros bens jurídicos (a exemplo do abastecimento nacional de combustíveis, do equilíbrio federativo entre os diversos entes, tendo em vista a partição dos resultados da exploração). Aqui, importante destacar também a dinamicidade dessa análise, que pode variar conforme o sopesamento de direitos fundamentais feito a partir da moldura interpretativa da época. Hoje, passados quinze anos, o que não é tanto tempo, considerada a escala dos investimentos envolvidos, pode-se discutir uma escolha consciente de não mais outorgar novos direitos exploratórios não por uma questão de maximização das rendas auferidas pelo Estado com a outorga dos direitos e resultado da lavra, mas por uma questão de transição energética, por hipótese. Dada a natureza prestacional da competência, essa escolha de política seria inconstitucional? Entende-se que não necessariamente.

Em resumo, portanto, a competência material resultante da *publicatio* constitucional de uma atividade econômica atribuída a um ente da Federação importa (i) na exclusão de tal atividade do espectro de atividades de livre penetração pela iniciativa privada, (ii) na imputação do dever-poder ao respectivo ente de (a) conformar normativamente, dentro dos limites constitucionais, as bases sob as quais tal atividade deve ou não ser explorada pelo

próprio titular ou por delegatários,[281] e (b) exercer tal competência, nem sempre no sentido ativo, de necessariamente prestar a utilidade resultante, mas de tomar a decisão refletida e ponderada sobre prestá-la ou não, sendo certo que a inação ou a ação insuficiente que prejudique a satisfação de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados é passível de reclamação do exercício ativo da competência.[282]

4.1.2 A divisão federativa de competências na indústria do gás natural

Feitas tais considerações a respeito do conteúdo da competência, resta analisar tal divisão de competências no contexto da indústria do gás natural. Como já referido na Seção 2, a divisão de competências entre a União e os estados para regulação da indústria do gás natural é uma das principais questões jurídicas do setor, que historicamente gera um estado de incerteza e disputas.

Isso porque, especificamente para o gás natural,[283] de um lado, a Constituição estabeleceu uma série de competências para a União Federal (exploração e produção, importação, exportação e transporte por meio de conduto)[284] e, de outro, fixou – de forma imprecisa – a competência dos estados para explorar os **serviços locais de gás canalizado**.[285]

---

[281] "Embora o entendimento clássico seja no sentido da aplicabilidade das medidas de polícia administrativa apenas ao domínio exclusivo da vida privada, parece claro que há medidas de ordenação econômica e social que conformam também os serviços públicos delegados. Tal se dá, *v.g.*, quando uma agência reguladora pratica atos de disciplina normativa, fiscalização e sanção, previstos em lei, que incidem sobre as atividades das empresas privadas concessionárias ou permissionárias dos serviços. A regulação dos serviços públicos – como, de resto, de toda a economia – envolve uma complexa e variada gama de instrumentos, sem exclusividade de nenhum deles. No caso dos serviços delegados, os contratos de concessão e permissão conjugam-se, dinamicamente, com atos baixados pela Administração Pública ordenadora, que devem ser enquadrados numa acepção ampla de poder de polícia." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 72).

[282] "Destarte, ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, afinal, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem que se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estão são outorgados sob o signo assinalado. Então, o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. Por isto é que é necessário colocar em realce a ideia de dever – e não a de poder -, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o fim a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados 'enquanto conjunto', em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143).

[283] Essa disputa federativa não se observa em outras fontes de energia – energia elétrica, petróleo ou biocombustíveis –, todos de competência da União (por diferentes fundamentos constitucionais).

[284] Como observa o Professor Carlos Ari Sundfeld, há na Constituição a previsão de diversas competências para a União relacionadas às atividades da indústria de petróleo e gás natural: "Da Constituição vem: a) a titularidade federal sobre o essencial dos bens envolvidos nessa indústria, os recursos minerais (art. 20, IX); b) a competência federal para legislar sobre energia e recursos minerais (art. 22, XII); c) a competência

Como referido na seção anterior, a atribuição da competência a um ente da Federação importa em sua exclusão da esfera de atuação dos demais entes. Em relação ao gás natural, contudo, a fronteira entre as competências materiais da União e a competência material dos estados não foi demarcada de forma precisa. Como já manifestado em outras oportunidades,[286] as dificuldades de interpretação do tema se dão sobretudo em duas dimensões: (i) em relação à definição da competência para regular a compra e a venda (**comercialização**) de gás natural;[287] e (ii) em relação ao que diferencia o **transporte por meio de conduto**[288] (de competência da União, nos termos do art. 177, IV, da Constituição Federal) dos serviços locais de **gás canalizado** (de competência dos estados, nos termos do art. 25, § 2º, da Constituição Federal).[289,290]

---

estadual para o serviço de distribuição de gás canalizado (art. 25, §2º); d) o monopólio federal sobre as atividades básicas da indústria do petróleo (art. 177); e) as condições da atuação pública e privada no setor (arts. 20, § 1º, 176 e 177); f) a previsão de um órgão regulador (art. 177, § 2º, III). Há, como se vê, uma superabundância constitucional na matéria, fruto de sua importância econômica e dos percalços da nossa história." (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 386).

285 "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
[...]
§ 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." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

286 AMORIM, Lívia. Classificação de infraestrutura dutoviária de movimentação de gás natural: as experiências comparadas do Brasil e da França. *In:* MARIANI, Rômulo; REIS, Henrique; GOMES, Victor (org.). **Temas relevantes do novo mercado de gás natural.** Tomo 1. São Paulo: Editora Synergia, 2019. p. 73-93.

287 "Diante disso, o presente trabalho buscou demonstrar que existem duas interpretações divergentes, sendo que ambas retiram os seus fundamentos de validade do próprio texto constitucional: a primeira de que a disciplina da comercialização de gás natural é de competência federal, sendo responsabilidade da ANP autorizar e regular os agentes comercializadores, bem como regulamentar os usuários livres; a segunda de que seria inafastável a incidência da competência estadual também sobre a comercialização do gás natural canalizado, ainda que não seja direcionada aos usuários cativos, ficando também a cargo dos reguladores estaduais a regulamentação dos usuários livres." (LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado:** uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. P. 115).

288 "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; [...]." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

289 No mesmo sentido dessa constatação: "Apesar de ter repartido competências para viabilizar o fornecimento de gás, a Constituição economizou palavras ao delimitá-las. De sua linguagem rarefeita acerca da matéria é possível extrair pouco para se precisar o sentido e o alcance das competências dos Estados-membros da federação, de um lado, e da União, de outro. O que sejam exatamente serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º) e monopólio de transporte de gás natural por meio de conduto (art. 177, IV) é algo não esclarecido pela Constituição. Os artigos deixam no ar a pressuposição de que, num e noutro caso, está envolvida a movimentação dutoviária de gás, mas o que seriam exatamente o regime de "transporte" e o regime do

Em relação à primeira dimensão, como já referido na Seção 2, parte da doutrina defende que a competência para regulação da comercialização com os consumidores finais de gás natural seria dos estados, com fundamento no art. 25, § 2º, dada a referência do texto constitucional a **serviços locais de gás canalizado** e a lógica econômica da indústria, que tornaria indissociável a prestação do serviço de rede do serviço de compra e venda de molécula.[291] Outra vertente defende[292,293] que a competência estadual fixada pelo art. 25, § 2º, da Constituição seria restrita aos serviços locais de movimentação dutoviária, não englobando a competência para regular a compra e a venda de molécula. A comercialização compulsória da molécula a determinados grupos de consumidores seria antes um ônus imposto ao concessionário de serviço público do que uma competência intrínseca associada ao disposto no art. 25, § 2º.

"serviço local" é algo não esclarecido. Esses regimes jurídicos ficam, nalguma medida, para definição legal. É nesse sentido que a nossa Constituição pode ser reputada minimalista no trato da matéria. Em suma, se o Texto Constitucional vigente repartiu competências no setor de gás, ele não articulou distinções claras ou radicais entre umas e outras." (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 27-28, jan./fev. 2015. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16540. Acesso em: 22 fev. 2022).

290 "Ainda especificamente no que respeita à matéria econômica, o § 2º do art. 25 circunscreve aos Estados a titularidade para "explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei". Nem pessoas privadas, nem públicas que não os Estados, podem livremente ingressar em tal atividade." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 18, out./dez. 2019).

291 "A Constituição não restringe a competência estadual segundo os fins para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentro outro), nem tampouco pela natureza do usuário (se final ou não). [...] Diante da amplitude e abarcância do art. 25, § 2º, da Constituição da República, é lícito concluir que os serviços locais de gás canalizado alcançam todo e qualquer usuário do produto, incluindo os usuários residenciais, industriais, comerciais, automotivos, dentre outros, como dispõe o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo" (BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição de gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, , n. 7, ago.-out. 2006. P. 189-190. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTM5Ng%2C%2C. Acesso em: 21 mar. 2022).

292 Ver: LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado:** uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

293 "No Relatório desse Subcomitê constata-se claramente a divergência de entendimento acerca da matéria jurídica. Um grupo de associações integrantes deste Subcomitê concluiu da seguinte forma: 'Em síntese, podemos concluir que: i) a competência federal em matéria de gás natural engloba todas as atividades com gás natural que não estão alcançadas pela competência estadual; e ii) a competência estadual está limitada à regulamentação do serviço local de gás canalizado, assim entendido como a prestação do serviço de movimentação de gás através de dutos até o seu usuário final'." (GONÇALVES, Carla Maria de O. C. **A revisão do marco regulatório para o setor de gás natural e o by-pass da rede de distribuição**. 2019. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 2019. P. 92. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28876/DISSER_A%20REV%20MARCO%20REGUL%20GN%20E%20º%20BYPASS%20DA%20REDE%20DE%20DISTRIBUI%c3%87%c3%83º.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 24 fev. 2022).

Em relação à segunda dimensão, que será propriamente objeto de análise no âmbito deste trabalho, discute-se onde começa e onde termina a competência da União para explorar o transporte de gás natural por meio de conduto vis-à-vis a competência dos estados para explorar os serviços locais de gás canalizado. Em outros termos, em relação especificamente à movimentação da molécula, como se articulam tais competências.

4.1.1.1 A fronteira entre os serviços locais de gás canalizado e o transporte de gás natural por conduto

Como já referido, a segunda dimensão da dificuldade de interpretação da delimitação das competências em relação à indústria do gás natural na Constituição consiste na divisão entre o que qualifica o transporte de gás natural por conduto (sujeito à competência da União prevista no art. 177, IV) e os serviços locais de gás canalizado (sujeito à competência dos Estados prevista no art. 25, § 2º).[294,295] As regras para demarcação da fronteira de onde termina uma e começa a outra ou mesmo de como as duas devem coexistir de forma concorrente não são minimamente definidas nos dispositivos constitucionais.

Em nossa opinião, a fixação dessas regras requer esforço reiterado e continuado de interpretação constitucional. Nesse ponto, discorda-se da tese de que a falta de clareza do texto constitucional levaria à interpretação de que tais competências são concorrentes e devem

---

294 "O problema tem como origem a interpretação acerca da titularidade estadual sobre 'serviços locais de gás canalizado' (art. 25, § 2º, da Constituição Federal). Não há definição precisa no ordenamento jurídico nacional acerca da abrangência desta atribuição. Ou seja, não é possível afirmar, com base numa análise estritamente legislativa, quais são os limites precisos da atividade de exploração de 'serviços locais de gás canalizado' conferida aos Estados. O grande ponto de dúvida provocado por esta atribuição de competência está na definição do que seria o serviço local. A relevância da discussão reflete-se na divisão de competências entre os Estados (titulares deste serviço) e a União, a quem a Constituição atribuiu a função de pesquisa e lavra de gás natural, bem como a de explorar o serviço de transporte deste gás, por meio de conduto (art. 177, I e IV, da Constituição Federal). O sistema adotado pela Constituição faz com que a atividade de fornecimento de gás natural se sujeite a dois entes federativos. De um lado, no que envolver as atividades de pesquisa, lavra e transporte de gás natural, será atribuição da União. De outro, naquilo que for considerado serviço local de gás canalizado, incidirá a competência dos Estados." (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre estados federativos: o caso do Gás Natural Liquefeito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 37, p. 1-2, maio 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38014. Acesso em: 22 fev. 2022).

295 "A definição da atividade de transporte, objeto da concessão aqui tratada, enseja um particular desafio: a delimitação das fronteiras da concessão não a montante (pois a fronteira é mais nítida), mas a jusante (já que não são, em essência, distintas as atividades de transporte e distribuição). Isso é especialmente relevante para a indicação das competências federativas, com a separação entre as concessões federais de transporte e as concessões estaduais de distribuição de gás natural. E avulta ainda mais quando analisamos a possibilidade de uma rede de distribuição de gás servir para transporte (sem entrega do gás ao usuário final) ou na hipótese de conexão entre redes de distribuidoras estaduais para cursar gás transpondo os limites territoriais do Estado." (MARQUES NETO, Floriano de A. **Concessões**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 298).

coexistir.[296] Em nossa avaliação, trata-se de competências materiais exclusivas distintas que não foram bem delimitadas, mas que a inespecificidade do texto constitucional não levaria à conclusão de que tais competências são concorrentes.[297] Para além dos argumentos técnicos que podem auxiliar na diferenciação do transporte (em sentido corrente, não jurídico) da distribuição de gás natural (também em sentido corrente), observa-se que (i) o constituinte original sempre se valeu de termos distintos para se referir a uma atividade e a outra, (a) transporte por meio de conduto para a competência federal e (b) serviços locais de gás canalizado, fazendo referência, no texto pré-Emenda n. 9/1995, à "exclusividade de distribuição"; e (ii) como já citado,[298] nos debates da constituinte, as duas competências estavam listadas para a União, na redação do que viria a ser o art. 177 posteriormente. Ora, se fossem assim tão idênticas as competências, seria ilógico prevê-la de forma redundante para a União no mesmo dispositivo.[299]

---

[296] "Ou seja, é um erro radicalizar a distinção de iniciativas dos entes da federação nos setores de gás, rodovias, ferrovias, transporte rodoviário de passageiros, transporte ferroviário e saneamento básico. Neles existe alguma sobreposição de iniciativas, por opção da Constituição e das leis. Se nos setores de organização centralizada na União, como os de energia elétrica e telecomunicações, eliminou-se *a priori* o desafio da conjugação de iniciativas de distintos entes da federação, isto não autoriza interpretações forçadas que julgam ausente o mesmo desafio em todos os demais setores. Muitos foram organizados como base noutra opção, da convivência de múltiplas iniciativas e da admissão de que eventualmente produzam efeitos semelhantes. Esta opção, jurídica e legítima, precisa ser respeitada pelos intérpretes. Até porque é a regra naqueles que parecem constituir a maioria dos setores regulados, não a minoria." (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 19, jan./fev. 2015. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16540. Acesso em: 22 fev. 2022).

[297] "Em suma, esses princípios poderiam ser utilizados, quando muito, como critérios para diferenciar as competências entre União e estados no âmbito da legislação concorrente, o que não é o caso do objeto deste parecer. O caso, aqui, é de determinação dos limites de legislação privativa e, por isso, não há espaço para o recurso a figuras como a subsidiariedade ou a predominância do interesse. O que se exige é pura e simplesmente precisão terminológica e conceitual na identificação das competências de cada ente federativo." (SILVA, Virgílio Afonso da; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 269, maio/ago. 2011. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8593. Acesso em: 23 fev. 2022). No sentido de afirmar a competência material exclusiva, cita-se a seguinte referência, com a ressalva de que o autor entende estar claramente definido no texto constitucional a fronteira entre elas: "Não se trata de competências concorrentes, mas exclusivas, cada uma delas excluindo a outra. A repartição de competências tem por finalidade garantir a autonomia dos entes federativos, sendo, portanto, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do equilíbrio do Estado Federal. Assim, a União não pode invadir o âmbito de competência dos Estados-membros e vice-versa." (WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 22 fev. 2022).

[298] Ver nota de rodapé 248.

[299] Ademais, como já defendido ao longo do trabalho, entende-se que a funcionalidade da separação das competências em virtude de os serviços locais de gás canalizado serem serviços públicos também não se justifica, pois discorda-se da premissa de que haja uma indicação constitucional a que os serviços locais de gás canalizado sejam serviços públicos, havendo tão somente a previsão de que a outorga deve se dar por concessão e não por outro título habilitante. Em sentido contrário: "O que há na repartição constitucional de competências entre Estados-membros e União em matéria de gás, pensamos, são distinções de duas ordens. Uma é a de regime jurídico, no sentido de que os serviços locais de gás canalizado sujeitam-se nalguma medida ao regime de serviço público, enquanto o transporte de gás natural por conduto, ao regime de

Fixada essa premissa, portanto, de que a competência é material e exclusiva, persiste a dificuldade de segregação da esfera de atuação dos estados e da União. Entende-se que a solução mais estrutural para essa dificuldade passa pela (i) edição de uma emenda constitucional, o que soa remoto e é citado por coerência lógica; ou (ii) definição do ente competente para legislar sobre essa fronteira. Nos dois cenários, de qualquer forma, sempre haverá a necessidade de algum esforço de interpretação constitucional, dada a multiplicidade de cenários fáticos e a dificuldade teórica de um critério único definidor do que caracteriza transporte e do que caracteriza distribuição. Como já mencionado em trabalho anterior,[300] esse é um problema que existe (de forma distinta) tanto em outras jurisdições quanto para outros setores com etapas de rede (a exemplo da indústria elétrica). No caso do setor elétrico brasileiro, a questão torna-se menos complexa que para o gás natural pelo fato de a transmissão e a distribuição estarem submetidas à regulação federal, mas também é objeto de disputas,[301] tendo em vista que a distribuição já fora outorgada com exclusividade de área a diferentes concessionários.

Nesse sentido, entende-se que a alternativa mais eficaz seria ter a definição da interpretação constitucional sobre o ente competente para legislar acerca da demarcação da competência estadual e da competência federal. Esse entendimento é reforçado pelo próprio texto constitucional ao prever, no art. 25, § 2º, que a exploração dos serviços locais de gás canalizado deve ocorrer "na forma da lei". Não define, contudo, se a lei deverá ser federal ou estadual. Também aqui há duas teses contrapostas: (i) a que entende ser dos Estados a competência para legislar, dada a competência material sobre os serviços locais de gás canalizado prevista no art. 25, § 2º, da Constituição[302] e a competência residual genérica

---

atividade econômica monopolizada pelo Estado. Outra é de âmbito geográfico, no sentido de que estes serviços locais devem circunscrever-se ao território dos respectivos Estados-membros, enquanto o transporte a cargo da União pode trespassar fronteiras interestaduais." (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 12, jan./fev. 2015. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16540. Acesso em: 22 fev. 2022).

300 AMORIM, Lívia. Classificação de infraestrutura dutoviária de movimentação de gás natural: as experiências comparadas do Brasil e da França. *In.* MARIANI, Rômulo; REIS, Henrique; GOMES, Victor (org.). **Temas relevantes do novo mercado de gás natural**. Tomo 1. São Paulo: Editora Synergia, 2019. p. 73-93.

301 A exemplo cita-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 93, ajuizada pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) contra o Decreto n. 5.597/2005, que regulamenta o acesso de consumidores livres às redes de transmissão de energia elétrica. O mérito não chegou a ser julgado, dado o entendimento de ilegitimidade ativa da Abradee no presente caso. A disputa, no entanto, ilustra a ausência de consenso sobre o tema mesmo em setores submetidos à competência do mesmo ente da Federação.

302 "Além disso a Lei nº 9.478/97 é lei federal, que não se presta a disciplinar o monopólio que a própria Constituição da República outorgou aos Estados. Somente os Estados têm competência para legislar sobre esses serviços, pois não faria qualquer sentido que o monopólio que lhes foi outorgado pela Constituição Federal não se fizesse acompanhar do poder de legislar sobre ele, ou regulamentá-lo. Como bem pondera o Ministro e Professor Eros Grau: "[...] se o serviço público em questão é estadual, evidente que a competência

prevista no art. 25, § 1º, da Constituição, que atribui aos estados as competências que não sejam vedadas pela Carta;[303] e, do outro lado, (ii) a que entende ser da União a competência para legislar, também dada a competência material sobre o transporte dutoviário de gás prevista no art. 177, IV, da Constituição,[304] a competência privativa da União para legislar sobre energia estipulada pelo art. 22, IV, da Constituição e os debates legislativos ocorridos quando da edição da Emenda Constitucional n. 5/1995.[305,306]

---

para dispor sobre aquela matéria é estadual." (apud WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 10, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 22 fev. 2022).

[303] "40 Dentro da estrutura constitucional verificam-se, portanto, duas escalas de competência para os setores que integram a cadeia da indústria do gás canalizado: (i) a competência federal, que incide sobre as atividades econômicas de pesquisa, lavra (produção e processamento) e transporte de gás canalizado, reguladas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), e (ii) a competência estadual, que incide sobre os serviços públicos locais, consistentes na movimentação do gás desde os pontos de recepção (*city gates*) até os pontos de entrega aos usuários, serviços esses que são regulados em cada Estado pelas agências estaduais e subordinados a um regime jurídico específico, o da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95). [...]

43 Essa divisão é absolutamente coerente com o princípio da predominância do interesse: a União promove a pesquisa, a lavra e o transporte de gás natural por condutos, porque tais atividades são de interesse geral ou nacional, na medida em que beneficiam todo o país. A atuação federal, no entanto, vai somente até a entrega do gás aos Estados ou suas concessionárias, para que estas promovam a distribuição do energético aos usuários localizados em seus territórios, vez que tal atividade constitui serviço público de interesse regional e local, inerente à população estadual." (WALD, op. cit., p. 7-34).

[304] Nesse sentido: "Não se pode imaginar que, ao definir, como atividade situada no âmbito de transporte, a derivação de gás natural diretamente de condutos para uma unidade industrial de liquefação do insumo, a União tenha incorrido em desvio de poder. Afinal, é dela a competência normativa atinente à matéria em causa, com base no já citado art. 177, IV, do Texto Constitucional. A distribuição de gás por canos é atividade isolada, específica, integrante de um complexo de atividades e serviços bastante mais amplo, atrelado à esfera competência federal, do qual fazem parte a pesquisa, a lavra e o transporte de gás natural, bem como, inclusive, a sua distribuição por outros meios que não a rede canalizada. O legislador constituinte, portanto, foi claro ao estabelecer que a competência geral, em sede de gás natural, é da União." (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre estados federativos: o caso do Gás Natural Liquefeito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 37, p. 3, maio 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38014. Acesso em: 22 fev. 2022).

[305] Nesse contexto, cita-se a remissão feita por Luis Priolli dos debates legislativos do PLS n. 226/2005, que utilizam a interpretação do constituinte derivado como argumento de defesa da necessidade de uma lei nacional que regulamente o disposto no art. 25, § 2º, da Constituição: "Nos termos do art. 101 do RISF, compete a essa Comissão opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias sob análise. Ademais, é-lhe facultado corrigir vícios de inconstitucionalidade sanáveis. Em observância ao art. 260, II, b, do RISF, na hipótese de tramitação conjunta, deve ter precedência a proposição mais antiga, entre as originárias da mesma Casa, salvo se alguma delas regule a matéria com maior amplitude. É nessa exceção que se enquadra o PLS nº 226, de 2005, razão pela qual o exame ora em curso tomará como referência essa Proposição, não obstante ser a mais recente das três. PLS nº 226, de 2005, atende os requisitos de juridicidade, porquanto inova o arcabouço legal e cuida de ajustar a Lei nº 9.478, de 1997, às alterações preconizadas. A Proposição também está aderente aos termos regimentais. Já em relação à constitucionalidade, discutiremos algumas questões com o intuito de sanar eventuais vícios e tonar o PLS apto à aprovação nesta Comissão.

A primeira observação que cabe fazer acerca do Projeto refere-se ao seu art. 4º, segundo o qual as atividades econômicas associadas à indústria de faz natural serão reguladas e fiscalizadas pela União e, no caso de distribuição de gás canalizado, pelos Estados, podendo ser exercidas mediante autorização ou concessão, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. O art. 25 da Constituição Federal determina que os serviços locais e gás canalizado sejam prestados diretamente pelos Estados ou por concessão, não prevendo autorização neste caso. Assim, a referência à autorização, neste dispositivo, deve

Defende-se que a competência legislativa seria da União para definir as fronteiras, sobretudo com fundamento (i) na arquitetura geral das competências constitucionais previstas

---

ser interpretada como atinente às outras atividades relacionadas à indústria do gás natural, que não os serviços locais de fás canalizado.
A questão de fundo cinge-se a interpretar se a edição de lei prevista no citado parágrafo da Constituição é de competência federal. Em, caso afirmativo, não há que se falar em inconstitucionalidade dos dispositivos. Caso contrário tais dispositivos devem ser excluídos do PLS.
A esse respeito, quer-nos parecer que intenção do constituinte derivado, ao promulgar a alteração do §2º do art. 25, foi no sentido de considerar tal lei uma norma federal. O parecer que embasou a aprovação da EC nº 5 de 1995, na Câmara dos Deputados, ainda que incidentalmente, assim se referia ao tema: 'Acreditamos também que importância da matéria merecedora de inclusão em nossa Carta Magna pede disposto para evitar a tentativa de alterações posteriores aos instrumentos legais destinados a regulamentar o texto ora proposto por meio de recurso às chamadas Medidas Provisórias tão nocivas ao funcionamento do Poder Legislativo e hoje empregadas de maneira indiscriminada e abusiva sobretudo através de reedições continuadas de medidas que, muitas vezes, tratam de assuntos sem qualquer relevância, ou tentam impor ao Congresso (grifou-se) normas que vão de encontro aos anseios da nossa sociedade'.
Observa-se que não há referência a Assembleias legislativas, e sim, ao Congresso Nacional.
No Senado Federal, as discussões em torno da matéria também deixaram clara a intenção do Legislador de considerar como federal a lei reclamada na EC nº 5, de 1995.
Há um fundamento econômico subjacente a essa interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição. Em 1995, preparava-se o arcabouço jurídico para a abertura do setor de petróleo e de gás natural para a iniciativa privada. O decorrente aumento de número de agentes impunha a necessidade de regras gerais, comuns e homogêneas, para todo o País, sob pena de se criarem conflitos regulatórios numa cadeia cujas fronteiras não obedecem necessariamente às fronteiras entre Estados.
É, portanto, de alta relevância a edição de uma lei nacional que tenha por objeto regulamentar a indústria do gás natural como um todo, sob a tutela da União, ressalvados os serviços locais de gás canalizado, segmento sob a tutela dos Estados. Tal lei é necessária para estabelecer critérios gerais que regerão toda a cadeia e que preservarão a livre concorrência no setor. Respeitada a competência dos Estados em legislar sobre gás canalizado em suas respectivas aéreas de concessão, a União deve prescrever normais gerais que disciplinem as relações que ultrapassem as fronteiras dos Estados, como forma de regular a atividade econômica interestadual pertencente à indústria do gás natural.
Até a presente data, a lei preconizada na Constituição não foi editada. Em nosso entendimento, os Estados, na urgência de regular a concessão dos serviços no âmbito do processo de privatização que levavam a cabo, implementaram legislações próprias, díspares em muitos pontos e conceitos. Assim, o PLS nº 226, de 2005, propõe suprir essa lacuna, ao estabelecer definições e princípios para a atividade de distribuição de gás canalizado, inserindo-a na indústria do gás natural e reconhecendo a sua fundamental importância na implantação de um ambiente competitivo na comercialização do produto. A referida Proposição tem o cuidado de respeitar a competência dos Estados para regular e fiscalizar a prestação dos serviços locais de gás canalizado e o processo de concessão.
Entretanto, é certo que algumas definições contínas no art. 5º do PLS sob análise deve ser reformuladas, de modo a dirimir quaisquer dúvidas quanto à competência da União e dos Estados no tocante à indústria do gás natural. Tais dúvidas, que hoje são objeto de conflitos de interpretação, já demonstram claramente a sapiência do constituinte derivado em prever uma lei nacional que estabeleça parâmetros em todo o território nacional." (PRIOLI, Luis Fernando. **Gás natural brasileiro:** questão constitucional. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. P. 83-86).

306 "Por outro lado, há críticas ao caráter de norma de eficácia plena e autoaplicável que se conferiu ao dispositivo constitucional em questão. Para Luis Fernando Priolli e Cid Tomanik Pompeu Filho, a lei a que se refere o art. 25, § 2º, jamais teria sido editada, por ser imprescindível a existência de lei federal acerca dos **serviços locais de gás canalizado**, cuja aplicabilidade incidiria em todo o território nacional. A explicação é a seguinte: O termo 'na forma da lei' aparece oitenta vezes na Constituição Federal, e mais trinta e cinco vezes como 'nos termos da lei'. O legislador, ao incluir tais expressões no texto constitucional, tinha plena consciência da consequência. Na expressão 'na forma da lei', o legislador tornou o dispositivo em norma de eficácia limitada, não sendo autoaplicável. As normas constitucionais que tenham tal expressão ficam com sua aplicabilidade condicionada à lei complementar." (LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado:** uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. p. 54).

em matéria de energia, que centraliza quase a totalidade das competências na União;[307] (ii) a competência privativa da União para legislar sobre energia, dado o caráter estratégico da matéria prevista no art. 22, IV, da Constituição; e (iii) o caráter presumidamente de interesse geral da matéria envolvida, pois a delimitação dessa competência afeta a forma como essa complexa teia de gasodutos irá se estruturar como sistema, o que demanda elevado grau de uniformidade e coerência do tratamento dado no território nacional à classificação dutoviária. Sobre esse último aspecto, ter a matéria disciplinada por diferentes legislações estaduais provavelmente levará a um tratamento fragmentado e não coordenado do tema.

Nesse ponto, importante um aparte para reafirmar que aqui se trata da competência legislativa para delimitar a competência material (a competência sobre a competência) e não sobre a competência legislativa que, por arrasto, acompanha a competência material. Esta está preservada, pois os aspectos atinentes à exploração da competência material em si são de competência legislativa exclusiva do respectivo estado. A moldura do que está contido na competência material de um ou de outro é o que se entende ser de competência federal. As demais regras, atinentes propriamente à exploração dos serviços locais de gás canalizado, são de competência do titular da atividade.

Fixada a competência da União para legislar a delimitação da competência, seriam presumidamente válidas as escolhas feitas pelo art. 7º da Lei n. 14.134/2021[308] e pelos arts. 8º

---

[307] "[...] demonstrando atenção com a efetiva configuração da matriz energética nacional e desviando-se da regra geral que atribui a realização de atividades econômicas à iniciativa privada em regime de livre iniciativa, a Constituição de 1988 – mais do que qualquer outra de nossa história – dotou o Estado brasileiro de fortes poderes regulatórios, fiscalizatórios e de competências materiais (administrativas), relativamente às principais fontes e indústrias energéticas. Vinculou-as de modo direto à realização de certos objetivos públicos, ainda que tenha admitido a possibilidade de incidência de um regime jurídico competitivo e a participação (executiva) de agentes privados titulados pelo Poder Público. Mais especificamente, essa presença do Poder Público é a presença da União." (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. P. 39).

[308] "Art. 7º Será considerado gasoduto de transporte aquele que atenda a, pelo menos, um dos seguintes critérios:
I – gasoduto com origem ou destino nas áreas de fronteira do território nacional, destinado à movimentação de gás para importação ou exportação;
II – gasoduto interestadual destinado à movimentação de gás natural;
III – gasoduto com origem ou destino em terminais de GNL e ligado a outro gasoduto de transporte de gás natural;
IV – gasoduto com origem em instalações de tratamento ou processamento de gás natural e ligado a outro gasoduto de transporte de gás natural;
V – gasoduto que venha a interligar um gasoduto de transporte ou instalação de estocagem subterrânea a outro gasoduto de transporte; e
VI – gasoduto destinado à movimentação de gás natural, cujas características técnicas de diâmetro, pressão e extensão superem limites estabelecidos em regulação da ANP.
§ 1º Fica preservada a classificação do gasoduto enquadrado exclusivamente no inciso VI do *caput* deste artigo que esteja em implantação ou em operação na data da publicação desta Lei.
§ 2º Gasoduto e instalações enquadrados exclusivamente no inciso II do *caput* deste artigo destinados à interconexão entre gasodutos de distribuição poderão ter regras e disciplina específicas, nos termos da regulação da ANP, ressalvadas as respectivas regulações estaduais." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da

e 9º do Decreto n. 10.712/2021.[309] Diz-se presumidamente, pois, sobretudo para as hipóteses abstratas previstas nesses dispositivos, a exemplo do art. 7º, VI, que atribui à ANP o papel de estabelecer as caraterísticas técnicas de diâmetro, pressão e extensão para qualificação como transporte, ser possível cogitar-se de inconstitucionalidade do critério concretamente adotado caso haja um claro esvaziamento da competência constitucional dos estados. Tal avaliação, contudo, dependeria da análise do caso concreto e não leva à invalidação da competência em abstrato delegada à Agência para normatizar os critérios técnicos a serem utilizados para que um duto seja ou não classificado como sujeito à competência federal.

Ainda em relação a esse dispositivo, vale consignar que o não enquadramento no art. 7º, como **gasoduto de transporte**, não leva *ipso facto* ao enquadramento necessário como gasoduto de distribuição. Isso porque, conforme discorrido na Seção 2, o sentido constitucional de transporte é mais amplo do que o infraconstitucional atribuído aos gasodutos de transporte. Ao não ser enquadrado como **gasoduto de transporte** na forma do art. 7º da Lei n. 14.134/2021, há ainda espaço, portanto, para enquadramento como uma das demais modalidades de transporte (a exemplo dos gasodutos de escoamento, transferência ou os inominados).

Feita essa digressão sobre a competência legislativa já exercida pela União em relação ao tema, resta ainda qualificar que, apesar da imprecisão constitucional a respeito da competência entre União e estados, entende-se haver alguns balizadores constitucionais a

---

Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

309 "Art. 8º A definição dos limites de diâmetro, pressão e extensão para gasodutos de que trata o inciso VI do *caput* do art. 7º da Lei nº 14.134, de 2021, considerará a promoção da eficiência global das redes.
§ 1º Os limites de que trata o *caput* poderão ser diferenciados conforme a finalidade dos gasodutos.
§ 2º Desde que atendidos os critérios técnicos de que trata o inciso VI do *caput* do art. 7º da Lei nº 14.134, de 2021, os gasodutos que tenham por finalidade conectar instalações de GNC ou GNL a outro gasoduto de transporte de gás natural deverão ser considerados gasodutos de transporte.
§ 3º Ainda que atendidos os critérios técnicos de que trata o inciso VI do *caput* do art. 7º da Lei nº 14.134, de 2021, a ANP poderá excepcionalmente deixar de classificar determinado gasoduto como gasoduto de transporte, desde que:
I – não implique potencial impacto ou conflito com estudos de planejamento e com os planos coordenados de desenvolvimento do sistema de transporte, existentes ou em elaboração; e
II – a influência do projeto esteja restrita exclusivamente ao interesse local.
Art. 9º A conexão direta entre instalação de transporte e usuário final de gás natural poderá ser realizada quando permitida pela norma estadual aplicável." (BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 29 jun. 2022).

serem observados quando do exercício da competência legislativa pela União, sob pena de inconstitucionalidade da norma produzida.

A primeira delas, como já referido, diz respeito à preservação de viabilidade da competência dos estados. Em uma república federativa como a brasileira, não há assimetria de relevância entre os entes da Federação, mas um necessário e mandatório esforço de coordenação entre os entes. Se, por um lado, é certa a necessidade de um grau de uniformidade da legislação que permita o desenvolvimento de um sistema federal dutoviário de gás natural, por outro não pode o legislador infraconstitucional federal restringir a competência estadual para hipóteses tão restritas que lhe inviabilizem em absoluto.[310] Tal afirmação é tão abstrata quanto se pode ser nesse âmbito de especulação jurídica, pois a verificação da violação ou não dependerá de elementos concretos que permitam avaliar o esvaziamento atual ou potencial da competência.

A segunda delas diz respeito à qualificação da competência do estado como aquela de interesse local. Há um primeiro elemento, essencialmente geográfico, de respeito às fronteiras da própria unidade federativa. Entende-se que esse elemento não pode ser adotado de forma estritamente literal, mas também funcional, pois, por mais que um gasoduto não cruze as fronteiras de um estado, se sua zona de influência se projetar sobre outros da Federação não estaria preservado, nesse contexto, o interesse local. Seria o caso, por exemplo, dos gasodutos de interconexão entre malhas de distribuição entre estados vizinhos.

Ainda sobre esse aspecto, também parece equivocada a contraposição feita entre o transporte – de interesse geral – e a distribuição – de interesse local – com base no disposto no art. 6º, VII, da Lei n. 9.478/1997. Como já exposto na Seção 2, a delimitação de fronteiras deve se dar entre o sentido constitucional do transporte dutoviário de gás natural e o dos serviços locais de gás canalizado. Defende-se que, no âmbito infraconstitucional, o sentido adotado para transporte é mais restrito do que o alcance do transporte por meio de conduto previsto na Constituição. Exceto aqueles dutos subordinados a outros títulos, todos os demais dutos sujeitos à competência federal estariam abrangidos pelo sentido constitucional de **transporte por meio de conduto**. Em nossa visão, a distinção legal feita entre o interesse geral e particular na Lei do Petróleo remete não a um critério geográfico (de oposição entre

---

[310] Nesse sentido: "Ora, é fundamental que a disciplina federal, por conta do pacto federativo (que contempla a harmonia entre as entidades federadas), não aniquile o exercício da competência estadual sobre seus serviços, especialmente em função do fato de que a competição que se busca ampliar (até mesmo entre serviços públicos e atividades econômicas) não pode servir de base que uma atividade destrua a outra." (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Breve apresentação do novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 198, 2006).

nacional/federal e local)[311] ou a um critério de destinação do mercado a ser atendido (granel ou varejo),[312] mas a um critério de atendimento a um interesse específico (do titular das instalações à montante e à jusante) ou a um interesse sistêmico (quando houver mais de um usuário ou não houver a conexão de interesses do mesmo titular entre as duas pontas).[313] Na prática, em relação aos gasodutos, essa distinção foi feita originalmente (na Lei n. 9.478/1997) para diferenciar as duas modalidades de classificação dutoviária então existentes (de transporte e de transferência), atraindo um regime mais interventivo para os gasodutos de transporte e um regime menos interventivo *ex ante* para os gasodutos de transferência. Tal interpretação é confirmada pelo art. 59 da Lei do Petróleo, que permite a reclassificação de dutos originalmente outorgados como gasodutos de transferência (dado o interesse específico) em gasodutos de transporte (caso haja comprovado interesse de terceiros na sua utilização).

Assim, portanto, ao legislar sobre o tema, o legislador federal deverá sempre ter em conta que a movimentação dutoviária de interesse local é um aspecto que denota sua própria

---

311 Em sentido contrário: "Veja-se que a lei deu a entender que tanto o transporte como a distribuição de gás canalizado envolveriam certa movimentação de gás natural (isto ficou explícito na sua definição de transporte e pressuposto na de distribuição). Fez um apontamento de que o transporte se daria por percurso considerado 'de interesse geral', acenando assim com uma distinção que seria aprofundada pela Lei do Gás mais tarde (a distinção entre gasodutos de transporte de interesse exclusivo do proprietário e gasodutos de transporte de interesse geral)." (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 20, jan./fev. 2015. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16540. Acesso em: 22 fev. 2022).

312 Em sentido contrário: "O art. 6º, VII, da Lei n.º 9.478/1997, regulamentando o art. 177, I, da Carta da República, define o transporte de gás natural como a movimentação do produto em meio ou percurso considerado de 'interesse geral'. Refere-se o legislador federal, como não poderia deixar de ser, à atividade de movimentação do gás natural das áreas produtoras aos 'pontos de recepção' (os chamados '*city gates*') das empresas concessionárias de cada Estado da Federação. Por evidente, por mais elástico que possa ser o conceito de transporte como atividade de interesse geral, não é concebível que alguém o tenha como abrangente de um conduto que forneça gás natural a uma única e específica empresa privada, qual se dá na hipótese vertente." (BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição de gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 7, p. 171, ago.-out. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=127. Acesso em: 10 fev. 2022).

313 "A caracterização da atividade de transporte na Lei do Petróleo é feita em oposição à atividade de transferência:

[...]

VII – Transporte: movimentação de petróleo, seus derivados, biocombustíveis ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral;

VIII – Transferência: movimentação de petróleo, seus derivados, biocombustíveis ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades; [...]." (BRASIL. **Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011**. Altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõem sobre a política e a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis; o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores; as Leis nºs 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e 12.249, de 11 de junho de 2010; o Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública; a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; revoga a Lei nº 7.029, de 13 de setembro de 1982; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12490.htm. Acesso em: 29 jun. 2022).

competência federal de transporte dutoviário de gás natural. Em uma comparação imperfeita, é similar à delimitação da competência da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica, prevista no art. 21, XII, "b", e da competência dos municípios para os serviços de iluminação pública prevista no art. 30, V, a título de serviço público de interesse local. Diz-se que a comparação é imperfeita tão somente pelo raio de alcance do interesse local; no art. 30, V, corresponde ao interesse local municipal, enquanto no art. 25, § 2º, corresponde ao interesse local em âmbito estadual.

A terceira diretriz hermenêutica constitucional sobre a demarcação da competência em relação ao gás natural diz respeito à projeção ou não do monopólio sobre outros modais, ainda que por exclusão. Em nossa visão, a escolha constitucionalmente feita em relação à distribuição do gás natural só permite revelar que: (i) não há qualquer reserva constitucional em relação à distribuição do gás por outros modais que não o dutoviário; (ii) para o modal dutoviário, não há qualquer menção constitucional à sua exploração com exclusividade ou em qualquer vantagem comparativa em relação aos demais modais, não dutoviários, de movimentação; e (iii) mesmo para o modal dutoviário, a previsão do art. 25, § 2º, de que o instrumento de delegação deve ser a concessão não atrai *ipso facto* qualquer constatação de que essa concessão (a) deverá ser de serviço público e seguir o rito do art. 175 da Constituição[314] e (b) deverá encerrar qualquer direito de exclusividade para seu titular, pois, mesmo para as concessões de serviço público, a outorga da exclusividade ao concessionário resulta de uma escolha institucional da modelagem feita pelo Poder Concedente, e nunca de norma constitucional cogente ou da "ontologia das coisas".

---

[314] Em sentido contrário, cita-se: "1. A matéria a que respeitam os quesitos contidos na consulta envolve quatro grandes temas: o da noção de serviço público; o da titularidade do serviço público; o da exclusividade, do concessionário, na prestação do serviço; o do âmbito dentro do qual os serviços concedidos hão de ser prestados. Quanto ao primeiro deles, não é objeto de questionamento. Tem-se como pacífico o entendimento de que o fornecimento de gás canalizado configura prestação de serviço público. Não obstante, devo dele cogitar, para o efeito de penetrar o debate a propósito da questão da titularidade do serviço, tema ao qual está relacionando o primeiro quesito na consulta." (GRAU, Eros Roberto. Serviço público de distribuição de gás canalizado [Parecer]: competência municipal, exclusividade e âmbito da prestação. *In:* **Direito ambiental:** fundamentos do Direito Ambiental. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 2. Disponível em: https://revistadostribunais-com-br.sbproxy.fgv.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017f53216eaa7f4d401d&docguid=Ib0c99d9068e811e18c7800008517971a&hitguid=Ib0c99d9068e811e18c7800008517971a&spos=1&epos=1&td=36&137onstitu=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#. Acesso em 3 mar. 2022).
"É importante lembrar que, no Brasil, a distribuição de gás canalizado é serviço público de competência dos Estados (CF, art. 25, § 2º), enquanto a produção e o transporte do gás integram a competência federal (CF, art. 177)." (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Breve apresentação do novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 198, 2006).

Quanto à leitura da divisão da competência em função do racional geral de partição de competências na Constituição, de que competem à União os assuntos de interesse geral e aos estados os assuntos residuais e, no caso do gás natural, também os **serviços locais** de gás canalizado, de fato é inconteste ter sido esse o racional adotado pelo constituinte. Segundo tal visão, a competência da União seria restrita às transações dutoviárias **a granel**, enquanto entregas **varejistas** atrairiam a competência dos estados dado o seu interesse local. Também não se discorda em absoluto dessa afirmação. A discordância se dá em relação à adoção dessa premissa para chegar-se à conclusão de que a entrega de gás canalizado a **qualquer usuário** atrairia a competência estadual pelo pressuposto interesse local envolvido. Tal afirmação é contraditória inclusive com o próprio critério de interesse geral (**granel**) e interesse local (**varejo**) adotado pela tese. Isso porque a retirada do gás da malha de transporte por conexões diretas que levem a agentes de transformação – compressão e liquefação – também é considerado atacado, desde que a comercialização dessa molécula com o consumidor final seja feita por um agente autorizado a exercer a atividade de distribuição de GNC ou de GNL a granel.

Caso a conexão dutoviária com a malha de transporte se desse até determinado ponto com o objetivo de à jusante suprir, pelo modal rodoviário, projetos de GNC e GNL para uso próprio, feitos pelo próprio consumidor final, nesse caso pode-se cogitar do debate sobre eventual desvio de finalidade e violação da competência estadual prevista no art. 25, § 2º. Essa conclusão, contudo, depende da análise do caso concreto para aferição de se há realmente um desvio de finalidade, tão somente para que o consumidor final suprido quase integralmente pelo modal dutoviário se evada da sua obrigação de contratar o estado ou um agente por ele habilitado a prestar os serviços locais de gás canalizado. Essa configuração, contudo, não é pressuposta. Ademais, para bem da clareza, deve-se ressaltar que essa ponderação não deve ser distorcida a ponto de dizer que todo e qualquer projeto para uso próprio se enquadraria nessa hipótese. Ao contrário, por exemplo, há projetos que se viabilizam sem a dependência do modal dutoviário, a exemplo do projeto de Azulão, que transporta, por caminhão, o GNL, em isotanques, desde as unidades de produção e liquefação até o usuário final, uma termelétrica.

Não há qualquer proteção constitucional que vede a concorrência entre modais dutoviários e não dutoviários de distribuição de gás.[315] Como referido na Seção 1, para o gás

[315] "É possível, portanto, a coexistência de duas atividades paralelas voltadas ao mesmo fim; uma prestada sob a caracterização de serviço público e outra como atividade econômica. A reforma do Estado brasileiro, empreendida na segunda metade da década de 1990, caminhou neste sentido, ao conferir, em caráter

natural, dada a possibilidade de estocagem, a competição entre modais de movimentação é viável e não há qualquer prescrição constitucional no sentido de que deva ser privilegiado o modal de distribuição dutoviário em detrimento da distribuição rodoviária de GNC ou GNL a granel, por exemplo. O fato de estas últimas serem atividades de livre iniciativa não as tornam de menor respaldo constitucional, que justifique impor a um concorrente da distribuidora de gás canalizado ser compulsoriamente seu cliente. Aqui, a competição se dá por eficiência das partes, pois, (i) à montante, experimentam custos semelhantes de aquisição de molécula e de contratação de transporte dutoviário e, (ii) à jusante, escopo próprio de suas atividades, têm estruturas de custos distintas, vez que as distribuidoras de gás canalizado se valem de redes para entrega ao consumidor final e as distribuidoras de GNC e GNL a granel se valem de infraestrutura de transformação (compressão ou liquefação, conforme o caso), de movimentação (rodoviária, ferroviária, cabotagem, etc.), de envasamento e de regaseificação.[316] Caberá ao consumidor final escolher o seu supridor, provavelmente com base em preço e na qualidade do serviço ofertado (o que abrange a confiabilidade do suprimento e a flexibilidade dada). Impor à distribuidora de GNC e de GNL a granel a aquisição do gás da distribuidora local de gás canalizado, ou, ao menos, o uso de suas redes é impor a um competidor da distribuidora de gás canalizado a obrigação de lhe pagar a margem, diminuindo substancialmente a possibilidade de concorrência entre os modais.[317]

A quarta diretriz, mais polêmica e de menor clareza no sistema constitucional, diz respeito à classificação dos dutos que promovem entregas a usuários finais. Nesse ponto, trata-se mais de um elemento a ser considerado quando do exercício hermenêutico de delimitação da competência do que propriamente uma diretriz constitucional explícita sobre o tema. O texto constitucional, como já transcrito reiteradamente, não traz nenhuma disposição

---

expresso, liberdade de atuação concomitante, na mesma esfera de atividades, a prestadores de serviço de titularidade estatal e a outros empreendedores privados. É o que se passa, por exemplo, com as chamadas 'empresas-espelho' do serviço de telefonia fixa local e de longa distância." (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre estados federativos: o caso do Gás Natural Liquefeito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 37, p. 3, maio 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38014. Acesso em: 22 fev. 2022.

316 "Ao decidir desta forma, a União atua de modo a impedir o surgimento de uma situação absurda do ponto de vista concorrencial: a oneração de um novo entrante no mercado de gás natural por seu próprio competidor. Com efeito, suponha-se que a unidade industrial de liquefação fosse legalmente impelida a receber o gás natural da rede da concessionária estadual de distribuição. Ora, tal obrigação soaria ilógica, na medida em que, se a planta de liquefação fosse um cliente necessário da concessionária, esta última teria poder para impingir custos artificiais a seu concorrente, exercendo posição de dominação que não se coaduna com o espírito das normas constitucionais e infraconstitucionais ligadas à defesa da ordem econômica." (Idem, p. 3).

317 "Soa desprovido de sentido, então, defender que a regulamentação estadual sirva a um propósito diametralmente oposto, qual seja, o de inviabilizar a competição entre a concessionária do serviço local de distribuição de gás canalizado e outros agentes que se valham de soluções alternativas de fornecimento, como é o caso da comercialização de gás natural liquefeito por caminhões." (Idem, p. 5).

expressa sobre esse aspecto. As interpretações doutrinárias feitas sobre o tema partem de uma análise histórica, da legislação infraconstitucional ulterior ao texto constitucional, e da consideração dos interesses já postos em virtude do objeto dos contratos de concessão para explorar os serviços locais de gás canalizado existentes. Apesar de ausente essa definição no texto constitucional, seja no exercício da competência legislativa da União para delimitar a fronteira – consoante aqui defendido –, seja no exercício da atividade judicante no contexto de uma disputa, chama-se a atenção para que a definição sobre os serviços locais de gás canalizado compreenda, ou não, qualquer entrega a usuário final pelo modal dutoviário, levando em conta a primeira e a terceira diretrizes aqui já enunciadas. Isso porque (i) não se pode inviabilizar o exercício da competência material estadual, como já reforçado, e (ii) e a extensão do monopólio sobre os serviços locais de gás natural se projeta apenas sobre o modal dutoviário, não abrangendo outros modais de movimentação.

Feitas tais considerações a respeito da divisão de competências federativas na indústria do gás natural, resta aprofundar questões já assinaladas no curso do texto sobre quais são as diferenças concretas em termos de margem de intromissão regulatória em relação às atividades e em relação às atividades de livre iniciativa, notadamente em relação às dimensões destacadas na Seção 3 (controle de entrada, determinação setorial de acesso, controle de preços e transparência de informações).

4.2 O poder de polícia e o distinto espectro de atuação em relação às atividades de livre iniciativa e as atividades reservadas

O Estado tem, à sua disposição, uma série de instrumentos para intervir sobre a vida e as atividades dos indivíduos sujeitos à sua jurisdição, submetidos ao uso legítimo da força daquele aparato estatal. Tais instrumentos, genericamente considerados, envolvem o poder de tributar, o poder de polícia (em sentido amplo), o poder legislativo e a atividade judicante.

Com a emergência de democracias constitucionais, os poderes do Estado passam a ser visto menos como prerrogativas potestativas e mais como deveres-poderes perante a coletividade, necessários à consecução dos objetivos públicos constitucionalmente tutelados, limitados material ou procedimentalmente por outros direitos fundamentais dos cidadãos, também constitucionalmente tutelados.[318]

[318] "Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão. Assim, quando se pedir a um juiz uma apreciação dos

As limitações constitucionais ao absolutismo da ação estatal se manifestam em toda a sua extensão, delimitando seu poder de tributar, as condições sob as quais a expropriação é legítima e válida e o alcance de seu poder de polícia. Há uma relativização da supremacia potencialmente totalitária do interesse público sobre o particular,[319] com sua substituição pela ponderação de direitos fundamentais contrastados em cada situação.[320] Vê-se o interesse público não mais sob uma visão dogmática estática (de prevalência do coletivo em absoluto[321] ou de um paradigma essencialmente utilitarista), mas sob uma visão dinâmica e de instrumentalidade à satisfação dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição.[322]

---

danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da administração na defesa do interesse e ordem públicos mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida de polícia. Quando se solicita a um tribunal que aprecie a legitimidade da busca e apreensão de um jornal difusor de notícias desfavoráveis ao Governo, não se exige ao juiz que se arvore em 'censor' e 'administrador negativo' mas que, através da utilização de 'standards' de controlo, verifique se a administração se pauta por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade. Quando se procura um tribunal para decidir sobre a adequação de medidas expropriatórias para salvaguardar o património paisagístico e cultural, o cidadão demandante não pretende que o juiz se substitua à administração como responsável pela defesa do património, mas apenas que aprecie a proporcionalidade da intervenção ablatória da administração, tendo em conta o escopo invocado para a prática do acto expropriativo. Este controlo – razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade – é hoje objecto de difusão em toda a Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades (cfr. Tratado da União Europeia, art. 5.º, segundo a numeração do Tratado de Amesterdão).

Trata-se, afinal, de um controlo de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do 'momento de justiça'' no palco da conflitualidade social." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Edições Almedina: 2000. p. 268-269).

319 "O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos." (BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional –** artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63).

320 "Se a garantia dos direitos individuais, como limite natural ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo, é um problema de política, ela se relaciona, nos seus outros desdobramentos contemporâneos, com outros instrumentos jurídicos por meio dos quais o liberalismo buscou converter o Estado Absolutista em Estado de Direito." (LAFER, Celso. **Ensaios sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 23).

321 "Como é trivialmente reconhecimento, o organicismo hegeliano representou a matriz teórica dos grandes sistemas políticos totalitários que varreram o mundo no século XX: o nazifascismo e o comunismo. A ideia da felicidade como um projeto essencialmente coletivo e o descaso com a autonomia (pública e privada) da pessoa humana pavimentaram o caminho liberticida das ditaduras de direito e de esquerda, que elevaram o Estado à condição de finalidade última e suprema da vida dos cidadãos." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 84).

322 "Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais." (Idem, p. 88).

A questão aqui considerada envolve especificamente a delimitação do poder de polícia frente à liberdade de iniciativa dos Administrados, particularmente em relação aos quatro aspectos já referidos na Seção 3:[323]

(i) controle de entrada: a definição dos agentes que poderão explorar determinada atividade e sob quais condições, se de forma exclusiva ou em competição com terceiros;
(ii) determinação setorial de acesso: concessão de acesso a terceiros interessados, desde que técnica e economicamente compatível com o uso original da infraestrutura;
(iii) controle de preços: obtenção de retornos regulados – ou, ao menos, passíveis de serem regulados; e
(iv) transparência em relação a questões operativas – de capacidade e de utilização – e contábeis, notadamente para controle e *enforcement* das outras duas obrigações mencionadas.

Em primeiro lugar, resta conceituar teoricamente no que consiste o poder de polícia. Nesse sentido, o primeiro aparte metodológico a ser feito diz respeito à fundamentação do que se considera como poder de polícia para fins do presente trabalho.

Doutrinariamente, distingue-se o poder de polícia em sentido amplo do poder de polícia em sentido estrito. O primeiro, em sentido amplo, abrangeria a atividade estatal normativa e executiva que limita a liberdade e a propriedade dos privados, enquanto o em sentido estrito relacionar-se-ia às intervenções executivas, gerais e abstratas, ou concretas e específicas, sobre a liberdade e a propriedade.[324,325]. O poder de polícia em sentido estrito

[323] Há outros instrumentos também passíveis de utilização, a exemplo da determinação de desverticalização (*unbundling*) de atividades econômicas, conforme discorrido na Seção 3. Contudo, por delimitação metodológica, os instrumentos de intervenção eleitos para análise no presente trabalho foram estes. O raciocínio formulado para avaliar o conteúdo mínimo do direito à liberdade de iniciativa, contudo, é aplicável a outras situações em concreto, verificadas no dia a dia da prática setorial.

[324] "A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia'. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito. A expressão 'poder de polícia' pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obter ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 809).

corresponderia ao poder de polícia administrativa e o em sentido amplo contemplaria, além da polícia administrativa, a competência estatal de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Por pragmatismo, adota-se o poder de polícia em sentido amplo nesta seção, tendo em vista, sobretudo, que (i) a abrangência da expressão alcança a multiplicidade de meios – normativos ou executivos – que poderiam ser utilizados para adoção das ferramentas de restrição da liberdade de iniciativa aqui examinadas e (ii) a análise dos elementos limitadores do exercício do poder de polícia administrativo e da regulação da atividade econômica é aplicável a ambas. A apartação conceitual, portanto, nesse caso, não teria uma utilidade adicional para o que se examina. Assim, reconhecendo a distinção doutrinária[326] e citando a diferenciação sobretudo por honestidade acadêmica, adota-se aqui a expressão poder de polícia em sua acepção ampla, que circunscreve tanto as funções executivas do poder de polícia quanto a atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.

Nesse sentido, por todos, cita-se a definição de poder de polícia que reflete a premissa aqui adotada:

> Com efeito, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros

---

[325] "Em acepção ampla, o poder de polícia compreende competências legislativas e administrativas. Alude-se a poder de polícia administrativa para indicar o conjunto de competências desenvolvidas pela autoridade estatal em nível infralegal, mediante providências destinadas a dar concretude a valores, princípios e regradas consagradas em normas constitucionais e legais." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 573).

[326] "Ainda na tônica da diferenciação da polícia em relação a outras atividades estatais: ela não se confunde com a regulação jurídica da economia. Há, aqui, várias teorias. Num ponto todos concordam: o poder de polícia seria o ancestral da regulação. Só que a regulação seria mais abrangente que o poder de polícia – estamos falando, é claro, da polícia incidente sobre atividades econômicas, já que ninguém confunde licença de obra com ato de regulação econômica. Seria mais abrangente por dois motivos: em primeiro lugar, porque o poder de polícia não incidiria sobre os serviços públicos, delegados ou não, cuja titularidade é sempre pública (como se sabe, apenas seu exercício é objeto de delegação contratual). É que a doutrina sempre afirmou que o poder de polícia incide, apenas, sobre atividades privadas, ainda que tais atividades possam ser desenvolvidas por estatais. Já a regulação pública não teria tal restrição: incidiria também sobre os serviços públicos delegados. Segundo motivo: o poder de polícia acabaria se resumindo a técnicas de informação, de condicionamento de exercício de direitos (autorização, licença) e de ablação (restrição, total ou parcial, de direitos). A regulação incluiria as técnicas de polícia, mas também outras, como técnicas de composição de conflitos. Além disso, dentro do conceito de regulação estariam abrangidas capacidades normativas e capacidades quase judicantes. A polícia administrativa, em sentido estrito, significaria, apenas e tão somente, limitar direitos privados." (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 291).

> objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição.[327]

Em relação à definição conceitual da regulação,[328] adotada aqui como parte do poder de polícia, cita-se:

> 10.1 Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas (em sentido estrito), há alguma incidência da regulação estatal. O que irá variar é a profundidade e a intensidade da carga regulatória. Porém, mesmo na menos condicionada das atividades econômicas – onde vicejar a liberdade de empresa e não houver nenhuma incidência de regulação estatal – haverá, residual e reativamente, alguma incidência de regulação estatal seja no âmbito da proteção à concorrência (intervenção das autoridades antitruste), seja no âmbito da proteção ambiental, seja ainda no tocante à defesa do consumidor.
> 11. Em suma, a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência admite infinitos matizes. Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos). Variará de abrangência e de intensidade, conforme se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e o agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação).[329]

Como já referido, com a constitucionalização do Estado democrático de direito, o poder de polícia, apesar de ainda ser extroverso – unilateral e cogente –, retira e limita sua validade nos direitos fundamentais[330] e nos princípios constitucionalmente tutelados. Desse modo, retira sua validade na medida em que sua existência e validade se dão de forma instrumental para a satisfação dos bens jurídicos previstos na Constituição.[331] Por outro lado,

---

[327] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 69.

[328] "Em sentido estrito, todavia, 'regulation' consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. [...] O poder mais importante do Estado é o da coerção. 'Regulation' é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos." (ARAGÃO, Alexandre S. de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29).

[329] MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 7, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022.

[330] "[...] os direitos fundamentais são, em sua origem, direitos morais, fruto da projeção de valores morais (como liberdade, igualdade e segurança) sobre a ordem jurídica. Por isso mesmo, a constitucionalização de tais direitos tem por escopo, precisamente, retirá-los do varejo político do dia-a-dia, situando-os em patamar hierárquico superior ao das maiores legislativas ocasionais, inclusive, no caso brasileiro, do próprio poder constituinte derivado. É dizer: os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seu *status* constitucional e da sua condição de cláusulas pétreas na Constituição." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. everrev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 86-87).

[331] "O Estado não desfruta do poder, na condição de dono ou senhor, mas como representante do titular, que é o povo. Os particulares, embora sofram o poder, não são mero objeto dele. É intuitivo, destarte, que as relações jurídicas entre Estado e indivíduo, conquanto marcados pelo signo da autoridade – visto estar em causa o

os direitos fundamentais e princípios constitucionais também limitam sua extensão,[332] dado que o exercício do poder de polícia não pode ser totalizante e independente de qualquer ponderação sobre os direitos individuais previstos na Constituição.[333] Essa percepção afasta-se da doutrina tradicional, que associava a legitimidade do poder de polícia tão somente aos requisitos de validade do ato administrativo e da legislação, sendo a discricionaridade resultado do amplo espaço de oportunidade e conveniência da Administração e do legislador.[334,335]

---

exercício do poder político –, não se processam sob o império da submissão. Ainda mais porque o indivíduo, mesmo em suas relações com o Estado, apresenta-se como sujeito livre, munido de direitos." (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 109-110).

[332] "Em segundo lugar, deve-se gizar que a discricionariedade nada mais é do que um instrumento colocado à disposição do administrador público, com a finalidade de lhe possibilitar o encontro da melhor solução possível diante das características específicas do caso concreto e sempre dentro dos limites impostos pela lei. Com isso, tem-se como consequência que a discricionariedade não significa uma liberdade plena do administrador público para tomar a decisão que melhor aprouver, mas apenas um espaço de atuação dentro de limites impostos pela lei, estritamente nos casos permitidos pela lei." (SCHIRATO, Vitor R. O poder de polícia é discricionário? *In:* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). **Poder de polícia na atualidade:** Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – Cedau do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 30).

[333] "Não há, portanto, em termos apriorísticos, nem supremacia geral em favor do Estado, nem sujeição geral em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, que fazem do poder de polícia um variado instrumental a serviço da realização coordenada da democracia e dos direitos fundamentais." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 110).

"Assim é que, hoje, há uma situação em que o poder de polícia tem indubitável caráter autoritário, mas que não se exerce de forma unilateral, nem tampouco sob o pálio de um folclórico interesse público, como se acreditava. É autoritário na medida em que se impõe aos cidadãos sem a necessidade de sua concordância, embora sua expressão possa ser o reflexo de um ato bilateral entre Estado e indivíduo sem que assim se desnature. Contudo, mesmo nos casos em que é autoritário, não provém de uma determinação estatal baseada em seus exclusivos critérios. Provém de um processo de arbitragem entre os diversos direitos e interesses que se colocam em cada situação que demanda uma ação estatal." (SCHIRATO, op. cit., p. 40).

"14. Em suma, a atividade regulatória não pode, entre nós, ser tomada como livre de peias constitucionais. Para mim, dois princípios básicos dão (obviamente sem excluir a incidência de outros princípios, como visto acima) os contornos dessa limitação. No eixo horizontal (abrangência), a limitação é ditada predominantemente pelo princípio da subsidiariedade. Já no eixo vertical (intensidade e profundidade) tenho comigo que as balizas mais fortes são dadas pelo princípio da proporcionalidade. A respaldar a função de um e outros destes princípios está a seguinte construção: a regulação estatal embora, como demonstrei, esteja expressamente admitida na Constituição, constitui circunstância excepcional, excludente da regra matriz de liberdade de iniciativa. Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa. Apenas a presença (a consequente demonstração) dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação. Somente diante dessas finalidades é que se pode fechar a equação posta pela constituição, calibrando liberdade de empresa com regulação econômica." (MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 10, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022).

[334] "A proteção dos direitos individuais realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa. [...] Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os *motivi interiori della volizione legislativa*. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade

Aqui, adentra-se um exercício de hermenêutica constitucional que permita avaliar, em concreto, se os limites do poder de polícia foram ultrapassados, retirando-lhe o fundamento de validade. Toma-se por base as propostas de leitura feitas por Marques Neto[336] e por Binenbojm,[337] ambas com suporte central no princípio da proporcionalidade.

Antes de expor detidamente o método de análise proposto pelas citadas referências, faz-se uma breve digressão para apreciação do conteúdo do princípio da proporcionalidade (também denominado de princípio da proibição do excesso).

As origens do princípio da proporcionalidade remetem a uma figura supraconstitucional, voltada à imposição de limites ao executivo. Posteriormente, foi erigido a um princípio constitucional, com incidência sobre a atividade legislativa, executiva e judicante do Estado,[338] deslegitimando os excessos de qualquer ordem. O princípio da proporcionalidade age tanto como diretriz interpretativa em conflitos de bens jurídicos

---

da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo." (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 315/322).

335 "Através de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o Estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar geral. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas, se·a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder. [...] Ao conceituarmos o poder de polícia como faculdade discricionária não estamos reconhecendo à Administração qualquer poder arbitrário. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto. Daí a justa observação de Mayer de que: 'La regia de Derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regia prohíbe ni prohibir lo que ella permite'." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 158-159).

336 MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 10, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022.

337 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

338 "O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máximo suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. Art. 272.º/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecimento por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. Arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º/2). [...] Na qualidade de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *Common Law*. Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 266).

constitucionalmente tutelados[339] quanto no sentido de uma proteção endógena aos direitos fundamentais, de preservação de um conteúdo mínimo essencial.

No exercício de ponderação, há de se avaliar (i) se o fim perseguido pela medida proposta é compatível com o interesse público e (ii) se o desenho da medida pretendida se valeu (a) de meios adequados à persecução do fim pretendido e (b) da extensão da restrição na medida necessária e suficiente para tanto.[340] Nesse exercício, há de se ter em conta que a projeção da restrição imposta não poderá fragilizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais confrontados, ainda que a alternativa almejada seja, por hipótese, a mais eficiente de um ponto de vista estritamente econômico.[341] Tal núcleo essencial opera como uma restrição à construção do modelo/sistema que se quer propor, não podendo ser sacrificado, devendo ser internalizado. Especificamente, "[...] o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.".[342]

Refletindo tais balizas interpretativas na limitação do poder de polícia, Marques Neto propõe que a verificação de legitimidade e constitucionalidade de medida adotada se dê – sem prejuízo da incidência de outros princípios constitucionais – sempre em função dos princípios

---

339 "O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através da sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 272).

340 "A legitimidade das medidas de ordenação dependerá da observância, entre outros fatores, da lógica da proporcionalidade, em seus três exames sucessivos: (i) adequação (exigência de que a medida restritiva seja apta a promover razoavelmente o direito fundamental ou o objetivo de interesse geral contraposto); (ii) necessidade (exigência de que a medida restritiva não possa ser substituída por outra que cumpra a mesma finalidade de forma razoável, mas de maneira menos gravosa ao direito restringido); e (iii) proporcionalidade em sentido estrito (exigência de que, consoante algum critério válido de análise de custo-benefício, seja possível afirmar que o grau de importância da promoção do direito fundamental ou do objetivo de interesse geral que justifique a gravidade da restrição imposta ao direito em questão)." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 113).

341 "Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (*Schranken- Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas." (MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 41).

342 MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 316.

da subsidiariedade[343] e da proporcionalidade.[344] O princípio da subsidiariedade configuraria um limite horizontal à abrangência do poder de polícia.[345] O princípio da proporcionalidade, por seu turno, delimitaria um limite vertical à intensidade e à profundidade de incidência da atuação estatal.[346]

A avaliação de conformidade da medida em função do princípio da subsidiariedade pressupõe que o intérprete avalie, no caso concreto, se a intervenção exógena era necessária em absoluto e se o objetivo pretendido não seria alcançado independentemente da intervenção estatal. O princípio da subsidiariedade seria o princípio constitucional imanente, cujo conteúdo "predica que apenas se fará possível o estabelecimento de uma incidência regulatória estatal sobre um campo da economia se nele existem valores ou interesses públicos cuja proteção ou promoção não possa prescindir da atuação estatal".[347] Se não

---

[343] "E, note-se, que o princípio da subsidiariedade operará no sentido de limitar a regulação estatal não só quando exercida pelo regulador mediante atos administrativos. O princípio – daí por que entendo que ele oferece limites à própria abrangência da regulação – opera mesmo limitando a própria prerrogativa do legislador de constituir campos de incidência específica de regulação estatal quando isto não seja absolutamente sustentável ao lume dos critérios acima expostos." (MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 13, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022).

[344] "É fato que o princípio da proporcionalidade (assim como o da razoabilidade) vincula a atividade estatal tanto na função judicante, como na legislativa (onde se difundiu a ponto de alçar à condição, como vimos, de princípio constitucional não expresso) e especialmente na atividade administrativa (com destaque para o manejo do poder de polícia). Como já vimos, a proporcionalidade e a razoabilidade se prestam a limitar o manejo do poder extroverso (poder estatal) em qualquer de suas acepções." (Idem, p. 19).

[345] "No eixo horizontal, temos que lobrigar os limites à abrangência da regulação estatal. É dizer, há que se verificar se existem limites àqueles setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica (porquanto, já asseverei, de forma ampla, toda a atividade econômica está sujeita, em maior ou menos grau, à regulação geral da economia, variando aí também apenas a intensidade e profundidade da incidência regulatória). Ou seja, trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que se edifique um arcabouço regulatório incidente sobre uma atividade, indústria ou setor econômico." (Idem, p. 8).

[346] "No eixo vertical, cumpre analisar quais são os lindes constitucionais para o exercício das competências regulatórias. Trata-se de ver, portanto, se existem restrições à intensidade e profundidade da regulação. Já pude dizer que a atividade regulatória é o domínio da prudência e não da querença. É falsa a ideia de que, por serem as competências regulatórias em regra contempladas em leis pouco precisas, genéricas e por vezes vagas, correspondem à atividade regulatória grandes margens de subjetividade do regulador. Ainda que corresponda à regulação alguma margem de discricionariedade quanto ao momento da ação ou ao instrumento regulatório a utilizar, creio que a atividade reguladora (como espécie de função pública) está adstrita à dupla incidência de limites e princípios. De um lado, sujeita-se à axiologia dos princípios da Administração Pública (cf. artigo 37, *caput*, da CF). De outro, mais diretamente, submetem-se aos princípios explícitos ou implícitos dimanados da estruturação da ordem econômica na Constituição." (Idem, p. 9).

[347] "Portanto, o princípio da subsidiariedade – implicitamente albergado na Constituição, como acima indicado – predica que apenas se fará possível o estabelecimento de uma incidência regulatória estatal sobre um campo da economia se nele existirem valores ou interesses públicos cuja proteção ou promoção não possa prescindir da atuação estatal. Para o estabelecimento desta regulação – mesmo que por manifestação legislativa – não bastará uma decisão de poder. Há que existir razões e fundamentos aptos a justificar a restrição à liberdade de iniciativa (algo inerente à atividade regulatória estatal), razões estas que deverão ser lastreadas no interesse geral da coletividade. Sem isso, o ato ou a lei padecerão de vício de motivo, de falha em um requisito material essencial, padecendo assim de inconstitucionalidade." (Idem, p. 14).

verificada a compatibilidade da medida com o princípio da subsidiariedade, esta seria eivada de inconstitucionalidade.

O exercício hermenêutico em relação ao princípio da proporcionalidade no que diz respeito à legitimação e limitação do poder de polícia estatal, por sua vez:

> 29. No que toca ao controle do poder de polícia, o núcleo do princípio da proporcionalidade acaba por oferecer duas ordens de condicionamento ao exercício do poder extroverso. De um lado, prediz que o exercício do poder de polícia, entendido como intervenção na seara de direitos dos particulares, só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos. De outro, que tal intervenção, ditada pelo manejo do poder de polícia, deverá ser mensurada no limite mínimo necessário. Essa dupla ordem de condicionantes acaba por ditar um critério de balanço, de equilíbrio, entre os ônus impostos ao particular e os bônus auferidos pela coletividade (titular do interesse público perseguido pelo manejo do poder de polícia). Ferido esse equilíbrio, desbalanceada a equação em desfavor do particular, restará ferido o princípio da proporcionalidade.[348]

Em síntese, portanto, de acordo com a primeira trilha interpretativa adotada por base neste trabalho, para avaliar se a medida de intervenção estatal sobre o campo da liberdade e da propriedade privadas seriam ou não compatíveis com os limites impostos pela Constituição, faz-se necessário cogitar se a determinação escapa aos limites horizontais e verticais de abrangência e de incidência da regulação, respectivamente. Os limites de abrangência são aqueles delimitados pelo princípio da subsidiariedade, que apregoa a impositiva avaliação prévia de necessidade da intervenção administrativa em qualquer medida. Os limites de profundidade do poder de polícia seriam impostos pelo princípio da proporcionalidade, o qual encerra a necessária ponderação entre a adequação e o equilíbrio dos meios adotados para persecução dos fins almejados.

Consoante já referido, o segundo caminho de análise adotado como referência é aquele defendido por Binebojm, o qual postula que, para verificação em concreto sobre a violação ou não dos limites constitucionais impostos ao poder de polícia, faz-se necessário sempre avaliar a medida específica em confronto com os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Tais direitos fundamentais seriam o elemento central de cotejo a delimitar as restrições oponíveis pelos particulares ao Estado para a adoção do poder de polícia sobre a liberdade e a propriedade do indivíduo, exercendo uma eficácia bloqueadora ao poder extroverso.[349]

---

[348] MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 16, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022.

[349] "Cumpre abordar, em primeiro lugar, um conjunto de situações nas quais os direitos fundamentais exercem uma eficácia bloqueadora ao exercício do poder de monopólio. Nesses casos, a intervenção legislativa ou

O autor enuncia três ordens de limitações impostas pelos direitos fundamentais ao exercício do poder de polícia: (i) a limitação pelo confronto literal e frontal com o âmbito de proteção de um direito fundamental razoavelmente bem delimitado pela Constituição; (ii) a limitação pelo excesso, pelo descumprimento do dever de proporcionalidade; e (iii) a limitação pela violação ao conteúdo mínimo essencial de um direito fundamental contraposto.

A primeira ordem de restrição se verifica quando a medida imposta pelo poder de polícia viola diretamente um direito fundamental, cujo âmbito de proteção já tem contornos precisos dados pela Constituição. Nessa hipótese, dada a exatidão do conteúdo protetivo, a colisão objetiva, sem demandar mais esforços interpretativos, restringir em concreto o alcance do poder de polícia, tornando inconstitucional as iniciativas que excedam esses limites:

> A primeira hipótese típica ocorre quando a medida de polícia contraria frontal ou literalmente o âmbito de proteção de um direito fundamental. Entende-se por âmbito de proteção os fatos, atos, estados ou posições jurídicas protegidos pela norma que o assegura. Pois bem: nos casos em que o direito fundamental tem uma dimensão existencial (ou comportamental) ou tenha sido razoavelmente delimitado pelo constituinte, estarão automaticamente proscritas quaisquer medidas de polícia voltadas a excluir ou frustrar posições inseridas em seu âmbito de proteção.[350]

A segunda ordem de limitação diz respeito à necessidade de verificação de compatibilidade da restrição imposta pelo poder de polícia aos ditames da proporcionalidade. Nesse caso, a necessidade de ponderação decorre da colisão de dois ou mais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e "[a] ordenação surge como instrumento a serviço da consistência interna do sistema de direitos fundamentais e seu convívio harmônico e equilibrado com o sistema democrático [...]".[351]

Por fim, a terceira ordem de limitação da competência do Estado para exercício do poder de polícia decorreria da necessidade de preservação do conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais. Na doutrina, consoante mencionado, essa diretriz hermenêutica é também tratada como uma decorrência imediata do princípio da proporcionalidade. O

---

administrativa será simplesmente inconstitucional." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 110).

350 Idem, p. 111.

351 "A segunda hipótese típica em que os direitos fundamentais limitam o exercício do poder de polícia ocorre nos casos em que a pretensão ordenadora não ultrapassa as máximas inerentes ao dever de proporcionalidade. Aqui, diferentemente do que se passa nas situações previamente descritas, a intervenção conformadora do poder de polícia situa-se na área de proteção do direito fundamental, mas com a suposta finalidade de concretizar outro direito fundamental ou um princípio de interesse geral, ambos assegurados pela Constituição. A ordenação surge como instrumento a serviço da consistência interna do sistema de direitos fundamentais e seu convívio harmônico e equilibrado com o sistema democrático (de onde provêm as normas que conferem conteúdo aos próprios direitos e a objetivos coletivos apenas abstratamente indicados na Lei Maior)." (Idem, p. 112).

conteúdo mínimo essencial seria a barreira rígida intransponível pelo poder de monopólio do Estado, devendo ser respeitado em toda sua extensão.[352]

Como se vê, a análise da proporcionalidade é transversal às duas sistemáticas interpretativas estudadas para a verificação de violação de limites constitucionais pelo poder de polícia (em sua dimensão ampla, que congrega também a competência regulatória do Estado). A interseção que se pretende aprofundar nas próximas seções diz respeito à definição do conteúdo mínimo essencial – decorrência imediata do princípio da proporcionalidade – do direito fundamental à liberdade de iniciativa.

Defende-se que, em relação à liberdade de iniciativa (e um de seus corolários, o direito de propriedade) há um conteúdo mínimo a ser protegido, que não pode ser atingido em abstrato pelo poder de polícia do Estado, mas é passível de restrição (i) a partir de instrumentos previstos pela Constituição, como a desapropriação ou (ii) para prevenção e repressão de situações concretas de abuso de posição dominante.

4.2.1 A liberdade de iniciativa como eixo de análise

A partir daqui, pretende-se analisar tal conteúdo econômico mínimo da garantia constitucional à liberdade de iniciativa, tendo como parâmetro concreto de aferição as quatro ferramentas econômicas usualmente aplicadas à regulação de monopólios "naturais": (i) controle de entrada; (ii) determinação setorial de acesso; (iii) controle de preços; e (iv) transparência em relação a questões operativas e contábeis necessárias ao *enforcement* das ferramentas anteriores.

A liberdade de iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito nacional (art. 1º, IV) e da nossa ordem econômica (art. 170, *caput*) eleitos pela Constituição de 1988.[353] Em termos gerais, consiste na liberdade assegurada aos indivíduos de empreender

---

[352] "Por fim, resta abordar uma terceira ordem de situações nas quais os direitos fundamentais assumem esse papel de normas negativas de competência ao Estado. Trata-se dos casos em que o exercício da competência ordenadora, efetiva ou potencialmente, reduza o direito fundamental aquém de um mínimo que o desfiguraria ou aniquilaria. Está-se aqui no campo da doutrina do limite dos limites (*Schranken-Schranken*), elaborada no direito alemão a partir do art. 19, inciso II, da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual a lei, ao restringir um direito fundamental, não pode atingir o seu conteúdo essencial. Nesses casos, portanto, a eficácia bloqueadora do poder de polícia decorre, precisamente, da proteção do núcleo irredutível dos direitos fundamentais contra investidas excessivas do poder de polícia." (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 115).

[353] "Ao lado da valorização do trabalho humano, o *caput* do art. 170 traz a livre iniciativa como outro dos fundamentos da Ordem Econômica. Trata-se de norma simultaneamente erigida à condição de base da ordem econômica e de princípio constitucional fundamental (art. 1º, IV, *in fine*, e 170, *caput*). A livre iniciativa é conatural aos demais direitos fundamentais, com equivalente estatura normativo-axiológica." (BOCKMANN

por seus próprios esforços (dentro dos "espaços individuais de ação, intangíveis pelo Estado"[354]) e de tomar as decisões econômicas relevantes à condução de suas atividades, sem a criação de barreiras desnecessárias e desproporcionais resultantes da intervenção do Estado[355,356,357].

A liberdade de iniciativa tem diferentes desdobramentos, a exemplo da liberdade de exercício de profissão, da liberdade econômica e da liberdade de concorrência. O conceito de liberdade de iniciativa e sua densificação são dinâmicos e mutáveis pela realidade e pelos anseios sociais ao longo do tempo.[358]

MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 22, out./dez. 2019).

354 "Os indivíduos são livres, de outro lado, por terem garantida (pelo próprio Estado) a segurança nas fruições privadas. É dizer, desfrutam de espaços individuais de ação, intangíveis pelo Estado. Eis sendo o sentido da liberdade para os modernos. São exemplos: o direito de propriedade, de exploração de atividade econômica, de manifestação, de expressão." (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 115)

355 Na dimensão moral da liberdade – enquanto direito e valor fundamental – é abrangida a noção de liberdade econômica, como elemento para o desenvolvimento das capacidades humanas. De fato, o homem, centro e objeto do Estado e do direito, deve ser livre para o desenvolvimento de suas potencialidades, podendo-se dizer que a liberdade existencial só existirá verdadeiramente onde houver liberdade econômica. Isso é verdade tanto quando se entende seja a liberdade econômica instrumental à liberdade existencial, como também quando se sustente seja a liberdade econômica parte inerente à própria condição humana. O Estado não pode substituir os cidadãos nas suas escolhas. Do contrário, estaríamos diante da patologia paternalista, que deve ter como um de seus remédios a liberdade econômica. Isto é: em primeiro lugar, deverá prevalecer a possibilidade de o homem fazer as suas próprias escolhas, inclusive econômicas, do que decorre a ideia de subsidiariedade sustentada." (CYRINO, André. **Direito Constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 64-65).

356 "Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado." (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento d– preços - tabelamentos oficiais (parecer). **Revista de Direito Público**, v. 22, n. 91, p. 77, jul.-set. 1989).

357 "Além disso, a livre iniciativa também é um princípio específico da ordem econômica brasileira, e isso significa uma opção pela economia de mercado, que significa uma economia que gravita em torno da lei da oferta e da procura, com pontuais intervenções do Estado para corrigir falhas do mercado. Essa é a opção constitucional no Brasil. Portanto, nesse ambiente, eu penso ser incompatível com a livre iniciativa normas que proíbam explicitamente uma atividade econômica, como, no caso, é o transporte individual remunerado de passageiros cadastrados em aplicativos." (STF – Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1054110**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. Livre iniciativa e livre concorrência. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 09/05/2019b. DJe194, p. 10. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768192170/recurso-extraordinario-re-1054110-sp. Acesso em: 3 jul. 2022).

358 "Como se sabe, a opção pela valorização da liberdade econômica é típica dos Estados que adotam o modo de produção capitalista, mais do que nunca dominante. Isso não significa, porém, que a Constituição haja consagrado o liberalismo econômico extremado como opção normativa. Embora a adoção de uma economia de mercado exclua determinadas formas de intervenção estatal na economia, é certo que a presença do Poder Público nesse domínio deve ser graduada segundo as opções políticas de cada momento, respeitando os limites e as exigências constitucionais." (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 135).

De forma mais ampla, contudo, pode-se dizer que estão abrangidas pela garantia da liberdade econômica[359] (i) a possibilidade de exercício de atividades não reservadas, independentemente de um título habilitante prévio outorgado pelo Estado, excetuada a possibilidade de imposição de autorização prévia concedida de forma vinculada mediante o atendimento de critérios razoáveis impostos por lei (cf. art. 170, parágrafo único); (ii) a participação secundária do Estado na economia[360,361]; (iii) a garantia de exercício da atividade em livre concorrência; e (iv) a liberdade de tomar decisões econômicas endógenas à atividade de empreender (como alocar recursos, a determinação da quantidade produzida e comercializada, a liberdade de contratar).[362,363]

---

359 "A liberdade econômica privada é a prerrogativa de criar o seu próprio estabelecimento, cível comercial e (ou) industrial. Fazer nascer a sociedade empresarial, organizá-la livremente e ingressar no mercado, em concorrência com outras que lá estão." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 23, out./dez. 2019).

360 "A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. [...] Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária conquanto importante, já que sua ação deve reger-se pelo princípio da subsidiariedade." (FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 4. Arts. 170 ao 245. São Paulo: Saraiva, 1990b. p. 3).

361 "A liberdade de iniciativa é o eixo motor da ordem econômica na Constituição atual. Ao Estado incumbe o patrulhamento das fronteiras, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174) e de contenção do abuso de poder econômico (art. 173, § 4º), cumprindo a lei preservar o princípio da justiça social e fixar as diretrizes e bases do desenvolvimento nacional equilibrado. Nos estritos pressupostos constitucionais, poderá o Estado promover a execução direta de serviços e mesmo alcançar o monopólio (arts. 173 e 177)." (TÁCITO, Caio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ordem econômica – Liberdade de iniciativa – Empresa capital nacional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 237, 2005. https://doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42998).

362 "Isso significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 784-785).

363 "O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previsto em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreender estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essencial do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II)." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 188-189, out./dez. 2001).

Como já tratado no tópico anterior, tal liberdade não é absoluta e intocável, mas também passível de restrição pelo poder de polícia (em sentido amplo) do Estado na medida de sua conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (que no exercício de ponderação de direitos tem por limite a preservação do conteúdo mínimo essencial dos direitos em colisão). A complexidade cotidiana de manejo do tema está exatamente em saber concretamente o que constitui e o que não constitui um excesso maculável de inconstitucionalidade.[364]

O recorte primário dado por esta seção baliza a análise em função das atividades reservadas ao Poder Público e das atividades não reservadas, as atividades de livre iniciativa. A arquitetura constitucional adotada pela Carta brasileira privilegia a livre iniciativa como eixo fundante da República e da ordem econômica,[365] sendo a monopolização de atividades pelo Poder Público a exceção, a ser observada nos casos expressamente previstos na Constituição ou na estrita e residual forma do art. 173, *caput*.[366]

Em relação às atividades de livre iniciativa, estas já nascem na esfera de direitos dos privados. Em relação às atividades reservadas, elas já foram atribuídas com exclusividade ao Estado na origem ou pelo constituinte derivado. Assim, no momento da delegação feita ao privado para explorar a atividade, o ente competente pode desenhar a delegação com mais ou menos liberdade para o delegatário que passará a exercer a atividade.[367] Nesse caso, a posição

---

[364] Nesse sentido, vale a provocação de que – dada a abstração da verificação em concreto da proporcionalidade ou não da medida de restrição da liberdade de iniciativa adotada – tal dificuldade é semelhante à de reflexões já feitas sob o paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A diferença aqui é exatamente o elemento balizador de interpretação, que no paradigma anterior contrapunha genericamente o interesse público ao interesse privado e no paradigma atual, de constitucionalização dos direitos fundamentais, contrapõe direitos fundamentais de estatura constitucional, não mais agrupados exclusivamente pela insígnia do interesse público ou privado. Como referência desta dificuldade interpretativa feita sob o paradigma anterior, cita-se: "Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não mais que uma dimensão do outro? Mais do que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante de dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja ablação total do outro?" (BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70).

[365] "Repise-se: em primeiro lugar haverá a liberdade. Também, ou, sobretudo, na ordem econômica. Realmente, a análise lógico-sistemática de alguns dispositivos da Constituição demonstra esse raciocínio: (i) a reserva constitucional dos monopólios estatais, nos termos dos artigos 176 e 177; (ii) a referência ao planejamento econômico, no art. 174, como determinante para o setor público, mas meramente indicativo para o setor privado; e (iii) o caráter excepcional, circunstancial e supletivo da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, na forma prevista no art. 173, restrita às situações em que necessária aos 'imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo', conforme definidos em lei." (CYRINO, André. **Direito Constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 67).

[366] "A subsidiariedade da intervenção estatal é também aferível de um ângulo normativo. Parece claro que a Constituição brasileira, em razão dos valores que a informam, consagra a livre iniciativa como um dos princípios cardeais do Estado brasileiro, só podendo ser limitado por outros princípios constitucionais (art. 1º, IV, CF)." (Idem, p. 67).

[367] "12.1. Estas perguntas se põem extremamente relevantes na medida em que, embora entendendo que a regulação envolve as modalidades de intervenção não direta do Estado no domínio econômico, não se pode

de referência é a do Estado, que permite um efluxo delimitado de liberdade de iniciativa. No caso das atividades de livre iniciativa, não reservadas a algum ente da Federação, ocorre exatamente o oposto: a referência é a coletividade dos indivíduos sociais privados, a quem fora constitucionalmente outorgado o direito à livre iniciativa.[368] O influxo de intromissão estatal que limita sua liberdade de iniciativa deve ser subsidiária e proporcionalmente justificada, preservando o conteúdo mínimo do direito.[369]

Ou seja, não se nega a possibilidade de incidência de regulação. Diz-se, logo, que a fragilização de determinadas variáveis atingirá o conteúdo econômico essencial mínimo da liberdade de iniciativa e terá um resultado excessiva ou eminentemente expropriatório. Essa violação é inconstitucional em mercados cuja conformação constitucional permitia à partida haver tais direitos. Se eles não existiam desde o começo ou existiam sob a premissa de que poderiam mudar, não há uma violação constitucional pressuposta.

À guisa de poder de polícia não se pode exercer limitações tais à livre iniciativa que só seriam possíveis quando: (i) o Estado assumisse para si, com exclusividade, a exploração da atividade econômica, o que pode fazer apenas observando o rito constitucional. Isso porque o poder de polícia restringe, limita, mas não exclui o particular *a priori*, como faz a reserva constitucional da atividade; ou (ii) o Estado delegue a terceiros privados a exploração de

---

descurar que via regulação se pode restringir drasticamente o campo da atuação do particular no domínio econômico. Muita vez os instrumentos de regulação estatal exercem uma restrição à liberdade empresarial igual ou superior mesmo àquela perpetrada pela assunção direta pelo Estado da exploração de uma atividade econômica. A incidência de mecanismos de regulação estatal não é neutra em face do setor regulado. Ao manejar competências reguladoras, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição. Age interferindo muita vez não só no setor diretamente visado pela regulação, mas nas demais etapas da cadeia produtiva. Isso é inerente ao seu papel de regulador da economia. Porém, este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da liberdade de iniciativa que, para além de ser basilar à ordem econômica (artigo 170, caput, da Constituição), foi eleito pelo constituinte como princípio fundamental da República (cf. artigo 1º, IV, da CF).” (MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 8, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022).

368 “Em suma, a lógica está em que as leis, ao invés de estarem constitucionalmente habilitadas a inibir o exercício da livre iniciativa, devem, sim, conferir máxima eficácia a esse direito fundamental econômico. A regra não é a do poder absoluto de restrições estatais. O que se tem é a limitação do poder do Estado em decorrência das liberdades econômicas: estas são o ponto de partida. As pessoas privadas não precisam pedir licença para exercitar seus direitos fundamentais – que lhes pertencem *ab ovo*, e não aos Poderes Públicos. Quem precisa pedir licença para entrar é o Estado. A regra, portanto, é a da liberdade.” (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 28, out./dez. 2019).

369 “Ademais, de um ponto de vista lógico, a própria ideia constitucional de intervir traduz-se numa concepção de atuação numa área que antes não era sua. A intervenção do Estado na economia continua tendo um caráter excepcional. A supletividade do papel do Estado é da lógica do seu funcionamento. É corolário da própria conotação da ideia de intervenção.” (CYRINO, André. **Direito Constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 69).

atividades que são a ele franqueadas, uma vez que a livre iniciativa aqui não é pressuposta, implícita, mas é, antes, resultado do espaço de liberdade outorgado pelo Estado quando do desenho do título de delegação. Nesse último caso, o estado origina a liberdade de iniciativa, não lhe cerceia.

Em resumo, o que aqui se postula é que, em relação à generalidade das atividades econômicas da Constituição, de livre iniciativa, não sujeitas a uma reserva constitucional de titularidade a algum ente da Federação, o Estado não pode, em seu papel de regulador, chegar a níveis de intervenção de tal profundidade que tolham a liberdade de ação do privado em patamares comparáveis aos que é possível fazer no exercício de delegação de suas atividades a privados.[370]

Em nossa leitura, existisse tal permissão, haveria um desvirtuamento da sistemática constitucional de intervenção do Estado na economia, sobretudo da lógica geral insculpida no art. 173, *caput*, de que ressalvados os casos previstos na Carta – as atividades reservadas –, a exploração direta de atividade pelo Estado ocorrerá em hipóteses residuais (quando **necessárias** aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo). Antecipando-se a contra-argumentos no sentido de que as decisões de intervenção sob análise nesta seção não representam a exploração direta da atividade pelo Estado, qualifica-se a explanação anterior no sentido de que se nem a assunção direta pode se dar de forma irrestrita, tampouco poderá o espaço de livre iniciativa ser tão residual a ponto de ser comparável àquelas atividades cuja titularidade é do Estado e cujo espaço de liberdade de ação para delegação a um privado foi conformado de forma restrita porque neste caso o privado age não em nome próprio, mas como delegatário do titular da atividade reservada.

Nesse sentido, precisa a reflexão de Aragão:

> E mais, em relação às atividades petrolíferas não monopolizadas não poderá o Poder Público impor regulação que faça a autorização equivaler à concessão, a uma *publicatio*, ou seja não poderá conferir poderes ao Poder autorizante correspondentes aos que existiriam se a atividade fosse monopolizada pelo Estado,

[370] "Como se pode singelamente constatar, o regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas – como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica – já viabiliza uma parte importante do bem-estar social. O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 201, out./dez. 2001).

> sob pena de incidir em fraude à Constituição. O legislador não pode criar um monopólio público pela via transversa da autorização ordenadora ou funcional.[371]

Em relação às atividades de livre iniciativa, defende-se que o poder de polícia econômico tem, antes, o papel de (i) desenhar o mercado no sentido de orientar os agentes no caminho desejado (o de maior eficiência alocativa); e (ii) de reprimir abusos e condutas, e não propriamente de exercer um controle *ex ante*, presuntivo de uma conduta anticompetitiva, que leva à substituição da competição pela intervenção estatal apriorística. Observe-se que não se defende a liberdade irrestrita, oitocentista, consoante já destacado. Por outro lado, entende-se que, em relação a essas atividades, a sistemática constitucional outorgou ao Estado mecanismos de ação mais restritos – de direcionamento, orientação, fomento – do que em relação àquelas atividades reservadas. Em outros termos: "Não se trata mais de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos."[372]

Na seção seguinte, passa-se a explorar, de forma mais concreta, o que se propõe a título de conteúdo econômico mínimo da liberdade de iniciativa.

4.2.1.1 Conteúdo econômico mínimo da liberdade de iniciativa

Antes de passar-se à análise das variáveis em concreto propostas, discorre-se brevemente sobre um aspecto metodológico da delimitação do conteúdo mínimo de um direito fundamental. Como de se imaginar, dada a complexidade das relações sociais e da multiplicidade de situações alcançadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, modelar tal conteúdo mínimo é sobretudo um exercício interpretativo (sujeito a contestações) do que a construção de um racional matemático que permita projetar todos os cenários albergados por ele albergados.

Doutrinariamente, há diferentes teorias que buscam densificar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, dentre as quais destacam-se a teoria absoluta, a teoria relativa e uma terceira vertente, que concilia a teoria absoluta e a teoria relativa. A teoria absoluta apregoa que haveria uma 'unidade substancial autônoma' dos direitos fundamentais blindada de

---

[371] ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 258, abr.-jun. 2002b.

[372] ARAGÃO, Alexandre S. de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 36.

qualquer intervenção legislativa.[373] A principal crítica a essa teoria decorre exatamente de sua rigidez e da impossibilidade de se delimitar precisamente qual seria essa 'unidade substancial autônoma'. A teoria relativa, por sua vez, defende que o conteúdo essencial seria definido para cada situação a partir de um exercício de ponderação e seria o mínimo imanente e não passível de restrição pela atividade legislativa.[374] A crítica central à teoria relativa decorre exatamente do risco da relativização, que, pela flexibilidade exagerada, pode acabar esvaziando o conteúdo mínimo do direito da mesma forma. Combinado às duas propostas, a doutrina admite uma fórmula conciliadora,[375] na qual convive um conteúdo absoluto, mas que não representa a integralidade do conteúdo mínimo e lhe permite mutabilidade ao longo do tempo.[376]

Contudo possa não ter contornos rígidos e bem delimitado, é certo que o conteúdo essencial mínimo é atingido em todos os cenários nos quais haja aprioristicamente um esvaziamento do conteúdo do direito fundamental. São como os modelos atômicos pós-Dalton, pode haver divergências em relação à forma de disposição e de proporção entre os núcleos, elétrons, nêutrons e prótons, mas converge-se no sentido de que estes são os elementos de formação do átomo (à exceção do átomo de hidrogênio, que não possui nêutrons). De acordo com o entendimento moderno dos átomos, sabe-se que o núcleo está lá e

---

373 "Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenkern*) que, independente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se ia um 'limite do limite' para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação." (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 316-317).

374 "Os sectários da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prufung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório." (idem, p. 317).

375 "Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida." (Idem, p. 318).

376 "Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. A característica 'absoluta' do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências." (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 188).

que os elétrons, *a priori*, estão em volta do núcleo, mas a posição deles é probabilística até que um experimento seja feito.

O que se propõe, nas seções seguintes, portanto, é que tal experimento seja feito em relação a quatro variáveis distintas: (i) controle de entrada; (ii) determinação setorial de acesso; (iii) controle de preços; e (iv) transparência em relação a questões operativas e contábeis necessárias ao *enforcement* das ferramentas anteriores. Ou seja, não há, aqui, a pretensão de postular que o conteúdo mínimo econômico essencial é formado pelas coordenadas "A", "B", "C" e "D", mas tão somente de avaliar se, em relação a esses quatro parâmetros, uma determinação legislativa em abstrato em relação a atividades econômicas de livre iniciativa representaria, ou não, uma ablação do direito à liberdade de iniciativa.[377]

Nas subseções seguintes, passa-se a analisar as particularidades de cada uma dessas intervenções sobre a liberdade econômica dos agentes privados.

4.2.1.1.1 A possibilidade de controle de entrada e criação de exclusividade

Em primeiro lugar, analisa-se a possibilidade de – com fundamento no poder de polícia, previsto no art. 174 da Constituição, e no elemento fático de que tal ou qual infraestrutura seria caracterizável como um monopólio "natural" – o legislador impor a exigência de um título prévio habilitante que confira exclusividade para um agente ou para um grupo de agentes que não competem entre si (a exemplo de exclusividade por área ou para construção e operação de determinado trecho).

A doutrina jurídica por vezes associa a legitimidade de medidas de polícia que imponham barreiras à entrada à existência de uma falha de mercado que justifique a intervenção pretendida:

---

[377] Aqui, atenta-se para a provocação feita por Cyrino no sentido da necessidade de pesquisas domésticas que qualifiquem de forma concreta situações nas quais a intervenção regulatória pode ter caráter expropriatório e ultrapassar a proporcionalidade necessária à sua legitimação constitucional: "Por certo, nem toda regulação é expropriatória. A grande maioria não é. O objetivo aqui é aportar para a necessidade de que se estabeleçam parâmetros para que se identifique quando isso acontece. [...] Em primeiro lugar, as soluções gerais de aplicação do dever de proporcionalidade, ponderação de interesse, concordância prática, limites imanentes, etc., embora possam contribuir para o equacionamento de casos concretos, não aprofundam o fenômeno da regulação econômica e social e sua relação com a extensão constitucional conferida à tutela da propriedade. Tais recursos metodológicos, aliás, já foram importados para alguns trabalhos que abordam o estudo da regulação econômica, a qual já se habituou ao exame de proporcionalidade. Todavia, referidos enfoques, de modo geral, apenas refletem, no âmbito do exame da regulação, aquilo que já se estudava para os limites dos atos normativos em geral. Ainda se carece de trabalhos que tratem, específica e densamente, das exorbitâncias materiais da regulação, seja ela veiculada por lei, ou por regulamentos." (CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 204, 2014).

> Há quatro razões principais legitimadoras da regulação de entrada, a saber: (i) proteção do consumidor contra produtos e serviços de baixa qualidade diante da ineficácia de mecanismos concorrenciais puros ou da regulação de qualidade ou de informação; (ii) gestão de monopólios naturais, viabilizando, se for o caso, estruturas econômico-financeiras de subsídio cruzado; (iii) a seleção econômica de participantes aptos a satisfazer finalidades legítimas pretendidas, como técnica de alocação de recursos intrinsecamente escassos; e (iv) garantia de capacidade patrimonial-financeira dos participantes do mercado regulado.[378]

Com exceção da razão "ii", concorda-se com todas as razões citadas como potencialmente legítimas para a criação de barreiras à entrada a determinado mercado, pois consistem na seleção dos competidores que demonstram atender certos critérios mínimos de habilitação para entrada e permanência em dado mercado, critérios esses que devem ser estabelecidos com razoabilidade e proporcionalidade, na medida necessária à tutela de outros bens jurídicos relevantes. O elemento da discordância nesse ponto dá-se, principalmente, porque: (i) no caso da teoria econômica clássica sobre regulação de monopólios naturais, não se trata de criar uma barreira à entrada com a regulação, mas de outorga de exclusividade a um *player* ou a um conjunto de *players* (que não competem entre sim), de modo a cristalizar a premissa de inviabilidade de competição adotada *ex ante* para outorga da exclusividade. Na prática, leva a uma monopolização da atividade, que será franqueada a um agente ou a um grupo resumido de agentes que não competirão entre sim, exatamente pela premissa fundante da intervenção de que, por haver um monopólio natural, seria necessária a criação de uma barreira à entrada dos competidores; e (ii) como discorrido na Seção 3, além de a constatação da falha de mercado monopólio "natural" ser uma constatação econômica, sem efeitos jurídicos imediatos, a "naturalização" dos monopólios também é algo questionado pela literatura econômica, o que fragiliza a premissa de intervenção como algo absoluto e necessário e a coloca como uma escolha de política pública.

Consoante já defendido, a arquitetura constitucional parte de uma premissa de que as atividades econômicas são afetas à livre iniciativa, arrolando expressamente (i) aquelas atividades ou bens necessários à exploração de determinada atividade que foram reservados a algum ente da Federação, (ii) o critério genérico que pode justificar a competência do ente, como no caso dos serviços públicos municipais, de interesse local, e (iii) as hipótese que legitimariam a intervenção do Estado no domínio econômico – segurança nacional ou relevante interesse coletivo –, nesses casos, em convivência com a iniciativa privada. Ora, se mesmo em relação às atividades reservadas discute-se doutrinariamente a exclusividade ou

---

[378] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 185.

não do ente titular previsto na Constituição, não nos parece razoável presumir que, em relação às atividades de livre iniciativa, uma premissa do mundo econômico – ser ou não ser monopólio natural – seja fundamento jurídico robusto o suficiente para criar uma barreira à entrada tal que franqueasse a um privado ou a um grupo restrito de privados, que não competirão entre si, a exclusividade para exploração dessa atividade. Se a Constituição não permite a criação de novos monopólios legais pela via infralegal sequer em favor do próprio Estado, não nos parece defensável que seja possível bloquear a competição pela via de lei com fundamento único na premissa econômica de ser um monopólio natural, inclusive porque, como visto, essa premissa é discutida mesmo no âmbito da literatura econômica.

Em relação às atividades de livre iniciativa, o modelo constitucional escolhido é o da concorrência e a possibilidade de criação de barreiras à entrada é restrita e determinada não pela conveniência e discricionariedade do Poder Público.[379] Defende-se, portanto, para essas atividades, que a inviabilidade de competição pressuposta fica adstrita ao mundo dos fatos e vai se manifestar pela não entrada de novos agentes no segmento específico. Enquanto a premissa for verdadeira, a ausência de competição subsistirá (ver Seção 3). Quando não mais se verificar, não haverá uma barreira jurídica à entrada de um competidor. A forma de proteção do primeiro agente privado que investiu na infraestrutura será através (i) da movimentação de cargas próprias, que justifiquem o investimento à partida ou (ii) de contratos que lhe assegurem o retorno esperado com a infraestrutura (a partir de um *lock-in* de demanda que, na prática, dificultará a entrada do segundo competidor, mas não representará um óbice jurídico abstrato para tanto). O incentivo à formação de preço eficiente virá, nesse caso, da própria possibilidade de sofrer contestação de mercado por outro competidor (já que não há uma barreira jurídica presumida para tanto) ou, se houver um aumento excessivo de preços em abuso da posição de monopolista, da possível aplicação de uma sanção pela legislação antitruste.[380]

---

379 "A autorização ao exercício da liberdade empresarial não é necessária (o que ficou reforçado com a Lei nº 13.874/2019). Este direito fundamental admite configurações diversas, nos diferentes ambientes socioeconômicos. Mas quando for preciso a prévia autorização, ela é vinculada: o agente público limita-se a observar os requisitos legais preestabelecidos para aquela determinada atividade (em obediência ao parágrafo único do art. 170). A discricionariedade administrativa para autorizar é limitada e deve obediência à lei. Aqui se exprime direito fundamental de primeira dimensão: a liberdade de iniciativa econômica só pode ser restringida ao mínimo, de modo proporcional (necessário, adequado e proporcional em sentido estrito) e desde que cumprida a legalidade." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 23, out./dez. 2019).

380 "*If entry is prohibited where the cost characteristics of the industry would permit two or more firms to compete effectively in a market, the public loses potential benefit. Regulation cannot create as strong incentives for efficiency as can competition. There are two related grounds for criticizing regulatory restrictions on entry based on the need to protect the advantages of a natural monopoly. First, because of the*

É diferente, portanto, do que se observa em relação às atividades reservadas ao Poder Público. Para estas, já há uma exclusividade *a priori* do ente competente para exploração e está dentro de seu escopo de conformação do mercado desenhar a forma de exploração que entende melhor atender ao interesse público no momento da outorga, com maior ou menor penetração de competição. Mesmo no caso das concessões de serviço público, título de maior incidência de intervenção regulatória, destaca-se que, por imposição infraconstitucional (art. 16 da Lei n. 8.987/1995), a outorga de exclusividade não é completamente discricionária, devendo ser justificada em virtude de inviabilidade técnica ou econômica.[381] A respeito das atividades reservadas, a barreira jurídica à concorrência relativa ao segmento específico objeto de outorga[382] pode ser justificável como uma segurança adicional para atrair um investidor privado que realizará, na qualidade de delegatário, uma atividade pública. Assegurar a ausência de competição em relação àquele segmento específico é, antes, um instrumento de atração desse privado para recuperar um investimento feito para execução de um *múnus público* do que propriamente uma necessidade econômica. Em outros termos, se a inviabilidade fática de competição existe no momento da outorga, mas esse estado de coisas pode ser alterado por razões diversas (a exemplo do nível de demanda que descaracterize a subatividade, disrupções tecnológicas, etc.), para assegurar o retorno esperado àquele agente privado que o Poder Público espera atrair para realização de uma incumbência sua, cristaliza-se essa premissa durante o prazo necessário para recuperar o investimento feito, cuja apropriação do ganho de escala pressuposto foi repassada ao consumidor/usuário do serviço.

A proteção à concorrência se deu como uma premissa originária de redução de riscos, que permitiu o dimensionamento de um ganho de escala e de um retorno requerido menor

---

difficulty of determining the potential economies of scale available in a relevant market, entry is often restricted when competition between two or more firms would be effective without sacrificing economies of scale. In these circumstances, consumers lose the potential efficiency-enhancing value of competition. Second, when economies of scale are sufficient to justify precluding a firm's entry into a market, regulatory restrictions on entry are unnecessary because the existence of economies of scale will deter new firms from entering the market anyway. If a potential entrant sees a market that is being served by a single firm whose cost characteristics cause it to have a natural monopoly in that market, the potential entrant rarely will have an incentive to invest the large amount of capital necessary to enter the market. It will recognize that it has little opportunity to earn a return on its investment in the unstable competitive market that would be created by entry of a second firm." (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell.** 4. ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 257-258).

381 "Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei." (BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

382 Faz-se tal ressalva em relação ao segmento específico objeto de outorga tendo em vista a inviabilidade de blindar o agente da concorrência por outros modais alheios ao objeto da outorga, conforme já defendido na Seção 0.

(dada a menor percepção de risco). Tais ganhos se reverteram em tarifas mais competitivas aos usuários. Ademais, usualmente, no caso dos serviços públicos, cuja prestação deve obedecer também ao disposto no art. 175, a ausência de competição pode ser desejável pela ótica do titular do serviço para manutenção de uma estrutura de subsídios cruzados entre os usuários do serviço, explorando a maior capacidade econômica/disposição a pagar de um grupo de usuários.[383,384] Nesses casos, a outorga de exclusividade pela inviabilidade de competição é uma forma de estabilizar, no tempo, uma premissa dinâmica – já que a competição pode passar a ser possível – para proteger a viabilidade de um investimento público.

Em relação a essa primeira variável, entende-se, portanto, que seria inconstitucional a criação, por lei ou por instrumento infralegal de exclusividade, para determinado agente ou para um grupo de agentes que não competem entre si, para exploração de uma atividade de livre iniciativa.

4.2.1.1.2 A liberdade de alocação da capacidade: a determinação setorial de acesso de terceiro

Para infraestruturas, de forma geral (uma rodovia, uma ferrovia, um terminal portuário, um duto, um tanque de armazenamento, etc.), o objeto central da atividade econômica é a possibilidade (i) de exploração da capacidade de um bem sob a propriedade ou a posse do agente e, (ii) a depender do caso – a exemplo de uma planta de geração de energia elétrica –, de livre disposição de seus frutos.

Didaticamente, a capacidade pode ser representada como uma dimensão da propriedade em determinado espaço de tempo, de maior ou menor granularidade (horário, diário, mensal, anual), cuja não utilização naquela janela temporal implica na impossibilidade

---

383 "*Thus, the decision to permit new entry in these circumstances reflects an implicit judgement concerning the desirability of the internal cross-subsidization required by average cost ratemaking – if continued cross-subsidization is desirable, entry should be prohibited; if continued cross-subsidization is undesirable, entry should be permitted and the pre-existing firm should be allowed to depart from a rate structure based on average cost.*" (PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell.** 4. ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999. p. 261).

384 "Ademais, a regulação jurídica, e não meramente econômica, é pautada por critérios valorativos, muitos dos quais apresentados nos princípios constitucionais da Constituição Federal e da legislação setorial. Desta feita, obrigações com a universalização dos serviços, a proibição de descontinuidade de certos serviços de interesse público e aplicação de tarifas por vezes subsidiadas para certos consumidores socialmente desiguais são fatores que ajudam a justificar a existência de uma rede única, capaz de atender a estas imposições regulatórias e promover uma distribuição de renda, com uma diluição dos custos de acordo com a capacidade contributiva dos envolvidos." (STRINGHINI, Adriano Candido. Reestruturação de redes de infra-estruturas: a servidão administrativa como instrumento hábil para promoção da concorrência. *In:* ARAGÃO, Alexandre S. de; STRINGHINI, Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas:** regulação e concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59).

de utilização em outra oportunidade. O espaço físico estará lá para ser utilizado, mas o "m^3" não usufruído no dia "D" não poderá, ele mesmo, ser usufruído no dia "D+1", o que será usufruído no caso será o "m^3" do dia "D+1", e assim sucessivamente. É diferente, então, do comércio de bens em geral, onde uma tonelada de soja não transacionada hoje, por hipótese, pode ser armazenada e comercializada em outra oportunidade.

Por essa razão, quando a regulação define o produto ou a capacidade de uma infraestrutura específica, está na verdade formatando o direito de propriedade do agente. A determinação setorial de acesso, logo, mais do que uma limitação à liberdade econômica, é também uma limitação ao direito de propriedade.[385] A esse ponto, não se faz tal afirmação no sentido de que seja uma limitação indevida ou excessiva, mas tão somente pela constatação do fato, que será objeto de análise nesta seção.

A literatura econômica conceitua cinco dimensões do direito de propriedade:[386]

Acesso	O direito de acessar uma área física definida.
Frutos[387]	O direito de obter recursos ou produtos a partir de um sistema de recursos.
Gerenciamento	O direito de definir a forma de utilização interna do bem e de fazer melhorias.
Exclusão	O direito de determinar quem vai acessar o bem e como o direito de acesso será transferido do proprietário para o usuário.
Alienação	O direito de vender ou locar.

A determinação legal de acesso de terceiros a dutos encerra usualmente duas obrigações para o proprietário/detentor da infraestrutura: (i) a de permitir a conexão às suas instalações (o *tie-in*), o acesso propriamente dito; e (ii) a de prestar o serviço de transporte ou armazenamento correspondente (*withdrawal*). Sob a ótica do proprietário e dos usuários em potencial das instalações, a literatura distingue dois principais modelos de organização desses direitos: o *common carriage* (aplicado nos países da União Europeia, principalmente) e o *contract carriage* (aplicado, sobretudo, nos Estados Unidos).[388]

---

[385] "É importante notar que o termo 'compartilhamento', aqui empregado, refere-se tanto ao acesso às redes por terceiros (a chamada interconexão) como ao uso de infraestrutura de terceiros (o chamado compartilhamento de infraestrutura). A denominação genérica do termo 'compartilhamento' é utilizada, então, para diferenciá-lo da co-propriedade, deixando claro que na hipótese de compartilhamento há propriedade da rede por um só agente, que, de diversas formas, deve permitir que algum ou alguns dos elementos do direito de propriedade (portanto, uso, gozo e fruição) sejam detidos por terceiros (concorrentes). Há uma clara limitação ao direito de propriedade [...]". (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. Princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 73).

[386] Tradução livre de HALLACK, Michelle; VAZQUEZ, Miguel. The Impact of Who Decides the Rules for Network Use: a "Common Pool" Analysis of the Investment Dynamics in Different Gas Network Regulatory Frames. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 3, p. 501, 2014. doi:10.1017/S1744137414000071.

[387] *Withdrawal*, no original em inglês.

[388] "*To clarify it, one might consider that common pool resources are made up of the resource system (the facility) and the flow of resources units or benefits from the system (the service allocation). Open access rights mean the right to access the facility, but they do not mean the right to acquire any service. The right to*

No modelo de *common carriage*, a capacidade é alocada pelo proprietário da instalação a partir de regras comerciais e operacionais pré-definidas, usualmente feitas ou chanceladas pelo regulador setorial. O proprietário e o usuário da infraestrutura têm pouca margem negocial para formatar um produto, ficando ambos vinculados às regras pré-existentes. Sob o modelo de *common carriage* as dimensões do acesso e da fruição do direito de propriedade são relativizados, de tal forma que nem o proprietário nem o usuário da instalação as detêm propriamente. O proprietário da infraestrutura não tem liberdade sobre quais produtos ofertar ou como alocar, por exemplo. O usuário da infraestrutura, por outro lado, tampouco resguarda contratualmente em absoluto o direito de retirada, sendo possível – ainda que de forma indenizada – sua restrição por limitações operativas (por exemplo, causadas por *overbooking*)[389] ou pela não utilização consistente da capacidade contratada (em função das cláusulas de *use-it-or-lose-it*). No Brasil, entende-se que este é o modelo adotado para contratação dos serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica pelos usuários do serviço e, após a edição da Lei n. 11.909/2009, parcialmente adotado para os serviços de transporte dutoviário de gás natural. Quando da elaboração deste trabalho, estava sob discussão na Consulta Pública ANP n. 27/2021 também a adoção de uma versão moderada desse modelo para os terminais aquaviários de petróleo e derivados.

No modelo de *contract carriage*, as partes têm liberdade para negociar os termos da contratação e, por mais que haja o direito de acesso de terceiros, os produtos ofertados pelo proprietário da instalação são desenhados como parte da negociação com o usuário da infraestrutura, e não por uma definição *ex ante* fixada pela regulação. Esse modelo permite ao proprietário da infraestrutura conhecer as preferências do usuário de maneira antecipada – no

---

use a service is the withdrawal right, the withdrawal of units from the set of units. Thus, the right of withdrawal (the right to use network services), is in fact the right sold by pipelines to shippers. These are pipeline rights sold in order to pay for the infrastructure investment and operation. In this respect, withdrawal rights are quite different under the two carriage systems. We want to highlight that; Withdrawal rights under contract carriage are stronger than under common carriage. This is the key difference between the two carriage systems. In the common carriage system, the withdrawal right is assigned but it is not guaranteed. Hence, withdrawal rights assigned to a user do not mean the exclusion of another shipper's right of use. The European principle of 'use-it-or-lose-it' is one of the main pieces to bring together the different EU network regulations. This may be put in terms of who defines the services, or who defines the operational meaning of withdrawal right. Common carriages are based on defining services by often homogeneous rules (central authority). In contract carriages, the definition of the service is in the hand of pipelines and shippers." (HALLACK, Michelle; VAZQUEZ, Miguel. The Impact of Who Decides the Rules for Network Use: a "Common Pool" Analysis of the Investment Dynamics in Different Gas Network Regulatory Frames. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 3, p. 501, 2014. doi:10.1017/S1744137414000071).

[389] Com a grande penetração de geração renovável intermitente, o Brasil tem enfrentado restrições de capacidade da rede de transmissão para escoar toda a energia gerada em determinadas horas do dia, porque o dimensionamento da rede não acompanhou a flexibilidade necessária para acomodar a variabilidade de geração ao longo dia. Com isso, algumas usinas têm sofrido restrições ao escoamento da energia gerada (o chamado "*constrained-off*").

momento da contratação – e dimensionar a demanda por novos serviços com mais clareza, já que o risco de demanda é total ou parcialmente (a depender do nível de *ship-or-pay*) transladado para o contratante no momento da contratação. Esse modelo era o adotado no Brasil para a contratação dos serviços de transporte de gás natural até a Lei n. 11.909/2009.

O modelo de *common carriage* pode levar a um problema de expansão, demandando um planejamento centralizado por parte do Poder Público,[390] tendo em vista a assimetria de informação existente entre os investidores e os potenciais usuários da infraestrutura acerca do âmbito de demanda projetado.[391] No modelo de *contract carriage*, como o nível de utilização está assegurado ou por demanda própria, ou por contratos com terceiros, é possível dimensionar *ex ante* a demanda por novos investimentos, sabendo-se que a financiabilidade da expansão estará previamente avaliada no momento da decisão de investimento.[392] Além do

---

390 "*Regardless how the network is planned, infrastructure investment decisions depend on the expected demand of transmission services, minus the transmission services already available (the services that the installed infrastructure may offer). The analysis of the available services (or the services that may be offered by the installed infrastructure) is thus an important step to define the investment that will be necessary to face the forecasted demand. But the available services, as we described in the first sections of this paper, are the result of the existent infrastructures plus the rules of use. And the definition of network rules depends in turn on the carriage system. As the carriage system defines the property rights associated with the infrastructure, the carriage system defines the decision set of players regarding existent infrastructure. Investment in gas infrastructure involves decisions on the type of investment, in addition to the amount of investment. Gas network are made up of many pieces, and the choice on those pieces depends on the use the players will make of the network. In this context, investment decisions are largely affected by the expectation of future needs for network services. Therefore, if players are constrained in the use of the network, network investments will be constrained as well. This creates a lock-in equilibrium, hiding relevant characteristics of the network use. Open access under contract carriage actually has the capacity to inform players of the shippers' preferences. In the US case, we have observed network development very different from what the theory of regulated monopoly forecasted. Experience with contract carriages indicates that competition led to gas price convergence in the network, eliminating pockets of non-responsive and possibly monopolistic prices, and integrating markets. Flexible transport services create the functional paths and they are assembled in response to prices and arbitrage opportunities, Walls (2008). The previous analysis may be interpreted from the viewpoint of the games of section 3.2. We showed that the use of the network depended on the definition of the network rules. Moreover, we showed that for some network rules, the equilibrium obtained was not welfare-efficient. In such situation, if the network planner has to forecast the future use of the network, she will not have signals of the most efficient use of the network, and thus she will not be able to undertake the investments corresponding to the efficient use of the network. On the contrary, the game with negotiation in section 3.3 gave allowed obtaining the equilibrium with the efficient use of the network. Hence, the efficient investment was possible. Thus, we can perceive that the choice of the carriage system have dynamic implications: First, the carriage system impacts on the use of infrastructure and on amount of available services; second, the carriage system has an incentive impacts on the investment decision and thus define the available capacity in the next periods.*" (HALLACK, Michelle; VAZQUEZ, Miguel. The Impact of Who Decides the Rules for Network Use: a "Common Pool" Analysis of the Investment Dynamics in Different Gas Network Regulatory Frames. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 3, p. 505, 2014. doi:10.1017/S1744137414000071).

391 Sobre os mecanismos de redução de assimetria de informação como parte do processo de planejamento, a exemplo do *open season*, ver: VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle; GLACHANT, Jena-Michel. Designing the European Gas Market: More Liquid & Less Natural? **Economics of Energy & Environmental Policy**, v. 1, n. 3, p. 25-38, 2012. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/26189428. Acesso em: 3 jul. 2022.

392 "*From this standpoint, the legal frameworks for contract and carriage systems define the implementation of TPA. Put it differently, even with TPA, it is of critical importance the definition of available capacity, and the*

âmbito de intromissão regulatória maior do modelo de *common carriage*, a necessidade de planejamento centralizado para correção do déficit de investimentos potencialmente resultante do modelo mais interventivo de regulação *ex ante* é outro ponto relevante para o escrutínio que está sendo feito nesta seção. Importante retomar, neste ponto, que, pelo disposto no art. 174, o planejamento realizado pelo Estado terá caráter meramente indicativo para o setor privado.

Tendo por pano de fundo esses modelos, para além dos aspectos já discorridos sobre o conteúdo econômico da liberdade de iniciativa, faz-se necessário confrontá-los com o conteúdo material da propriedade no Direito brasileiro. A propriedade privada é também um dos princípios da ordem econômica assegurados pelo art. 170, II, da Constituição e de conexão umbilical ao princípio da livre iniciativa. O art. 1.228 do Código Civil de 2002 assegura ao proprietário a faculdade de **usar**, **gozar** e **dispor** da coisa e o direito de reavê-la de quem que injustamente a possua ou detenha.[393]

Suas principais limitações constitucionais decorrem da obrigatoriedade de que a propriedade atenda sua função social (igualmente prevista no art. 170, III, da Constituição), da vedação a sua utilização em abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (conforme previsto no art. 173, § 4º, da Carta)[394] e da possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, assegurada a justa e prévia indenização em dinheiro (estipulada pelo art. 5º, XXIV, do mesmo diploma).

---

definition of available capacity depends on the definition of property rights. So whether the carriage system is identified with the situation of the game in section 0 or the one in section 0 ultimately depends on the definition of property rights. In other words, the set of incentives implemented by contract and common carriages depends on who is deciding on the services offered, and that is defined by the definition of property rights. In contract carriages, the available capacity depends on the occupation of pipelines according to contract clause characteristics. In common carriages, the available capacity depends on the possible flow regarding regulated criteria." (HALLACK, Michelle; VAZQUEZ, Miguel. The Impact of Who Decides the Rules for Network Use: a "Common Pool" Analysis of the Investment Dynamics in Different Gas Network Regulatory Frames. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 3, p. 503-504, 2014. doi:10.1017/S1744137414000071).

393 "A propriedade privada é condição inerente à livre iniciativa e lugar da sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado. Sua função como princípio setorial da ordem econômica é, em primeiro lugar, assegurar a todos os agentes que nela atuam ou pretendam atuar a possibilidade de apropriação privada dos bens e meios de produção. Ao mesmo tempo, impõe aos indivíduos em geral o respeito à propriedade alheia e limita a ação do Estado, que só poderá restringir o direito à propriedade nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 194, out./dez. 2001).

394 Tendo em vista serem limitações transversais à liberdade econômica e ao direito de propriedade (como dimensão do direito à liberdade econômica), a função social da propriedade e a vedação ao abuso de poder econômico serão abordados nas seções seguintes, dada sua relevância para traçarem-se as conclusões propostas nesta Seção.

No âmbito infraconstitucional, os parágrafos do art. 1.228[395] do Código Civil bem sistematizam a lógica fundante de tais limitações, que de certa forma refletem o que fora aqui defendido até o momento. Além das hipóteses indenizadas de desapropriação e usucapião, conformam-se as restrições ao direito de propriedade (i) pela necessidade de exercê-lo em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, de modo compatível com a preservação da flora, da fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas e (ii) pela vedação a que o proprietário do bem pratique atos que não lhe tragam qualquer comodidade ou utilidade e sejam motivados pela intenção de prejudicar alguém.

Com exceção das limitações para preservação do patrimônio histórico (notadamente o tombamento),[396] o primeiro grupo de limitações vai na linha de intervenção para regulação de uma falha de mercado, sobretudo para internalização de uma externalidade negativa resultante da fruição do direito de propriedade. Sobre esse ponto, valem as reflexões, já feitas na

---

395 "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.
§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores." (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

396 Limitações estas que, se atingirem o conteúdo essencial do direito de propriedade, dão ao titular do bem o direito de demandar indenização do Estado. Neste sentido, cita-se:
"A invocação, pelo Poder Público, da função social da propriedade não tem, dentro de nosso sistema normativo, a virtude de exonerar o Estado, ainda quando no desempenho do dever constitucional de zelar pela integridade do patrimônio cultural, da obrigação de indenizar o dono do bem tombado, sempre que venha ele a ser afetado em sua esfera patrimonial." (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 200).
"O tombamento, na realidade, constitui o meio posto à disposição do Poder Público para tornar efetiva a tutela do patrimônio cultural e natural do País. É pelo tombamento que o Poder Público cumpre a obrigação constitucional de proteger os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem assim as jazidas arqueológicas. [...] Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa. Impende ressaltar, no entanto, tal como já precedentemente enfatizado, que o Poder Público ficará sujeito a indenizar o proprietário do bem tombado, se, em decorrência de sua ação administrativa, o *dominus* vier a sofrer prejuízos de ordem patrimonial." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito de propriedade – Tombamento – Indenização. **Revista de Direito Administrativo**, v. 200, p. 160-161, 1995. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46537. Acesso em: 7 abr. 2022).

Subseção 4.2.1.1.1, de que sim são possíveis tais motivações desde que os instrumentos utilizados para correção dessas falhas de mercado não levem a um esvaziamento de outro direito fundamental contraposto, sobretudo a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade. O segundo grupo de limitações, no que concerne ao objeto deste trabalho, também vai em linha com a vedação de que o proprietário não pode abusar dessa posição tão somente com o intuito de prejudicar um terceiro. No caso em questão, o monopolista não pode abusar de sua posição econômica, por exemplo, com o exclusivo intuito de prejudicar o acesso de um de seus concorrentes (ou de seu grupo econômico) aos segmentos à jusante ou à montante àquele onde tem a posição de monopolista.

Aplicando tais reflexões para a previsão setorial do direito de acesso de terceiros, previsto em lei para instalações privadas exploradas como parte de atividades de livre iniciativa, entende-se que tal determinação não é inconstitucional em abstrato, mas, a depender do modelo de conformação dos direitos de propriedade que adotar, será eivada de inconstitucionalidade por minguar excessivamente a liberdade econômica e o direito de propriedade do agente.

Para trabalhar com os paradigmas aqui narrados, compreende-se não haver permissão constitucional para adoção de um modelo *common carriage* em relação a atividades privadas. Como narrado, esse modelo engessa substancialmente a autonomia do titular da atividade privada, não havendo espaço criativo e negocial sequer para elaborar os produtos que serão oferecidos a terceiros. Além disso, dada a fragilidade das dimensões do direito de propriedade transladadas ao usuário no momento da contratação (tendo em vista as possibilidades de restrição), tampouco são suficientes a justificar um compromisso de investimento de longo prazo por parte do usuário da infraestrutura, o que leva a um problema de déficit potencial de investimentos para expansão e demanda da intervenção do poder público por meio de um planejamento centralizado. Esse é um claro sintoma de que houve uma intervenção em tal escala em uma atividade privada que inviabilizou a possibilidade de esponte própria e, a partir de alocações privadas de risco, que oferta e demanda se coordenassem.

Não por outra razão, entende-se que (i) tal modelo só foi capaz para gerar expansão, até o momento, em atividades públicas nas quais assegurou-se ao investidor privado a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, como a transmissão e distribuição de energia elétrica em sua atual conformação. Para esses casos, como foram outorgados como serviços públicos, em última análise, o balanço público responde pelo déficit de coordenação entre oferta e demanda; e (ii) quando tentou-se viabilizar uma adoção incompleta desse modelo para o transporte dutoviário de gás natural a partir da Lei n. 11.909/2009, sem que houvesse

uma clara definição dos direitos de propriedade e do papel do poder público, os investimentos sequer chegaram a ocorrer.[397] A adoção do modelo de *common carriage* para as atividades reservadas, contudo, não tem caráter inconstitucional presumido,[398] pois, em sendo a exploração privada resultado da delegação com espaços de liberdade delimitada pelo Poder Público, este não esvazia ou frusta necessariamente direitos que eram à partida do privado, mas conferem ao privado a possibilidade de exploração de uma atividade sob determinadas amarras previamente definidas e cumpre a este avaliar a viabilidade, ou não, de fazê-lo.

O modelo de *contract carriage*, apesar de também ser uma consequência de uma determinação setorial de acesso, permite ao proprietário e ao usuário da infraestrutura uma margem considerável de negociação para desenho do produto a ser transacionado (com maior ou menor flexibilidade, com maior ou menor duração, regras de alocação em caso de não utilização, etc.). Não seria esse modelo, portanto, inconstitucional à partida, dado que o espaço criativo e empreendedor é deixado em maior parte para o proprietário da infraestrutura. Neste ponto, contudo, merece qualificação a obrigação usualmente associada ao *third-party-access* de não exclusão e de concessão de acesso não discriminatório aos potenciais acessantes.

Em relação à não exclusão, entende-se que deve ser dado o mesmo tratamento conferido pelo Código Civil à propriedade privada, que veda ao proprietário a adoção de "atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".[399] Em relação ao monopolista, a intenção de prejudicar outrem deve ser sobretudo interpretada sob os ditames do art. 173, § 4º, da Constituição, que prescreve a repressão legal do abuso de posição dominante. Neste ponto, entende-se que a Constituição veda o abuso, o que demanda uma análise retroativa, agir sobre fatos, e não uma atuação prescritiva presuntiva do abuso pelas potencialidades de uma posição de monopolista alcançada sob condições de mercado.[400] Ser um monopolista não é ilícito, desde que a

---

[397] Esta certamente não é a única razão para o déficit de investimentos observado no segmento de transporte, mas sabidamente contribuiu para o desalinhamento de estratégias de coordenação entre oferta e demanda.

[398] Como será analisado na Seção 5, contudo, é necessário cogitar da possibilidade de alteração *ex-post* de modelos em função das contrapartidas asseguradas ao delegatório no momento da outorga.

[399] Art. 1.228, § 2º, de BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

[400] Nesse sentido, cita-se inclusive a diretriz hermenêutica expressa trazida pela Lei n. 13.874/2019, de que os indivíduos gozam de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício de atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada:
"Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:
[...]
V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a

conquista de mercado seja resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores.[401] Aqui, é pertinente retomar as diferenças usualmente trazidas pela literatura entre regulação setorial e regulação da concorrência (ver Seção 3), sendo aquela mais prescritiva e esta, mais reativa. A conduta do proprietário, por sua vez, será sempre passível de avaliação sob a ótica das infrações à ordem econômica, a exemplo da recusa de contratar, da criação de limitações que impeçam o acesso de novas empresas ao mercado e de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo e aos canais de distribuição.[402] Com isso, não se quer dizer que tal análise do abuso deva ser necessariamente feita pela autoridade ou pela legislação antitruste existente, pois não há tal restrição constitucional no art. 173, § 4º. A lei poderia dar competências ao regulador setorial para fazer tal escrutínio, caso se entenda pertinente. O que não poderia fazê-lo é determinar, *a priori*, que o proprietário não tem direito, em qualquer cenário, a avaliar quando não usar e não deixar que outros utilizem sua infraestrutura.

---

preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; [...].” (BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

401 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.” (BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de junho de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

402 Estes são exemplos de infrações à ordem econômica já previstas atualmente na Lei n. 12.529/2011:
“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
–...]
III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado–
[...]
V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;–[...]
XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; [...].” (Idem).

Sobre a obrigação de não discriminação, entende-se que o proprietário de uma instalação privada explorada sob regime privado também poderia escolher com quem contratar sua capacidade, como parte de sua liberdade de contratar também decorrente de sua liberdade econômica, desde que o critério de escolha seja orientado por motivações comerciais legítimas (utilização por partes relacionadas, priorização de parceiros estratégicos, escolha da parte com menor risco de crédito, etc.), e não pelo resultado esperado – intencional ou não – de fechar o mercado e de prejudicar concorrentes.[403] Além disso, para contrapartes em posições negociais semelhantes, o proprietário da infraestrutura não poderia propor preços ou condições operacionais de prestação do serviço distintas,[404] podendo incorrer também em infração à ordem econômica caso o faça.[405] Faz-se, contudo, a ressalva de que a avaliação da

---

[403] Nesse sentido, válido citar as *guidelines* da Comissão Europeia previstas na Orientação 2009/C45/02 a respeito da liberdade de contratar e de que a recusa de oferta não leva *ipso facto* a uma conduta anticompetitiva, sendo devida a investigação dos pormenores que justificam ou não a recusa: "75. Ao definir as suas prioridades em matéria de aplicação das regras, a Comissão parte do princípio que cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito a escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens. Por conseguinte, a Comissão considera que intervenções na área do direito da concorrência devem ser cuidadosamente analisadas sempre que a aplicação do artigo 82 o conduza à imposição de uma obrigação de fornecimento por parte da empresa dominante. A verdade é que a existência dessa obrigação, mesmo contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e de inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores. O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes – ou empresas que prevêem tornar-se dominantes – a não investirem ou investirem menos na actividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo, nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores. 76. Em geral, ocorrem problemas de concorrência quando as empresas dominantes concorrem com o comprador a quem se recusam a vender num mercado 'a jusante'. Entende-se por 'mercado a jusante' o mercado no qual o componente cuja venda é recusada é essencial para a produção de um produto ou para o fornecimento de um serviço. A presente secção aborda apenas este tipo de recusas." (COMISSÃO EUROPEIA. Orientação 2009/C/45/02. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. **Jornal Oficial da União Europeia**, C 45/7, 24 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=PT. Acesso em 10 abr. 2022).

[404] "Como esclarece Herbert Hovenkamp, a discriminação pelo preço ocorre 'quando uma empresa realiza duas vendas com duas diferentes taxas de retorno". Essa conduta pode ocorrer, inclusive, quando, em duas distintas vendas, forem idênticos os valores de face dos preços cobrados, apesar de serem diversos os custos de transporte. O poder de mercado é pressuposto, já que o desfavorecido paga àquele que discrimina um preço de monopólio. Como se constata, a discriminação aqui, aqui, não é enfocada em seu aspecto social, mas, sim, destinada à proteção do mercado e da concorrência." (SILVA, Jorge C. F. **Antidiscriminação & Contrato**. A integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 46).

[405] "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados–

[...]

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; [...]." (BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de junho de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

discriminação ilegal de preços se dá comparando-se contrapartes em posições negociais equivalentes, em relações às quais a escolha do proprietário da infraestrutura deveria ser neutra. Se as partes tiverem posições negociais distintas, é possível que as condições operacionais e de preço ofertada também sejam igualmente distintas, na medida justificável pelas diferenças entre elas.

Há outros instrumentos de regulação, que não propriamente a determinação setorial de acesso não discriminatório de terceiros, que poderiam ser adotadas pelo legislador no sentido de (i) alinhar os incentivos para que o proprietário da infraestrutura não recuse o acesso em bases injustificadas[406] e (ii) de criar um histórico de mais fácil identificação e demonstração (facilitar o percurso probatório) caso seja necessário avaliar a abusividade da conduta do agente.[407] Em todos os casos, tais determinações estarão sempre sujeitas ao controle de constitucionalidade sob a ótica da subsidiariedade e da proporcionalidade (ver Subseção 0), devendo os custos de transação da medida imposta serem proporcionais ao benefício criado e à finalidade almejada, vedada a inviabilização do exercício da atividade.

Cita-se como exemplo os modelos de *unbundling* já expostos na Seção 3. Nos modelos de menor intervenção, notadamente os de *accounting unbundling* e de *legal unbundling*, entende-se que seria possível sua determinação por lei a atividades de livre iniciativa, desde que os custos e benefícios sopesados e demonstrados de tal escolha justifiquem os custos de transação impostos. Especificamente em relação ao modelo de *legal unbundling*, tal determinação é usualmente acompanhada da restrição de objeto social da sociedade criada para exploração dessa atividade específica, o que faz com que a exploração daquela atividade, associada à infraestrutura, seja a própria razão de existir da sociedade. No que diz respeito à possibilidade de exclusão e discriminação, essa sociedade estaria protegida pelos mesmos limites à intervenção estatal já narrados. Contudo, enquanto personalidade jurídica distinta, estaria submetida à legislação societária e à necessidade de justificação de seus atos como entidade autônoma.

---

406 "Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair, os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 1, p. 179, 1999).

407 "Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 201, out./dez. 2001).

Em relação à adoção de um modelo de *functional unbundling* como instrumento de regulação de atividades privadas, o legislador adentraria uma seara mais interventiva, também passível de controle de constitucionalidade a depender do conteúdo material da obrigação imposta para fins de separação funcional. Como as obrigações do modelo são inespecíficas, o exame de constitucionalidade dependeria das medidas adotadas em concreto, respeitada sempre a diretriz hermenêutica de menor intervenção e de preservação de conteúdo econômico mínimo de direito à liberdade de iniciativa.

Por fim, entende-se que os modelos de *Independent System Operator* (ISO) e de *ownership unbundling* não poderiam ser adotados pelo legislador para atividades de livre iniciativa, tendo em vista que (i) o modelo ISO retira do proprietário a possibilidade de operar sua instalação e de tomar quaisquer decisões a respeito da forma de alocação da capacidade; e (ii) o modelo de *ownership unbundling* impõe a escolha pela exploração de uma atividade econômica em detrimento de outras.

No modelo de *ownership unbundling*, por exemplo, suponha-se a determinação hipotética de que o proprietário de dutos de etanol não poderá ter relação de controle ou coligação com outras sociedades com atuação à montante ou à jusante da cadeia. Nesse caso, todas as atividades da cadeia são de livre iniciativa e a determinação legislativa acaba por fazer uma inviabilização cruzada de atividades sujeitas igualmente ao regime de liberdade. Por outro lado, caso a inviabilidade sobre a qual recai a restrição seja uma atividade reservada, restará sempre possível ao agente optar por seguir explorando aquelas atividades que já lhe eram afetas, por serem de livre iniciativa. A exploração da atividade reservada pelo privado nunca fora um direito à partida e, contudo se possa questionar o erro ou acerto da decisão legislativa sob o ponto de vista econômico, é possível restringir o universo de agentes que poderão explorá-las. Em termos mais concretos, é o que ocorre com o art. 5º da Lei n. 14.134/2021,[408] que, ressalvadas as hipóteses previstas nas regras de transição, determina a

[408] "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 15 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 concorrencialmente sensíveis ou exercer o poder para designar ou o direito a voto para eleger membros do conselho de administração ou da diretoria ou representante legal do transportador.
§ 3º A empresa ou o consórcio de empresas que tenham obtido autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural até a data de publicação desta Lei e não atendam aos requisitos e critérios de

adoção do modelo de *ownership unbundling* para o transporte dutoviário de gás natural. No caso, a determinação legal recai sobre a movimentação dutoviária de gás natural sujeita à regulação federal, uma atividade reservada à União pelo art. 177, IV, da Constituição. Não se proíbe a exploração das outras atividades concorrenciais da cadeia sujeitas ao regime de livre iniciativa (especificamente a comercialização). Apenas prevê que o grupo econômico interessado em ser um **contratado** da União para fins de exploração da atividade de transporte dutoviários de gás natural na forma do art. 177, § 1º, deverá optar entre exercer tal atividade ou exercer a atividade de comercialização de gás natural.

Em resumo, portanto, valer-se de todo o ferramental possível para a regulação de monopólios naturais, inclusive sob modelos mais interventivos – a exemplo do *common carriage* –, é apenas uma das alternativas possíveis. Se de fato é tão relevante e caro ao interesse público que tal atividade seja prestada à coletividade sob tantas amarras, há sempre a possibilidade de o Estado passar a prestá-la diretamente, na forma prescrita pelo art. 173, *caput*, da Constituição, ou pela via da criação constitucional de um monopólio.[409] Nesse caso, arcará com o ônus de tais restrições. Não é viável, porém, sob a pecha de regular, inviabilizar a liberdade de ação e o direito de propriedade dos agentes privados que, quando exploram atividades de livre iniciativa, nada mais fazem do que explorar aquilo que a Constituição lhes reservou em primeiro lugar.[410]

---

independência estabelecidos no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo terão que se submeter à certificação de independência expedida pela ANP, nos termos de sua regulação, no prazo de até 3 (três) anos, contados da publicação desta Lei, ou de até 2 (dois) anos, contados da edição de mencionada norma, o que expirar por último.

§ 4º A certificação de independência de que trata o § 3º deste artigo terá validade máxima até 4 de março de 2039." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

409 "Já em relação aos casos de monopólio natural, haveria algumas possíveis soluções: (i) prestação direta do Estado por meio de empresa pública; (ii) regulação estatal das atividades prestadas por particulares; e (iii) não fazer nada." (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 26).

410 "Em outras palavras, não se pode, sem prejuízo dos princípios fundamentais da ordem econômica, consagrados na Lei Maior, transferir aos particulares de forma cogente o ônus de concretizar princípios-fins de responsabilidade do Estado. A realização de seus próprios objetivos privados não é incompatível – deve-se enfatizar – com a função social da empresa e certos deveres de solidariedade, mas não inclui o de substituir-se ao Poder Público. Como é intuitivo, o papel da iniciativa privada na ordem econômica é diverso daquele desempenhado pelo Estado." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 200, out./dez. 2001).

4.2.1.1.3 A determinação do preço

Como visto na Seção 3, sob a teoria do monopólio natural, a determinação do preço do monopolista tem, sobretudo, dois objetivos: (i) a de evitar o aumento arbitrário de lucros passível de imposição pelo monopolista; e (ii) a de emular o efeito da competição e expurgar a renda do monopolista. Nesse último caso, como não há competição, a regulação se substitui a ela, buscando induzir a eficiência do monopolista pelo escrutínio de seus custos (*cost of service regulation*) ou pela imposição de um teto de receita estimado em função de um competidor virtual eficiente (*price cap regulation*).

Essas duas metodologias têm por premissa a determinação do preço não por fatores de oferta e demanda do respectivo segmento de mercado (*market based pricing*),[411] mas a partir da regulação e fixação do preço, *ex ante* ou *ex post*, por um terceiro, independente da avaliação em concreto de uma conduta anticompetitiva do detentor da instalação tratada como um monopólio natural.[412]

A necessidade – ainda que potencial – de determinação do preço de acesso é uma derivação usual da determinação setorial de acesso. Via de regra, em modelos de acesso regulado, a formação de preço é feita *a priori* pelo regulador setorial com base em regras pré-definidas e, em modelos de acesso negociado, *a posteriori*, caso o proprietário da infraestrutura e o usuário do serviço não cheguem a um acordo para o acesso. Nesse segundo modelo, o regulador define previamente a moldura de negociação e as partes têm liberdade para negociar o preço. Caso não haja um acordo entre as partes, o preço poderá ser adjudicado

[411] Vale ressaltar que a possibilidade de fixação de preços a partir de competição em indústrias de rede não é uma ideia estranha à experiência internacional de regulação da indústria dutoviária de gás natural: "*The FERC would allow companies that could establish that they lacked significant market power to charge "market-based rates" for gas transmission and related services. The FERC does so by reviewing each request for market-based rates on a case-by-case basis.*" (CARPENTER, Paul. **Competition in Gas Pipeline Markets:** International Precedent for Regulatory Coverage Decisions. Melbourne, Australia: National Competition Council, June, 2000. p. 17. Disponível em: brattle.com/wp-content/uploads/2021/05/14175_gcegbr-001.pdf. Acesso em: 21 jan. 2022).

[412] Como exemplo da diferença entre os mecanismos de regulação e determinação de preços e os preços formados por mecanismos de mercado, cita-se a observação feita em relação à regulação canadense: "*As in the U.S., Canadian authorities require that all prices charged by natural gas pipelines be "just and reasonable" and that the associated services must be made available in a non-discriminatory manner. Under its guidelines, the NEB allows pipelines and their shippers or customers to negotiate prices. The NEB considers the negotiated settlement process as a means for pipeline companies and interested parties to resolve issues and agree on tolls and tariffs without resorting to a public hearing process. However, the negotiated prices are not the same as market-based prices. They are, rather, prices based on the cost of service. For all negotiated prices, the pipeline company must provide the NEB with a tabulation of the agreed revenue requirements, the resulting tolls, an explanation of how the tolls were derived, and a description of issues that might have arisen and their resolution.*" (CARPENTER, op. cit., p. 15).

pelo regulador ou pelo meio de resolução de disputa eleito pelas partes (ex.: judicial ou arbitral).

A questão consiste, portanto, em saber em que medida tais alternativas de determinação de preços são compatíveis ou não, no ordenamento jurídico brasileiro, com a exploração de uma atividade privada, empreendida sob os ditames da liberdade econômica.

Assim como o direito à propriedade, a liberdade de formação de preços por mecanismos de mercado é uma decorrência direta da proteção à liberdade de iniciativa. Contudo os precedentes do STF não tenham um entendimento uníssono sobre a questão,[413] há vasta produção doutrinária no sentido de que o controle de preços não seria permitido na ordem econômica brasileira para aquelas atividades empreendidas sob os ditames da liberdade econômica. Alguns adotam posição de que não seria possível, em absoluto, qualquer normatização prescritiva do cálculo de preços para atividades econômicas privadas, porque as hipóteses de intervenção estariam previstas *numerus clausus* na Constituição[414] e outra parte da doutrina considera-a possível desde que necessário, em situações excepcionais, com fundamento na proteção à livre iniciativa e à livre concorrência e sob determinados limites (a razoabilidade da medida, seu caráter excepcional e transitório e a vedação à expropriação, de modo que o preço nunca poderá ser fixado abaixo do custo somado ao justo retorno).[415]

---

[413] Em pesquisa sobre os precedentes da Suprema Corte, encontrou-se (i) posicionamentos contrários à intervenção do Estado no domínio econômico: (i.1) responsabilizando a União por danos causados em razão da prática de atos de intervenção no domínio econômico, com base no art. 37, § 6º, CF/88, pois, apesar da intervenção ser legítima, os preços fixados a serem praticados na circulação da produção canavieira eram inferiores aos sugeridos pelo Instituto do Açúcar e do Álcool, causando notório prejuízo (cita-se RE 422.941/DF e ARE 648.622/DF) e (ii.2) se posicionando contra a regulação de preço de estacionamentos em *shopping centers*, mercados e centros comercias (cita-se ARE 1309416/PB; ADI 4.008/DF; ADI 5.972/DF e ADI 4.862/PR) e (ii) posicionamentos defendendo a constitucionalidade de atos normativos (ii.1) que dispunham sobre critérios de reajustes das mensalidades escolares, considerando que o aumento arbitrário de lucros é abusivo (cita-se ADI 319-4/DF), (ii.2) que estabeleciam o pagamento de meia entrada para os jovens de até 21 anos/estudantes em alguns estabelecimentos (cita-se ADI 2.163/RJ e ADI 1.950/SP) e (iii.3) que estabeleciam tratamento diferenciado ao Poder Público na compra de medicamentos especiais (de alto custo, hemoderivados, tratamento de DST/AIDS e câncer) ou de situações excepcionais como compras por força de decisão judicial (cita-se RMS 28.487/DF).

[414] "Sem que nos deixemos levar pelo aspecto quantitativo, que evidencia uma multiplicação de institutos de intervenção, de 14, da Carta de 1969, para 40 na de 1988, podemos adiantar que, não obstante certa relutância na manutenção da presença do Estado e da proteção cartorialista a certos tipos de empresa, estão abertas as possibilidades de construção de uma economia mais livre e dinâmica. Embora sejam em maior número, os institutos de intervenção são, vantajosamente, mais precisos, e o que é melhor, em *numerus clausus*, já que representam exceções constitucionais ao princípio da livre iniciativa, de dupla definição na Carta de 1988; art. 1º, IV e art. 170, *caput*." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, p. 66, 1990).

[415] "Tal ponto de vista, embora bem fundado e trazendo a autoridade de seu autor, não corresponde à minha convicção doutrinária, como já assinalado. Penso ser preciso conceder que, em situações excepcionais, o controle prévio de preços poderá justificar-se, com fundamento nos próprios princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Será este o caso quando esta medida extrema for essencial para reorganizar um mercado deteriorado, no qual esses dois princípios tenham entrado em colapso e não mais operem regularmente. De

Assim como postulado em relação ao direito de propriedade, defende-se aqui que a Constituição não prescreve hipóteses de regulação apriorística de preço, albergando permissão normativa tão somente para promoção da livre competição (art. 170, IV) e para a repressão do abuso de poder econômico voltado ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º). Mesmo em situações excepcionais, portanto, se não constatado o abuso de posição dominante com a finalidade de aumento das margens, entende-se que, em relação àquelas atividades exploradas sob livre iniciativa, não seria possível ao legislador fixar preços preventivamente. Nesse sentido, a margem de atuação constitucional para vedação do abuso de poder econômico abrange medidas preventivas não mutilatórias e repressivas de precisão cirúrgica na medida necessária a coibir a conduta punível e a monitorar sua descontinuidade futura.[416] Metaforicamente, sob o receio de acometimento do paciente por células cancerígenas, é permitido prescrever uma rotina de alimentação saudável, de exercícios físicos, mas não é permitido receitar a mutilação de um ou mais membros ou órgãos. Caso o receio venha a ter

---

qualquer sorte, ainda nessa hipótese, o controle de preços somente será considerado legítimo se obedecer a um conjunto de pressupostos, que serão examinados adiante. [...] Com efeito, pelo princípio da unidade da Constituição, inexiste hierarquia entre as normas constitucionais, de forma que jamais se deve interpretar uma delas invalidando ou paralisando a eficácia da outra. Por assim ser, como já se teve ocasião de registrar, deve-se sempre preservar um núcleo mínimo dos princípios constitucionais em ponderação, sob pena de violar-se a unidade da Carta. Nesse sentido, há razoável consenso em que, mesmo quando admitido o controle de preços, ele sofre três limitações insuperáveis: a) deverá observar o princípio da razoabilidade; b) como medida excepcional, pressupõe uma situação de anormalidade e deve ser limitado no tempo; e c) em nenhuma hipótese pode impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado." (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 191-209, out./dez. 2001).

416 Neste ponto, concorda-se com a hipótese genérica traçada por Barroso. O elemento de divergência em relação à tese traçada se dá tão somente em relação à possibilidade defendida pelo autor de fixação prévia de preços em situações de anormalidade específica e transitórias. De acordo com o defendido neste trabalho, não competiria ao legislador fazer esta análise em abstrato, mas tão somente dotar algum ente institucional para fazê-la em concreto sob as diretrizes de constatação de uma postura de abuso de poder econômico. De qualquer sorte, há uma interseção entre as duas correntes doutrinárias esposadas, de que a regra é a impossibilidade do controle em abstrato: "Nos capítulos precedentes, cuidou-se genericamente da intervenção estatal, na modalidade de disciplina da ordem econômica. Cumpre agora aplicar as ideias desenvolvidas à questão específica do controle de preços. Deve-se assinalar, de plano, que o controle prévio de preços é medida própria de dirigismo econômico, e não meio legítimo de disciplina do mercado. A livre fixação de preços integra o conteúdo essencial da livre iniciativa e não pode ser validamente vulnerada, salvo situações extremas que envolvam o próprio colapso no funcionamento do mercado. Diante de tal premissa, é possível assentar que, em situação de normalidade, independentemente dos fundamentos em tese admissíveis para a intervenção disciplinadora, o controle prévio ou a fixação de preços privados pelo Estado configura inconstitucionalidade patente. A Constituição brasileira não admite como política pública regular o controle prévio de preços. Note-se que a situação de normalidade a que se fez referência não exclui, por natural, a possibilidade episódica da prática de ilícitos contra a ordem econômica. Diante de algum indício de conduta infratora ou anticoncorrencial, podem ser deflagrados os mecanismos próprios de apuração, mediante devido processo legal, e, se for o caso, de punição. Em situações normais, o controle estatal em matéria de preços de produtos e serviços será sempre posterior à verificação de práticas abusivas ou anticoncorrenciais, assegurados os direitos fundamentais à ampla defesa e ao devido processo legal (CF, art. 5°, LIV)." (Idem, p. 208).

fundamentos concretos, há permissão para intervenção na medida necessária à cura da doença e ao monitoramento de recidivas.

Com o objetivo de preservar ou promover a livre competição, contudo, pode valer-se de instrumentos que desenhem o mercado no sentido de que o agente adote uma ação eficiente e que permita identificar mais facilmente o abuso da posição dominante caso ele venha a ocorrer. Os mecanismos de *unbundling* analisados na Seção 3 e na seção anterior seriam exemplos de instrumentos possíveis. Assim como ponderado em relação à determinação setorial de acesso, sob a finalidade de mitigar o potencial abuso de preços, entende-se que seria legítimo ao legislador impor os modelos de *accounting* e *legal unbundling* em relação a atividades de livre iniciativa, desde que devidamente fundamentados sob a ótica da subsidiariedade e da proporcionalidade. O modelo de *functional unbundling* pode também ser compatível, mas, dada a inespecificidade das determinações em abstrato, a constitucionalidade ou não da determinação dependerá da avaliação das obrigações impostas em concreto.

A este ponto, é importante endereçar uma possível controvérsia a respeito da previsão estipulada no art. 3º, III, da Lei n. 13.874/2019, de que é direito do indivíduo, em mercados não regulados, "definir livremente o preço dos produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda".[417] Em uma leitura literal, entende-se que a Lei de Liberdade econômica legitimara dois universos: (i) o dos mercados regulados, nos quais é possível a fixação de preços pelo Estado; e (ii) o dos mercados não regulados, por exclusão, nos quais o preço deve ser formado como resultado das forças de mercado. Não qualificou, contudo, quais mercados se inserem na primeira previsão, a dos mercados regulados. Por tudo já exposto neste trabalho, postula-se que o universo dos mercados regulados (ou reguláveis) sob a perspectiva do tabelamento de preços pelo Estado é exclusivamente aquele submetido a uma reserva constitucional de atividade e que, caso tenha sido objeto de delegação, o

---

[417] "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:
[...]
III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; [...]." (BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

conteúdo da delegação tenha previsto que o preço será formado e determinado segundo a regulação, e não segundo o mercado.

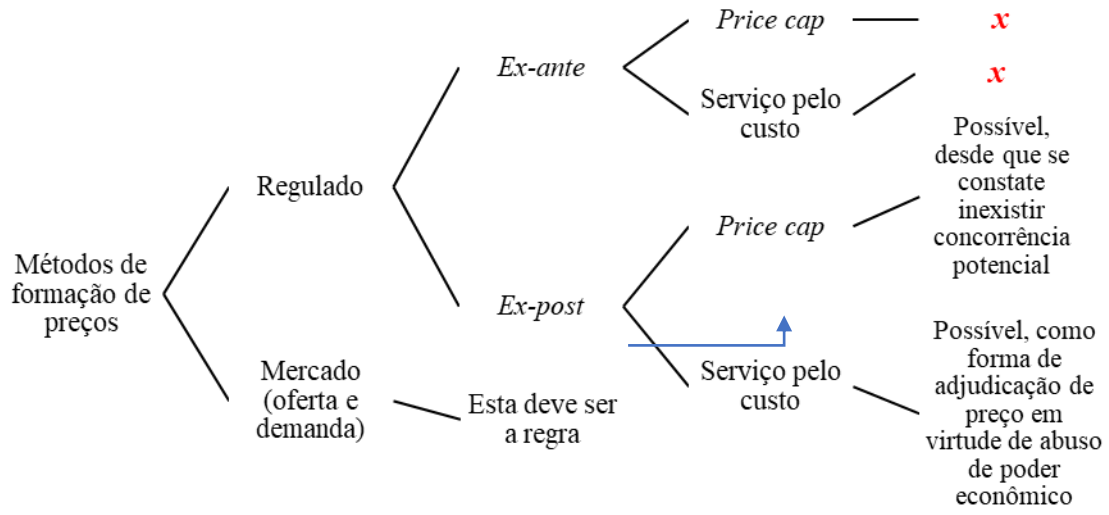
Subsumindo os três modelos de determinação de preços referidos em termos teóricos à moldura constitucional delimitada, entende-se que, para atividades de livre iniciativa, a regra deve ser a formação de preços segundo oferta e demanda, consoante leitura conforme a constituição proposta acima para o art. 3º, III, da Lei n. 13.874/2019. Não seria possível a adoção de formatos genéricos de regulação *ex ante* que importem em fixação de preços do detentor da infraestrutura, independentemente de serem modelos *cost-of-service* ou de *price cap*. A fixação *ex-post* não seria constitucional na generalidade dos casos, mas tão somente como consequência da competência de adjudicação de preço que resulta da constatação de uma conduta abusiva de poder econômico. Em outros termos, a regra seria uma formação de preços pelo mercado. Caso haja a constatação de uma postura anticompetitiva do titular da infraestrutura, legítima a determinação do preço e de medidas razoáveis e proporcionais a assegurar que aquele agente descontinuará a conduta constatada. Para a fixação do preço, nesse caso, entende-se que, à partida, seria possível tão somente a adoção da metodologia de serviço pelo custo, que afere o custo efetivamente incorrido pelo agente e imputa o retorno compatível com a atividade (que deve refletir seu custo de capital real, e não formado por *benchmark*). Observe-se que a vedação constitucional não é à ineficiência empresarial, mas ao aumento arbitrário de lucros.[418] O que é custo excessivo é ineficiência, e não renda econômica. Neste ponto, destaca-se que o custo poderia ser limitado caso a ineficiência decorra de transações entre partes relacionadas feitas não a preços de mercado, mas a preços discriminatórios com vistas a transferir lucro para parte relacionada ao proprietário da infraestrutura. A regulação por *price cap* se presta a emular o resultado da competição onde há uma barreira à entrada do segundo competidor, e não em atividades nas quais o agente existente convive com a possibilidade de contestação a seu mercado. Para as atividades de livre iniciativa, como sustentado na Subseção 4.2.1.1.1, não é possível bloquear legalmente a potencialidade da competição. Se o agente incumbente for de tal sorte ineficiente, a premissa de sua insubstituibilidade, dados os seus ganhos de escala iniciais, deixa de ser verdadeira, viabilizando a entrada de um competidor mais eficiente. Para que essa premissa seja verdadeira, porém, será necessário investigar se o mercado é contestável na prática, se a ameaça de competição em potencial (*perceived potential entry*) é real, dadas as barreiras à

[418] "Existe aumento arbitrário de lucros sempre que a busca e obtenção do lucro e acumulação de capital se verifique de forma astuciosa, desproporcional em relação aos custos do investimento." (CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 39).

entrada existentes naquele específico mercado.[419] Se, apesar de não existir barreira jurídica à entrada, o potencial de competição for inexistente naquele dado momento, entende-se que, no âmbito do controle da conduta abusiva de posição dominante, a adjudicação de preços naquele caso poderá levar em consideração o preço que seria cobrado em um mercado em competição,[420] compatível com o custo marginal do agente.

Em resumo, entende-se que as possibilidades de regulação de preço de acesso em infraestruturas exploradas sob a dinâmica da livre iniciativa podem ser assim resumidas:

Figura 3 – Possibilidades de regulação de preços de acesso



Fonte: Dados da pesquisa.

Assim como observado em relação à determinação setorial de acesso, reforça-se que a análise do comportamento abusivo não é direcionada pela Constituição a um ente específico do Poder Público. O legislador pode imputar tal competência, portanto, ao regulador setorial

[419] "Nesse sentido, também a atuação dos agentes econômicos estrangeiros representa concorrência potencial, se há a possibilidade de seu ingresso no mercado interno (ou seja, com preços competitivos) de forma efetiva e em tempo razoável. A concorrência potencial será sentida (=percebida) pelo agente nacional, que a considera quando houver de decidir sobre a estratégia a adotar. O agente econômico nacional terá seu poder de mercado mitigado, pois sempre levará em consideração a existência (possibilidade de entrada) e/ou o comportamento do agente estrangeiro. A futura entrada, quando factível, é capaz de desempenhar o mesmo papel de uma força competitiva atual, presente (*perceived potential entry*)." (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 284-285).

[420] "Em conclusão, quanto mais o mercado for impermeável, menor será o grau de concorrência potencial a que estará sujeito. A medida dessa impermeabilização deriva dos obstáculos à entrada e à saída de novos agentes, pois a existência de barreiras permite que a empresa já instalada, livre de pressões competitivas, valha-se de sua posição (dominante) para aumentar seus lucros de forma excessiva (ou anormal, como quer Korah), sem com isso atrair outros operadores para seu ramo de negócios." (Idem, p. 287).

no contexto de resolução de disputas de acesso, por exemplo. Nesse sentido, para maior eficácia da regulação e previsibilidade dos agentes, é relevante determinar o procedimento a ser seguido quando não houver acordo entre proprietário da infraestrutura e acessante (*negotiated settlements*), os critérios para verificação e controle da situação de abuso de poder econômico e, se constatado o abuso, os parâmetros ou diretrizes a serem adotados pelo regulador para fixação do preço (*rate making process*).

4.2.1.1.4 A obrigação de divulgação de informações sobre nível de utilização e preço

Por fim, a última das variáveis analisadas nesta seção refere-se à obrigação de divulgar determinadas informações pelo proprietário da infraestrutura objeto de regulação, sobretudo aquelas necessárias ao controle da determinação setorial de acesso e de formação de preço.

Neste ponto, o objetivo da regulação é diminuir a assimetria de informação entre os agentes[421] para permitir negociações mais efetivas entre o proprietário da infraestrutura e seus acessantes, com menor potencial de abuso de posição dominante pelos agentes de mercado.

Valem igualmente as ponderações anteriormente feitas sobre a liberdade de iniciativa e seu conteúdo. Por um lado, é necessário preservar a liberdade empreendedora do agente, as vantagens econômicas legitimamente obtidas (por maior eficiência, por inovações iniciais em dado mercado – *first mover advantages*) e evitar que a divulgação de informações, com o objetivo contrário ao pretendido, se torne um elemento de colusão e de uniformização de condutas no mercado. Por outro lado, a divulgação de informações ao mercado pode ser um indutor ou viabilizador da concorrência, na medida em que reduz o desnível causado entre parte e contraparte pela assimetria de informações.

Aqui, entende-se que, conceitual e presumidamente, não há uma violação frontal ao princípio da livre iniciativa pela determinação de divulgação a mercado de informações necessárias à promoção da concorrência. Contudo, há, evidentemente, a necessidade do exercício de ponderação de direitos em uma situação em concreto, sendo mandatória a avaliação entre os custos e benefícios envolvidos, inclusive com a mandatória de preservação de situações pré-constituídas.

Em atividades de livre iniciativa, os eixos jurídicos principais de contraposição a tal determinação de divulgação de informações decorrerão da não obrigatoriedade de revelação de informações comercialmente estratégicas aos negócios da companhia e da ponderação

[421] Em concorrência perfeita, não há assimetria de informações.

sobre o nível de informações divulgadas e sua instrumentalidade à formação de colusão entre os agentes no mercado. Por tais razões, a publicação dos dados para o mercado envolve, em geral, seu tratamento por algum índice estatístico que permita reduzir, simultaneamente, a assimetria de informação entre os agentes (função-objetivo da determinação), sem comprometer o sigilo de informações comerciais. Nesses casos, os preços, por exemplo, são divulgados como preços de referência. Em mercados mais maduros, com maior número de agentes e liquidez, é comum, inclusive, que a divulgação dessas informações resulte de autorregulação, como forma de explicitação de preços necessária à orientação dos agentes, desenho de novos produtos (futuros, por exemplo) e estratégias de mitigação de risco de longo prazo (criação de indexadores para precificação do custo de oportunidade).

Duas dificuldades práticas que podem surgir para a agregação dos dados sob tal tratamento estatístico em infraestruturas exploradas sob o regime de livre iniciativa são (i) o segmento pode ser tão concentrado – seja da perspectiva do proprietário ou do usuário da infraestrutura – que, mesmo sendo possível o tratamento estatístico, a divulgação dos dados do mercado levará à divulgação de dados individuais de um agente; e (ii) caso haja mais de um *player* no mercado e os produtos ofertados forem distintos, torna-se difícil comparar os dados e agregá-los. Sobre esse segundo ponto, válido reiterar as observações feitas sobre a adoção do modelo de *contract carriage* em mercados sujeitos à livre iniciativa. Compreende-se que a pré-fixação de produtos ofertáveis pelo agente privado – típico de modelo de *common carriage* – não seria compatível com o regime constitucional da livre iniciativa. Para esses casos, então, o caminho para contornar tal dificuldade de tratamento estatístico dos dados não poderia levar ao engessamento da atividade em patamar incompatível com a liberdade de empreender.

Ainda em relação às atividades de livre iniciativa, outra observação a ser feita diz respeito à impossibilidade de utilizar-se da obrigação de divulgação de informações a mercado com um instrumento transverso de controle de preços pelo regulador. A ansiedade de obtenção do resultado esperado com a regulação (maior eficiência do mercado, redução do apetite rentista do monopolista, por exemplo), por mais meritório que seja, não legitima determiná-lo a ferro e fogo. Vale relembrar que, como vem sendo defendido ao longo de todo o trabalho, a competência constitucional prevista no art. 174 para regular a atividade econômica não encerra dizer que o Estado dispõe das mesmas armas ao fazê-lo para atividades de livre iniciativa e para atividades cuja competência lhes fora reservada na Constituição.

4.2.1.2 Os princípios constitucionais econômicos delimitadores do conteúdo mínimo da liberdade de iniciativa

Feitas tais considerações sobre o conteúdo econômico mínimo da liberdade de iniciativa, analisado sobre os quatro testes anteriormente eleitos, passa-se a sistematizar os principais elementos constitucionais de contraposição e delimitação desse direito fundamental. São eles: a livre concorrência e a vedação ao abuso de poder econômico e a função social da propriedade. Contudo já se tenha feito referência a eles ao longo desta Seção, importante destrinchá-los com um pouco mais de vagar para mais clareza de sua substância.

4.2.1.2.1 A livre concorrência e a vedação ao abuso de poder econômico

A proteção à livre concorrência aparece pela primeira vez de forma expressa na Constituição de 1988, no art. 170, IV, tendo sido alçada a um dos fundamentos estruturantes da ordem econômica constitucional. Até então, sua proteção pela ordem constitucional entendia-se derivada da proteção à liberdade de iniciativa.[422]

A liberdade de concorrência é apreendida em uma perspectiva individual como uma proteção à liberdade de ação e de conformação das decisões empresariais do agente[423] e em uma perspectiva coletiva como a preservação ou a criação de um ambiente de negócios saudável e propício ao desenvolvimento das atividades econômicas em competição com outros agentes, o que, em última análise, proporcionará benefícios à coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos.

Além da previsão da livre concorrência como garantia fundamental, a Constituição, em seu art. 173, § 4º, prevê ainda que a lei "reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos

[422] "É esta a primeira vez que o direito constitucional positivo brasileiro consagra expressamente a livre concorrência. No direito anterior, ela era considerada como compreendida pela liberdade de iniciativa. A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição." (FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 4. Arts. 170 ao 245. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 5).

[423] "Protege-se a liberdade de concorrência, a qual envolve autorização aos agentes econômicos para ingressarem no mercado e agirem livremente na conquista da clientela, bem como a faculdade de os clientes ou consumidores escolherem os produtos ou serviços que necessitem. Por outro lado, autoriza-se o Estado a intervir no mercado, participando diretamente do processo econômico ou fiscalizando e coordenando as atividades econômicas." (CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 36).

lucros".[424] A liberdade de iniciativa, portanto, não pode ser exercida como uma forma de poder – *potestas* – de uma agente sobre o mercado. Independentemente da intenção do agente, se seus atos resultarem, ainda que potencialmente, em uma conduta voltada a prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, à dominação de um mercado relevante e ao exercício de posição dominante de forma abusiva,[425,426] caracterizarão infrações à ordem econômica passíveis de punição.[427] Além disso, no que diz respeito ao controle de estruturas, o art. 88, § 5º, da Lei n. 12.529/2011, proíbe os atos de concentração que levem à eliminação da concorrência, que possam criar ou reforçar posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços.[428] O § 6º do art. 88[429] prevê a

---

[424] "A legislação antitruste é um conjunto de regras e instituições cujo objetivo é proteger a concorrência, concebida como princípio de base da ordem econômica, declarando ilícitas as práticas e contratos que a restringem – denominados pela legislação brasileira abuso de poder econômico." (CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 37).

[425] "Como a Constituição fala em abuso do poder econômico, pressupõe que o poder econômico, em si, é um fenômeno normal no processo de produção e circulação da riqueza. O que a lei deve reprimir é seu abuso. Abuso de poder é desvio de finalidade. Significa, genericamente, o uso do poder econômico de modo a prejudicar e até inviabilizar a liberdade e a justiça econômicas. A busca do lucro, enquanto condiciona e possibilita a acumulação de capitais, explica o aumento da dimensão da empresa." (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Art. 173, § 4º. *In:* MORAIS, Alexandre *et al*. **Constituição Federal comentada.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.348).

[426] "Quem atua no domínio econômico sem levar em conta o interesse geral e até se prevalecendo de sua posição, para impor o interesse particular em detrimento do bem comum, abuso de poder econômico. Tal abuso, como prejudicial à comunidade, deve ser reprimido, segundo determina o preceito em exame." (FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 4. Arts. 170 ao 245. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 12).

[427] O art. 36 da Lei n. 12.529/2011 estabelece quatro efeitos de atos em potencial dos agentes que caracterizam, em termos macro, infrações à ordem econômica. O § 3º tipifica algumas condutas específicas, mas deixa aberta a possibilidade de caracterização de outras condutas não previstas no rol caso se amoldem às hipóteses previstas nos quatro incisos do art. 36.

"Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante." (BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de junho de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

[428] "§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo." (Idem).

[429] "§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

possibilidade de excetuar-se a proibição prevista no § 5º nos limites em que tal ato de concentração seja necessário (i) para aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou proporcionar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e (ii) parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração sejam repassados aos consumidores.

A posição dominante legitimamente conquistada pelo agente, contudo, não configura infração à ordem econômica.[430] É, sem dúvida, uma posição de destaque, que costuma ser tratada sob maior monitoramento das autoridades competentes envolvidas, tendo em vista o potencial danoso dos abusos porventura cometidos pelos agentes dominantes.[431] A posição dominante impõe a seu detentor um *status* de responsabilidade especial perante o mercado, de cautela em relação aos efeitos de suas condutas sobre o mercado,[432] mas não necessariamente lhe atrela um dever de colaboração com seus concorrentes.

A livre concorrência na Constituição é, portanto, (i) uma diretriz de conformação da atividade econômica – em uma Ordem optante pela economia e mercado –, podendo agir de forma positiva no sentido de promoção da concorrência; e (ii) uma instância de repressão do abuso, que autoriza poderes especiais de correção da distorção causada não pelo exercício regular da liberdade de iniciativa, mas pelo seu excesso.

Como diretriz de ação para a conformação dos mercados, defende-se que, assim como os demais direitos fundamentais na Constituição, a ação legislativa voltada à promoção da

---

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e
II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes." (BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de junho de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 jul. 2022).

[430] "O poder econômico existe de fato, decorrendo da própria competição no mercado, e é aceito pelo ordenamento jurídico. No entanto, condena-se sua utilização abusiva, consistente em uso do poder econômico de modo a prejudicar a liberdade e justiça econômicas. O artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, destaca que deverão ser reprimidas as práticas consistentes em abuso de poder econômico, que objetivem (i) domínio dos mercados, (ii) eliminação da concorrência e (iii) aumento arbitrário de lucros." (CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 38).

[431] "A lei brasileira, como insistimos várias vezes, não condena o domínio de mercado pelo agente econômico, desde que derivado de 'processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores', ou seja, resultante de vantagem competitiva. Nada há de ilícito na conduta de empresa que conquista 'parcela substancial do mercado relevante', simplesmente por ser mais eficiente que seus concorrentes." (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 265).

[432] "Como estabelecido no caso Michelin I, a empresa não deve ser recriminada porque detém posição dominante, mas, independentemente dos fatores que a levaram a essa posição de domínio, possui uma responsabilidade especial, ou seja, um dever de não permitir que sua conduta distorça a competição no mercado comum." (Idem, p. 266).

concorrência também esbarra nos limites constitucionais impostos por outras garantias fundamentais, a exemplo da liberdade de iniciativa,[433] cujo conteúdo econômico mínimo buscou-se tangenciar no âmbito desta Seção. Assim, ainda que seja para a correção de uma falha de mercado e com a legítima intenção de promover a concorrência, a regulação não pode ser expropriatória e deve preservar o conteúdo mínimo dos demais direitos fundamentais em colisão.

Conforme demonstrou-se ao longo do texto, entende-se que algumas ferramentas usualmente empregadas para a regulação de monopólios "naturais" não podem ser integralmente adotadas *ex ante* para essas atividades. Para esses casos, a autorização constitucional para agir e corrigir os efeitos potenciais resultantes dessa falha de mercado está voltada à prevenção e repressão do abuso, e não à substituição absoluta da liberdade de iniciativa e à presunção do abuso com a adoção de uma rigidez profilática sobre as decisões econômicas fundamentais da atividade. Em termos mais concretos, portanto, para essas atividades, não pode o legislador ou o regulador encampar as decisões do empreendedor sobre como estruturar sua atividade, que quantidade ofertar, a quem dar acesso[434] e a que preço. Seu planejamento, nesse caso, é orientativo, e não determinativo, como o é para as entidades públicas. As decisões econômicas fundamentais da atividade podem ser orientadas,

---

[433] "Em segundo lugar, livre iniciativa significa também livre concorrência, e nessa ideia se contém uma opção pela economia de mercado assentada na crença de que é a competição entre os agentes econômicos de um lado e a liberdade de escolha dos consumidores do outro que produzirão os melhores resultados sociais, que são a qualidade dos bens e serviços a um preço justo. Pois bem, e aqui a terceira conclusão nessa área. É contrário a esse regime de livre competição a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, no caso, os táxis, com o propósito simples de afastar o impacto gerado pela inovação no setor, a chegada, entre outros, do Uber, Cabify e 99. É verdade que, como nenhum princípio é absoluto, também a livre iniciativa pode ser mitigada em favor de outros valores, no caso específico, a pretensão legítima de sanar falhas de mercado para impedir dominação de mercado, por exemplo, e para a proteção do consumidor. Portanto, a chegada de novos atores em um mercado preestabelecido não pode, por sua vez, eliminar a concorrência igualmente existente. Portanto, o Estado pode incentivar ou desincentivar comportamentos onde o livre mercado não realiza adequadamente os valores constitucionais. Porém, a regulação estatal não pode afetar o núcleo essencial da livre iniciativa, privando os agentes econômicos do direito de empreender, inovar, competir. E, portanto, a restrição desproporcional ao transporte individual de passageiros por motoristas e clientes cadastrados em aplicativos, também, por essa razão, contraria a Constituição." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ARE 1.104.226AgR**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 27/04/2018. DJe 102. p. 12).

[434] "*One of the most controversial general question in current competition policy is when, if ever, should competition law require a firm with market power to share its property with its rival? The answer would seem to be rarely in the view of the Supreme Court of the United States as expressed in the 2004 Trinko case, which concerned whether a telecommunications network provider is required by US antitrust law to provide network access to its competitors: "Firms may acquire market power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both, to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing – a role for which they are ill-suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion*."." (VICKERS, John. Competition Policy and Property Rights. **The Economic Journal – Conference Papers**, v. 120, n. 544, p. 376, May 2010).

conformadas, guiadas em um quadrante voltado à eficiência e à vedação do abuso, mas não podem ser transferidas do privado para o Poder Público, sob pena de uma monopolização transversa da atividade, não permitida pela Constituição pela via infralegal.

4.2.1.2.2 A função social da propriedade

Assim como observado em relação à liberdade de iniciativa, cuja conformação histórica foi lhe diminuindo as feições estritamente individualistas e lhe moldando à acomodação de restrições justificáveis sob a ótica da promoção do bem-estar social, a propriedade privada também foi sendo talhada ao longo do tempo para refletir não apenas sua dimensão kantiana do não prejuízo a terceiros, mas também sua função social.[435]

O atendimento à função social da propriedade está previsto no art. 5º, XXIII, e no art. 170, II, da Constituição, como uma garantia fundamental dos cidadãos e como um princípio norteador da ordem econômica doméstica. De conteúdo mais específico, o art. 182, §§ 2º e 3º, preveem que a propriedade urbana cumprirá sua função social sempre que atendidas as exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor e que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas sempre com prévia e justa indenização em dinheiro. O art. 186 prevê que a propriedade rural cumpre com sua função social quando o proprietário realiza uma fruição não meramente especulativa, mas de um uso racional, com aproveitamento de sua função produtiva e sem violação à legislação trabalhista. O art. 184, por sua vez, prevê que a União poderá desapropriar, por interesse social, os imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária e indenização prévia e em dinheiro das benfeitorias úteis e necessárias do imóvel rural desapropriado.

A função social da propriedade é vista, modernamente, como um elemento de superação da concepção napoleônica do direito de propriedade, de dimensão estritamente individual, que credenciava ao proprietário não apenas o uso, mas a destinação ou não

[435] "Na Idade Moderna, com o predomínio dos ideais burgueses de cariz liberal, a propriedade chegou a atingir o seu mais extremado cunho individualista, tanto que o Código de Napoleão firmou-a como o direito de usar, gozar e fruir a coisa do mono mais absoluto. O Estado preso ao *laissez-faire, laissez-passer que le monde va de lui même* não conseguia presenciar outra forma de exercício do direito de propriedade senão a da compleição absoluta, liberta de toda e qualquer ingerência a ser feita por quem quer que seja, inclusive por ele próprio, o Estado. Os movimentos sociais contestadores do Estado liberal tiveram uma fortíssima influência na transformação do temperamento ideológico quanto ao direito de propriedade, o que se refletiu grandemente na disciplina constitucional [...]" (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LtR, 2001. p. 104-105).

destinação da propriedade conforme sua conveniência.[436] A propriedade contemporânea tem como elemento ínsito, de sua própria existência,[437] portanto, uma dimensão de atividade direcionada a um fim coletivo.[438,439]

A resistência a uma concepção napoleônica da propriedade e a exacerbação de sua função social, contudo, não podem levar a justificar toda sorte de intervenção sobre a propriedade privada, com a total desconsideração de que esta é, também, um direito fundamental cuja inviolabilidade fora igualmente protegida pela Constituição (art. 5º, *caput*). No Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição, a narrativa de supremacia do interesse público sobre o privado não mais é autolegitimada e as decisões públicas precisam ser justificadas de acordo com o processo constitucional de tomada de decisões, que

---

436 "A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto ora em exame, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só." (FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 4. Arts. 170 ao 245. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 5).

437 "Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. Assim como a imposição de deveres inderrogáveis ao empregador, no interesse do empregado, não faz dele um ente público, também a função social não desnatura o proprietário nem a propriedade: apenas lhe impõe cerceamentos diferenciados." (SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade: The Social Role of Property. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 407, 2019. Disponível em: https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/249. Acesso em: 15 abr. 2022).

438 "Discorrendo a respeito dessa última hipótese, concluiu Tepedino (1999, p. 272-274) que o preceito condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários. Isso significa que 'o não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo universal, titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere numa situação jurídica subjetiva complexa. Tem direito a exigir de quem proprietário é o cumprimento da função social da propriedade, e tem direito a que lhe sejam dadas condições materiais de aceder à propriedade' (Cortiano Júnior: 2002, p. 153-154). A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária, sendo que o 'estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada', inclusive a ponto de não bastar tratar-se de propriedade produtiva para ser imune à desapropriação (art. 185, II, da CF), caso não atenda à sua função social, observando todos os resquícios indicados no art. 186." (FACCHINI NETO, Eugênio. Art. 170, III – função social da propriedade. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1890-1891).

439 "A garantia do título (e conteúdo) do direito de propriedade é funcionalizada (inclusive dos fatores de produção), no sentido de que o senhor tem o dever de orientar o exercício desse direito para a obtenção de benefícios sociais. Isso não significa um corte ortodoxo de valores absolutos, pois a funcionalização tem como premissa a propriedade privada, a gerar benefícios a seu titular. O que se pretende firmar é a necessidade de coexistência pacífica entre ambas as diretrizes empresariais: o lucro unido/instruído pela valorização da pessoa humana, trabalho e justiça social." (BOCKMANN MOREIRA, Egon. O Direito Administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. *In:* CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 71).

mandatoriamente envolve (i) considerar as restrições impostas pela própria Constituição como forma de proteção a um direito e (ii) no espaço resultante, realizar o exercício de ponderação entre direitos fundamentais em colisão, ciente da impossibilidade de que a promoção de um direito leve ao esvaziamento do conteúdo mínimo essencial do outro.[440]

Especificamente em relação à função social do direito de propriedade, para além de sua afirmação genérica positiva já referida, o constituinte originário teve o zelo de prescrever como esta restará atendida em determinadas situações e, também, a única e restrita hipótese na qual o não cumprimento de sua função social pode ensejar uma ablação sem indenização integral em dinheiro (mas ainda assim previamente indenizada). Como adverte Sundfeld:

> Sem perder seu caráter de direito subjetivo, a propriedade ficou vinculada ao cumprimento de função social. Isso não significa que, no nosso Direito, a propriedade seja uma função social, do que decorreria a ausência de proteção jurídica àquelas que descumprissem tal função, como proposto por Duguit. A propriedade continua sendo direito, nessa qualidade protegido mesmo quando irregularmente exercido – daí o descumprimento da função social não autorizar o confisco do bem, mas apenas sua desapropriação, com o pagamento de indenização em títulos da dívida pública. A propriedade cumpre uma função social.[441]

A função social, portanto, é um elemento central de conformação, de restrição, da liberdade de iniciativa e de sua dimensão de direito de propriedade, mas não um instrumento de expropriação não indenizada pelo Estado.[442] Por essa razão, a retórica da função social não pode ser utilizada como elemento coringa de esvaziamento do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa.[443]

---

[440] "Em segundo lugar, também são insuficientes (e talvez inadequadas) as concepções majoritárias do direito administrativo sobre limites e à propriedade privada. Tais perspectivas: (i) partem de pontos de vista autoritários, relacionados ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, operacionalizado num despótico poder de polícia, fundado numa etérea noção absolutista de domínio eminente; e (ii) merecem revisão para que se considerem as proteções (materiais e procedimentos) conferidas à propriedade privada no modelo constitucional brasileiro." (CYRINO, André. **Direito Constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 204).

[441] SUNDFELD, Carlos A. **Direito Administrativo ordenador**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

[442] "Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, no texto em exame, a Constituição consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direito de seu patrimônio sem justa indenização. Esse é, aliás, o entendimento pacífico da jurisprudência."(FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 1. Arts. 1º ao 43. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 46).

[443] "A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica." (LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social, abuso e poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 281).

Transpondo-se tal contraposição para o tema em debate, tem-se que o movimento de liberalização de determinadas indústrias de rede levou à possibilidade de penetração de agentes privados, seja por meio de títulos públicos habilitantes, que permitem a exploração da atividade (notadamente a concessão, a autorização e a permissão), seja por meio da privatização de companhias públicas anteriormente habilitadas a explorar a atividade (muitas vezes em regime de exclusividade). Tal movimento, contudo tenha permitido a maior penetração da iniciativa privada, não representou uma exclusão da atividade do rol de competências públicas imputadas aos entes da Federação e tampouco levou a uma *depublicatio* da atividade. Em consequência, preservou-se relativa margem constitucional para intromissão regulatória nessas atividades, facultando ao legislador afinar o nível de abertura da atividade à iniciativa privada. Em relação às atividades não reservadas, cuja premissa é oposta, entende-se que a justificativa genérica da função social da propriedade não permite alcançar determinados níveis de intromissão, como alguns dos excessos descritos nesta seção. Defende-se que o fato de haver uma interseção entre fatos da realidade econômica de determinadas atividades – serem indústrias de rede, estarem associadas a elevados ganhos de escala, por exemplo – não é uma justificativa suficiente a nivelar o tratamento regulatório entre elas caso essas atividades estejam sujeitas a regimes constitucionais distintos de exploração.

Como exemplo concreto desse nivelamento indevido cita-se, por exemplo, a Resolução ANP n. 35/2012, que passou a aplicar aos dutos de biocombustíveis as mesmas obrigações de acesso e controle de preços às quais estão submetidos os dutos que movimentam petróleo e seus derivados.[444] Algumas determinações são possíveis em ambos os

[444] Observando-se os comentários feitos no âmbito da Consulta e Audiência Públicas ANP n. 6/2012, que levou à edição da Resolução ANP n. 35/2012, constata-se que foram feitas objeções à norma sob discussão exatamente por este fundamento: "Tendo em vista as diferenças entre o regime aplicável ao setor de petróleo e derivados, e o regime aplicável ao setor de biocombustíveis, explicitada em especial pelo novo art. 68-A da Lei 9.478/97, a ANP não pode equiparar os dois setores na nova resolução sobre livre acesso a dutos de transportes. Reitera-se que, a fim de atender aos preceitos constitucionais e ao novo art. 68-A da Lei 9.478/97, cabe à ANP, através de uma norma específica orientar a disciplina do livre acesso aos dutos de biocombustíveis, de forma absolutamente distinta do regime previsto na Portaria nº 115/2000 – portaria esta que poderia, inclusive, ser mantida intacta para reger o setor de petróleo e derivados. De todo modo, em que pese ser esta a melhor solução, justamente para evitar a caracterização de ilegalidades e insegurança jurídica na interpretação dos dispositivos da regulamentação em relação ao regime aplicável a cada caso, serão feitas contribuições para tentar alinhar e diferenciar, na medida do possível, os regimes jurídicos. Pretende-se, assim, contribuir para a redução, na medida do possível, das chances de questionamento quanto à constitucionalidade e legalidade da regulamentação proposta pela ANP. Em síntese a tudo quanto exposto acima, a primeira contribuição que se apresenta é a inserção de um parágrafo ao art. 1º da proposta de Resolução, com o fim de explicitar que o transporte dutoviário de biocombustíveis será regido pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, Seus Derivados e Gás Natural. **Comentários –** Revisão da Portaria ANP n. 115/2000. [*S.l.*]: ANP, 2000. p. 1-2.)

casos, uma vez que é possível uma menor ou maior intromissão em atividades reservadas e que as de menor intromissão podem ser compatíveis com o regime de liberdade de iniciativa. Não é possível, porém, presumir a mesma margem jurídica de conformação das duas atividades pelo fato de que partem de uma organização econômica semelhante e de que o Estado pode regular as duas atividades com fundamento no art. 174 da Constituição.[445] Os limites da regulação em um caso e no outro são distintos.[446,447]

A liberdade de iniciativa e o direito de propriedade, portanto, devem conciliar sua existência com a função social da propriedade e com a promoção de outros direitos fundamentais previstos na Constituição. Não significa, contudo, que devam ser esvaziadas a ponto de ceifar a liberdade criativa do empreendedorismo e de levar à microgestão da atividade econômica privada.

4.3 Conclusão

Um dos elementos fundamentais da livre iniciativa, do modo capitalista de produção, é a apropriação privada dos meios de produção. Como tal, em decorrência do direito de

[445] A justificativa da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis para legalidade e constitucionalidade das medidas impostas foi no sentido de reafirmar sua competência para regular a indústria: "Parecer ANP: não acatado. Justificativa: Conforme parecer emanado pela Procuradoria Federal Junto à ANP –PRG/ANP na Nota nº 69/2012/PF-ANP/PGF/AGU, de 30/01/2012, cabe regulação pela ANP tanto para o setor de petróleo, como para o de biocombustíveis, com base em competências estabelecidas pela Lei 9.478/1997 e suas alterações posteriores." (Idem, p. 1).

[446] De forma coerente à tese defendida no âmbito deste trabalho, entende-se que, por não ser objeto de reserva constitucional a nenhum ente da Federação, a indústria de biocombustíveis está sujeita a um regime de regulação potencialmente assimétrico em relação às atividades reservadas das indústrias do petróleo, gás natural e derivados arroladas no art. 177 da Constituição. Contudo a Lei n. 12.490/2011 tenha atribuído competência à ANP para autorizar, regular e fiscalizar as atividades econômicas da indústria de biocombustíveis, a profundidade de sua competência não é a mesma daquela observada em relação às atividades reservadas. O legislador, ao conformar os quadrantes de exploração das atividades do art. 177 da Constituição, pode aproximá-las substancialmente do regime de livre iniciativa. O contrário, contudo, nem sempre é verdadeiro. Ao conformar a forma de exploração das atividades de livre iniciativa, o legislador não pode ultrapassar a linha de preservação do conteúdo mínimo da liberdade econômica do agente.

[447] Neste ponto, discorda-se da argumentação jurídica adotada na Nota n. 69/2012/PF-ANP/PGF/AGU acima citada, especialmente quanto à seguintes premissas e conclusões: "2. De início, aderimos ao quanto defendido pela SCM nos itens 3 a 8 de fls. 343, ou seja, tanto para derivados de petróleo, quanto para os biocombustíveis, é cabível a regulação do setor pela ANP, com base em competências estabelecidas pela Lei 9.478/1997 e suas alterações posteriores. As vedações a que transportadores adquiram capacidade de transporte de outros transportadores não são uma inovação brasileira, pois seguem uma tendência regulatória internacional no sentido de incentivar a efetiva competição num mercado com características de monopólio natural. Portanto, do ponto de vista jurídico, não há óbice à limitação, pela ANP, dos agentes autorizados a atuarem como carregadores. O artigo 58 da Lei 9478/1997 é claro no sentido de que o acesso será feito a qualquer interessado nos termos da regulamentação aplicável. Na verdade o referido artigo traz a figura do livre acesso, mecanismo destinado a viabilizar que terceiros que não disponham de infraestrutura possam competir no mercado de outra forma monopolístico devido às barreiras de entrada." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, Seus Derivados e Gás Natural. **Comentários –** Revisão da Portaria ANP n. 115/2000. [*S.l.*]: ANP, 2000. p. 2).

propriedade do indivíduo e da liberdade de condução de seus negócios, o agente seria detentor de um espaço de autonomia para tomar decisões estratégicas, a exemplo de quanto produzir, como financiar seus negócios (qual a proporção entre capital próprio e capital de terceiros), a qual nível de risco se expor em relação a suas contrapartes (o que, em última análise, encerra escolher quem serão suas contrapartes), o investimento a ser feito em inovação e como formar seu preço.

Como já referido, isso não significa dizer que o exercício da atividade deverá acontecer um espaço de liberdade irrestrita, blindada da incidência de qualquer intervenção do Estado. Cogitar esse espaço seria anacrônico, fundado em um liberalismo caricato e já superado. Sabe-se que a liberdade empresarial pode ser restringida por diversos fatores, a exemplo da necessidade de garantir segurança e saúde de seus empregados, de internalizar custos decorrentes das externalidades negativas geradas pela sua atividade (emissões de carbono, ruídos, etc.), do pagamento de tributos não confiscatórios.

De outra banda, não se admite que o exercício do poder de polícia do Estado seja de tal sorte interventivo que reduza o espaço de decisão empresarial do indivíduo e lhe restrinja a um mero operador ou financiador de suas instalações, sem o espaço de liberdade criativa que verdadeiramente significa a condução empresarial de um negócio privado.

Como visto na Seção 3, o escopo da intervenção regulatória que tem por premissa o fato de que determinada infraestrutura seria mais bem explorada por um único operador – e que, portanto, o monopólio é desejável – visa determinar ao monopolista o efeito a ser alcançado com a competição. No entanto, em relação às atividades de livre iniciativa, defende-se que a Constituição presume a livre concorrência, que não seria franqueado ao legislador infraconstitucional tomar *ex ante* e abstratamente a decisão de política sobre ser ou não ser um monopólio natural, de excluir a concorrência, em consequência, e de eleger-se como o substituto apto a microgerir a atividade privada e determinar o resultado que seria alcançado em concorrência perfeita.

Neste ponto, válido um aparte para resgatar o que dispunha os §§ 8º e 9º do art. 157 da Constituição de 1967/1969:

> § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

> § 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.[448]

Em relação ao atualmente disposto no art. 173, *caput*, da Constituição de 1988, destacam-se duas diferenças: (i) o dispositivo atual se refere apenas à "exploração direta de atividade econômica pelo Estado", e não mais à "intervenção no domínio econômico" e ao "monopólio de determinada indústria ou atividade", sendo, portanto, mais restrito que o da Carta anterior e excluindo a previsão expressa da possibilidade de monopolização de atividade ou indústria pelo legislador infraconstitucional; e (ii) no dispositivo anterior, as justificativas possíveis eram a segurança nacional e a indispensabilidade para "organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa". No atual, é mantida a segurança nacional e adicionado o relevante interesse coletivo. Em resumo, exclui-se a possibilidade de criação de um monopólio pela legislação infraconstitucional, prevendo tão somente a hipótese de exploração direta de atividade econômica pelo Estado; também suprime a possibilidade de intervenção ou monopolização fundada na avaliação de inviabilidade de competição.

O § 9º também revela a mentalidade de necessidade de custeio público, via encargo (com provável sistema de subsídios cruzados), e não via preço, da atividade, o que pode resultar das disfunções causadas pelo excesso de regulação (a exemplo dos modelos de *common carriage* examinados ao longo da seção). Ademais, como explorado, o excesso de regulação apriorística usualmente leva à necessidade de planejamento centralizado, que, nos termos do art. 174, *caput*, da Constituição de 1988, só poderá ser determinativo para o Poder Público, e não para a iniciativa privada.[449]

Em outros termos, portanto, entende-se que as hipóteses em relação às quais o constituinte tomou essa decisão política sobre tratar determinadas infraestruturas como possíveis monopólios naturais são aquelas expressamente listadas na Constituição Federal de 1988. Em relação a outras infraestruturas, não arroladas literalmente no texto da Constituição,

---

[448] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

[449] "Neste sentido, adquiriu especial relevância a estrutura de subsídios cruzados. Por meio dessa procurou-se financiar serviços tidos como de caráter essencial a partir do excedente financeiro obtido com outros serviços. Exemplo bastante comum era o subsídio do acesso à rede e da telefonia local por meio das receitas da telefonia de longa distância (cf. último capítulo). As circunstâncias acima mencionadas justificavam não apenas a organização do setor em torno de um monopólio, mas também uma atuação intensiva do Estado, o qual centralizava em suas estruturas as decisões econômicas fundamentais relativas aos serviços (tais como preço, volume de oferta, qualidade, pesquisa de novos serviços e tecnologias, volume de investimento), o desenvolvimento de políticas de caráter social voltadas à ampliação do acesso e, na maior parte dos casos, inclusive a prestação direta dos serviços." (FARACO, Alexandre D. **Regulação e Direito Concorrencial:** as Telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 32).

a avaliação infraconstitucional sobre ser ou não ser uma falha de mercado não seria elemento suficiente a legitimar tal escolha de política. De modo a promover a livre concorrência também nas cadeias à montante e à jusante da infraestrutura, percebe-se como possível pela sistemática Constitucional vigente que tais infraestruturas sejam reguladas de forma a incentivarem o monopolista a ter um comportamento eficiente (como em competição perfeita) e a mitigarem o risco de este abusar de posição dominante (passível de controle pelos instrumentos previstos na legislação antitruste existente ou de mecanismos customizáveis pelo legislador infraconstitucional para essas infraestruturas com este viés de repressão de abuso).

Reafirma-se a ideia de que para as atividades de livre iniciativa o Estado não tem permissão constitucional para tomar a decisão de substituir-se à concorrência e passar a emulá-la tão somente.[450]

Em primeiro lugar, refuta-se a possibilidade de criação de barreiras à entrada sob o fundamento de correção da falha de mercado monopólio "natural". Nesse caso, se a premissa fática justificadora da intervenção for a existência de um monopólio "natural", destaca-se que o instrumento de contraposição usualmente adotado é a exclusividade em relação a dado objeto, assegurando que não haverá competição com o agente incumbido de realizar o investimento na infraestrutura, inclusive para proteção do retorno estimado no momento da decisão de investimento. Não se trata de mero controle de entrada, a exemplo da exigência de que o agente privado habilitado a exercer a atividade demonstre mínima qualificação técnica e econômico-financeira compatível. Tratar-se-ia, na verdade, da criação de um monopólio pela via infraconstitucional em favor de um agente privado.

No que diz respeito à determinação setorial de acesso e à correspondente possibilidade de determinação do preço cobrável pelo detentor da infraestrutura, entende-se que, em relação às atividades privadas, a depender do modelo de regulação adotado, a determinação de que o proprietário de dada instalação privada deve dar acesso livre, não discriminatório e a preços previamente regulados, fragmenta o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa do proprietário da instalação, que deixa de ter autonomia de decisão sobre utilizar ou não a infraestrutura, de escolher suas contrapartes negociais e de determinar seu preço.

---

450 "Tomando por base essas reflexões, constata-se que nas autorizações regulatórias ocorre algo entre a outorga de serviços públicos e a regulação estatal de atividades econômicas privadas. Em tais autorizações, o Estado faz menos que delegar um serviço público (eis que de serviço público não se trata), mas faz mais do que simplesmente regular uma atividade econômica privada, visto que a atividade em questão é de titularidade pública, tendo o Estado sobre ela muito mais poderes – inclusive de condução e conformação da atuação privada, ainda que autorizada." (MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência**. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 157-158).

Consoante explorado nesta seção, a constatação de inconstitucionalidade em relação aos casos de determinação de acesso e de regulação de preços não é absoluta, pois as atividades de livre iniciativa convivem com a incidência de mecanismos de proteção à livre concorrência e da proibição do abuso de posição dominante com o objetivo de fechar o mercado e aumentar lucros arbitrariamente.

Por fim, no que diz respeito à possibilidade de determinação setorial de divulgação de preços e de nível de utilização da infraestrutura, entende-se que, conceitual e presumidamente, não há uma violação frontal ao princípio da livre iniciativa pela determinação de divulgação a mercado de informações necessárias à promoção da concorrência. Contudo, há, evidentemente, a necessidade do exercício de ponderação de direitos em uma situação em concreto, sendo mandatória a avaliação entre os custos e benefícios envolvidos, inclusive com a mandatória de preservar situações pré-constituídas.

Com base nessas premissas, as constatações feitas podem ser sintetizadas da seguinte forma:

Quadro 2 – Sintetização das premissas apresentadas

Decisão regulatória	**Modelo de implementação**	**Atividades reservadas**[451]	**Atividades de livre iniciativa**[452]
Proteção do incumbente à competição e/ou criação de uma estrutura de subsídios cruzados entre os usuários de determinada infraestrutura	Criação de exclusividade	Via de regra, entende-se constitucional, tendo em vista que compete ao titular da atividade conformar a forma de exploração da atividade, seja para exploração direta, seja para outorga a um delegatário privado.	Entende-se inconstitucional, dada a impossibilidade de criação de monopólios – em favor do Estado ou de privados – pela via infraconstitucional.
Determinação setorial de acesso	*Common Carriage*	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos dois modelos, tendo em vista que o titular da atividade poderá decidir pela maior ou menor autonomia do delegatário para exploração da atividade.	Entende-se inconstitucional, dada a intensidade regulatória prescrita pelo modelo, que engessa substancialmente o espaço de autonomia do proprietário da infraestrutura.
	Contract Carriage		Entende-se constitucional, desde que haja certa autonomia para o agente para discriminação de contrapartes em função de razões comerciais legítimas e não fundadas no objetivo

[451] Tais considerações têm por premissa fundamentalmente as determinações feitas em um momento pré-delegação/contratação do agente privado. As determinações feitas no curso da delegação/contrato devem ter suas consequências analisadas no caso concreto, a exemplo do que será feito na Seção 5.

[452] Todas as medidas presumidamente constitucionais, contudo, devem ser devidamente justificadas sob a ótica da subsidiariedade e proporcionalidade da determinação legislativa em concreto.

			de causar prejuízo a concorrentes seus ou de suas partes relacionadas.
Controle de preços	*Ex ante* (*price cap*)	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos quatro modelos, dado o espaço de conformação da delegação pelo titular da atividade.	Entende-se inconstitucional, dada a ausência de permissão constitucional para controle de preços em abstrato.
	Ex ante (serviço pelo custo)		Entende-se inconstitucional, dada a ausência de permissão constitucional para controle de preços em abstrato.
	Ex post (*price cap*)		Entende-se inconstitucional à partida, pois mesmo no contexto de determinação de preço em virtude de abuso de poder econômico, a proibição é ao aumento arbitrário de lucro, e não à ineficiência do agente por incorrer em custos excessivos. Tais custos excessivos são passíveis de controle se demonstrado o intuito de transferir renda para parte relacionada a partir de *self-dealing* a preços não de mercado. Caso haja demonstração de que o mercado não é contestável, de que a ameaça de competição na prática inexiste naquele momento, entende-se possível, para aquele caso concreto, a adjudicação do preço de acesso estimado com base no preço que seria obtido em um mercado competitivo.
	Ex post (serviço pelo custo)		Entende-se constitucional desde que fixado como parte da competência de adjudicação de preços resultantes da constatação de prática de abuso de mercado.
Determinação de transparência de informações	Obrigação de divulgação de preços e de utilização da infraestrutura.	Via de regra, entende-se constitucional a determinação de divulgação dessas informações em atividades reservadas. Devem ser preservadas, contudo, aquelas sujeitas à atividade comercial que dizem respeito a aspectos essencialmente internos à gestão da companhia privada delegatária de uma atividade pública. Ademais, para as	Entende-se que a constitucionalidade ou não da medida dependerá do exercício de ponderação feito quando da determinação. Devem ser respeitadas, contudo, as diretrizes propostas em relação ao conteúdo mínimo da liberdade de iniciativa, a exemplo de não levar a um controle de

		atividades públicas prestadas em regime de concorrência, deve-se ter a cautela de ponderar se a divulgação de informações não facilita a colusão.	preços por vias transversas e de não resultar no esvaziamento da liberdade comercial do agente de ofertar a capacidade com certa margem de escolha de suas contrapartes comerciais.
Determinação de desverticalização	*Accounting Unbundling*	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos quatro modelos, dado o espaço de conformação da delegação pelo titular da atividade.	Entende-se constitucional como instrumento de indução à concorrência e de criação histórico documental que permita mais fácil identificação e repressão de condutas abusivas.
	Legal Unbundling		
	Functional Unbundling		Como não encerra um conteúdo concreto, a análise de constitucionalidade deve levar em conta o conteúdo específico do modelo de *functional unbundling* adotado.
	ISO		Entende-se inconstitucional tendo em vista a fragilização absoluta do direito de propriedade, sobretudo em relação às dimensões de gerenciamento da exclusividade e de alocação dos frutos.

Na próxima seção, as conclusões aqui delineadas serão aplicadas a questões jurídicas específicas ao transporte dutoviário de gás natural, assim entendido em sua acepção ampla (ver Seção 2), na forma prevista pelo art. 177, IV, da Constituição.

5 A APLICAÇÃO DA LEITURA PROPOSTA À ATIVIDADE DE TRANSPORTE DUTOVIÁRIO DE GÁS NATURAL

Fixadas as premissas de análise nas Seções 2 e 3 e formulada a leitura proposta na Seção 4, esta seção se volta à aplicação dessas premissas e proposições, de forma específica, ao transporte dutoviário de gás natural, assim entendido em sua acepção constitucional demarcada pelo art. 177, IV, da Constituição.

5.1 A delimitação da atividade: o que está alcançado por transporte dutoviário de gás natural? Todos os gasodutos que não sejam de serviços locais de gás canalizado?

A primeira questão diz respeito à delimitação do objeto de análise da seção, à especificação do que está circunscrito pela expressão constitucional **transporte por meio de conduto** de gás natural. A imprecisão constitucional quanto à sua diferenciação dos **serviços locais de gás canalizado** e o exercício interpretativo dessa expressão estão detalhados nas Seções 2 e 4 e serão apresentados de forma sintética nesta seção.

O art. 177, IV, da Constituição não qualifica a competência da União em relação ao transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural. Especificamente em relação ao gás natural, a diminuição de sua projeção à jusante da cadeia ocorre em virtude do disposto no art. 25, § 2º, que atribui aos Estados a competência para exploração dos serviços locais de gás canalizado. Para o petróleo e derivados, inexiste tal discussão em relação ao recorte da competência federal, pois não há outra norma de estatura constitucional que decote a competência da União pela sua atribuição parcial a outro ente da Federação.

A Carta tampouco é precisa em relação a onde se encerra a competência federal e onde se inicia a competência estadual: é necessário um esforço hermenêutico para construir tal fronteira. Como defendido na Seção 4, contudo conviva-se com a possibilidade teórica de uma Emenda Constitucional para solucionar tal questão, na prática entende-se mais factível que sua estabilização venha a ser feita pela interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para legislar sobre a competência.

Nesse sentido, defende-se a competência da União para legislar sobre a definição do conteúdo das expressões constitucionais **transporte de gás natural por meio de conduto** (art. 177, IV) e **serviços locais de gás canalizado** (art. 25, § 2º). Argumenta-se que a competência legislativa seria da União para definir as fronteiras, sobretudo com fundamento

(i) na arquitetura geral das competências constitucionais previstas em matéria de energia, que centraliza quase a totalidade das competências na União; (ii) na competência privativa da União para legislar sobre energia, dado o caráter estratégico da matéria prevista no art. 22, IV, da Constituição; e (iii) no caráter presumidamente de interesse geral da matéria envolvida, pois a delimitação dessa competência afeta a forma como essa complexa teia de gasodutos irá se estruturar como sistema, o que demanda elevado grau de uniformidade e coerência do tratamento dado no território nacional à classificação dutoviária. Sobre esse último aspecto, ter a matéria disciplinada por diferentes legislações estaduais provavelmente levará a um tratamento fragmentado e não coordenado do tema.

Nesse ponto, importante um aparte para reafirmar que aqui trata-se da competência legislativa para delimitar a competência material (a competência sobre a competência) e não sobre a competência legislativa que, por arrasto, acompanha a competência material. Esta está preservada, pois os aspectos atinentes à exploração da competência material em si são de competência legislativa exclusiva do respectivo Estado. A moldura do que está contido na competência material de um ou de outro é o que se entende ser de competência federal. As demais regras, que preenchem tais molduras, atinentes propriamente à exploração dos serviços locais de gás canalizado, são de competência do titular da atividade.

Como já destacado na Seção 4 (ver Subseção 4.1.2.1), todavia entenda-se ser federal a competência legislativa nesse caso, defende-se haver, no texto constitucional, alguns balizadores desta competência, que devem ser respeitados quando de seu exercício, sob pena de inconstitucionalidade da legislação em concreto obtida. São eles: (i) o exercício da competência legislativa federal não pode levar a um esvaziamento da competência material estadual; (ii) a competência estadual está restrita ao interesse local, devendo ser observado não apenas em uma dimensão geográfica literal – de respeito às próprias fronteiras do Estado –, mas também funcional, atinente à zona de influência do gasoduto; (iii) não há na Constituição uma prevalência do modal dutoviário em relação a outros modais de movimentação de gás, inexistindo qualquer proteção constitucional do modal dutoviário em relação à concorrência com outros modais; e, (iv) por fim, e, com maior margem para debate, tendo em vista que a questão ainda não foi solucionada no âmbito constitucional, a questão relativa à classificação dos dutos que promovem entregas a usuários finais. Neste ponto, trata-se mais de um elemento a ser considerado quando do exercício hermenêutico de delimitação da competência do que propriamente uma diretriz constitucional explícita sobre o tema.

Além da divisão de competências entre União e estados, outro aspecto que merece destaque em relação ao conteúdo da competência sobre o transporte de gás natural por meio

de conduto diz respeito às classificações dutoviárias alcançadas pela expressão. Como detalhado na Seção 2, defende-se que a competência federal abrange todas as modalidades de movimentação dutoviária não recortadas pela competência estadual. Assim, há (i) uma acepção constitucional, ampla, de transporte dutoviário de gás natural; e (ii) uma acepção infraconstitucional, estrita, de transporte dutoviário de gás natural. A acepção constitucional abrange tanto o transporte em seu sentido infraconstitucional quanto as demais modalidades de movimentação sujeitas à competência federal (atualmente classificadas em escoamento, transferência e demais modalidades de transporte – também referidas como gasodutos inominados).

Sustenta-se que a especificação infraconstitucional de modalidades de transporte por meio de conduto não representa a *depublicatio* da competência federal prevista no art. 177, IV, da Constituição, mas tão somente a criação de regimes regulatórios assimétricos para as diferentes funcionalidades exercidas sob cada classificação. A competência constitucional é abrangente, valendo-se da palavra **transporte** em seu significado corrente, não podendo ser interpretada a partir do texto infraconstitucional que lhe atribui um sentido mais restrito. Ademais, entende-se que, tendo em vista sua previsão constitucional, a *depublicatio* não pode ser feita no âmbito infraconstitucional: para essas atividades, o legislador infraconstitucional pode escolher o nível de intromissão regulatória a ser adotado para conformação da atividade, inclusive aproximando-o do regime de liberdade de iniciativa. Não significa, contudo, que tenha havido a revogação da previsão constitucional de que a atividade é um monopólio da União. Ainda, como já desenvolvido na Seção 2, a possibilidade de reclassificação dos gasodutos de transferência em gasodutos de transporte, prevista no art. 59 da Lei n. 9.478/1997, reforça esta tese de que as demais classificações adotadas pela legislação infraconstitucional são, na verdade, formas de criar regimes de regulação distintos entre os diferentes dutos sujeitos à regulação federal, de modo a não os colocar todos na mesma cesta, independente da função sistêmica que exercem.

Feitas tais considerações a respeito do objeto das reflexões desta seção, passa-se a analisar então o significado dessa competência, se o fato de ser um monopólio constitucional da União lhe imputa responsabilidades especiais em relação à prestação da atividade.

5.2 O transporte dutoviário de gás natural como monopólio da União: obrigação prestacional pela União?

Como já desenvolvido na Subseção 4.1.1, entende-se que a reserva constitucional de uma atividade econômica a um ente da Federação, nesse caso, à União, significa a imputação de uma competência material, prestacional. Como tal, o Estado titular da competência é chamado não apenas a ordenar a atividade econômica prestada (como o é na generalidade dos casos, conforme determinação do art. 174), a legislar sobre o tema (nos termos da competência legislativa nominada no texto constitucional) ou a ser titular de um bem público (nos termos do art. 176), mas, se necessário à tutela de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, a satisfazer concretamente as utilidades resultantes do exercício de sua competência exclusiva.

Trazendo-se tais reflexões para a atividade de transporte dutoviário de gás natural, significa dizer que a União tem o dever-poder de prestá-la diretamente ou de contratar terceiros para fazê-lo e de organizar a forma de sua prestação. Tal dever-poder, contudo, não exclui de seu espectro de possibilidades a inação, a alternativa de não explorar ou não contratar terceiros para explorarem a atividade. Como também desenvolvido na Subseção 4.1.1, tal competência constitui-se em obrigação positiva apenas se ela for – e na medida demandada – aquela necessária à tutela de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A obrigação, portanto, é de satisfação dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. A reserva de competências a um ente da Federação pela Constituição é um meio para que tal obrigação de promoção dos direitos fundamentais seja alcançada com a possibilidade de utilizar instrumentos que não estão ordinariamente disponíveis para a generalidade das atividades econômicas (não reservadas).

Seria possível exigir, então, que a União seja chamada a assegurar a prestação da atividade de transporte de gás natural em caso de gargalos na provisão de infraestrutura ou em caso de prestação defeituosa por algum dos prestadores de serviço? Apesar de uma resposta categórica não dispensar a análise do caso concreto, em abstrato, defende-se que sim, que a União pode ser convocada a exercer tal papel, tendo em vista ser uma atividade submetida a sua competência exclusiva pelo art. 177, IV, da Constituição.

Inicialmente, ressalta-se a menção a “assegurar a prestação”, e não necessariamente de prestar, uma vez que é possível à União também desenhar os incentivos suficientes à atração de investimentos privados qualificados, capazes de assegurar a disponibilidade de capacidade e a continuidade das atividades. Nesse sentido, vale citar como exemplo a possibilidade

prevista pelo art. 10 da Lei n. 14.134/2021, que, em caso de revogação da autorização de transporte e, caso necessário à manutenção do abastecimento nacional, permite à União designar temporariamente outro transportador para operar e manter as instalações vinculadas à autorização revogada.

Em relação às restrições de capacidade, com o processo de abertura do mercado, adoção do modelo de entrada e saída (que gera uma simplificação dos fluxos na rede e uma "diminuição virtual", em curto prazo, da capacidade disponível para oferta), explicitação das flexibilidades contratadas e demandadas pelos agentes e provável crescimento da utilização da malha de transporte, os gargalos de infraestrutura começam a ficar mais evidentes, suscitando potenciais discussões a respeito do papel da União no planejamento e na realização de investimentos para superar esses gargalos. Em nossa visão, a possibilidade de exigir-se uma prestação positiva por parte da União (seja para investir, seja para assegurar o investimento) dependerá fundamentalmente do exame de essencialidade do investimento.

No caso do gás natural, tal exercício de essencialidade ou não da expansão da malha dutoviária federal tende a gerar uma complexidade maior do que a usualmente enfrentada em relação às redes de energia elétrica, por exemplo. Isso porque, como destacado na Seção 2, o gás natural comporta diferentes modais de transporte, apesar das diferenças de custo entre eles, que levam em conta premissas de utilização do modal dutoviário por toda a vida útil do bem. Em cenários de depreciação acelerada (por exemplo, pela contratação de demanda por um horizonte de tempo menor que a vida útil e em função das discussões em curso sobre transição energética e *stranded assets*), o gráfico clássico de competitividade de custo por distância associado a cada modal pode ser alterado e a premissa de que o dutoviário seria o mais vantajoso pode não mais se verificar, impactando a caracterização de essencialidade ou não da expansão dutoviária demandada. Outro ponto que também pode gerar debate sobre a obrigatoriedade de realização do investimento pela União diz respeito à perspectiva de demanda firme de longo prazo verificada no momento da decisão de investimento. Ou seja, é possível que se adote alguma métrica de viabilidade econômico-financeira/bancabilidade da infraestrutura mesmo em um cenário de exercício de uma competência pública, não parecendo razoável ser exigível a expansão *ad infinitum* para solucionar gargalos de curto prazo cuja perspectiva de demanda firme não se comprova em longo prazo, uma vez que possivelmente importará em um rateio de custos da ociosidade estrutural entre os demais usuários do sistema ou uma alocação de custos aos contribuintes.

Em síntese, portanto, entende-se que, dado o conteúdo material da competência pública, desde que demonstrada a essencialidade da instalação para satisfação dos direitos

fundamentais constitucionalmente protegidos, é possível que a União venha a ser chamada a exercer seu papel como regente da atividade, seja pela realização direta de investimentos, seja como planejador que assegurará os meios necessários à contratação de privados para prestação da atividade.

Por fim, no que diz respeito às possibilidades de conformação da atividade, em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural, defende-se que sua reserva à União permite ao legislador infraconstitucional adotar modelagens distintas, mais ou menos interventivas, seja para exploração direta pela União, seja para a contratação de terceiros na forma prevista no art. 177, § 1º. Deve-se esclarecer, contudo, que não significa dizer que tal liberdade de conformação pelo legislador infraconstitucional possa ser errática e sem respeito aos contratos, aos atos jurídicos perfeitos e à segurança jurídica (como será desenvolvido na Subseção 5.3.3). Ou seja, ao empreender alterações na estrutura normativa do setor, é importante que sejam endereçadas às situações pré-constituídas que serão preservadas ou sujeitas a algum período de transição para adaptação à nova estrutura regulatória setorial.

5.3 O regime de exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural por privados: direito público ou privado?

Muito se discute na doutrina a respeito da natureza pública ou privada do regime adotado para **contratação** de empresas públicas ou privadas pela União para explorar as atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177. Tendo em vista que, até recentemente, a entrada de agentes privados havia se dado quase exclusivamente no *upstream*, a maioria dessas reflexões foi feita em relação ao regime público ou privado do contrato de concessão de exploração e produção de hidrocarbonetos.[453]

O regime de direito público seria aquele voltado à satisfação do interesse público ou, mais concretamente, à promoção de direitos fundamentais, e não necessariamente à busca pelo lucro,[454] enquanto o regime privado teria por esteio a economia de mercado, a livre iniciativa e seus corolários.[455]

---

[453] Conforme já alertado na Seção 1 deste trabalho, apesar de ter havido a abertura constitucional da indústria em 1995, a maioria das atividades foi outorgada à própria Petrobras, sem que tenha havido oposição frequente de interesses jurídicos ao longo do tempo em relação às demais atividades da cadeia, o que levou a uma produção acadêmica mais vasta e densa em relação a esse segmento específico.

[454] "O regime de direito público consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade dos bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover

As diferentes visões doutrinárias traçadas em relação ao regime de contratação das atividades do art. 177 da Constituição se dividem entre (i) os que entendem que seria de regime privado porque, uma vez que as atividades monopolizadas seriam atividades econômicas em sentido estrito – não serviços públicos – e, como tal, sua exploração deveria ser feita sob o regime de liberdade de iniciativa, e não sob o regime de privilégio dos serviços públicos;[456] (ii) os que entendem ser de regime público, tendo em vista envolver um monopólio público;[457] (iii) os que entendem que atenderia a um regime particular, híbrido;[458]

---

a satisfação de interesses indisponíveis." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 128).

455 "O regime de direito privado se alicerça na ideia de 'autonomia da vontade' e se traduz nos institutos da propriedade e do contrato." (Idem, p. 129).

456 "Atividades meramente econômicas, por conseguinte, são inidôneas para figurar como objeto de contratos de concessão, ainda que, por impropriedade técnica, sejam assim denominados. É o caso da Lei nº 9.478, de 6.8.1997, reguladora da política nacional de atividades petrolíferas, que denomina de contrato de concessão o ajuste celebrado entre a ANP – Agência Nacional do Petróleo e empresas privadas, com o fim de serem executadas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (arts. 23 e 43). Há evidente erronia na nomenclatura legal. Tais atividades são eminentemente privadas, de caráter empresarial, muito embora se constituam monopólio da União, exercido, por longos anos, exclusivamente pela PETROBRAS, e hoje suscetíveis, parcialmente, de execução por empresas privadas, conforme as alterações introduzidas pela EC nº 9/1995 no art. 177 da Lei Maior. A referida lei institui a disciplina básica de tais contratos, mas o certo é que, apesar de algumas regras especiais, não se configuram eles como contratos de concessão de serviços públicos, tais como desenhados pelo art. 175 da CF, mas sim como simples contratos privados, e isso porque, simplesmente, seu objeto não é a prestação de um serviço público, mas o mero desempenho de atividade econômica." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/. Acesso em: 30 abr. 2022).

457 "Parece-nos, portanto, que somente no desempenho da função pública, os respectivos contratos, firmados pela Administração, são administrativos, embora seja inevitável reconhecer os temperamentos dessa situação, advindos do regime jurídico específico que preside a formação de tais contratos, que pode redundar em sua parcial ou completa descaracterização, como na exploração de petróleo e gás natural e demais atividades previstas nos incs. I a IV do art. 177 da Constituição Republicana (LGL\1988\3), às quais se aplica o regime instituído pela Lei 9.478/97." (TOLETO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 28, p. 180-207, 1999).

458 "Pelo art. 20, IX, da CF (LGL\1988\3) os recursos minerais são bens da União. São, portanto, bens públicos. Os arts. 173 e 174 da CF (LGL\1988\3), por sua vez, dizem respeito à atuação do estatal no domínio econômico, consignando uma posição de interferência mínima neste domínio. É o que se pode enxergar na disposição da prestação direta pelo Estado de atividade econômica somente em caso de segurança nacional e relevante interesse público (art. 173 da CF (LGL\1988\3)), e o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Em face a esta configuração constitucional, apercebe-se que a palavra "monopólio" mantida no texto constitucional torna-se oca quanto ao peso por ela imprimido em razão das posturas de um Estado que dirige o desenvolvimento econômico por meio de políticas macroeconômicas e prestação direta de atividade econômica. De tal sorte, monopólio hoje não pode significar hoje uma ingerência estatal que venha a frustrar o processo de instauração de competição no setor petrolífero, mas que, considerando que a atividade de transporte envolve a manipulação de um bem público e, por conseguinte, de um interesse público, demanda uma ação do Estado que preserve as estruturas anteriores, coibindo comportamentos que ponham por terra a relevância dada ao petróleo e gás na economia nacional. Embora hoje submetida ao regime privado e de competição, a atividade de transporte é de utilidade pública (*public utility*), devendo ser exercida conforme ao interesse público e estratégico que possui o petróleo e gás na matriz energética brasileira. Deslocando a questão do nível para o legal, especificamente à Lei 9.478/97, confirmamos tal pensamento quando lemos o seu art. 1º, mormente os incisos I, III, IV e V, que rezam sobre a preservação do interesse nacional, a proteção do consumidor, a proteção ambiental e conservação de energia e a garantia de fornecimento de petróleo em todo o território nacional." (SILVA, Anderson S. Acesso

e (iv) os que entendem que tal categorização estaria datada, dada os influxos de liberdade e de intromissão que concretamente convivem com o regime privado e com o regime público, respectivamente.[459,460]

Reputa-se mais adequada a última das visões narradas. Essa separação, ao final das contas, é mais didática do que dogmática.[461] Na prática, ela diz mais respeito à relação

---

aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do Direito da Concorrência. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-173, 2003).

459 "Para alguns doutrinadores, como as concessões de pesquisa e prospecção não visam à delegação de serviços públicos, mas sim de atividade econômica cuja exploração é monopolizada pelo Estado, elas seriam: (i) regidas integralmente pelo regime jurídico de direito privado, em que concedente e concessionário devem estar em absoluto pé de igualdade, (ii) regidas predominantemente pelo regime jurídico de direito privado, sob reserva das infiltrações de direito público, sendo defeso à Administração invocar prerrogativas e impor sujeições ao concessionário que não estejam previstas no marco regulatório setorial. Por outro lado, para alguns autores, tendo em vista que a atividade econômica em questão foi monopolizada pela Constituição brasileira por razões estratégicas de relevante interesse público, essas concessões seriam basicamente regidas pelo direito público, sendo autêntico contrato administrativo, munido de cláusulas (implícitas e explícitas) exorbitantes do direito privado, sem, contudo, excluir a aplicação complementar dos princípios gerais de direito privado. Há, ainda, aqueles que propõem uma classificação *sui generis*, como é o caso de Marcos Juruena Vilela Souto, para quem a concessão petrolífera não é contrato de direito privado nem contrato administrativo, embora seja espécie do gênero contrato da Administração. Esse autor sustenta que tais ajustes constituem contratos de intervenção do Estado no domínio econômico, ou, simplesmente, 'contrato de direito económico', sendo defeso ao poder concedente interferir 'discricionária ou imotivadamente, mas sempre orientado por critérios técnicos justificados com base nas melhores práticas da indústria do petróleo'. Lançando um olhar crítico sobre essa discussão, Alexandre Santos de Aragão põe em xeque a importância de se perquirir a natureza jurídica pública ou privada da concessão petrolífera, para daí tentar extrair o regime jurídico a ela aplicável. Propondo uma mudança de enfoque, observa o autor que hoje o disciplinamento das atividades econômicas monopolizadas é ditado mais pela respectiva lei setorial do que pela natureza jurídica dos contratos firmados sob sua égide; e justifica o ponto aduzindo que, na atualidade, a distinção entre aquilo que é de direito privado e o que é de direito público está cada vez mais relativizada, 'havendo contratos tradicionalmente considerados como sendo de direito público com um sem-número ele resguardos dos interesses das partes privadas, e contratos de direito privado sujeitos a uma forte regulação estatal'. Afirma então que 'o que importa são os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração', e 'não uma classificação etérea da natureza do contrato. Assim, por um lado, não há um poder exorbitante e genérico da Administração sobre os contratos ditos de 'direito público', e, por outro, os contratos de 'direito privado' celebrados pelo Estado ficam embebidos das cláusulas exorbitantes que a lei lhe atribuir'. Essa metodologia, com a qual concordamos, também se aplica à análise da concessão da atividade económica de transporte de gás natural, cujo estudo do respectivo regime jurídico não reside na comparação ou contraposição com as contratações de direito privado, mas sim na análise dos reflexos que o ordenamento setorial e a intensidade de sua regulação introduzem no modelo contratual." (PRISCO, Alex Vasconcellos. A concessão da atividade de transporte dutoviário de gás natural: notas ao regime jurídico básico. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 19-21, jul.-set. 2010).

460 "Para regular esta transferência de gestão econômica das jazidas de petróleo e gás, a ANP tem poderes determinados mais pelo conteúdo da sua respectiva lei criadora do que pela natureza jurídica dos contratos por elas celebrados, que é consequência e não causa da disciplina de direito positivo, até mesmo porque a diferença entre o que é de direito privado e o que é de direito público é cada vez mais relativa, havendo contratos tradicionalmente considerados como sendo de direito público com um sem-número de resguardos dos interesses da partes privadas, e contratos de direito privado sujeitos a uma forte regulação estatal.
O que importa são os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração, não uma classificação etérea da natureza do contrato. Assim, por um lado, não há um poder exorbitante genérico da Administração sobre os contratos ditos 'de direito público', e, por outro, os contratos 'de direito privado' celebrados pelo Estado ficam embebidos das cláusulas exorbitantes que a lei lhe atribuir." (ARAGÃO, Alexandre S. de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo**, [*S.l.*], v. 239, p. 411-438, 2005. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43875. Acesso em: 3 maio. 2022).

estabelecida entre o ente público e a atividade, se de titularidade e competência ou de intervenção, do que a uma presumida inclinação "natural" ao lucro ou não. Isso porque, conforme já desenvolvido na Seção 4 e reiterado anteriormente, o que usualmente se associa ao "regime de direito público" na verdade diz respeito ao fato de algumas atividades terem sido reservadas como competências públicas pelas Constituição. Em sendo uma competência pública, entende-se que o Estado pode ser chamado a prestá-las, valendo-se de diferentes alternativas para maximizar o bem-estar social e satisfazer os direitos fundamentais albergados pela realização de tal competência. Pode tratá-la como um serviço público – hipótese na qual ficará sujeito às condições previstas no art. 175 da Constituição –, pode submetê-la a uma regulação típica de monopólios "naturais" sem necessariamente tratá-la como serviço público (como ocorre com o transporte dutoviário de gás natural desde a Lei n. 11.909/2009) ou pode entender que as abrir total ou parcialmente à competição é a melhor forma de satisfação do interesse público no caso e que trará mais benefícios à coletividade.[462] Em qualquer das alternativas, o que não muda é o fato de que o ente da Federação competente segue sendo o titular da competência, independente do formato adotado para sua exploração direta ou por terceiros. Se o modelo adotado for inadequado ao exercício da competência de forma compatível ao atingimento das finalidades públicas buscadas, independente se a atividade está sendo prestada diretamente pelo Estado ou se tiver sido delegada a um privado, o titular da atividade pode ser chamado a exercer sua posição de garante da competência.

Essa oposição estanque entre regime público e regime privado tem por pano de fundo a mesma chave de leitura já superada e ultrapassada de que há na Constituição três formas de

---

[461] "Sempre foi grande o esforço doutrinário para desvendar a dicotomia. Todavia, impende que seja repensada a divisão do Direito em dois grandes ramos (público e privado), eis que, em verdade, corresponde a uma criação da ciência jurídica para propiciar o melhor estudo do objeto. Torna-se necessário, assim, avançar na superação da rígida distinção que, por vezes, coloca os campos em oposição. [...] Reduziram-se as distâncias entre esses dois domínios do Direito que a ciência jurídica houve por bem distinguir por questões didáticas. Nesse sentido, tem-se que, em face da ausência de critérios absolutos, e considerando a unidade sistêmica da ciência jurídica, não é possível sustentar-se a existência de uma linha divisória rígida entre Direito Público e Direito Privado. O que se tem, na verdade, é uma distinção meramente metodológica, para permitir o estudo dos dois domínios, e que, antes de se situarem em campos estanques e incomunicáveis, se complementam e se interpenetram, conforme ver-se-á adiante." (FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no Direto Administrativo**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba, 2005. p. 11-12. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2618/R%20-%20D%20-%20ANA%20CLAUIDIA%20FINGER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 maio 2022).

[462] "A alteração do regime jurídico de uma dada atividade ou de determinado segmento da indústria de um serviço público é escolha que cabe unicamente ao titular do serviço. Como muito bem menciona Alexandre Santos de Aragão, a alteração do regime de uma determinada atividade do regime de serviço público para o regime de direito privado é escolha pautada pela crença de que o interesse público será melhor tutelado por meio da liberalização da atividade ao mercado do que pelas peias do serviço público. Destarte, parece-nos evidente que apenas o titular de um dado serviço é que poderá aferir se a melhor forma de se atender ao interesse público inerente ao serviço será o regime de serviço público ou a liberalização." (SCHIRATO, Vitor R. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 200, out./dez. 2010).

exploração de atividade econômica em sentido amplo: os serviços públicos (que seriam atividades econômicas em sentido amplo, mas se diferenciariam das atividades econômicas em sentido estrito por não terem vocação a lucro), as atividades econômicas em sentido estrito (submetidas ao regime de livre iniciativa e afetas à economia de mercado) e as atividades econômicas em sentido estrito submetidas ao regime de monopólio (atividades potencialmente lucrativas, mas que o Estado reservou para si por razões estratégicas e de especial lucratividade). Como já discorrido ao longo deste trabalho, essa segmentação não tem respaldo na realidade[463,464] e o transporte dutoviário de gás natural é um dos exemplos que confirma a fragilidade dessa narrativa.

---

463 "Situando-se a distinção no pano de fundo da consagrada dicotomia serviço público x atividade econômica em sentido estrito, diz-se também que as atividades compreendidas em um monopólio, por ser uma espécie de atividade econômica em sentido estrito excepcionalmente subtraída da arena da livre iniciativa, devem ser realizadas sob regime de direito privado, enquanto que o serviço público (gênero que indica a área 'própria' do Estado) desenvolve-se sob o regime de direito público. [...] Daí porque também parece ser injustificável, do ponto de vista constitucional, entender que as atividades monopolizadas devem se desenvolver sob o (exclusivo domínio do) regime de direito privado. Diante de uma decisão constitucional de – excepcionando a regra geral que a própria Constituição positivou – tornar competência pública certa atividade econômica, segue-se que alguns elementos (em que medida?) publicísticos devam ser necessariamente incorporados no regime jurídico de execução da atividade. Até aqui o que possuem de comum. O que os diferencia basilarmente não é uma suposta característica ou qualidade intrínseca da atividade objeto da competência pública (uma suposta "qualidade inata"), ou um específico tipo de interesse supraindividual realizado por cada qual, mas – ao menos até a Emenda Constitucional nº 6/1995 – um traço formal, relativo ao regime de execução da competência pública: a possibilidade ou impossibilidade de ter sua execução delegada a agentes privados. A 'monopolização' (como dizia a Constituição de 1934) e a qualificação de uma atividade como serviço público expressam, em nossas Cartas, duas operações jurídicas apenas parcialmente diferentes no que diz com a ação estatal no universo econômico. A diferença é parcial e é formal: monopólio e serviço público situam-se no mesmo polo da grande dicotomia 'público/privado'. Mas a manifestam de diferentes maneiras e de diversas perspectivas. [...] No primeiro caso, a contraposição específica se refere à (in)admissibilidade da ação empresarial privada em determinado setor econômico (ação estatal exclusiva x possibilidade de iniciativa privada); no caso do (mero) serviço público, extremam-se tarefa estatal e tarefa privada, sem que se tenha excluído necessariamente a ação privada (competência pública x livre iniciativa). Embora com elementos comuns – a *publicatio* é o mais saliente e decisivo, e é o que faz a ambos orbitarem no polo 'público' da grande distinção 'público/privado' – monopólio e serviço público se confrontam, respectivamente, com iniciativa privada e livre-iniciativa. Tal circunstância é que faz com que se possa cogitar de sobreposições de que falava nossa doutrina mais antiga, como a do 'serviço público monopolizado' ou a do 'monopólio realizado em regime de serviço público'." (LOUREIRO, Gustavo Kaercher. "Monopólio" e "serviço público" nas constituições brasileiras (1981-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 49-52, jan./abr. 2011).

464 "Por muito tempo a noção de serviços públicos serviu para estabelecer uma fronteira, uma marca divisória entre o que seria o campo estatal no domínio econômico (o plexo de serviços públicos, área interditada à livre-iniciativa e só acessível aos particulares portadores de um título habilitante outorgado pelo Poder Público) e o campo privado (o restante das atividades econômicas, não objeto de *publicatio* e, portanto, abertas à livre-iniciativa). Transformações mais recentes no âmbito econômico e jurídico desafiam esta linha divisória. Não põem em xeque a possibilidade de a ordem jurídica reservar a algumas atividades o *status* de serviço público. Tal prerrogativa, ao contrário, cresce na exata medida em que aumenta o rol de direitos fundamentais e cresce aquela demanda da sociedade pelo atendimento do plexo de suas necessidades para uma existência digna. Essas transformações, todavia, colocam em questão a clássica apartação entre atividades prevalentemente públicas e privadas, a divisão entre atividades econômicas em sentido amplo e estrito. Mais ainda, levam-nos à obrigação de refletir o quanto a assunção de uma atividade como serviço público acarreta um privilégio de sua exploração ao Poder Público e seus delegatários ou, ao contrário, se tal *publicatio* não importaria mais um dever, uma obrigação de assegurar a existência contínua e a oferta universal desta utilidade, não predicando, automaticamente, sua prestação em regime de exclusividade,

Ademais, como também já visto na Seção 4, as liberdades típicas do "regime privado" tampouco têm conteúdo absoluto e são passíveis de limitação,[465] com inúmeros exemplos no ordenamento jurídico de intervenções das competências normativa e regulatória públicas sobre a autonomia privada reputadas válidas, desde que observados os limites constitucionalmente impostos da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Em resumo, portanto, mais importante do que cogitar sobre o "regime público" ou "regime privado", como uma resposta doutrinária espiritual para todas as dúvidas que possam surgir do desenrolar em concreto da exploração da atividade, é atentar-se (i) à titularidade constitucional da atividade, que sinaliza a resposta sobre a amplitude de competência legislativa infraconstitucional para conformação da atividade; e (ii) ao que diz a legislação sobre a forma de exploração das atividades sujeitas à reserva constitucional, pois aqui estará delimitada a margem de liberdade que fora outorgada pelo titular da atividade a seu delegatário/contratado privado[466],[467].

---

unicidade de regime ou privilégio." (MARQUES NETO, Floriano de A. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. **Fórum Administrativo**, v. 154, p. 1, 2013).

[465] "Mesmo em países de economia capitalista, reconhece-se a necessidade de intervenção ativa do Estado em setores específicos e determinados. Assumiu-se incumbir ao Estado a promoção dos direitos fundamentais e a tutela à dignidade humana. Houve, acima de tudo, uma alteração radical no plano do direito. Afirmou-se, de modo intransigente, a dignidade e a intangibilidade da pessoa. As concepções extremistas (sejam as que privilegiavam o indivíduo, sejam as que o subjugavam ao grupo) perderam espaço. Houve a relativização de direitos até então absolutos, de titularidade do indivíduo, da sociedade civil ou da estrutura estatal." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 128).

[466] Neste ponto, também especialmente pertinente a reflexão feita por Sundfeld sobre categorizações feitas pela doutrina que encontram pouco ou nenhum respaldo no direito positivo, mas que seguem sendo reiteradas por tradição. Apesar de afirmação ter sido feita em relação à "natureza jurídica" da autorização – que será explorada mais adiante nesta Seção –, é igualmente aplicável à questão aqui posta: "Alguns livros nacionais de Direito Administrativo insistem em definir a autorização como necessariamente precária, sujeita à revogação discricionária. E quanto à autorização no setor de petróleo, terá sido atingida por essa marca? É inevitável, quanto ao problema, registrar que a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro fascinou-se com seus próprios equívocos. É que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacético em torno dessa expressão. Mesmo o Direito Positivo legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, especialmente no âmbito municipal. Mas também há autorização com o significado de ato de outorga estável. Em suma, a autorização terá ou não a nota da precariedade segundo o que houver disposto a lei. Doutrina não é lei, como se sabe." (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 394).

[467] "Em verdade, a análise da legislação setorial é o passo mais importante para a definição do regime jurídico e dos contornos das autorizações regulatórias no ordenamento jurídico brasileiro: é o legislador ordinário que, regulamentando o contido no art. 21, XI e XII da Constituição, opta pela maneira que entende mais pertinente para organizar as atividades ali descritas – se serão prestadas diretamente pelo Estado, ou se haverá outorga mediante concessão e permissão, ou se admitirá a autorização (e como o fará)." (MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência**. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 165).

Feitas tais considerações, passa-se a analisar, na seção seguinte, o significado da expressão **contratar** prevista no art. 177, §1º.

5.3.1 A contratação de empresas estatais ou privadas para exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural

Quando da edição da Emenda Constitucional n. 9/1995, e mesmo mais recentemente, em função de alterações normativas infraconstitucionais que reacendem o debate, foi discutido o que significaria a previsão **contratar** disposta na nova redação do § 1º do art. 177 da Constituição. O dispositivo prevê que, com exceção das atividades relativas à indústria nuclear, a União poderá "contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades", devendo observar as condições estabelecidas em lei. As condições foram então estabelecidas pela Lei n. 9.478/1997 (aplicável a todas as atividades da indústria do petróleo, gás natural e derivados), pela Lei n. 11.909/2009 e pela Lei n. 14.134/2021 (aplicáveis às atividades da indústria do gás natural).

Em primeiro lugar, travou-se uma discussão sobre a própria legitimidade constitucional do novo dispositivo.[468,469] O debate centrou-se na constitucionalidade de atribuição da propriedade ao privado do petróleo, derivados e gás natural obtidos como produto da lavra, se tal previsão estaria em colisão com o 'conceito' de monopólio. Por fim, a Corte entendeu pela constitucionalidade do modelo adotado pela Lei n. 9.478/1997 ao regulamentar a redação do art. 177, § 1º, inserida pela Emenda Constitucional n. 9/1995.

Superado o debate sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo, remanesce ainda a discussão sobre o que significa **contratar** e sob quais formas a União poderia fazê-lo. O debate se origina principalmente pela previsão constante desde a primeira regulamentação infraconstitucional empreendida, a Lei n. 9.478/1997, de autorização como título habilitante prévio como instrumento de tal **contratação**.

---

[468] Voto do Ministro Sepúlveda Pertence:
"Por isso, convenci-me, afinal, de que, muito mais objeto real das críticas subjacentes aos dois votos que dão pelas inconstitucionalidades é a Emenda Constitucional 09/95, não, a Lei 9.478, que nos limites que lhe impôs o texto constitucional alterado, pareceu-me razoável, tanto quanto possível." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI n. 3.366-2/DF**. Relator: Min. Carlos Britto. Rl. p/ ac. Min. Eros Grau, j. 16.03.2005. p. 412. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2447016/mod_resource/content/1/STF%20ADI%203366_2.pdf. Acesso em: 7 maio. 2022).

[469] Voto do Ministro Eros Grau:
"Vê-se bem, destarte, que quem investe contra o disposto no artigo da Constituição do Brasil é, na verdade, a ADI; não a lei por ela contestada." (Idem, p. 371).

Parte da doutrina enxerga como decorrente do art. 177, § 1º, da Constituição a necessidade de celebração de contrato de concessão. Isso ocorreria porque haveria uma imposição de natureza contratual à transferência das atividades, o que só se observaria, defende-se, na concessão. Assim, para alguns, a Lei n. 11.909/2009, ao estabelecer a celebração de contrato de concessão para a exploração da atividade de transporte de gás natural, haveria corrigido impropriedade técnica do ordenamento jurídico que anteriormente permitia a outorga de autorização.[470]

De outro lado, parte da doutrina entende como compatível os dois instrumentos jurídicos – autorização ou concessão – para exercício da atividade de transporte de gás natural. O sentido da palavra contrato nesse dispositivo seria indicar bilateralidade, assunção de obrigações mútuas por parte do Poder público e do agente que vai explorar a atividade, o que não implicaria na necessária celebração de contrato de concessão para o exercício das atividades ali dispostas.[471]

Reputa-se mais acertado – e consolidado pela prática setorial – o entendimento pela compatibilidade pelos dois regimes jurídicos de outorga. Do contrário, estaria se afirmando que o regime de autorização, previsto para tantas outras atividades previstas no art. 177, I a IV, da Constituição, seria inconstitucional. Com isso, não se está propondo que a Constituição seja interpretada a partir da lei, mas tão somente que não se promulgue uma inconstitucionalidade doutrinária baseada em categorias jurídicas teóricas que a Constituição não define.

---

[470] Nesse sentido: "Em verdade, as disposições da Lei nº 11.909/09 vieram a corrigir falha técnica anteriormente existente no ordenamento jurídico com a conferência do regime contratual à exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural. Tal como já mencionado anteriormente e em consonância com o que expusemos em estudo anterior, as autorizações anteriormente existentes para transferir a particulares o direito de construir e explorar a atividade de transporte de gás natural eram autorizações impróprias, na medida em que a Constituição Federal determina que haja natureza **contratual** no vínculo de transferência das atividades encampadas no monopólio do artigo 177 a particulares (§ 1º do mesmo artigo). Destarte, ao determinar que a atividade de transporte de gás natural somente poderá ser exercida por meio de contratos de concessão, veio a lei a adequar o regime de transferência da atividade ao disposto na Constituição Federal." (SCHIRATO, Victor R. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 185-232, out./dez. 2010).

[471] Nesse sentido: "Considerando certa tradição retórica da doutrina, que define a **autorização** como ato administrativo unilateral, não é impossível que se proponha um debate sobre a constitucionalidade da solução legislativa. É que o § 1 º do art. 177 da Constituição fala em **contratação** ao referir a relação jurídica a ser estabelecida entre a União e as empresas privadas admitidas no campo do monopólio. Seria constitucionalmente viável a autorização servir como instrumento de uma contratação? Penso que a opção legislativa é compatível com a Constituição. Ao falar em contrato o art. 177, § 1º, parece estar supondo a assunção, tanto pela União como pela empresa privada, de compromissos mútuos. Daí o recurso à figura do contrato. A autorização é um ato negocial, com sua carga de bilateralidade. As características envolvidas são as mesmas do contrato, ao menos no que constitucionalmente importa." (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 385-396).

Essa compreensão se confirma em análise ao disposto na Exposição de Motivos n. 39/95, que indicou ser intenção da PEC n. 9/95 – que inseriu o § 1º ao art. 177 – conceder mais poder ao legislador infraconstitucional ao lhe atribuir a competência de definir as condições e relações contratuais concernentes:

> 2. A Emenda vem a flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa contratar com empresas privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, refino do petróleo, importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meios de dutos. Assevere-se que a **lei ordinária deverá regular as condições e relações contratuais concernentes. Nesta medida, a flexibilização a ser implementada em nível infraconstitucional, implica a ampliação da competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política governamental voltada para o setor do petróleo**.[472]

Independentemente do *nomen juris* do título utilizado para contratar o privado encarregado da exploração da atividade, entende-se haver alguns elementos a serem levados em consideração para interpretação de seu conteúdo, das obrigações e das garantias que eles encerram.

O primeiro deles é a bilateralidade fixada pela abertura à entrada dos privados por meio de **contratação**. Além de ser a literalidade do texto constitucional, compreende-se ser consequência inafastável do fato de tal **contratação** ser meio de translação de um dever-poder detido pela União como resultado de uma competência. Tais atos terão sempre natureza constitutiva de um direito para o privado: o de explorar, sob determinadas condições, uma atividade estatal.[473] Em termos concretos e como já sustentado, defende-se que não pode haver uma *depublicatio* infraconstitucional da atividade, a atividade continua sendo uma competência pública, sendo irrelevante para esse aspecto se o instrumento de

---

[472] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos n. 39, de 16 de fevereiro de 1995**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995c. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-9-9-novembro-1995-354957-exposicaodemotivos-148870-pl.html. Acesso em: 2 maio 2021.

[473] "A bem da verdade, a natureza declaratória ou constitutiva das autorizações administrativas acaba ligando-se umbilicalmente à função por elas desempenhada. Assim, as autorizações que funcionam como técnicas de polícia, simplesmente removendo óbices ao exercício de um direito pré-existente do privado, naturalmente conformam um ato de cunho declaratório. É exatamente por essa razão que os autores partidários do entendimento de que as autorizações do art. 21 da CF/88 reportam-se a uma atividade econômica em sentido estrito, privada, fatalmente reconduzirão tais autorizações ao campo da polícia e, assim, atribuir-lhes-ão cunho declaratório. Esta não é, contudo, a posição aqui defendida, conforme demonstrado. Sustentou-se que, ao contrário das autorizações tradicionais, as quais refletiam o exercício do poder de polícia e simplesmente removiam óbices ao exercício de atividades econômicas privadas – são, portanto, declaratórias –, as autorizações regulatórias, ao importarem a inserção do particular autorizado num setor que é titularizado pela União, possuem fatalmente efeito constitutivo, criando na esfera jurídica do particular direitos novos, para ele antes inexistentes, e que somente persistem enquanto perdurarem os efeitos da autorização." (MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência.** As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 230).

contratação/delegação adotado fora uma concessão, uma concessão de serviço público ou uma autorização, por exemplo. A União sempre figurará perante a coletividade em uma posição de garante daquela relação. Observe-se que tal posição de garante diz pouco em abstrato sobre a extensão da garantia, pois tal delimitação depende, (i) como já defendido ao longo do trabalho, da essencialidade da prestação à satisfação dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados e (ii) da análise de legislação infraconstitucional que conformou em particular o exercício daquela atividade.

O segundo aspecto a ser levado em consideração, como já discorrido à exaustão na Seção 4, diz respeito à margem constitucional de regulação econômica da atividade dada ao legislador em relação às atividades do art. 177, em contraponto à margem outorgada para conformação das atividades da indústria que não são objeto de uma reserva constitucional. Ainda que duas atividades na indústria sejam exploradas sob o título de autorização, não significa dizer que ambas estão sujeitas ao mesmo 'regime' de exploração. Tal análise depende de seu enquadramento constitucional, e não do título jurídico que habilita o privado ao exercício da atividade. O *nomen juris* do título adotado gera, no máximo, uma expectativa semântica em relação ao modelo adotado e uma diretriz hermenêutica para lacunas (cf. abaixo), mas não denota a extensão da competência constitucional existente, ou não, sobre a atividade. Se a atividade econômica em questão for de livre iniciativa, a margem de intromissão regulatória é substancialmente menor; se for uma atividade reservada, é possível uma maior intromissão regulatória mesmo sob o regime de autorização. Ou seja, não é o nome do título jurídico de delegação que determina a moldura constitucional de intervenção em determinada atividade econômica, mas a qualificação constitucional adotada concretamente para ela. Em relação à indústria do gás, é o caso, por exemplo, da diferença entre as autorizações para exercício da atividade de processamento e de transporte dutoviário de gás (em sentido estrito). No caso do processamento, a menos que tenha sido outorgado como uma instalação subordinada a outra (ver Seção 2), trata-se de uma atividade de livre iniciativa e tal classificação constitucional deve ser levada em consideração para regulação da atividade. Reitera-se, aqui, o já postulado no sentido de que (i) a competência regulatória geral atribuída pelo art. 174 da Constituição não altera o fato de haver uma taxonomia constitucional para as diferentes atividades econômicas; e, (ii) a título de regular uma atividade econômica não reservada, o Estado não pode, por vias transversas, publicizá-la.

Em terceiro lugar, contudo interprete-se que a escolha da autorização como título de delegação/contratação de uma atividade não leve a sua *depublicatio*,[474] defende-se que, na ausência de disposições legais expressas em contrário, o título escolhido deve representar uma diretriz interpretativa para o preenchimento de lacunas legais. Significa dizer que, caso não haja expressa previsão de determinado aspecto da conformação de uma atividade reservada autorizada e eventual dúvida surja em concreto, o fato de o legislador ter escolhido a autorização como título habilitante deve ser levado em conta, de modo a privilegiar interpretações no sentido mais usual (não jurídico) do termo, a exemplo de uma maior liberdade para o privado e da possibilidade de exercício da atividade em concorrência. Deve-se ressalvar, contudo, que esse elemento de interpretação deverá ser sopesado com as demais normas jurídicas que regem a questão, pois, apesar de não haver previsão expressa em determinado sentido, é possível que o sistema criado pelas normas denote interpretação diversa daquela sugerida pela escolha do título.

Por fim, um quarto aspecto a ser levado em consideração diz respeito ao fato de que a escolha da concessão como título habilitante não intui ou denota qualquer elemento implícito que a associe à concessão de serviço público. Reitera-se, aqui, o já observado em relação ao art. 25, § 2º, da Constituição, que se refere expressamente à concessão como instrumento de outorga dos serviços locais de gás canalizado. Concessão não significa concessão de serviço público. Esse ponto já deveria ser pacífico. Portanto, a mera utilização do título concessão não remete à adoção do modelo de regulação previsto no art. 175 da Constituição e com ele não se confunde. Caso a atividade passe a ser prestada sob o regime de serviço público, aí sim o legislador infraconstitucional estará adstrito às determinações previstas no art. 175. Do contrário, em relação às atividades reservadas, tem liberdade para determinar as feições concretas que a concessão assumirá naquele caso em particular.

---

[474] Nesse sentido, contestam-se interpretações da doutrina que interpretam a Constituição a partir de conceitos doutrinários que não têm previsão legal e que, em alguns casos, julgam inconstitucional as alterações legislativas que não acompanham a compreensão doutrinária de determinados conceitos jurídicos: "Ademais, na Lei n.º 9.427/97, a autorização é tratada como ato vinculado e, em consequência, sem precariedade, já que esta é incompatível com aquele tipo de ato. Pelo artigo 131, § 1º, "autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias." Esse dispositivo foi alvo de censura de vários administrativistas. Assim, Maria Sylvia Zanella di Pietro, que assevera não haver qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato, porque quando quis fazê-lo, o fez expressamente (como no caso da permissão, em que lhe imprimiu a natureza contratual). Na realidade, o vocábulo 'autorização', na Lei n. 9.427/97, foi indevidamente utilizado, no lugar de licença. E isso ocorreu porque o legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade ao tratamento imprimido à matéria de telecomunicações." (GROTTI, Dinorá Musetti. Regime jurídico das telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [*S.l.*], v. 224, p. 189, 2001).

Em síntese, portanto, deve ser analisado sempre o que dispõe a legislação em concreto. Para a atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido estrito) tal exercício será feito na Subseção 5.3.4.3.

5.3.1.1 Os limites da discricionariedade da União: em havendo interessados em explorar a atividade, a União pode negar o título habilitante?

Outro aspecto importante e habitualmente interpretado como relacionado ao título habilitante escolhido diz respeito ao espaço de discricionariedade do Poder Público para delegar ou não o exercício da atividade a um privado interessado, se este seria um ato vinculado ou que permitiria um juízo de conveniência e oportunidade. Adaptando-se o questionamento para o objeto deste trabalho, considerando o disposto na Constituição e na Lei n. 14.134/2021, a União tem discricionariedade para negar autorizações para exercício da atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido estrito) ou não? Sempre que houver interessados, desde que cumpram os requisitos legais estipulados, a União, por meio da ANP, está obrigada a emitir a autorização?

Aqui, vale resgatar a premissa antes fixada de que se entende que a escolha da concessão ou da autorização não significa que o Estado tenha assumido ou renunciado à competência constitucional em um caso ou em outro. O nível de discricionariedade tolerado não está associado a ser uma concessão ou uma autorização, mas sim à conformação constitucional da atividade e à delimitação feita pelo legislador infraconstitucional desse espaço de discricionariedade.

O fato de, portanto, pela Lei n. 14.134/2021, o transporte ser uma atividade autorizada não significa *ipso facto* que tal autorização seja outorgada com fundamento no art. 170, parágrafo único. Por tudo já discorrido anteriormente, entende-se que (i) a União permanece em sua posição de titular da competência, ainda que a tenha delegado sob a forma de uma autorização e (ii) tal autorização é um instrumento de delegação/contratação do Estado e, *a priori*, não um ato de mero controle de acesso a uma atividade privada.

Esses elementos diferenciam a autorização do art. 170, parágrafo único, e a autorização utilizada como instrumento de delegação/contratação de atividades públicas (as "autorizações regulatórias")[475] em um âmbito pré-legislativo, no sentido de que o legislador

[475] Adota-se aqui a terminologia no sentido empregado por MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência**. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

tem menor permissão constitucional para fixar elementos de conveniência e oportunidade em relação às autorizações do art. 170, parágrafo único, e maior margem em relação às atividades reservadas. Em uma hipótese concreta, entende-se que seria questionável a constitucionalidade de uma norma que condicionasse a autorização para explorar a atividade de comercialização atacadista de gás natural[476] a elementos discricionários da política pública (por exemplo, limitando o número de *players* por entender que não é do interesse da União incentivar mais concorrência naquele segmento de mercado ou que a entrada é incompatível com objetivos abstratos de política energética). Em contrapartida, para autorização da atividade de transporte dutoviário de gás natural,[477] possível que o legislador delimite espaços de avaliação de conveniência e oportunidade para outorga da autorização, a exemplo do previsto no art. 60 da Lei n. 9.478/1997 para as atividades de exportação e importação – que condiciona o exercício da atividade à observância das diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética.

Diz-se que a diferenciação entre os dois tipos de autorização é feita no âmbito pré-legislativo porque, mesmo para as atividades reservadas, defende-se que a discricionaridade deve entendida não como um espaço de anomia, mas como um espaço de cogitação delimitado e procedimentalizado pela lei. A amplitude desse espaço é o que pode ser maior nas autorizações regulatórias se comparadas às autorizações do art. 170, parágrafo único. Ou seja, para as atividades reservadas – dentre as quais se inclui o transporte dutoviário de gás natural – o alcance da discricionariedade dependerá do que fora previsto em lei nesse sentido. Se, mesmo para as atividades reservadas, as condições previstas em lei para habilitação do privado ao exercício da atividade forem objetivas, o ente competente para emissão da outorga estará vinculado a esses elementos, não podendo suplantá-los por avaliações ulteriores de conveniência e oportunidade não previstas em lei. Desse modo, se os requisitos previstos em lei são idênticos, fragiliza-se a utilidade da diferenciação entre ato vinculado e ato discricionário, pois, dado o nível de objetificação do exercício de conveniência e oportunidade, o ato com potencial nível de discricionariedade converte-se em um ato vinculado.

Com isso, não se afasta a possibilidade do exercício de discricionariedade técnica regulamentar, desde que exercida (i) por ente competente, de acordo com competência legalmente imputada, (ii) com observância do devido processo legal e (iii) de forma compatível com o juízo de proporcionalidade mandatório.

---

476 Atividade de livre iniciativa.
477 Atividade reservada.

Por fim e, para que não fique subentendido um dos principais aspectos usualmente associados às autorizações e, principalmente, a seu suposto caráter essencialmente discricionário, deve-se afastar a concepção de precariedade da autorização. Ainda que se admita a constitucionalidade da conformação legislativa de um espaço de discricionariedade para o legislador, tal não significa dizer que a mera existência de tal elemento de discricionariedade resultará automaticamente em um ato precário, revogável a qualquer tempo a critério da Administração. Tendo em vista a larga escala dos investimentos envolvidos e o tempo necessário para recuperá-los, a precariedade – no sentido de sua livre revogação sem consequências patrimoniais para a União – é incompatível com o objeto das autorizações regulatórias, não apenas nos casos de autorização por prazo determinado ou de autorizações cujas hipóteses de extinção estejam expressamente qualificadas na legislação[478,479,480].

---

478 "Tradicionalmente, as autorizações administrativas são qualificadas como atos administrativos discricionários e precários. Entendemos que dada a vagueza da lei em relação às autorizações petrolíferas o seu caráter discricionário é inegável, caráter este que não pressupõe necessariamente a precariedade, que é excluída, por exemplo, em todas as autorizações por prazo determinado. Nestas autorizações a doutrina, sem negar a discricionariedade na emissão, a recusa na revogação antes do fim do prazo.
Alguns autores extraem do sistema da lei a estabilidade das autorizações petrolíferas. A isto acresceríamos o fato de que, em razão da própria natureza das atividades envolvidas, que demandam altos investimentos, a precariedade, deve ser de todo excepcional.
Observe-se que a ANP, como não poderia deixar de ser, ao exercer a discricionariedade conferida pela Lei do Petróleo vem configurando as autorizações por ela emitidas como estáveis, vez que ficam sujeitas apenas a algumas hipóteses taxativas e não discricionárias de revogação. [...]
Entendemos que, mesmo no silêncio da legislação aplicável à atividade petrolífera autorizada, a autorização só ficará sujeita à 'revogação' (o termo mais apropriado seria cassação pela ausência de discricionariedade e caráter predominantemente punitivo) se o autorizatário não possuir mais as condições objetivas para o exercício da atividade ou se descumprir as normas da ANP, assegurado o contraditório e a ampla defesa.
A nosso ver as autorizações petrolíferas só poderão ser realmente precárias se a atividade por sua própria natureza puder ser encerrada sem maiores prejuízos para o agente econômico, hipótese, há de se notar, bastante rara na indústria do petróleo." (ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 171, maio. 2002a).

479 "Alguns livros nacionais de Direito administrativo insistem em definir a autorização como necessariamente precária, sujeita à revogação discricionária. E quanto à autorização no setor do petróleo, terá sido atingida por essa marca?
É inevitável, quanto ao problema, registrar que a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro fascinou-se com seus próprios equívocos. É que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacético em torno dessa expressão. Mesmo o Direito Positivo Legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, essencialmente no Âmbito municipal. Mas também há autorização com o significado de ato de outorga estável." (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 385-396).

480 "Sublinhe-se que, como defendido, pouco importa o fato de a legislação setorial prever a outorga da autorização com prazo (Lei n. 12.815/2013, art. 8º, § 2º) ou sem prazo (Lei n. 9.472/97, art. 138): em qualquer caso, o legislador não recorreu ao entendimento de que sua outorga se dará de modo puramente precário (no sentido de extinguível a qualquer tempo), o que se evidencia quando a legislação prevê expressamente as hipóteses em que pode ser extinta a autorização, não dando margem ampla de

Em síntese, portanto, entende-se que no caso do transporte dutoviário de gás natural é constitucionalmente permitido ao legislador infraconstitucional estipular critérios de conveniência e oportunidade para que seja criado o direito de o privado explorar as atividades constitucionalmente reservadas. Tal espaço de discricionariedade, contudo, será adstrito àquele legalmente delimitado, considerando-se o espaço de criatividade regulamentar delegado por lei ao ente competente. Nas subseções 5.3.4.2.1, 5.3.4.2.2 e 5.3.4.2.3 serão analisadas como tais espaços de discricionariedade foram ou não delimitados para a atividade de transporte dutoviário de gás natural sob os marcos regulatórios da Lei n. 9.478/1997, da Lei n. 11.909/2009 e da Lei n. 14.134/2021.

5.3.2 A necessidade de licitação: é necessário licitar para contratar?

Outro ponto controverso e ainda não superado pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito à necessidade ou não de licitação para que a União contrate a prestação de atividades com fundamento no art. 177, § 1º.

A menos que o legislador escolha conformar a prestação da atividade como serviço público, entende-se que não incide a obrigação genérica e irrestrita de licitar imposta pelo art. 175 da Constituição.

Contudo não haja a obrigação expressa de licitar para as demais modalidades de prestação da atividade, deve-se ponderar que a necessidade eventual de um procedimento competitivo para seleção do prestador da atividade pode ser derivada de outros princípios constitucionais que não necessariamente o art. 175 da Constituição. Isso porque a Constituição assegura a todos os privados (empresas e pessoas físicas) tratamento isonômico em face do poder público. Além disso, demanda transparência nas ações e negócios jurídicos realizados pelo poder público e exige que suas escolhas e decisões realizem, da melhor forma possível, o interesse público específico de que se trata em cada circunstância.

Entende-se que a necessidade de realização de um procedimento competitivo de atribuição do título habilitante pode ser justificável sempre que esse título confira ao privado uma exploração excludente de um bem ou de uma atividade pública. A associação a um uso excludente, com traços de exclusividade, é usualmente feita à concessão, ainda que não seja

---

discricionariedade (e, por conseguinte, de precariedade) ao Administrador. Sob outro aspecto, parece igualmente certo que a legislação que prevê as autorizações sem prazo não lhes pretendeu conferir, simplesmente por isso, caráter precário (no sentido de extinguível sem indenização), já que isso (i) não está expressamente posto na lei; (ii) tornaria o instrumento absolutamente incompatível com o aspecto econômico da atividade autorizada." (MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência:** as autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 269).

de serviço público. A autorização, por sua vez, é habitualmente associada a um título habilitante que franqueia ao privado acesso a uma atividade que pode ser explorada por uma multiplicidade de agentes. A bem da verdade, contudo, esta correlação tampouco é necessária ou derivada de um conceito jurídico constitucionalmente estabelecido, mas de uma conexão semântica feita em função do uso preponderante desses instrumentos. Também nesse caso, portanto, a necessidade ou não de realização de um procedimento competitivo para atribuição da outorga dependerá da configuração legislativa adotada em concreto para a autorização ou concessão no setor.[481]

Nesse caso, ainda que a obrigação de realização de um procedimento competitivo derive de outros preceitos constitucionais, entende-se não ser necessário realizar licitação nos termos da Lei n. 8.666/1993.[482] Como se trata de lei ordinária, outra lei pode prever regras próprias de alocação, compatíveis com a isonomia e com a impessoalidade que devem pautar a atuação administrativa e com a seleção do agente mais bem qualificado ao desempenho da atividade.

Assim, quanto mais a atividade se apresentar com traços de exclusividade, dotada de privilégios e ou garantias econômicas, ou envolver compromissos relevantes do poder público perante o privado titulado, tanto mais é de se esperar que seja instaurado um procedimento que, garantindo a isonomia e a transparência, seja apto a selecionar a melhor proposta para a realização da tarefa, a bem do interesse público específico de que se trata.

---

[481] "Conforme se depreende, os autores não apresentam um ponto de vista uniforme quanto à natureza da autorização. Da mesma forma a legislação varia na acepção do termo, atribuindo por vezes natureza de ato vinculado, por vezes discricionário, o que acredita-se não configurar equívoco ou inconstitucionalidade, mas apenas reflexo da faculdade legislativa aplicada ao caso concreto. O que se defende, somente, é que nas hipóteses em que a administração atribuir ao instrumento a natureza de ato discricionário, seja estabelecido procedimento respeitante ao princípio isonômico. Adepto deste raciocínio, Ari Sundfeld propõe que nos casos em que a administração não atribui natureza vinculada ao ato de outorga, seja realizado procedimento administrativo de competição, guiado por princípios semelhantes aos da licitação, passíveis de assegurar a igualdade de condições entre os particulares. Ressalva, contudo, que o certame licitatório não constitui princípio imanente a autorização, não sendo obrigatório em todos os casos, mas apenas naqueles em que vier constante das leis respectivas de cada setor, à vista das particularidades de cada atividade. É preciso que se saliente também que ausência de licitação, bem como da aplicação do regime de direito público, não configura ausência de regulação destes serviços. Pelo contrário, o ato de outorga desta autorização consubstancia nova condição ao particular, que deverá obrigatoriamente atender à normatividade específica do setor, já que, conquanto não se trate de serviço público nem de atividade econômica, estrito senso, a autorização ensejará um regime jurídico diferenciado." (SOUZA, Larissa Oliveira Prado. Autorizações constitutivas no Direito Administrativo Contemporâneo. 2010. 49 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 27-28).

[482] BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

5.3.3 A possibilidade de alteração unilateral de regras pela União: é possível? Quais as consequências? Há garantia ao equilíbrio econômico-financeiro?

A garantia ao equilíbrio econômico-financeiro é, sem dúvida, um dos temas jurídicos mais controvertidos doutrinária e jurisprudencialmente, seja em sua aplicação, seja em sua extensão. A doutrina tradicional a qualifica como um direito daquele que contrata com a administração pública de manter as condições pactuadas quando da celebração da proposta, extraída do art. 37, inciso XXI, da CF/88.[483] Em outros termos, significa que nas relações contratuais com o Estado é possível a alteração unilateral das regras econômicas pelo Poder Público sem que tal signifique, necessariamente, uma quebra de contrato. Desde que tal alteração não estivesse já contemplada nos riscos assumidos pelo privado originalmente (sua álea ordinária), essa alteração unilateral enseja para o privado o direito de ter indenizados os impactos advindos da mudança, aferidos em comparação com a referência original do contrato. As três grandes questões passam a ser: (i) quais riscos já estavam previstos para o privado na referência original do contrato? (ii) qual é a extensão da indenização devida pela alteração unilateral? (iii) qual será o modo de indenização e quem tem a prerrogativa de elegê-lo?

Uma premissa fundante dessa teoria é de que tais alterações unilaterais só seriam possíveis nos contratos públicos, tendo em vista que nos privados uma parte isoladamente não teria a prerrogativa de alterar os termos do contrato. Contudo, em um contexto no qual os contratos privados sofrem cada vez mais o influxo de regulações públicas, tal diferenciação

[483] Nesse sentido, destaca-se: "O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público. [...] Há, entre os direitos e obrigações das partes, um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa." (TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, [*S.l.*], v. 63, p. 3, 1961. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455. Acesso em: 7 jun. 2022). "Basicamente, no direito administrativo, a autoridade pode modificar as obrigações do outro contratante, mas não lhe é lícito modificar a relação, ou seja, o equilíbrio financeiro, de tal modo que a qualquer novo encargo, que atribua ao contratante particular, deve o Estado fazer corresponder uma compensação adequada." (WALD, Arnold. Do direito adquirido à equação financeira nos contratos administrativos. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012). "De par com elas, o cabal resguardo dos interesses econômicos do contratado – delineados em função do que se ajustou por ocasião da avença – substancia-se no dever indeclinável da Administração manter-se plenamente respeitosa ao que se convencionou chamar de equação econômico-financeira ou equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que é imutável pelo Poder Público. Este, como o nome está a indicar, é uma relação de igualdade pela qual a encargos de um corresponde, como contrapartida, a retribuição ajustada, cujo valor não pode se corroído e cujo equilíbrio não pode ser comprometido unilateralmente." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

passa a ser menos estruturante. Apesar de nos contratos entre os privados não ser uma das partes que tem o poder de promover alterações sobre o contrato, fato é que tal relação contratual pode estar sujeita a normas públicas cogentes mutáveis ao longo do tempo.[484] Resguardadas as proteções ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade e à segurança jurídica, dificilmente as partes conseguirão afastar em absoluto as mudanças de regras também sobre as relações privadas. Em nossa avaliação, portanto, o que se discute não é tanto a possibilidade de mutabilidade de regras, mas sim as consequências das mutações. Em todos os casos, seja nas relações com o Poder Público, seja nas relações entre privados, competirá às partes definir *ex ante* a alocação de riscos entre os envolvidos.

Analisando-se especificamente o caso do transporte dutoviário de gás natural, entende-se que a extensão da garantia dos autorizados ao exercício da atividade dever ser analisada sob duas dimensões (i) entender-se o que está garantido e (ii) o que não é permitido mudar ou como é permitido mudar.

De um ponto de vista econômico e de estabilidade institucional necessária à atração de investimentos, determinadas questões deveriam ser estipuladas *ex ante* e a outorga deveria dispor expressamente sobre quais serão as consequências em caso de mudança nessas regras. Caso não haja expressamente essas previsões, contudo, entende-se haver três principais camadas de proteção aos direitos do transportador e do carregador: (i) a proteção ao ato jurídico perfeito, (ii) a proteção constitucional ao direito de propriedade e (iii) a segurança jurídica. Se não houver regras expressamente previstas, a verificação de violação ou não ao direito de propriedade, ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica ficará sempre dependente de análises caso a caso, substancialmente expostas às vicissitudes do tempo e do contexto da tomada de decisão, o que certamente afetará a percepção de risco associado à atividade.

Em relação à proteção ao ato jurídico perfeito, entende-se as autorizações outorgadas para exercício da atividade de transporte dutoviário de gás natural não asseguravam ao transportador a imutabilidade de regras, sobretudo aquelas outorgadas sob a Lei n. 9.478/1997 e – tudo mais constante – as que serão outorgadas sob a Lei n. 14.134/2021. Como será adiante detalhado, o objeto de tais outorgas era tão somente fraquear ao privado o direito de construir e operar determinadas instalações, sem um detalhamento maior dos direitos e

[484] "Devemos, todavia, ter em vista que a diferença entre o que é de direito privado e o que é de direito público é cada vez mais relativa, havendo contratos tradicionalmente considerados como de direito público com um sem-número de resguardos dos interesses das partes privadas, e contratos de direito privado sujeitos a forte intervenção estatal." (ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 176, maio. 2002a).

obrigações conexos. Nesses casos, o contrato de serviços de transporte acabou funcionando como a unidade ordinária de estabilização de regras, pois era onde havia um maior detalhamento das premissas econômicas acordadas entre o investidor e o usuário que viabilizou a construção da infraestrutura. Conforme interpretação vigente, o contrato assegura que o conteúdo econômico das regras ali estipuladas seguirá aplicável à parcela da atividade exercida sob aquele guarda-chuva, podendo haver instalações autorizadas na mesma autorização e que estarão submetidas a contratos e a regras diferentes. Caso haja uma alteração da referência contratual, e se ela resultar em um prejuízo econômico material para as partes – individual ou conjuntamente –, tais prejuízos deverão ser indenizados. Esse entendimento foi reconhecido, por exemplo, no art. 31 da Lei n. 11.909/2009,[485] ao prever a preservação dos critérios de reajuste e revisão já definidos até a data de publicação da Lei. Como não havia estipulação de tais critérios no título habilitante, o entendimento da ANP sobre a aplicação de tal dispositivo foi no sentido de que apenas contratos firmados após a vigência da Lei n. 11.909/2009 seriam alcançados pelo novo procedimento de aprovação tarifária prevista na então nova lei.

Tal realidade, de convivência de regras distintas para ativos sob a mesma autorização, vem ocorrendo com as instalações cuja autorização foi dada sob a Lei n. 9.478/1997 e que ou (i) foram sendo parcialmente descontratadas sob a vigência da Lei n. 11.909/2009 ou (ii) foi necessária a aprovação de uma tarifa firme para oferta de capacidade extraordinária ou interruptível (cuja tarifa é uma função da tarifa firme). Para as mesmas instalações, há contratos de serviço de transporte firmados anteriormente, que não foram objeto de aprovação prévia pela ANP, e contratos firmados posteriormente, cuja definição da receita e da tarifa associadas fora feita *ex ante* pela Agência. Vale destacar que, contudo sejam processos apartados, esses 'sistemas de regras' acabam se comunicando, pois as premissas adotadas em um deles podem ser dados de entrada no outro, a exemplo da metodologia de avaliação de base e dos critérios de depreciação aplicados.

Outro elemento jurídico de proteção em relação aos efeitos da mutabilidade de regras é a garantia constitucional à propriedade privada. Defende-se que essa garantia não obsta em absoluto a possibilidade de mudança de regras, especialmente em uma atividade econômica de competência pública exercida pelo privado em caráter de delegação. Por outro lado,

[485] "Art. 31. Ficam preservadas as tarifas de transporte e os critérios de revisão já definidos até a data da publicação desta Lei." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

conforme já defendido, entende-se que mesmo nesses casos o Poder Público não tem a prerrogativa de agir expropriando direitos sem a indenização dos prejuízos causados ao privado que investira na atividade. Ou seja, compreende-se não haver uma vedação constitucional a que a União altere as regras aplicáveis à exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural – como já feito duas vezes após o marco original. No processo de alteração, porém, caso se deseje modificar situações pré-constituídas, deverá considerar que tais modificações poderão ter um custo, que deverá ser previamente indenizado aos agentes impactados. Neste ponto, destaca-se, por exemplo, a previsão do art. 44 da Lei n. 14.134/2021, que prevê a adaptação dos contratos de serviço de transporte para o modelo de entrada e saída com a respectiva preservação da receita auferida pelos transportadores com o respectivo contrato (cf. acima) e a compensação, via tarifa, por eventuais prejuízos às partes causados pelo processo de adaptação. Aqui, sublinha-se ser passível de discussão a legitimidade de que tal indenização seja feita exclusivamente via tarifa, tendo em vista que a Constituição assegura a compensação prévia e em dinheiro em casos de expropriação.

Por fim, como desdobramento da proteção à segurança jurídica, caso haja uma alteração normativa com impactos relevantes sobre situações precedentes – mesmo que não resguardadas pelo ato jurídico perfeito –, é necessário que se preveja um período de transição para aplicação das novas regras. Entende-se que tal diretriz deve ser observada não apenas para mudanças legais, mas também para mudanças infralegais, conforme expressamente consagrado no art. 23 da Lei n. 13.655/2018.[486]

Em síntese, portanto, independente de entender-se aplicável a garantia do equilíbrio econômico-financeiro na forma tradicionalmente tratada pela doutrina administrativista com fundamento no art. 37, XII, da Constituição, há outros parâmetros constitucionais aplicáveis ao exercício da atividade de transporte dutoviário de gás sob delegação da União que, contudo não impossibilitem mudanças normativas (o que também não estaria resguardado caso houvesse o reconhecimento do equilíbrio econômico-financeiro), oferecem alguns balizadores à realização dessas mudanças e a seus efeitos, notadamente a necessidade de preservação dos atos jurídicos perfeitos e de fixação de um período de transição para situações pré-existentes e a proteção ao direito de propriedade (contra regulações expropriatórias).[487] Sob uma

---

[486] BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

[487] Nesse sentido, concorda-se com a constatação de Marques Neto em relação à concessão prevista na Lei n. 11.909/2009, entendendo-se ser tal interpretação extensível também às autorizações regulatórias setoriais para exploração da atividade de transporte de gás natural: "Não obstante o regime protetivo mais brando, a

perspectiva de atração de investimentos e de diminuição da percepção de risco setorial, tanto melhor para o setor quanto mais detalhadas forem, em um momento anterior à decisão de investimentos, as regras aplicáveis e a respectiva matriz de risco, a forma e os efeitos de sua alteração.

5.3.4 O título habilitante e a escolha do desenho de mercado

Como já descrito nas seções anteriores, a reserva constitucional da atividade dá ao legislador um amplo espectro de adotar distintas modelagens de mercado, com maior ou menor intervenção da regulação e diferentes níveis de penetração pela concorrência no mercado.

Para a indústria do gás natural, após a edição da Emenda Constitucional n. 9/1995, tais escolhas foram feitas sobretudo em três marcos setoriais distintos: (i) o primeiro, consubstanciado na Lei n. 9.478/1997, que regulava tanto as atividades da indústria do petróleo e derivados quanto do gás natural; (ii) o segundo, mais customizado à realidade do gás natural, inserido pela Lei n. 11.909/2009; e, (iii) por fim, o terceiro, também adstrito ao gás natural, trazido pela Lei n. 14.134/2021.

Nas subseções seguintes, passa-se a esmiuçar quais foram as escolhas legislativas feitas em cada um desses modelos legais implementados. Tal análise é importante sobretudo porque, conforme já alertado ao longo deste trabalho, muitas das concepções traçadas sobre o "regime de outorga" ou sobre o "regime jurídico" aplicável à indústria estão calcadas em categoriais doutrinárias abstratas que não têm respaldo pelo conteúdo em concreto da legislação aplicável. Repetindo Sundfeld, "[d]outrina não é lei, como se sabe" e, portanto, é importante analisar o que dispôs a lei em concreto em cada um desses marcos.[488]

---

estrutura da concessão apreço não afasta de todo a incidência de mecanismos de preservação do equilíbrio contratual. Inexistindo liberdade de precificação (remuneração praticamente toda tarifária), situações supervenientes e enquadráveis no âmbito da imprevisão podem ensejar postulações de recomposição pelo concessionário, inclusive com vistas à revisão da receita máxima e, consequentemente, das tarifas." (MARQUES NETO, Floriano de A. **Concessões.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 303).

488 SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 394.

5.3.4.1 *Publicatio* vs. *Ordenatio*: a escolha do legislador infraconstitucional pela autorização ou concessão leva a uma menor ou maior possibilidade de intervenção na atividade?

O histórico dos marcos normativos da indústria do gás natural é um exemplo de que a utilização dos termos autorização e concessão na legislação não se dá de forma unívoca e consistente sequer dentro da mesma indústria, quiçá no ordenamento jurídico de uma forma geral. Tais constatações, detalhadas adiante, confirmam a desconstrução já feita de que a escolha da concessão ou da autorização denotem *ipso facto* esta ou aquela escolha do legislador, devendo esta ser investigada a partir de seu conteúdo concreto e de seu conteúdo semântico utilizado como ferramenta hermenêutica para preenchimento de lacunas interpretativas, e não para construção de uma mitologia jurídica autoexecutória independente da realidade normativa da indústria (cf. Subseção 0).

Sobretudo após a Lei n. 11.909/2009, seja pelo regime que passou a ser aplicável às autorizações existentes,[489] seja pela autorização prevista nessa Lei, a autorização e a concessão estavam materialmente submetidas a uma regulação de conteúdo bastante semelhante, se diferenciando principalmente em função da forma de alocação da capacidade inicial do gasoduto. O conteúdo econômico de tal regulação tampouco era substancialmente distinto daquele usualmente aplicável às concessões de serviço público, apesar da expressa disposição do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.909/2009[490] de que as atividades ali previstas não constituiriam, em nenhuma hipótese, prestação de serviço público.

Como será visto adiante, diversos aspectos específicos da regulação foram uma constante ao longo dos diferentes títulos de outorga adotados nos distintos marcos normativos, contrariando a crença jurídica de que determinadas previsões – regulação de preços, "reversão de bens",[491] por exemplo – seriam incompatíveis com o "regime de

---

[489] Em 2011, após a promulgação da Lei n. 11.909/2009, por meio do Parecer n. 27/2011/PRG/ANP/PGF/AGU, a Procuradoria da ANP manifestou-se no sentido de que as regras de fixação *ex ante* da tarifa de transporte de gás e de submissão às regras de reajuste e revisão alcançaria todos os contratos de transporte de gás natural assinados após 5 de março de 2009. Definiu-se, portanto, que o regime tarifário estaria vinculado ao contrato de serviço de transporte, e não diretamente ao título de exploração do gasoduto.

[490] "§ 2º A exploração das atividades decorrentes das autorizações e concessões de que trata esta Lei correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[491] A Lei n. 11.909/2009 passou a prever expressamente que ao fim do prazo das autorizações existentes e das autorizações e concessões outorgadas sob suas disposições os bens considerados vinculados à exploração da atividade de transporte dutoviário seriam incorporados ao patrimônio da União, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro. Na prática, tal previsão é muito semelhante à

outorga" X ou Y. A nosso ver, a verificação de incompatibilidade ou não do título deve resultar não de um incômodo conceitual, mas da conformidade do âmbito de intervenção regulatória adotado *vis-à-vis* a titularidade constitucional da atividade.

5.3.4.2 Autorização e concessão na exploração do transporte dutoviário de gás natural

Nas subseções seguintes será analisado o conteúdo material da regulação aplicável em cada um dos marcos normativos da indústria do gás natural. Em relação à concessão e à autorização resultante de acordos internacionais, títulos previstos sob a Lei n. 11.909/2009, suas considerações serão feitas tão somente para fins de registro histórico, pois, como sabido, não chegaram a ser aplicadas de fato. Essa Lei, contudo, teve substancial relevância jurídica em relação ao transporte por ter promovido alterações no âmbito das autorizações outorgadas com base na Lei n. 9.478/1997, mas convalidadas pela Lei n. 11.909/2009. Por fim, será explorado o regime vigente, previsto pela Lei n. 14.134/2021.

A maior parte da análise está centrada nas autorizações outorgadas originalmente com base na Lei n. 9.478/1997 (ou dela derivadas, a exemplo das autorizações de ampliação), tendo em vista que representam o estoque de autorizações existentes quando da realização deste trabalho.

As disposições da Lei n. 14.134/2021 serão analisadas de forma prospectiva, tendo em vista que elas ainda não foram, em grande parte, objeto de aplicação jurídica.

5.3.4.2.1 Autorização na Lei n. 9.478/1997

O primeiro título utilizado para regulamentação do disposto no art. 177, § 1º, da Constituição foi a autorização. O art. 56 da Lei n. 9.478/1997 – ainda vigente – prevê que qualquer empresa ou consórcio de empresas, observadas as disposições das leis pertinentes, "poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de" gás natural, "seja para suprimento interno ou para importação e exportação". O dispositivo prevê ainda que a ANP "deverá fixar regras para a habilitação dos interessados

---

previsão de reversão indenizada de bens estabelecida pelo art. 28, § 1º, e pelo art. 43, VI, da Lei n. 8.987/1997. As duas se diferenciam em função da garantia de indenização prévia e em dinheiro assegurada pela Lei n. 11.909/2009 (aproximando-a, portanto, da desapropriação), que não encontra semelhante na Lei n. 8.987/1997 em relação ao momento e à forma da indenização devida pela reversão de bens.

e as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego".[492]

Três elementos do art. 56 merecem destaque: (i) a ressalva em relação às disposições das leis pertinentes; (ii) qualquer empresa ou consórcio de empresa que atenda ao disposto no art. 5º da Lei n. 9.478/1997 e aos demais requisitos fixados pela regulação podem receber autorização para construir instalação de transporte e movimentação dutoviária de gás natural; e (iii) os requisitos a serem fixados pela regulação da ANP devem ter por escopo a proteção ambiental e a segurança de tráfego.

O primeiro elemento destacado apenas explicita o princípio de interpretação jurídica de que "*Lex specialis derogat generali*", fixando que a disposição do art. 56 da Lei n. 9.478/1997 tem caráter genérico e não afasta a possibilidade de lei específica prever critérios mais restritos. Antes da edição da Lei n. 11.909/2009 e sua sucessora, não há relevância prática dessa disposição para o gás natural, pois os critérios de outorga de autorização para exercício da atividade de transporte dutoviário de gás natural eram aqueles estipulados pelo art. 5º da Lei n. 9.478/1997 e pela regulamentação da ANP, sobretudo aqueles da Portaria ANP n. 170/1998.[493]

O segundo elemento merece destaque no sentido de que todas as atividades reguladas pela Lei n. 9.478/1997 poderão ser exercidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

O terceiro elemento diz respeito ao espectro de discricionariedade a ser exercida pela ANP quando da regulamentação dos critérios para outorga da autorização, que devem se ater aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego. No âmbito legislativo, portanto, a autorização prevista pela Lei n. 9.478/1997 guarda semelhança relevante com o tratamento doutrinário conferido à autorização do art. 170, parágrafo único, no sentido de que as barreiras à entrada a serem estabelecidas pela regulação devem ser limitadas à ordem da exploração com segurança da atividade. Os critérios de outorga foram objetivamente fixados pela Portaria ANP n. 170/1998 e consistiam fundamentalmente em dados cadastrais do agente e do projeto

---

[492] BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

[493] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 170, de 26 de junho de 1998**. Estabelece 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 (GNL), biodiesel e misturas óleo diesel/biodiesel. (Redação dada pela Resolução ANP nº 38/2004. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/portaria-tecnica-n-170-1998-estabelece-a-regulamentacao-para-a-construcao-a-ampliacao-e-a-operacao-de-instalacoes-de-transporte-ou-de-transferencia-de-petroleo-seus-derivados-e-gas-natural-inclusive-liquefeito-gnl?origin=instituicao. Acesso em: 4 jul. 2022.

a ser implantado. O art. 7º dessa Portaria estabelecia o feixe de maior discricionariedade no processo de outorga da autorização, ao fixar que a ANP "a seu critério, poderá exigir que a empresa solicitante assine um Termo de Compromisso anteriormente à concessão da Autorização de Construção".[494] Seu art. 5º previa a publicação do sumário do projeto no Diário Oficial para oferecimento de "comentários e sugestões" por um prazo de 30 dias. Não havia na norma, contudo, a previsão das consequências relativas a eventuais comentários e sugestões recebidos, a exemplo de saber se o agente interessado na construção do gasoduto deveria ampliar a capacidade para atender a manifestação de interessados em contratá-la. A norma não deixava claro se tal período para envio de comentários e sugestões seria equivalente a um procedimento de *open season*,[495] a exemplo do que passou a ser previsto nas legislações subsequentes. Como será analisado adiante, após a edição da Lei n. 11.909/2009 e da Lei n. 14.134/2021, foram fixados critérios adicionais, mais discricionários, à concessão da outorga, a exemplo da compatibilidade com o planejamento setorial.

5.3.4.2.1.1 Desverticalização

O art. 65 da Lei n. 9.478/1997 estabeleceu a obrigação de a Petrobras constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos de petróleo, seus derivados e gás natural. Especificamente para o transporte dutoviário de gás natural, o art. 6º da Portaria ANP n. 170/1998 ampliou tal obrigação para todos os interessados em obter autorização, fixando que o objeto social do agente autorizado deveria prever exclusivamente a construção e a operação de instalações de transporte, adotando, portanto, o modelo de separação jurídica (*legal unbundling*) analisado na Seção 3.[496] Referida norma previu, ainda, a

[494] Como exemplo de termos de compromisso firmados sob o fundamento desse dispositivo cita-se o celebrado no âmbito do Projeto Malhas, entre a ANP e a Petrobras, em 8 de abril de 2003, e o celebrado entre a ANP e a TAG, em 20 de maio de 2008, que fez parte da concessão da Autorização n. 363/2008.

[495] Conforme analisado adiante, o formato de *open season* só passou a ser adotado após a edição da Resolução ANP n. 27/2005, mas tais contribuições eram enviadas como parte do processo de contratação de capacidade, e não como parte do processo de outorga da autorização.

[496] No processo de revisão da Portaria ANP n. 251/2000, que estabelece as regras de acesso aos terminais para movimentação de petróleo e derivados, está sendo empreendida discussão análoga sobre a juridicidade da ampliação infralegal dessa previsão aos demais agentes do setor. Listam-se, a seguir, trechos das visões a favor e contra tal extensão da determinação legal imposta à Petrobras aos demais agentes:
"36. Ao impor essa obrigação exclusivamente à Petrobras, a Lei do Petróleo pode causar uma desvantagem competitiva para a empresa, frente aos seus concorrentes. Esta questão se tornou ainda mais relevante, uma vez que está em andamento o programa de desinvestimento em refino da Petrobras, que, provavelmente, resultará em maior diversificação dos fornecedores primários de derivados de petróleo, no Brasil.
37. Em análise anterior, nas considerações finais da Nota Técnica nº 08/2018-SIM, de 17 de julho de 2018[1] os técnicos da SIM/ANP haviam se manifestado favoravelmente à adoção, de forma geral, de uma medida mais rigorosa, a separação societária (*unbundling*) das instalações de transporte de líquidos. Além disso, defenderam que fosse ampliado o escopo de instalações sujeitas ao acesso de terceiros de forma regulada.

obrigação de o transportador informar à ANP eventuais participações no capital social de empresas com atuação na indústria do gás natural. Tal previsão era meramente de *disclosure*, não impondo ao transportador ou às partes relacionadas deveres ou proibições específicas em decorrência.

De acordo com o art. 3º, § 3º, da Lei n. 11.909/2009, os transportadores de gás natural somente poderiam ter no objeto social atividades relacionadas a quaisquer modalidades de transporte (dutoviário ou não) de petróleo, gás natural e seus derivados, bem como atividades de estocagem, transporte de biocombustíveis e construção e operação de terminais. Para as autorizações existentes, tendo em vista o já disposto na Portaria ANP n. 170/1998, isso representou uma ampliação potencial do objeto social dos transportadores de gás natural.

Não havia expressa disposição legal que restringisse o exercício de outras atividades na indústria do gás natural por sociedades do mesmo grupo econômico, ainda que fossem investidas do titular de autorização da atividade de transporte. Quando da regulamentação da atividade de carregamento de gás natural, contudo, que culminou na edição da Resolução ANP n. 51/2013, foram ampliadas as restrições a participações cruzadas na atividade de transporte e em outras atividades da indústria do gás natural. Nos gasodutos concedidos,

---

Tais medidas teriam como objetivo promover maior concorrência na cadeia do petróleo. Porém, de acordo com a interpretação desta equipe técnica, a aplicação do *unbundling* societário não é possível com o arcabouço legal vigente, principalmente tendo em vista a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019).

38. Neste sentido, entende-se que a obrigação da desverticalização jurídica no transporte, emanada da Lei do Petróleo somente para a Petrobras, deve ser estendida a todas as empresas que atuem no segmento." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota técnica n. 01/2021/SIM-CAL/SIM/ANP-RJ**. Revisão da Portaria ANP n. 251/2000 – Regulamentação do Acesso de Terceiros a Terminais Aquaviários. Rio de Janeiro: ANP, 2021a. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/2021/cp-sim-2021/nota-tecnica-1-2021.pdf. Acesso em: 23 maio 2022).

"Ocorre que a existência de regra legal específica voltada a disciplinar as atividades da Petrobras, longe de autorizar a extensão analógica da verticalização aos demais agentes econômicos, traduz-se justamente em uma exceção legal. Como tal, ela não comporta leituras ampliativas. Ainda mais quando isso é intentado por um (projeto de) regulamento (e não por projeto de lei) que, ademais, almeja tal alargamento de incidência mais de duas décadas após a edição do art. 65 da Lei do Petróleo e em meio a contexto jurídico-econômico completamente distinto. A edição da Lei do Petróleo veio na esteira da flexibilização do monopólio propiciada pela Emenda Constitucional nº 09/1995; hoje, a abertura do mercado à concorrência é uma realidade, inclusive diante dos desinvestimentos da Petrobras em relação aos seus ativos de refino e de infraestrutura portuária e dutoviária. Não se pode presumir, sem maiores verificações, que a norma contida no art. 65 da Lei do Petróleo, pensada para aquele momento histórico e especificamente para a Petrobras, represente solução adequada para todos os agentes econômicos participantes desse mercado na atualidade. Quanto ao mercado em geral, inexiste previsão legal que autorize ou imponha a exploração da atividade de transporte nos terminais aquaviários de forma desverticalizada." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Relatório n. 2/2022/SIM-CAL/SIM-e**. Relatório da Audiência Pública ANP n. 27/2021. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5T2WWMhkWJqRha2pemXvYYPubnxbLqz8m894sCXzm0hUduBSY3wafc9ghROUjr02l0U2jc7dQqglntJg3baG2Qq. Acesso em: 27 maio 2022).

proibiu-se que o carregador que movimentasse gás naquele duto tivesse relação de controle ou coligação com o titular da concessão daquele gasoduto. Foi uma desverticalização por grupo econômico (*ownership unbundling*) duto-a-duto. À época, foi questionada a juridicidade de a ANP adotar um critério de desverticalização mais amplo do que o previsto no art. 3º, § 3º, da Lei n. 11.909/2009. Nesse contexto, por meio da Nota Técnica n. 7/2013-SCM, a ANP pronunciou-se no sentido de que, formalmente, a medida se insere dentro das atribuições legais da Agência de estabelecer as condições para a outorga da autorização de carregamento. Já quanto ao conteúdo da medida, considerou a restrição necessária e compatível com a promoção da livre concorrência e com o tratamento igualitário dos agentes.[497] Sobre a legalidade e a constitucionalidade dessa questão em particular, apesar de não ser mais uma discussão aplicável, tendo em vista ter sido superada pela Lei n. 14.134/2021, pertinente fazer duas ponderações: (i) consoante já afirmado na Seção 4, entende-se que a imposição do modelo de *ownership unbundling* seria constitucional para atividades reservadas, desde que feito por imposição legal (em sentido estrito); e (ii) tendo em vista entender-se que a atividade de carregamento não é uma atividade reservada (cf. acima), entende-se que a imposição do modelo de *ownership unbundling* incidente diretamente sobre a atividade de carregamento seria inconstitucional. Nesse último ponto, apesar de o efeito prático de impor a restrição sobre a atividade de transporte ou sobre a atividade de carregamento ser semelhante e de tal ponderação soar como um preciosismo jurídico, defende-se que a clareza em relação a esses elos constitucionais é relevante para prevenir potenciais abusos. Independente das intenções

---

497 "Neste sentido, de maneira a cumprir os objetivos e princípios da Polícia Energética Nacional Constantes do Art. 1º da Lei nº 9478/1997 (Lei do Petróleo), em especial a promoção da livre concorrência (Inciso IX, Art. 1º), a ANP, no exercício da sua atribuição legal de estabelecer as condições para a outorga da autorização do carregamento, considera necessária a imposição das restrições contidas no § 1º da proposta de regulamentação aos agentes interessados no exercício da atividade pelas razões apresentadas na subseção II.23 da Nota Técnica nº 01/2013-SCM, a qual fundamentou a nova proposta de Resolução. [...] Com respeito à alegação de suposta ilegalidade da medida, com a sobreposição da proposta de Resolução em relação à Lei nº 9.47/1997 (Lei do Petróleo), cabe ressaltar que o Art. 65 teve o objetivo específico de promover a desverticalização das atividades integrantes das indústrias do petróleo e do gás natural, decorrente da quebra do monopólio legal exercido pela Petróleo Brasileiro S. A após a publicação da Emenda Constitucional nº 09/1195.

Nesse sentido, importa mencionar a publicação da Portaria ANP nº 170, de 26 de novembro de 1998, que em seu Art. 6º estender a obrigação importa à Petrobras no Art. 65 da Lei de Petróleo a todos os agentes interessados em obter a outorga de autorização para o exercício da atividade de transporte, com o intuito de aplicar o princípio da isonomia de tratamento entre os agentes da indústria, além de considerar o interesse da promoção da livre concorrência das atividades da indústria (Inciso IX do Art. 1° da Lei do Petróleo), quando esta se mostra possível, notadamente nos segmentos de produção e comercialização." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 7/2013-SCM**. Considerações da SCM/ANP quanto às alterações na nova minuta de resolução sobre autorização da atividade de carregamento de gás natural dentro da esfera de competência da União após a Consulta e Audiência Públicas nº 18/2013. Disponível no Processo nº 48610.010389/2012-91, volume IV, p. 657, 2013c).

meritórias, tal preciosismo é necessário para assegurar preceitos constitucionais e o devido processo, sem os quais a prática regulatória seria, no limite, totalizante.

Com a assinatura do Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado entre a Petrobras e o Cade, em 8 de julho de 2019, a Petrobras se obrigou a, no prazo de até seis meses contados da data de assinatura, adotar um modelo de desverticalização funcional em relação às transportadoras de gás nas quais detinha participação. De acordo com o item 2.1.2 do Termo de Compromisso, deveria indicar conselheiros independentes para o Conselho de Administração, atendendo aos requisitos de independência do Novo Mercado.

A Lei n. 14.134/2021 fixou, então, que os transportadores devem exercer a atividade de transporte com independência e autonomia em relação aos agentes que exerçam atividades concorrenciais da indústria de gás natural, estas definidas como aquelas de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural. Como regra, adotou os modelos de *ownership unbundling* e de *functional unbundling*, proibindo (i) relação societária direta ou indireta de controle ou de coligação 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; e (ii) os responsáveis pela escolha de membros do conselho de administração ou da diretoria ou de representante legal de empresas que atuem nas atividades concorrenciais ter acesso a informações concorrencialmente sensíveis ou exercer o poder para designar ou o direito a voto para eleger membros do conselho de administração ou da diretoria ou representante legal do transportador.[498]

---

[498] "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 15 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 concorrencialmente sensíveis ou exercer o poder para designar ou o direito a voto para eleger membros do conselho de administração ou da diretoria ou representante legal do transportador." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

Como regra de transição, o art. 5º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 14.134/2021, possibilitou aos transportadores que, em 9 de abril de 2021, não atendessem aos critérios de independência do *onwership* e do *functional unbundling*, submeterem-se à certificação de independência nos termos da regulação da ANP. Tal certificação terá validade máxima até 4 de março de 2039 e deverá ser emitida até 8 de abril de 2024 ou em até dois anos após a publicação da regulação da ANP sobre o tema, o que ocorrer por último.[499] Conforme previsto no art. 25 do Decreto n. 10.712/2021, a ANP poderá credenciar entidades para certificar o enquadramento dos transportadores nos critérios de autonomia e independência e tais valores poderão ser repassados à tarifa de transporte mediante prévia aprovação da Agência.

5.3.4.2.1.2 Objeto da outorga

Sob a égide da Lei n. 9.478/1998, as autorizações tinham por objeto a construção e a operação das instalações de transporte dutoviário listadas no título e, à época, não contemplavam prioridade para ampliação dessas instalações. Eram autorizações "duto-a-duto", como habitualmente referido no setor. Dada a objetividade dos critérios de outorga, entende-se que, considerando o marco regulatório vigente à época, não havia exclusividade de área do transportador autorizado a construir e operar determinada instalação. Em outros termos, significa dizer que, teoricamente, era possível a concorrência entre dutos, competindo ao agente privado a identificação de demanda (própria ou de terceiros) para viabilizar a construção do novo duto, em um modelo de *contract carriage* (cf. visto na Seção 4).

As autorizações previstas exclusivamente na Lei n. 9.478/1997 não tinham prazo determinado e as hipóteses de revogação do título eram estipuladas pelo art. 15 da Portaria ANP n. 170/1998, quais sejam: (i) liquidação ou falência do agente; (ii) requerimento da empresa autorizada; e (iii) descumprimento das obrigações legais previstas na Portaria ANP n. 170/1998 e de outras disposições legais aplicáveis. Consoante já afirmado na Subseção 0, entende-se que, apesar de não estar prevista em lei (apenas em ato regulamentar), a qualificação das hipóteses de revogação das autorizações para exercício da atividade de transporte dutoviário não se trata de um ato precário, de livre revogação não indenizada por parte da União. Ademais, ante a ausência de diretriz legal expressa, entende-se que a hipótese genérica de revogação da autorização com base no descumprimento de "outras disposições

[499] A ANP realizou a Consulta Pública e a Audiência Pública n. 18/2020, sobre os critérios de independência e autonomia dos transportadores de gás natural e sua respectiva certificação, antes da publicação da Lei n. 14.134/21. Apesar de não existirem novas movimentações desde então, o assunto está na agenda regulatória de 2022/2023, aprovada pela Portaria ANP n. 86/2021.

legais aplicáveis" deve ser interpretada sob os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo no que diz respeito a quais disposições legais aplicáveis podem ensejar a revogação da outorga e não a aplicação de outras penalidades, a exemplo de advertência e multa. Após a edição da Lei n. 11.909/2009, tais autorizações passaram a ser por prazo determinado de trinta anos[500] e as respectivas ampliações *ad hoc* ao objeto principal da autorização válidas pelo período remanescentes teriam validade pelo prazo remanescente da autorização original. Com a Lei n. 14.134/2021, retomou-se o modelo de autorização sem prazo, mas passou-se a prever em lei as hipóteses de revogação das autorizações.

O art. 10 da Lei n. 14.134/2021[501] qualificou como hipóteses de revogação da autorização para transporte de gás (i) liquidação ou falência homologada ou decretada; (ii)

---

[500] "Art. 30. Ficam ratificadas as autorizações expedidas pela ANP para o exercício da atividade de transporte dutoviário de gás natural até a data da publicação desta Lei, na forma do art. 56 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.
§1º Atendidas as obrigações previstas ou a serem estabelecidas no ato de outorga e na regulação, as autorizações referidas no *caput* deste artigo terão prazo de duração de 30 (trinta) anos, contado da data de publicação desta Lei ou, para o caso dos empreendimentos de que trata o § 2º deste artigo, contado da data da outorga da autorização.
§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo aos empreendimentos em processo de licenciamento ambiental que, na data de publicação desta Lei, ainda não tenham obtido autorização da ANP.
§ 3º Para o caso dos empreendimentos de que tratam o *caput* e o § 2º deste artigo, o período de exclusividade que terão os carregadores iniciais será de 10 (dez) anos, contados do início da operação comercial do respectivo gasoduto de transporte.
§ 4º Os bens e instalações destinados à exploração da atividade de transporte sob o regime de autorização de que trata este artigo deverão ser considerados vinculados à respectiva autorização e, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro, incorporar-se-ão ao patrimônio da União ao término do seu prazo de vigência.
§ 5º Aplicam-se aos transportadores autorizados de que trata este artigo as disposições previstas nos arts. 22, 23 e 24 desta Lei." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[501] "Art. 10. A autorização para a atividade de transporte de gás natural somente será revogada, após o devido processo legal e assegurado o contraditório, nas seguintes hipóteses:
I - liquidação ou falência homologada ou decretada;
II - requerimento da empresa autorizada;
III - desativação completa e definitiva da instalação de transporte;
IV - descumprimento, de forma grave, das obrigações decorrentes desta Lei, das regulações aplicáveis e dos contratos de serviços de transporte, nos termos da regulação da ANP; e
V - inobservância dos requisitos de independência e autonomia estabelecidos nesta Lei e nas regulações aplicáveis.
§1º Quando necessário à manutenção do abastecimento nacional, a ANP poderá designar outro transportador para operar e manter as instalações vinculadas à autorização revogada até que ocorra a alienação dessas instalações.
§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, o agente cuja autorização tenha sido revogada fará jus a parcela da receita de transporte associada aos investimentos realizados, nos termos da regulação da ANP.
§3º Os bens vinculados à atividade de transporte de gás não reverterão à União nem caberá indenização por ativos não depreciados ou amortizados." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de

requerimento da empresa autorizada; (iii) desativação completa e definitiva da instalação de transporte; (iv) descumprimento, de forma grave, das obrigações fixadas na Lei n. 14.134/2021, na regulação aplicável nos contratos de serviços de transporte, nos termos da regulação da ANP; e (v) inobservância dos requisitos de independência e autonomia estabelecidos na Lei n. 14.134/2021 e na regulação aplicável. O art. 24 do Decreto n. 10.712/2021 determinou que as autorizações existentes, que haviam sido ratificadas na forma do art. 30, § 1º, da Lei n. 11.909/2009, passariam a viger por tempo indeterminado e que os bens vinculados a tais autorizações não mais reverteriam à União e não caberia indenização por ativos não depreciados ou amortizados.[502]

Na Portaria ANP n. 170/1998 não ficava clara a obrigação ou sequer a possibilidade de o titular da autorização desativar as instalações autorizadas, por exemplo, em caso de revogação da autorização. A previsão do procedimento de desativação – mas não a obrigação ou o direito – passou a estar regulamentada quando da edição da Resolução ANP n. 6/2011, que aprovou o Regulamento Técnico de Dutos Terrestres para Movimentação de Petróleo, Derivados e Gás Natural (RTDT). Para os dutos desativados antes da edição do RTDT, previu-se tão somente a assinatura de um termo de responsabilidade pelo titular da instalação, atestando que a desativação fora feita em conformidade com as melhores práticas da indústria.[503] Com a edição da Lei n. 11.909/2009, passou-se a prever que os bens vinculados à exploração da atividade de transporte sob o regime de autorização, ao término do prazo de vigência, seriam incorporados ao patrimônio da União mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro. A Lei n. 14.134/2021 não manteve tal previsão e o art. 10, § 3º, excluiu expressamente a incorporação automática desses bens ao patrimônio da União.

---

26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

[502] Esta alteração normativa é potencialmente controversa do ponto de vista jurídico, tendo em vista as sucessivas alterações feitas em relação ao título. Em um primeiro momento, foi-se de uma autorização sem prazo para uma autorização com prazo e estipulação de desapropriação dos bens vinculados à atividade de transporte com o fim do prazo da autorização. No segundo momento, retoma-se o modelo anterior e revoga-se a previsão de desapropriação para incorporação ao patrimônio da União. Tais mudanças podem ser objeto de questionamento sobretudo pelos investidores que adquiriram participação em ativos de transporte dutoviário no período de vigência da Lei n. 11.909/2009 e, após 2039 – prazo fixado pela Lei n. 11.909/2009 –, potencialmente em um contexto de discussão sobre desativação de instalações ociosas (*stranded assets*).

[503] "51.6.2 No caso de Dutos desativados permanentemente antes da publicação do RTDT, o Transportador deve encaminhar declaração que as desativações dos Dutos foram executadas atendendo às boas práticas de engenharia e às exigências legais da época, devidamente assinado pelo responsável técnico da empresa." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Regulamento Técnico de Dutos Terrestres para movimentação de petróleo, derivados e gás natural (RTDT)**. Brasília: ANP, 2011/2. p. 57. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/seguranca-operacional-e-meio-ambiente/arq/res_anp_6_2011_anexoi.pdf. Acesso em: 4 jul. 2022).

Após a edição da Lei n. 11.909/2009, os agentes titulares de autorizações outorgadas sob a vigência exclusiva da Lei n. 9.478/1997 passaram a ter direito de preferência para ampliação de suas instalações. A ampliação de uma instalação autorizada deveria ser outorgada também sob o regime de autorização e pelo prazo remanescente da autorização existente, nos termos do art. 26 e do art. 29 da Lei n. 11.909/2009 e do parágrafo único do art. 43 do Decreto n. 7.382/2010.[504] Sob a Lei n. 14.134/2021, os parâmetros para exercício do direito de preferência do transportador cuja instalação estiver sendo ampliada não estão claramente delimitados e devem ser objeto de regulamentação. De acordo com o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 14.134/2021, "fica assegurado o direito de preferência ao transportador [...] nas mesmas condições da proposta vencedora",[505] enquanto o *caput* dispõe que a ANP poderá conduzir, a qualquer tempo, processo seletivo público para identificar a existência de transportador interessado na construção ou ampliação de instalação de transporte cuja necessidade não tenha sido objeto dos planos coordenados de desenvolvimento do sistema de transporte. Pela literalidade dos dispositivos, poder-se-ia concluir que apenas no caso de processos seletivos públicos conduzidos por iniciativa da ANP para a construção de dutos e instalações não mapeados nos planos coordenados de expansão o transportador teria não um direito de preferência (no sentido de *right of first refusal*), mas a igualar sua proposta à vencedora do processo seletivo público (um *right to match*, portanto). Nesse ponto, vale lembrar que o art. 12, § 2º, da Lei n. 11.909/2009 também previa um *right to match* em caso de gasodutos concedidos e que os demais dispositivos tampouco eram suficientemente claros em relação à preferência para ampliação de instalações autorizadas sob a Lei n. 9.478/1997; tal questão foi esclarecida por força do art. 43, parágrafo único, do Decreto n. 9.172/2010.[506]

---

504 BRASIL. **Decreto n. 7.382, de 2 de dezembro de 2010**. Regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei no 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2010c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7382.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

505 BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

506 "Art. 43. A ampliação de capacidade dos dutos existentes:
I - será autorizada, nos termos da regulação estabelecida pela ANP;
II - será precedida de chamada pública conduzida pela ANP, direta ou indiretamente, observadas as diretrizes estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia; e
III - deverá respeitar o período de exclusividade, observado o disposto no inciso IV do § 1º do art. 11.

Tal preferência chegou inclusive a ser aplicada na prática no último ano de vigência da norma, por meio das Portarias MME n. 455/2020[507] e n. 456/2020.[508] Portanto, a extensão do direito de preferência do transportador sob a vigência da Lei n. 14.134/2021 ainda necessita de contornos mais claros, a serem dados no processo de regulamentação ou a partir de uma intepretação sistemática da norma aplicada em casos específicos.

No que diz respeito à existência ou não de exclusividade, entende-se que a autorização outorgada com base na Lei n. 9.478/1997, enquanto esteve regulada estritamente pelas disposições dessa norma (antes da edição da Lei n. 11.909/2009 e da Lei n. 14.134/2021, portanto), não encerrava para seu titular um direito de exclusividade de área.[509] Em outros termos, significa dizer que não haveria um obstáculo jurídico absoluto em outorgar novas autorizações caso houvesse interessados em construir dutos que competiriam com os já autorizados. Defende-se tal ausência de exclusividade fundamentalmente por três razões: (i) pela inexistência de previsão expressa como parte do objeto da outorga, tanto na Lei n. 9.478/1997 quanto nas disposições infralegais que a regulamentaram; (ii) pela falta de outros elementos de contexto que permitissem interpretar que a oferta gerada por essa instalação fora considerada no planejamento centralizado como um elemento de exclusão de nova oferta em regime de competição; e (iii) por todo o demonstrado na Seção 3, de que não há uma inviabilidade de competição pela "natureza das coisas", uma vez que tal premissa decorre de uma escolha institucional, e não de uma inviabilidade fática perene.

Parágrafo único. O transportador detentor da autorização do duto existente terá o direito de preferência para empreender a ampliação de que trata o *caput*." (BRASIL. **Decreto n. 9.172, de 17 de outubro de 2017**. Institui o Sistema de Registro Nacional de Emissões - Sirene, dispõe sobre os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima a que se refere o inciso XIII do caput do art. 6º da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, e altera o Decreto nº 7.390, de 9 de dezembro de 2010, que regulamenta a referida Política. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9172.htm. Acesso em: 4 jul. 2022).

[507] Estabeleceu o regime de Autorização para a ampliação do Sistema de Transporte de Gás Natural da Nova Transportadora do Sudeste S.A. – NTS (MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 455/SPE/MME, de 29 de dezembro de 2020.** Brasília: MME, 2020b. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36144/1369297/Portaria+SPE+455+2020%2C+de+29-12-2020+-+Gera%C3%A7%C3%A3o/2ac8756b-aa0b-efb7-1898-0e14c1e7ea11?version=1.0. Acesso em: 4 jul. 2022).

[508] Estabeleceu o regime de Autorização para ampliação do Sistema de Transporte de Gás Natural da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. – TBG (MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 456/SPE/MME, de 29 de dezembro de 2020.** Brasília: MME, 2020c. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36144/1369297/Portaria+SPE+456+2020%2C+de+29-12-2020+-+Gera%C3%A7%C3%A3o/19fb1dcc-6da3-df0f-d0f1-58abc21ee93c?version=1.0. Acesso em: 4 jul. 2022).

[509] Importante diferenciar a exclusividade de área da exclusividade do carregador. A exclusividade de área, se existente, encerraria para o transportador o direito exclusivo de construir instalações em determinado raio geográfico, a exemplo do que existe em diferentes concessões de distribuição de gás canalizado. A exclusividade expressamente referida pela Lei n. 11.909/2009 diz respeito ao *access holiday* garantido ao carregador inicial, que afasta as previsões de direito de acesso de terceiros (inclusive ampliação e interconexão) por um período.

Com a edição da Lei n. 11.909/2009, o procedimento de outorga foi profundamente alterado e a demonstração prévia de compatibilidade com o planejamento centralizado – que considera a projeção de demanda – passou a ser condição à outorga de dutos concedidos ou autorizados.[510] Como a capacidade de transporte dos dutos existentes era um dado de entrada no planejamento centralizado da expansão, em tese, não haveria necessidade ou demanda suficiente a justificar a expansão de capacidade em concorrência com a capacidade existente, a menos que – para os gasodutos propostos por iniciativa própria no planejamento – a União se valesse de algum dos instrumentos de financiamento público da capacidade (notadamente via parceria público-privada na forma da Lei n. 11.079/2004 ou com a utilização de recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) e da Conta de Desenvolvimento Energético).[511] Na prática, portanto, apesar de não haver uma previsão expressa de exclusividade para as autorizações outorgadas sob a Lei n. 9.478/1997, caso o regime da Lei n. 11.909/2009 tivesse chegado a ser efetivo, este teria sido um efeito empírico da convivência dessas outorgas com o planejamento centralizado, ressalvadas as possibilidades de financiamento público de capacidade.

Por fim, no que diz respeito à exclusividade de área, após a edição da Lei n. 14.134/2021, entende-se que a definição dos impactos do modelo fixado sobre o objeto das outorgas existentes dependerá fundamentalmente de como vier a ser regulamentado o conceito de "instalações de transporte não integrantes do sistema de transporte de gás natural". Isso porque, consoante defendido, ainda que não haja previsão expressa de

---

[510] "Art. 5º A outorga de autorização ou a licitação para a concessão da atividade de transporte que contemple a construção ou a ampliação de gasodutos será precedida de chamada pública para contratação de capacidade, com o objetivo de identificar os potenciais carregadores e dimensionar a demanda efetiva.
§ 1º Os carregadores que não possuam autorização deverão solicitar à ANP sua outorga, na forma e prazo por ela definidos.
§ 2º No decorrer do processo de chamada pública, de forma iterativa, a ANP deverá fixar a tarifa máxima a ser aplicada aos carregadores interessados na contratação de capacidade de transporte.
§ 3º Os carregadores que, ao final do processo de chamada pública, solicitarem capacidade de transporte deverão assinar com a ANP termo de compromisso de compra da capacidade solicitada.
§ 4º O termo de compromisso referido no § 3º deste artigo será irrevogável e irretratável e fará parte integrante do edital de licitação." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

[511] "Art. 4º Caberá ao Ministério de Minas e Energia:
§ 2º O Ministério de Minas e Energia poderá determinar a utilização do instrumento de Parceria Público Privada, de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, bem como a utilização de recursos provenientes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e da Conta de Desenvolvimento Energético, na forma do disposto no art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, para viabilizar a construção de gasoduto de transporte proposto por sua própria iniciativa e considerado de relevante interesse público." (BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 4 jul. 2022).

exclusividade no objeto da outorga, caso os instrumentos de planejamento centralizado na prática façam com que não seja possível a outorga de nova autorização para um gasoduto em concorrência com um duto existente – por exemplo pela não demonstração de demanda existente ou futura suficiente a viabilizá-lo, como ocorria no marco anterior –, o efeito prático para o transportador será semelhante a de uma exclusividade, no sentido de ausência de competição naquela área do mercado atendida por suas instalações. A depender de como for definida a instalação não integrante do sistema de transporte, contudo, é possível que haja outorga de autorizações para construção de dutos em concorrência, mesmo sem que haja demonstração de demanda ou de um interesse sistêmico na construção da instalação.

5.3.4.2.1.3 Acesso de terceiros

Desde a Lei n. 9.478/1997, os titulares de autorizações de transporte dutoviário de gás estão obrigados a conceder acesso não discriminatório a terceiros. Ao longo do tempo, contudo, os procedimentos necessários ao cumprimento de tal obrigação foram sendo alterados.

Antes de passar-se ao exame das disposições aplicáveis especificamente à contratação de capacidade por terceiros, importante registrar que, ao longo dos diferentes marcos regulatórios, foram previstos direitos de preferência para utilização pelo proprietário da infraestrutura (um *access holiday*). Pelos termos do art. 58 da Lei n. 9.478/1997, seria de competência da ANP regulamentar "a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos".[512] Os termos de exercício do direito de preferência para os dutos de gás natural não eram claramente estabelecidos e a literalidade do dispositivo gerava uma dificuldade de intepretação, tendo em vista que, para o gás, a obrigação de desverticalização jurídica das atividades de transporte e de carregamento foi fixada desde a Portaria ANP n. 170/1998 e, portanto, o proprietário da infraestrutura não seria o usuário desta. Assim, para que a disposição não fosse tornada letra morta, seria necessário compatibilizá-la no âmbito do grupo econômico, e não em seu sentido literal.[513]

---

[512] BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

[513] Tal questão também está sendo objeto de discussão no âmbito da Consulta Pública ANP n. 27/2021, que trata do acesso não discriminatório aos terminais aquaviários de petróleo e derivados.

Após a edição da Lei n. 11.909/2009, passou-se a prever a exclusividade dos carregadores iniciais para utilização da infraestrutura – cuja contratação da capacidade viabilizou a construção da instalação – pelo período de dez anos, a contar da data de operação comercial da instalação.

O Decreto n. 7.382/2010 relativizou parcialmente tal exclusividade ao estabelecer que esta deixaria de existir "quando a movimentação em um gasoduto alcançar sua capacidade máxima de transporte contratada".[514] Apesar da falta de clareza da diretriz em relação à cessação da exclusividade, entende-se que o objetivo da norma era resguardar, para o carregador inicial, o direito de utilização durante um período de *ramp-up* de utilização da infraestrutura. Isso porque, quando o gasoduto atingisse a capacidade máxima de uso, o carregador já estaria automaticamente protegido em relação ao acesso de terceiros em virtude da inviabilidade física de acesso firme. Com a edição da Resolução ANP n. 11/2016, determinou-se ainda que a exclusividade de uso não abrangesse capacidade disponível (não contratada) e que não é transferível a terceiros em caso de cessão de capacidade. Sobre a capacidade disponível, o Decreto n. 7.382/2010 previu que a exclusividade afastaria também a possibilidade de ampliação do gasoduto. A Petrobras renunciou à exclusividade remanescente em relação às instalações de transporte para as quais constava como carregadora inicial como parte das obrigações assumidas por meio do Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado com o Cade em 8 de julho de 2019.

A Lei n. 14.134/2021 não previu um período de *access holiday* para a construção de novos gasodutos integrantes do sistema de transporte. O art. 18, § 3º, fixou que, para novos gasodutos que não integrem o sistema de transporte, a ANP poderá assegurar período no qual o acesso de terceiros não é obrigatório. Como já destacado na Seção 3 e nesta, todavia, os critérios para que se determine o que integra e o que não integra o sistema de transporte ainda não foram regulamentados.

Particularmente sobre a concessão do acesso a terceiros, sob a vigência exclusiva da Lei do Petróleo, o art. 58 já assegurava o direito a quaisquer terceiros interessados na utilização da infraestrutura, prevendo que as partes deveriam negociar e, caso não houvesse acordo entre elas, a ANP deveria fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração da instalação. Mesmo nos casos em que houvesse acordo entre proprietário da infraestrutura e

---

[514] BRASIL. **Decreto n. 7.382, de 2 de dezembro de 2010**. Regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei no 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2010c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7382.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

acessante, o parágrafo único do art. 58 estipulava que caberia à ANP "verificar se o valor acordado é compatível com o mercado".[515] Adotava-se, então, a princípio, o acesso negociado de terceiros ("*negotiate and arbitrate*"), com a previsão adicional de que, *ex post*, a Agência poderia verificar a compatibilidade do preço de acesso também naqueles casos em que as partes chegassem a um acordo.

Em 2005, foram editadas as Resoluções ANP n. 27/2005, 28/2005 e 29/2005, com o objetivo de regulamentar o processo de oferta de capacidade, a cessão de capacidade e os parâmetros a serem seguidos no processo de fixação do preço de acesso. Contudo a previsão legal fosse de um modelo de acesso negociado, as disposições infralegais inseridas por tais resoluções foram aproximando o regime de acesso de um modelo regulado, com predefinições mais rígidas sobre o quadrante negocial que poderia ser adotado pelo transportador.

Especificamente em relação ao acesso de terceiros, a Resolução ANP n. 27/2005 passou a prever que (i) a oferta de capacidade deveria se dar por meio de contratos padronizados, (ii) a oferta de capacidade firme aos carregadores deveria ocorrer por meio de concurso público para alocação de capacidade, o CPAC (nos moldes de um *open season*), e (iii) em caso de congestionamento contratual (demanda por contratar maior que a capacidade disponível para oferta), o transportador deveria expandir a capacidade e recalcular a tarifa. Se o transportador não dispusesse de recursos para tanto, o carregador interessado na expansão poderia ser chamado a arcar com os recursos necessários.

No que diz respeito à oferta de capacidade via contratos padronizados, o art. 6º da Resolução ANP n. 27/2005[516] trouxe diretrizes formais sobre o conteúdo mínimo dos contratos, mas não havia disposições regendo questões materiais que deveriam ser inseridas

---

[515] BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

[516] "Art. 6º Os serviços de transporte de gás natural serão formalizados em contratos, padronizados para cada modalidade de serviço, explicitando:
I - Tipo de serviço contratado;
II - Termos e condições gerais de prestação do serviço;
III - Capacidades Contratadas de Transporte entre Zonas de Recepção e Zonas de Entrega;
IV - Capacidades Contratadas de Entrega por Ponto de Entrega;
V - Tarifas;
VI - Prazo de vigência.
Parágrafo único. O Transportador deverá elaborar, e enviar à ANP no prazo de 60 (sessenta) dias antes da sua aplicação, os modelos de contrato previstos no caput desse artigo." (ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 27, de 14 de outubro de 2005**. Brasília: ANS, 2005a. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-27-2005-. Acesso em: 29 jun. 2022).

no contrato, a exemplo do que passou a ser feito posteriormente, após a edição da Resolução ANP n. 11/2016. A norma fixou também a obrigação de os contratos padronizados serem enviados à ANP com 60 dias de antecedência em relação a sua aplicação.

Com a vigência da Lei n. 11.909/2009, nos termos do art. 30, § 5º, c/c art. 22, I, e art. 24, III, o transportador deveria ofertar capacidade a partir de contratos padronizados e os contratos de serviço de transporte firmados após 5 de março de 2009 deveriam estar sujeitos à aprovação prévia da ANP. Tal obrigação era extensível também aos contratos firmados por transportadores autorizados antes da Lei n. 11.909/2009, conforme interpretação firmada pela ANP por meio do Parecer n. 27/2011/PRG/ANP/PGF/AGU e do Parecer n. 665/2013/PF-ANP/PGF/AGU.

A Lei n. 11.909/2009 previu três modalidades distintas de serviço de transporte: firme, interruptível e extraordinário. Sugere-se que tais modalidades na verdade sejam agrupadas em duas conforme a prioridade de programação, diferenciando-se o firme em relação à sua estabilidade horizontal. Entende-se que na verdade existiam, portanto, duas modalidades: (i) firme, na qual o transportador se obriga a programar a capacidade nominada pelo carregador; e (ii) interruptível, na qual o transportador apenas estará obrigado a programar a nominação feita pelo carregador caso haja capacidade não programada pelo firme. O extraordinário é uma subcategoria do transporte firme, prevista tão somente pela não obrigatoriedade de contratação via chamada pública, podendo ser objeto de negociação bilateral entre o transportador e o interessado no acesso. Contudo, diferente do serviço firme ofertado via chamada pública, o serviço de transporte extraordinário estava mandatoriamente sujeito ao prazo máximo de um ano e a uma condição resolutiva caso houvesse interessados em contratar a capacidade firme via chamada pública. O racional era dispensar temporariamente a obrigatoriedade de realização de chamada pública quando a contratação firme da capacidade por um agente não representasse a negativa de acesso a outros potenciais interessados.

Como resultado das discussões empreendidas pelo Gás para Crescer,[517] o Decreto n. 9.616/2018 inseriu o art. 52-A no Decreto n. 7.382/2010, que passou a prever a estruturação dos serviços de transporte em produtos de entrada e de saída. Tais disposições não conflitavam com aquelas previstas na Lei n. 11.909/2009, que traziam a classificação em firme, interruptível e extraordinário por se tratar de aspectos distintos do produto (um relacionado ao objeto em si do contrato de serviço de transporte – a oferta de produtos de

[517] A avaliação do modelo de entrada e saída já constava como escopo da Resolução CNPE n. 10/2016.

entrada e saída em oposição a um produto ponto a ponto – e outro ao nível de certeza da opção de uso da capacidade contratada pelo carregador).

Mais recentemente, a Lei n. 14.134/2021 não adotou a classificação dos serviços em firme, interruptível[518] e extraordinário, tendo previsto tão somente que os serviços de transporte deveriam ser ofertados sob o regime de contratação de capacidade de entrada e saída e que poderão ser contratados de forma independente.

O detalhamento das obrigações do transportador relativas à concessão de acesso a suas instalações foi posteriormente feito pela Resolução ANP n. 11/2016. Adicionalmente à padronização de contratos, essa Resolução previu que os transportadores deveriam desenvolver (i) plataforma eletrônica com a divulgação a mercado das informações necessárias ao exercício do direito de acesso e (ii) termos de acesso a serem previamente aprovados pela ANP, os quais deveriam conter regras comerciais e operativas necessárias à concretização do acesso. Tais termos de acesso, contudo, não chegaram a ser objeto de aprovação e divulgação a mercado. A Resolução CNPE n. 16/2019 fixou que a coordenação do sistema de transporte dutoviário de gás natural passaria a ser feita por meio de códigos comuns de rede.[519] A mesma previsão foi trazida na Lei n. 14.134/2021 e na Resolução CNPE n. 3/2022 (que revogou a Resolução CNPE n. 16/2019).[520] A publicação de diretrizes pela ANP para elaboração de tais códigos comuns de rede está prevista na Agenda Regulatória da ANP para início em julho de 2022 e conclusão em setembro de 2023.[521]

Ainda sobre o acesso de terceiros, outra previsão relevante da legislação e da regulação setorial diz respeito às condições para gestão – estrutural e conjuntural – de congestionamento contratual, que ocorre quando a demanda por contratação de capacidade firme supera a capacidade disponível para oferta em um período determinado.

---

[518] A norma traz a definição de serviço de transporte interruptível, mas não lhe é dada uma aplicação material concreta.

[519] CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 16, de 24 de junho de 2019**. Estabelece diretrizes e aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural, e dá outras providências. Brasília: MME, 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-172805973. Acesso em: 4 jul. 2022.

[520] CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 3, de 7 de abril de 2022**. Estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho do novo mercado de gás natural, os aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência nesse mercado, os fundamentos do período de transição, e dá outras providências. Brasília: MME, 2022. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=431030#:~:text=Estabelece%20as%20diretrizes%20estrat%C3%A9gicas%20para,transi%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 4 jul. 2022.

[521] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Agenda Regulatória 2022-2023.** Brasília: ANP, dez. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/ar/agenda-regulatoria-2022-2023_versao_site.pdf p. 69. Acesso em: 4 jul. 2022.

Chama-se de regras de gestão conjuntural aquelas ordinárias, de solução dos problemas de congestionamento contratual sem a necessária conexão com a redução de presença de mercado de um determinado *player* ou com a desconstituição de uma barreira à entrada. Esses elementos são considerados como fatores relevantes à elaboração de uma regra de *use-it-or-lose-it*, mas não são obrigatoriamente considerados em sua aplicação. Inicialmente, a Resolução ANP n. 11/2016 previu que os termos de acesso a serem elaborados pelo transportador deveriam contemplar o "procedimento para Gerenciamento de Congestionamento Contratual, incluindo as regras e o prazo para enquadramento na condição de não utilização do serviço" e que a ANP, ao identificar situações de congestionamento contratual prolongado causado pela não utilização de capacidade contratada em modalidade firme de modo sistemático, deveria "determinar procedimentos específicos de Gerenciamento de Congestionamento Contratual, com o objetivo de que a respectiva capacidade seja novamente oferecida ao mercado".[522]

O art. 18 da Lei n. 14.134/2021 atribuiu à ANP a competência para regular as condições e critérios para liberação e cessão compulsória de capacidade cuja necessidade continuada de uso não possa ser comprovada por seus contratantes. A matéria ainda não foi objeto de regulamentação e vem sendo endereçada nas minutas padrão dos contratos de serviço de transporte firme divulgados pelas transportadoras. De acordo com as minutas padrão divulgadas pela TAG, NTS e pela TBG, os critérios de subutilização que tornam possível a liberação compulsória de capacidade para solucionar congestionamento contratual são: a TBG adota o critério de utilização inferior a 50% da capacidade contratada de transporte no ponto de entrada ou na zona de saída, considerando um intervalo de 3 meses. A NTS utiliza o mesmo parâmetro, prevendo uma situação adicional que será enquadrada como congestionamento contratual: a notificação feita pelo carregador ao transportador de forma voluntária da não utilização, seja ela parcial ou total, da capacidade contratada. Já a TAG tem como critério utilização inferior a 80% da capacidade contratada, apurados no período de 4 meses, se o contrato de transporte tiver a duração inicial inferior a três anos, ou no período de 12 meses, se o contrato tiver duração igual ou superior a três anos.

As medidas de gestão estrutural do congestionamento contratual, por sua vez, estão mais ligadas à redução da reserva de capacidade de um *player* monopolista ou com

---

[522] ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 11, de 16 de março de 2016**. Dispõe sobre a Oferta de Serviços, Cessão de Capacidade Contratada, Troca Operacional de Gás Natural, Aprovação e Registro dos Contratos de Serviço de Transporte de Gás Natural - Promoção dos Processos de Chamada Pública para Contratação de Capacidade de Transporte de Gás Natural e dá outras providências. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317660. Acesso em: 30 jun. 2022.

participação tão relevante no mercado que a concentração da capacidade na mão desse agente se torna uma barreira à entrada dos competidores em potencial. No mercado brasileiro, na configuração ora vigente, a Petrobras exerce a posição de monopolista de fato do mercado e, como medida necessária à viabilização do acesso de terceiros à capacidade ociosa de transporte, foram adotadas algumas medidas normativas para liberação e oferta da capacidade ao mercado. A Resolução CNPE n. 16/2019 estabeleceu como de interesse da Política Energética Nacional que o agente dominante realizasse a "a definição das suas demandas nos pontos de entrada e de saída do sistema de transporte, possibilitando a oferta de serviços de transporte adicionais na capacidade remanescente".[523] O compromisso para redução das flexibilidades nos pontos de entrada e nas zonas de saída foi formalizado pela Petrobras no Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado com o Cade em 8 de julho de 2019.[524] Até o momento, a capacidade liberada foi ofertada apenas pela TAG via contratos de serviço de transporte extraordinário. Adicionalmente à previsão da oferta de capacidade resultante da redução das flexibilidades do agente incumbente, o art. 22, § 1º, I, do Decreto n. 10.712/2021, previu que a implementação do programa de liberação de gás natural (*gas release*) deverá observar, dentre outras diretrizes, "a cessão da capacidade de transporte referente ao volume de gás liberado por meio do programa nos pontos relevantes do sistema de transporte, de forma simultânea à venda do gás natural, quando couber".[525]

---

[523] CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 16, de 24 de junho de 2019**. Estabelece diretrizes e aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural, e dá outras providências. Brasília: MME, 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-172805973. Acesso em: 4 jul. 2022.

[524] "2.2. A COMPROMISSÁRIA se compromete a indicar nos sistemas de transporte da NTS e da TAG quais são os volumes de injeção e retirada máxima em cada ponto de recebimento e zona de entrega, por área de concessão de cada companhia distribuidora local e consumos próprios, perante a ANP e os referidos transportadores, dentro dos limites de Quantidade Diária Contratada dos contratos de serviço de transporte atuais, eliminando flexibilidades e o congestionamento contratual hoje existentes, no prazo de até 90 (noventa dias) após a publicação da aprovação do presente Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. Caso, após a indicação supracitada, as transportadoras indicarem que deverão ser consideradas áreas distintas (subdivisão, por exemplo, da área de concessão de uma determinada companhia distribuidora local), a Petrobras deverá, em até 90 dias, ajustar sua indicação original." (MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública; CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Brasília, 8 de julho de 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2Ur8iByH-Nu4yvA1cv_9inRMOg4J1hcDMIohDGroONKELtnpkMU8Pfaq47IACp_3Fd9iD44arSE934kMfAu8z. Acesso em: 4 jul. 2022).

[525] BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

5.3.4.2.1.4 Remuneração do transportador

Outro aspecto relevante diz respeito à forma de remuneração do transportador autorizado com fundamento na Lei n. 9.478/1997. Desde a redação original da Lei n. 9.478/1997, a remuneração do transportador advém dos contratos de serviço de transporte firmados com os carregadores. O procedimento para oferta de tais contratos, a forma de estruturação do preço de acesso e a intensidade e o momento (*ex ante ou ex post*) de intervenção da ANP sobre os contratos é o que foi mudando ao longo do tempo.

Um aparte conceitual necessário antes de adentrar às especificidades do histórico é traçar a diferença entre a receita requerida do transportador e o preço de acesso ou tarifa cobrada.[526] A receita requerida, como o próprio nome sinaliza, corresponde ao montante demandando pelo transportador para remunerar seus investimentos e os custos operacionais incorridos para exploração da atividade. Há distintas formas de regulação da receita requerida,[527] com maior ou menor incentivo à eficiência do agente privado, a exemplo do serviço pelo custo, do *revenue cap* e de outras modalidades mais recentes que acomodam mais margem para inovação. O preço de acesso ou tarifa, por sua vez, é a representação unitária de tal receita requerida pela capacidade ao longo de um período de tempo. Por fim, outra confusão conceitual recorrente e que merece destaque é a distinção entre o preço de acesso/tarifa cobrada nos contratos de serviço de transporte e o valor da parcela de transporte nos contratos de compra e venda de molécula.[528] Pela Resolução ANP n. 52/2011, nos contratos de compra e venda de molécula na esfera de competência da União, caso envolvam a movimentação de gás pelo vendedor, o preço deverá ser apresentado de forma desagregada, em parcela do preço referente à molécula e parcela do preço relativa ao transporte. Tal imposição se dá no sentido de (i) tornar comparáveis os dois principais componentes do preço final, sobretudo para fins de comparar o valor cobrado pelos vendedores em relação à molécula; e (ii) assegurar que os valores cobrados a título de transporte representarão o mero repasse dos valores efetivamente pagos pelo vendedor nos contratos de serviço de transporte.

---

[526] Aqui, agradeço às valiosas lições de Miguel Vazquez, que me mostrou a relevância de tal diferenciação.

[527] Dada a existência de vasta literatura econômica sobre o tema e o objeto do estudo em curso, não cabe explorar, nesta seção, os diferentes modelos possíveis.

[528] O objeto da Consulta Pública ANP n. 14/2016, por exemplo, referia-se a formas de cálculo distintas da parcela de transporte cobrada pela Petrobras nos contratos de compra e venda de molécula. Tendo em vista o papel de incumbente da Petrobras e o fato de ser o carregador quase exclusivo de toda a malha interligada de transporte – à época da Consulta Pública o carregador exclusivo – o cálculo feito *interna corporis* pela Petrobras em muito se assemelhava a um processo de cálculo tarifário (como o que deverá passar a ocorrer com o desenvolvimento do mercado e com a criação futura de uma área de mercado única), mas não deve ser com ele confundido, ao menos em termos jurídicos.

Desse modo, apesar da correlação entre os três conceitos, estes são grandezas distintas, com maior ou menor nível de desagregação, e não podem ser confundidos.

Sob a Lei n. 9.478/1997 e com a Portaria ANP n. 170/1998, como já referido na subseção anterior, tendo em vista o modelo de desverticalização jurídica adotado, a utilização de capacidade, mesmo entre agentes do grupo econômico, deveria ser formalizada por meio de contratos. Caso o proprietário da infraestrutura e o usuário não chegassem a um acordo sobre o preço de acesso/tarifa, a ANP poderia ser chamada a fixá-lo. Além disso, mesmo se as partes chegassem a um acordo, a Agência detinha competência para avaliar se o preço acordado era compatível com o mercado.

Com a edição da Resolução ANP n. 29/2005, foram estabelecidas diretrizes genéricas para fixação da receita do transportador e tarifa a ser divulgada a mercado. Tais informações eram meramente comunicadas *ex ante* à ANP e, até a edição da Lei n. 11.909/2009, não eram objeto de aprovação prévia pela Agência. Sobre a receita, a Resolução ANP n. 29/2005 previa tão somente que deveria refletir "os custos da prestação eficiente do serviço".[529] Em relação à tarifa, já previam que (i) a divisão da receita requerida entre os carregadores – a formação da tarifa – deveria levar em consideração os determinantes de custo, a exemplo da distância entre os pontos de recepção e entrega, o volume e o prazo de contratação; e (ii) para o serviço firme, esta deveria ser estruturada, no mínimo, com base nos encargos de capacidade de entrada, de saída, de transporte e de movimentação.[530] Não havia parâmetros sobre a forma de avaliação da base regulatória de ativos, as composições de custos operacionais recuperáveis, o prazo de depreciação dos investimentos, a metodologia de cálculo do retorno esperado e a periodicidade de reajuste ou revisão. Tais questões, na maioria das vezes, eram definidas de forma implícita nos contratos de serviço de transporte. Implícita porque, para fins de contrato, não ficavam expressamente previstos os parâmetros utilizados pelo transportador para chegar à tarifa consignada em contrato.

Em relação às autorizações outorgadas sob o fundamento exclusivo da Lei n. 9.478/1997, a Lei n. 11.909/2009 assegurou a preservação "[d]as tarifas de transporte e [d]os

---

[529] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 29, de 14 de outubro de 2005**. Estabelece os critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural. Brasília: ANS, 2005c. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101584. Acesso em: 29 jun. 2022.

[530] A premissa de capacidade utilizada para cálculo tarifário é fundamental para sinalizar qual é o risco de demanda assumido pelo transportador. Se a divisão for estática, divisível por toda a capacidade de transporte, e não houver reconciliação de receitas, significará dizer que o risco de demanda foi transferido para o transportador. Caso a divisão considere apenas a demanda contratada, significará dizer que o risco de demanda foi transferido para os carregadores.

critérios de revisão já definidos até a data da publicação desta Lei".[531] Como já referido, o alcance desta proteção foi discutido pela ANP e consignou-se que significava a preservação dos contratos de serviço de transporte já firmados e da remuneração associada a tais contratos. Contratos firmados após a vigência da Lei n. 11.909/2009 deveriam ter a remuneração associada proposta pelo transportador submetida ao escrutínio prévio da Agência.

Diante de tal diretriz de aprovação prévia da tarifa pela ANP, trazida pela Lei n. 11.909/2009, foi aprovada a Resolução ANP n. 15/2014, que substituiu a de n. 29/2005. Em comparação à norma anterior, a Resolução ANP n. 15/2014 passou a fixar critérios mais detalhados sobre os parâmetros a serem utilizados para cálculo da receita máxima permitida do transportador, com diretrizes gerais sobre a metodologia a ser adotada para avaliação da base regulatória de ativos, o critério a ser utilizado para definição do prazo de depreciação dos ativos e sobre a estrutura de capital a ser adotada para fins de cálculo do retorno esperado. Apesar de ser mais detalhada que sua antecessora, por essa Resolução o transportador deverá apresentar sua proposta segundo os critérios gerais fixados na norma, sem que haja uma descrição objetiva do que será efetivamente aceito pela Agência. Para tanto, é necessário observar os critérios adotados pela ANP nos processos de aprovação tarifária que já foram submetidos à sua aprovação.

A Lei n. 14.134/2021, por fim, atribuiu competência à ANP para estipular a receita máxima permitida de transporte – inclusive seus critérios de reajuste, revisão periódica e de revisão extraordinária. A proposta de remuneração deverá ser feita pelo transportador e submetida à aprovação da Agência, devendo ser realizada consulta pública para discussão com o mercado. Ademais, o gestor de área de mercado – até então não constituído – deverá submeter à aprovação da ANP os códigos comuns de rede, dentre os quais se inserem o código de rede de receita/tarifas e o código de capacidade.[532]

Feitas tais considerações sobre a autorização outorgada com fundamento original na Lei n. 9.478/1997, passa-se a examinar, para fins de relato histórico e comparativo, as escolhas legislativas feitas em relação aos títulos inaugurados pela Lei n. 11.909/2009. Diz-se para fins históricos porque tais títulos não chegaram a ser efetivamente outorgados e, em relação ao transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo), a incidência prática da Lei

---

[531] BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

[532] A existência de regras claras para definição da capacidade é relevante para que possa ser feita uma determinação precisa da tarifa, pois é necessária uma definição prévia de produto antes de precificá-lo.

n. 11.909/2009 acabou ocorrendo mais em relação à classificação dutoviária e às modificações feitas nas regras aplicáveis às autorizações existentes (e seus desdobramentos), como foi analisado na Seção 2 e nesta subseção, respectivamente.

5.3.4.2.2 Autorização e concessão na Lei n. 11.909/2009

A Lei n. 11.909/2009 trazia disposições sobre três grupos distintos de outorgas para exploração da atividade de transporte dutoviário (em sentido estrito) de gás natural: (i) a concessão, regra aplicável à generalidade dos casos de expansão da malha, com exceção dos dutos resultantes de acordos internacionais e das ampliações vinculadas a autorizações outorgadas sob a Lei n. 9.478/1997; (ii) as autorizações de dutos resultantes de acordos internacionais; e (iii) as "autorizações existentes", que compreendiam (a) as autorizações já concedidas sob a vigência exclusiva da Lei n. 11.909/2009, (b) os empreendimentos em processo de licenciamento ambiental que, em 5 de março de 2009, ainda não tivessem sido autorizados pela ANP e (c) as autorizações para as respectivas ampliações, que deveriam ser feitas sob o mesmo regime da instalação ampliada.[533]

Além disso, nos termos do art. 43 do Decreto n. 7.382/2010, a ampliação de capacidade de dutos existentes (i) será autorizada, nos termos da regulação estabelecida pela ANP; (ii) será precedida de chamada pública; e (iii) o transportador detentor da autorização do duto existente terá preferência para realizar a ampliação.

---

[533] Conforme sistematização prevista no art. 4º do Decreto n. 7.382/2010:
"Art. 4º 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.
§1º Aplicar-se-á o regime de autorização de que trata o inciso II, observado o disposto no § 2º do art. 41, nos seguintes casos:
I - aos gasodutos de transporte que envolvam acordos internacionais, conforme definidos pelo Ministério de Minas e Energia;
II - aos gasodutos existentes, em 5 de março de 2009;
III - aos gasodutos que, em 5 de março de 2009, tenham atendido às seguintes condições:
a) estejam autorizados pela ANP e ainda não tenham sido construídos; ou
b) tenham iniciado o processo de licenciamento ambiental, mas ainda não estejam autorizados pela ANP;
IV - às ampliações dos gasodutos previstos nos incisos I, II e III.
§ 2º Aplicar-se-á o regime de concessão aos demais gasodutos de transporte e suas ampliações.
§3º A sociedade ou consórcio, concessionário ou autorizado para o exercício da atividade de transporte de gás natural somente poderá 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, construção e operação de terminais." (BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022).

Vale destacar ainda que o art. 72 do Decreto n. 7.382/10 estabelecia a competência da ANP para regulamentar o que caracteriza como "ampliação de capacidade de transporte". A *contrario sensu*, portanto, para distinguir a ampliação da construção de novo gasoduto de transporte sujeito ao regime de concessão pela Lei n. 11.909/09. Ao regulamentar a questão por meio da Resolução ANP n. 37/2013, a Agência estabeleceu a distinção entre (i) ampliação e (ii) extensão.[534] A finalidade da distinção é tão somente dispensar a realização de chamada pública em caso de extensão. A ampliação foi definida pelo art. 4º, II, dessa Resolução. Em concreto, as hipóteses de ampliação, contudo, não foram taxativamente definidas. Seu art. 7º tão somente arrola situações que deverão ser analisadas pela ANP para fins de verificar se houve ou não aumento da capacidade de transporte. Portanto, contudo a classificação de uma nova instalação como extensão não representasse um regime de outorga específico, é relevante sublinhar a existência dessa previsão dada a atração de um procedimento distinto para contratação de capacidade.

Em relação às autorizações existentes, as considerações a respeito de seu conteúdo jurídico – inclusive com as alterações promovidas pela Lei n. 11.909/2009 e pela Lei n. 14.134/2021, foram feitas na seção anterior, razão pela qual não serão objeto desta. Consoante já alertado originalmente, os dois outros modelos, a concessão e a autorização de dutos resultantes de acordos internacionais, serão analisadas nesta seção apenas a título histórico, pois não chegaram a ser efetivamente aplicados durante o período de vigência da Lei n. 11.909/2009.

Com a edição da Lei n. 11.909/2009 foi empreendida uma mudança radical de paradigma em relação à norma anterior no sentido de que, para a construção de novos dutos, a compatibilidade com uma visão oficial da política energética nacional passou a ser central no processo de outorga, fosse pela necessidade de aderência ao planejamento centralizado da expansão ou pelo pré-requisito de um acordo internacional que justificasse a aplicação de um processo simplificado de outorga. Os requisitos da Lei n. 9.478/1997, embora não tenham sido revogados para o gás natural, passaram a ser diretrizes interpretativas para a Lei n. 11.909/2009, tendo em vista que a então nova lei dispunha de previsões mais específicas para os gasodutos de transporte.

A propositura de construção de novos gasodutos passou à competência do Ministério de Minas e Energia, por iniciativa própria ou provocação de terceiros, mediante a elaboração

---

[534] ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 37, de 4 de outubro de 2013**. Brasília: ANP, 2013d. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-37-2013-. Acesso em: 4 jul. 2022.

do Plano Decenal de Expansão da Malha de Transporte Dutoviário do País, que ter periodicidade anual, preferencialmente. O Plano Decenal deveria ser elaborado com base em estudos de expansão da malha dutoviária desenvolvido pela Empresa de Pesquisa Energética, que compreenderiam, dentre outras informações, propostas de traçado, estimativas de investimentos e localização de pontos de entrega e poderiam se valer de informações requisitadas ao mercado para estimar demanda. Ao propor a construção de novos dutos, o MME deveria determinar o regime de outorga aplicável, se concessão ou autorização (sob os diferentes fundamentos, conforme previsto no art. 4º, § 1º, do Decreto n. 7.382/2010).

Exercendo essa atribuição, através da Portaria MME n. 317/2020, o Ministério de Minas e Energia propôs a construção do gasoduto Itaboraí-Guapimirim, motivado por provocação feita pela Petrobras. Foi classificado como gasoduto novo e enquadrado sob o regime de concessão precedido de licitação – a única instalação classificada dessa forma. O processo de licitação jamais foi concluído e, em 2020, o gasoduto foi reclassificado como ampliação de gasoduto existente pela Portaria MME n. 455/2020 e teve o regime de outorga alterado para autorização.

A outorga de autorização ou a licitação para concessão deveriam precedidas de chamada pública promovida, direta ou indiretamente, pela ANP, para contratação da capacidade pelos carregadores, por meio da qual deveria ser dimensionada, também, a capacidade da instalação de transporte a ser construída, podendo o MME determinar a implantação de capacidade superior à demonstração de interesse dos carregadores com a especificação dos respectivos instrumentos econômicos necessários à sua viabilização. A tarifa aplicável deveria ser definida de forma iterativa no processo de chamada pública, de acordo com a variação de demanda identificada. Ao final do processo, os carregadores interessados deveriam assinar termos de compromisso vinculantes, se obrigando à contratação da capacidade.

Para os gasodutos a serem outorgados sob o regime de concessão, deveria então ser realizada licitação para contratação do transportador interessado em construir e operar a instalação de transporte, a ser selecionado pelo critério de menor receita requerida anual.

Apesar de o procedimento para outorga ser distinto do previsto no modelo anterior, em termos conceituais a forma de remuneração do transportador não foi alterada, pois continuou essencialmente atrelada aos contratos de serviço de transporte. Como já destacado anteriormente, a principal diferença se deu em relação ao momento (que passou a ter sua conformidade aferida ser *ex ante*) e à profundidade de incidência da regulação (que passou a

ser substancialmente mais detalhada, tanto na lei – em sentido estrito – quanto em sua regulamentação infralegal).

5.3.4.2.2.1 Desverticalização

Aos gasodutos concedidos e aos gasodutos autorizados objeto de acordo internacional se aplicavam as regras já referidas na Subseção 5.3.4.2.1.1, fundamentalmente aquelas previstas no art. 3º, § 3º, da Lei n. 11.909/2009 e na Resolução ANP n. 51/2013.

5.3.4.2.2.2 Objeto da outorga

O objeto dos diferentes modelos de outorga previstos na Lei n. 11.909/2009 não chegou a ser efetivamente delimitado ou mesmo problematizado, tendo em vista que as únicas outorgas autorizadas sob a vigência da Lei foram autorizações de ampliação, conforme já sublinhado. Pelos termos gerais da Lei n. 11.909/2009 e do Decreto n. 7.382/2010, assim como pela redação da minuta de edital para licitação da concessão do gasoduto Itaboraí-Guapimirim-Gasig submetida a consulta pública, o objeto da outorga da concessão e da autorização de gasodutos resultantes de acordos internacionais continuava sendo a construção e operação de determinada instalação de transporte e, portanto, uma outorga "duto-a-duto".

Para as concessões, a Lei n. 11.909/2009 previa o prazo de 30 anos, prorrogáveis por igual período, nos termos do contrato de concessão. A prorrogação deveria ser requerida pelo concessionário no prazo de até 12 meses antes do término do prazo original do contrato, devendo a ANP se pronunciar em até três meses após o requerimento, sendo o MME competente para deliberar sobre a prorrogação ou não do prazo da concessão. Caso opinasse pela prorrogação da concessão, a ANP deveria encaminhar o processo ao MME, com a indicação da modelagem econômica a ser adotada (se com manutenção da receita e pagamento de bônus ou com redução da receita) e o novo prazo de vigência da concessão – que, preferencialmente, deveria coincidir com o prazo remanescente de eventual concessão de ampliação, se existente. O mesmo prazo de manifestação prévia pelo titular da outorga era previsto para as autorizações vinculadas a acordos internacionais, assim como a possibilidade de prorrogação. No caso dessas autorizações, a Lei e o respectivo Decreto apenas não deixavam claro o procedimento porventura necessário, como feito em relação à concessão, atendo-se a prever que poderiam ser prorrogadas nos termos previstos no ato autorizativo e na legislação.

Assim como o fez para as autorizações existentes, a Lei n. 11.909/2009 estabeleceu que, quando da extinção da concessão e das autorizações vinculadas a acordos internacionais, os bens vinculados à exploração da atividade de transporte seriam incorporados ao patrimônio da União, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro. Como já afirmado anteriormente, apesar de ter o mesmo racional econômico, não se tratava de uma reversão de bens na forma da Lei n. 8.987/1995, mas de uma desapropriação já anunciada previamente à outorga, inclusive com a previsão de indenização prévia e em dinheiro. Além da determinação de um prazo de outorga e da previsão de desapropriação dos bens quando da extinção da outorga, a Lei n. 11.909/2009 também passou a prever expressamente a obrigação de descomissionamento das instalações que não tenham sido incorporadas ao patrimônio da União.

A ora Lei do Gás e o respectivo Decreto regulamentar também fixavam que competia ao MME, ouvida a ANP, determinar o período de exclusividade dos carregadores iniciais, cuja contratação de capacidade tenha viabilizado a construção do gasoduto, com a observância das seguintes diretrizes: (i) o prazo de exclusividade não poderia ser superior a 10 anos; (ii) deveria considerar o nível de desenvolvimento do mercado a ser atendido; e (iii) poderia ser variável em função do resultado da chamada pública. A exclusividade seria extinta caso fosse alcançada a máxima utilização de capacidade, nos mesmos termos observados nesta seção para as autorizações existentes à época da publicação da Lei n. 11.909/2009. Ademais, o art. 11 do Decreto n. 7.382/2010 também previa a possibilidade de extinção da exclusividade pela ANP em caso de condenação por prática anticompetitiva pela autoridade antitruste.

Para a ampliação de gasodutos concedidos, a Lei n. 11.909/2009 assegurava ao transportador que estivesse tendo sua instalação ampliada e que tivesse participado da licitação o direito de cobrir a proposta mais vantajosa (um *right to match*). Caso este não tivesse participado da licitação, lhe era assegurado o direito de preferência para operação da instalação, mediante o pagamento de tarifa de operação e manutenção. Se não fosse exercido o direito de preferência, os titulares da concessão original e da concessão de ampliação deveriam se coordenar para a operação do duto, nos termos da regulação da ANP.

5.3.4.2.2.3 Acesso de terceiros

Aos gasodutos concedidos e autorizados em função de acordo internacional aplicam-se as regras de acesso de terceiros já analisadas na Subseção 5.3.4.2.1.3. Como lá destacado, as

principais diferenças inauguradas sob o regime da Lei n. 11.909/2009 nesse tocante foram a fixação de um regime de acesso regulado (em oposição ao acesso negociado do marco normativo anterior)[535] e o estabelecimento de um período de *access holiday* (as regras de determinação e extinção da exclusividade).

5.3.4.2.2.4 Remuneração do transportador

As regras relativas à forma de remuneração do transportador também seguem aquelas comentadas na Subseção 5.3.4.2.1.4, aplicáveis aos contratos de serviço de transporte dutoviário firmados após 5 de março de 2009. Consoante destacado, a estrutura conceitual de remuneração do transportador sob a concessão e sob as diferentes autorizações da Lei n. 11.909/2009 não era diferente, todas essencialmente dependentes do *matchmaking* centralizado entre oferta e demanda e sob regras de aprovação prévia pela ANP da receita requerida do transportador. Assim, todo o histórico de aplicação prática das regras de remuneração do transportador se deram em relação a contratos de serviço de transporte de gás natural firmados após 5 de março de 2009, havendo, adicionalmente, apenas o caso em consulta pública do gasoduto Itaboraí-Guapimirim-Gasig, que corresponde a uma autorização de ampliação de gasoduto autorizado existente.

5.3.4.2.3 Autorização na Lei n. 14.134/2021

Por fim, chega-se à autorização instituída pela Lei n. 14.134/2021. A opção da autorização como título de outorga e de algumas de suas características (sobretudo a retirada do prazo de vigência – com o retorno da qualificação das hipóteses de revogação – e a revogação da previsão de que os bens passariam ao patrimônio da União ao final do prazo da autorização) tiveram por pano de fundo uma compreensão (ou uma percepção) de que o regime da Lei n. 9.478/1997, por ser mais flexível, fora mais exitoso em promover a expansão da malha dutoviário do que o regime da Lei n. 11.909/2009, mais engessado.

Contudo se concorde com a visão de que regras mais flexíveis podem ser benéficas ao desenvolvimento do mercado, discorda-se que categorias jurídicas sejam dotadas de tal

[535] Em relação à contratação de capacidade firme, contudo, como já referido, após a edição da Resolução ANP n. 27/2005, passou a ser obrigatória a realização de chamada pública, o CPAC. Portanto, apesar de o regime de acesso regulado ter sido legalmente previsto apenas na Lei n. 11.909/2009 e de ter passado a ser substancialmente mais regulado sob essa norma, este já vinha sendo conceitualmente aplicado pelo marco infralegal instituído pela ANP.

metafísica: o que levou à realização de investimentos em um modelo, e não no outro, foi menos o título jurídico habilitante – autorização ou concessão – e mais (i) as condições fáticas existentes no mercado naquele momento e (ii) como as regras viabilizavam ou não o financiamento de novas infraestruturas sob tal conjuntura. Com isso, não se está defendendo que o modelo de concessão deveria ter sido mantido, mas tão somente que não são as classificações jurídicas em abstrato que geram esse ou aquele incentivo, mas seu detalhamento legal e infralegal. Portanto, mesmo após a edição da Lei n. 14.134/2021, continua sendo importante prever regras claras e minimamente sistematizadas para que se viabilize a expansão da malha de transporte dutoviário do País.

Entende-se que, sob o regime da Lei n. 9.478/1997, a construção de novos dutos foi viabilizada fundamentalmente porque a posição de monopolista de fato da Petrobras permitia a coordenação privada entre oferta e demanda por capacidade e viabilizava o repasse dos custos de transporte para o preço de gás. As regras vigentes não restringiam que a garantia de *offtake* do projeto – e, em consequência, de recebíveis do projeto – fosse feita por meio de contratos entre partes relacionadas. A única exigência, como já visto, era que tal demanda fosse formalizada por meio de contratos, tendo em vista a regra de *unbundling* existente. Em outros termos, a regra acomodava bem a posição de um monopolista. Com a vigência da Lei n. 11.909/2009, essa coordenação entre oferta e demanda passou a ocorrer de forma centralizada (por meio da realização prévia de chamada pública)[536] e sob a nova regra de desverticalização prevista pela Resolução ANP n. 51/2013, que vedava que o mesmo grupo econômico estivesse na posição de transportador e carregador em dado gasoduto. Tendo em vista que a Petrobras manteve-se como incumbente e não havia outros agentes com posição para contestar o seu mercado e comprar capacidade no longo prazo em escala suficiente a viabilizar a construção de um gasoduto, tivessem as licitações ido em frente elas provavelmente só teriam tido êxito caso ela tivesse escolhido a posição de carregadora e, ao menos inicialmente, os transportadores não Petrobras escolhidos teriam um esforço relevante de coordenação com as transportadoras desse grupo. O resultado provavelmente teria sido o oposto do esperado, portanto, gerando entrada relevante apenas na posição de transportador e mantendo-se a dominância de fato do incumbente na posição de carregador, perpetuando as barreiras à entrada que inviabilizavam a penetração de outros ofertantes no mercado com capacidade de efetivamente competir com a Petrobras.

[536] Neste ponto, vale destacar que, apesar de após a Resolução ANP n. 27/2005 a oferta de capacidade firme dever ser feita a partir de concurso público de alocação de capacidade, este não era parte de um processo centralizado de planejamento da expansão ou de escolha do transportador.

Com todas as medidas de abertura de mercado que vêm sendo tomadas desde o Gás Para Crescer, que culminaram na edição da Lei n. 14.134/2021, é esperado que haja, em um futuro próximo, o efetivo acesso de outros carregadores à malha de transporte dutoviário de gás natural e a criação de regras de mercado que facilitem as trocas em longo e curto prazo, tornando o mercado mais dinâmico e líquido. Até o momento, as operações de compra e venda de gás já consumadas na malha de transporte de gás ainda estão sensivelmente atreladas aos aspectos físicos da transação: é necessário saber *ex ante* a origem da injeção de gás combinada com o destino da retirada do gás e ter segurança de que todas as etapas de operação vão funcionar (pois, em caso de *default* em qualquer etapa da operação, o risco ainda é de déficit do gás, e não de exposição ao preço de curto prazo de molécula e capacidade). Para que esse gargalo seja destravado, é fundamental que as condições operacionais e comerciais de acesso à rede de transporte estejam claras, sejam de fácil manejo e haja uma coordenação eficiente em relação ao uso da rede (planejamento, alocação de capacidade, cálculo tarifário), sob pena de o crescimento do mercado ocorrer de forma tímida e em ilhas (isoladas da malha de transporte dutoviário, seja pela adoção de outros modais, seja pela adoção de soluções individuais de rede).

Feita essa contextualização, passa-se a analisar propriamente o modelo de autorização para exploração da atividade de transporte dutoviário trazido pela Lei n. 14.134/2021. Comparando-se tal modelo com seus antecessores, observa-se que este é uma espécie de híbrido entre a autorização da Lei n. 9.478/1997 com a concessão da Lei n. 11.909/2009. Isso porque, como já dito, por um lado, inspirou-se na Lei n. 9.478/1997 para adotar um modelo de outorga sem prazo (passando a prever em lei as hipóteses de revogação) e sem previsão de incorporação de bens ao patrimônio da União quando do final do prazo da outorga. Por outro lado, assim como feito pela Lei n. 11.909/2009, prevê que, via de regra, a outorga de novas autorizações integrantes do sistema de transporte deve (i) ser compatível com o planejamento centralizado da expansão feito pelos gestores de área de mercado e aprovado pela ANP ou (ii) partir da necessidade de expansão identificada pela ANP sem a provocação do gestor de área de mercado. Adicionalmente a tais hipóteses ordinárias de expansão da malha de transporte, (i) mantém-se a previsão da Lei n. 9.478/1997 de reclassificação de instalação de transferência em instalação de transporte e (ii) adiciona-se a possibilidade de que instalações classificadas como transporte, mas não integrantes do sistema, passem a ser integrantes do sistema. Como já assinalado, ainda não está claro (i) quais serão os critérios para integrar ou não o sistema de transporte e (ii) no que consistirá integrá-lo ou não.

No que diz respeito ao procedimento para outorga, a Lei n. 14.134/2021 e o Decreto n. 10.712/2021 fixaram que o processo de outorga de autorização para construção de novos gasodutos deverá ser eficiente e célere e, em caso de atendimento de novos mercados,[537] deverá prever período de contestação. Caso haja mais de um transportador interessado na construção, deverá ser realizado processo seletivo público. O procedimento, em termos macro, foi inspirado por aquele previsto pela Lei n. 12.815/2013 para a outorga de autorizações para exploração de terminais de uso privado.[538] Ademais, assim como previsto na Lei n. 11.909/2009, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 14.134/2021, a outorga de autorização para construção ou ampliação de instalação de transporte deverá ser precedida de chamada pública, nos termos da regulação da ANP.

5.3.4.2.3.1 Desverticalização

Como já referido acima, a Lei n. 14.134/2021 determinou que os transportadores devem exercer a atividade de transporte com independência e autonomia em relação aos agentes que exerçam atividades concorrenciais da indústria de gás natural, estas definidas como aquelas de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural. Como regra, adotou os modelos de *ownership unbundling* e de *functional unbundling*, proibindo (i) relação societária direta ou indireta de controle ou de coligação 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; e (ii) os responsáveis pela escolha de membros do conselho de administração ou da diretoria ou de representante legal de empresas que atuem nas atividades concorrenciais ter acesso a informações concorrencialmente sensíveis ou exercer o poder para designar ou o direito a voto para eleger membros do conselho de administração ou da diretoria ou representante legal do transportador.

---

[537] Conforme já destacado, este foi o critério adotado para revisão do enquadramento do Itaboraí-Guapimirim-Gasig como construção de novo gasoduto (e submissão ao regime de concessão) para ampliação (e submissão ao regime de outorga da instalação ampliada, autorização).

[538] BRASIL. **Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

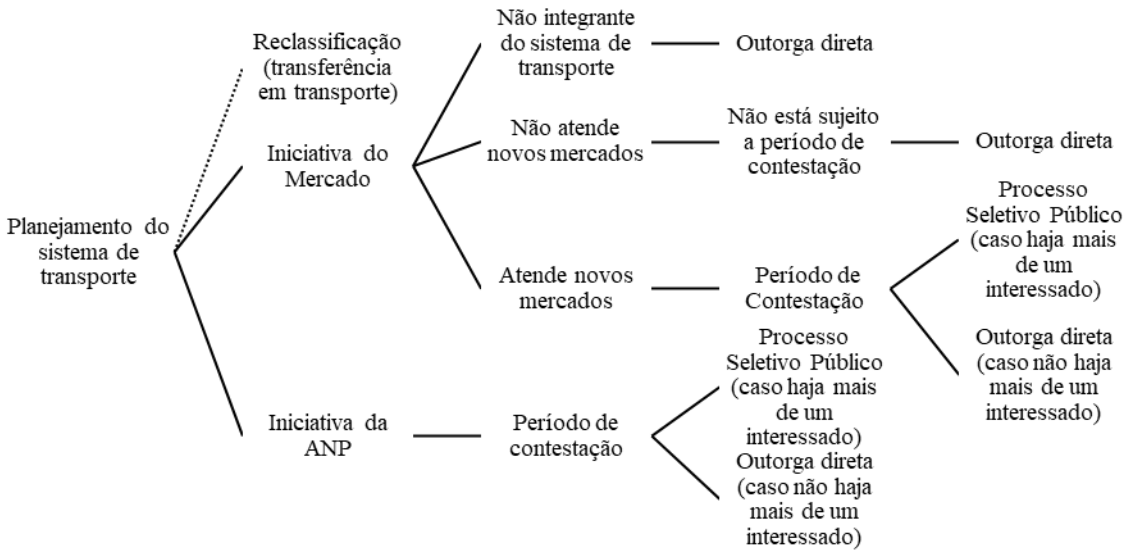
Como regra de transição, o art. 5º, §§ 3º e 4º da Lei n. 14.134/2021, possibilitou aos transportadores que, em 9 de abril de 2021, não atendessem aos critérios de independência do *onwership* e do *functional unbundling*, submeterem-se à certificação de independência nos termos da regulação da ANP. Tal certificação terá validade máxima até 4 de março de 2039 e deverá ser emitida até 8 de abril de 2024 ou em até dois anos após a publicação da regulação da ANP sobre o tema, o que ocorrer por último. Conforme previsto no art. 25 do Decreto n. 10.712/2021, a ANP poderá credenciar entidades para certificar o enquadramento dos transportadores nos critérios de autonomia e independência e tais valores poderão ser repassados à tarifa de transporte mediante prévia aprovação da Agência.

5.3.4.2.3.2 Objeto da outorga

Nos termos do art. 4º da Lei n. 14.134/2021, a autorização para exercício da atividade de transporte envolve a construção, ampliação, a operação e a manutenção das instalações.

Em relação ao previsto na Lei n. 11.909/2009, a Lei n. 14.134/2021 adotou um modelo menos rígido de planejamento centralizado do sistema de transporte. Mais concretamente, analisando-se as disposições dessa Lei e as do Decreto n. 10.712/2021 de forma sistemática, propõe-se o processo de planejamento do sistema de transporte de acordo com a seguinte leitura:

Figura 4 – Planejamento do sistema de transporte



Fonte: Dados da pesquisa.

Como se vê, defende-se haver dois grandes eixos de planejamento do sistema de transporte: (i) aquele das instalações propostas pelo mercado; e (ii) aquele das instalações propostas pela ANP. Além disso, há uma hipótese *ad hoc* de incorporação de instalações ao sistema de transporte de gás natural extra planejamento, no caso de reclassificação de dutos de transferência em dutos de transporte. As instalações propostas pelo mercado subdividem-se em três subcasos: (a) as não integrantes do sistema de transporte; (b) as integrantes do sistema de transporte que não atendem novos mercados; e (c) as integrantes do sistema de transporte que atendem novos mercados. Entende-se que as instalações não integrantes do sistema de transporte deveriam ficar sujeitas a um processo de outorga direta, sem necessária verificação de compatibilidade com o planejamento coordenado ou realização de período de contestação, a exemplo do atualmente previsto na Resolução ANP n. 52/2015. As instalações que integram o sistema de transporte, tenham sido propostas pelo mercado e incorporadas aos planos coordenados submetidos pelo gestor de área de mercado estão, via de regra, sujeitas à abertura de período de contestação para identificação de potenciais interessados na construção e operação da instalação proposta. Caso haja mais de um interessado, deverá ser promovido processo seletivo público para seleção do transportador. A exceção à realização de processo seletivo público atualmente prevista é tão somente para instalações integrantes do sistema que não atendam a novos mercados. Além disso, as instalações integrantes do sistema cuja necessidade tenha sido identificada pela ANP e não incorporada aos planos coordenados também estão sujeitas à abertura mandatória de período de contestação e subsequente processo seletivo público, se aplicável.

Em outros termos, portanto, a necessidade de compatibilidade com o planejamento centralizado da expansão dependerá da classificação em integrante ou não do sistema de transporte. Como já mencionado, o significado de instalações não integrantes do sistema de transporte ainda não está definido e será necessário regulamentá-lo, como já destacado. Possivelmente, envolverá um *waiver* total ou parcial de aplicação das regras incidentes sobre as instalações classificadas como integrantes do sistema (por exemplo em relação à aplicação das regras de desverticalização, forma de alocação de capacidade, integração de ativos à base regulatória das transportadoras e composição de receita máxima permitida, participação na determinação do cálculo tarifário, etc.). Ademais, a depender de como for definida a instalação não integrante do sistema de transporte, é possível que haja outorga de autorizações para construção de dutos em concorrência, mesmo sem que haja demonstração de demanda ou de um interesse sistêmico na construção da instalação.

Ainda, pelo disposto na Lei n. 14.134/2021 e no Decreto n. 10.712/2021, observa-se que um dos pontos indefinidos pela legislação e que merece atenção da regulamentação diz respeito à relação do transportador existente com a ampliação de suas instalações. Como já sublinhado, sob o regime da Lei n. 11.909/2009, os transportadores autorizados passaram a ter preferência para ampliação de suas instalações. Sob o modelo vigente, além de não haver uma previsão integralmente equivalente – tendo em vista que, pelo disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei n. 14.134/2021, apenas existiria em caso de instalações cuja necessidade tenha sido identificada pela ANP fora dos planos coordenados –, há diferentes formas de desenvolvimento do processo de expansão da malha e subcategorias de enquadramento dos gasodutos de transporte (cf. acima), o que demandará que a regulamentação se pronuncie sobre a existência e a extensão do direito de preferência nos diferentes cenários. O transportador cuja instalação está sendo ampliada tem a obrigação de realizar a ampliação ou apenas um direito de preferência? Nos casos de instalações que não atendam novos mercados e não estão sujeitas a período de contestação, é prerrogativa ou obrigação do transportador cuja instalação está sendo ampliada construir a instalação? Se for uma prerrogativa, é renunciável? Haveria preferência também nos casos de expansão por iniciativa do mercado ou dada a previsão legal expressa apenas no art. 12, parágrafo único, estaria restrita a tais hipóteses?

Todas essas questões ainda não foram objeto de uma reflexão e deliberação setorial consistentes e precisarão ser enfrentadas. Além disso, é importante que a outorga em si passe a ter previsões mais detalhadas sobre os direitos e obrigações que aquele título significam para seu titular, sob pena de uma constante insegurança jurídica para o mercado (tanto do ponto de vista dos transportadores quanto dos carregadores) em relação ao que é exigível ou não.

Em relação ao prazo da outorga, retomou-se o modelo da Lei n. 9.478/1997, não mais estipulando prazo para o título, mas passando a prever em lei as hipóteses de revogação da outorga. Consoante já sublinhado, o art. 10 da Lei n. 14.134/2021 qualificou como hipóteses de revogação da autorização para transporte de gás (i) liquidação ou falência homologada ou decretada; (ii) requerimento da empresa autorizada; (iii) desativação completa e definitiva da instalação de transporte; (iv) descumprimento, de forma grave, das obrigações fixadas na Lei n. 14.134/2021, na regulação aplicável nos contratos de serviços de transporte, nos termos da regulação da ANP; e (v) inobservância dos requisitos de independência e autonomia estabelecidos na Lei n. 14.134/2021 e na regulação aplicável. Foi também revogada a

previsão de incorporação, ao patrimônio da União, dos bens utilizados na prestação do serviço de transporte.

5.3.4.2.3.3 Acesso de terceiros

Continua vigente o art. 58 da Lei n. 9.478/1997, que assegura o livre acesso às instalações de transporte dutoviário de gás natural, mediante remuneração ao titular das instalações. Não existe mais a previsão de regras de exclusividade para as instalações integrantes do sistema de transporte para o carregador inicial, sendo permitida, portanto, também a interconexão com as instalações autorizadas ou sua ampliação. É permitido à ANP fixar período de não incidência do acesso obrigatório de terceiros apenas para os gasodutos que não integrem o sistema de transporte. Assim como sob a Lei n. 11.909/2009, o modelo continua sendo de acesso regulado, sob regras previamente definidas pela ANP.

A Lei n. 14.134/2021 previu que a contratação de capacidade deve se dar mediante contratos padronizados previamente aprovados pela ANP para oferta de produtos de entrada e saída.

Em linhas gerais, o modelo de contratação de capacidade por entrada e saída[539] consiste na oferta de produtos desagregados de capacidade que conferirão o direito de injetar (entrada) e de retirar (saída) certa quantidade de energia em determinado ou em determinados pontos de uma área de mercado, a depender das regras de alocação de cada produto. Com o desenvolvimento do mercado, é provável que venham a ser ofertados produtos com diferentes regras de flexibilidade de alocação e de interconexão entre as áreas de mercado (até que seja criada, progressivamente, uma área única de mercado).

Neste ponto, é válido comentar que a direito de acesso de terceiros sob a Lei n. 14.134/2021[540] é mais do que o direito a uma instalação física de transporte de gás natural ou a um serviço de movimentação de gás estritamente considerado. Sob o atual marco normativo, o direito de acesso de terceiros ao sistema de transporte de gás natural é assegurado, na verdade, como o direito a acessar uma área de mercado na qual os agentes poderão realizar trocas e compensar seus desequilíbrios no ponto virtual de negociação.[541] Para que isso

[539] Que não se confunde com o modelo de estruturação tarifária por entrada e saída, necessariamente.

[540] Ainda que, no atual estágio da regulação, tal disposição seja ainda programática e não tenha gerado resultados concretos.

[541] Nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 11 do Decreto n. 10.712/2021:
"Art. 11. A ANP, em sua regulação, e os transportadores, no exercício da atividade de transporte, deverão assegurar aos carregadores acesso não discriminatório ao ponto virtual de negociação, de forma eficiente e transparente.

ocorra, contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido pela regulação e pelo mercado, para mais integração entre as camadas de troca de molécula e de capacidade (instrumental à realização da comercialização de molécula).

Um ponto ainda indefinido diz respeito à necessidade de realização de chamada pública em todos os casos de alocação de capacidade firme de transporte. Isso porque o art. 4º, § 2º, da Lei n. 14.134/2021 dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de chamada pública apenas nos casos de construção e ampliação de instalações de transporte; a definição de chamada pública foi construída como um instrumento de estimação de demanda, e não necessariamente de oferta de capacidade. Dentre outros aspectos, a questão envolverá um pronunciamento da ANP sobre ser a chamada pública o único processo de alocação não discriminatória de capacidade possível. Nesse contexto, adianta-se que podem ser previstos mecanismos distintos para resguardar a não discriminação e que, assim como observado em relação ao próprio processo de outorga, só faz sentido realizar efetivamente a chamada pública para alocação de capacidade caso o acesso de um carregador represente uma recusa de acesso a outro carregador interessado. Ademais, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei n. 14.134/2021, os mecanismos de *use-it-or-lose-it* são de adoção compulsória, o que resguarda a possibilidade de liberação de capacidade caso o contratante não a utilize por períodos prolongados.

Ainda sobre o direito de acesso à capacidade de transporte, é fundamental que a regulação defina, de forma clara e com relativa urgência, como serão endereçadas as situações de restrição de oferta de capacidade que não possam ser resolvidas com as regras de *use-it-or-lose it*, verificadas fundamentalmente nas situações em que há uma restrição física, atual ou futura, para oferta de capacidade. A questão deverá ser resolvida sempre pelo lado da demanda, com aferições de maior disposição a pagar ou alocação *pro rata* da capacidade? As alocações *pro rata* são alternativas viáveis e eficientes, tendo em vista que para algumas contratações não é possível solucionar o transporte por outra via? Haverá uma ordem de

---

§ 1º Para fins do disposto no *caput*, deverão ser adotados, sempre que necessários, mecanismos de eliminação de congestionamento contratual nos pontos de entrada e saída do sistema de transporte, em especial nos pontos de entrada referentes às instalações de injeção conectadas.
§ 2º Para a eliminação de congestionamento contratual, poderão ser adotadas medidas de cessão compulsória, temporária ou permanente, de capacidade de transporte cuja necessidade de uso de forma continuada não possa ser comprovada por seus contratantes, nos termos do § 2º do art. 18 e do inciso I do § 1º do art. 33 da Lei nº 14.134, de 2021, e da regulação da ANP).” (BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 29 jun. 2022).

prioridade no atendimento? Qual será a repercussão da constatação do gargalo do lado da oferta? O gargalo passará a ser parte do planejamento e resultará na expansão da malha? Se sim, em qual horizonte? Como será assegurada a financiabilidade da expansão? Caso o carregador necessite demonstrar acesso à capacidade de transporte em longo prazo (a exemplo do exigido nos leilões de energia do ambiente regulado) e não seja possível firmar contratos durante todo o período necessário, como será possível assegurar que haverá capacidade disponível quando da eventual recontratação? Aqui, retoma-se a análise feita na Seção 4 sobre os diferentes sistemas de organização de direitos patrimoniais, o *common carriage* e o *contract carriage*, e sublinha-se a importância de que as respostas a essas questões sejam dadas de forma coerente e com a necessária análise das diferentes alternativas e custos e benefícios associados.

5.3.4.2.3.4 Remuneração do transportador

Em relação à remuneração do transportador, a Lei n. 14.134/2021 mantém, a princípio, o conceito das duas normas anteriores, de que a contrapartida devida ao transportador é essencialmente associada aos contratos de serviço de transporte firmados.

Esta constatação pode soar como uma obviedade reiterada e, portanto, vale qualificá-la diferenciando-a da remuneração dos concessionários de serviço público de transmissão, por exemplo. No caso da transmissão, o que dá ao concessionário o direito a uma receita máxima permitida – a Receita Anual Permitida – é a própria concessão de serviço público e os contratos de uso da rede são meros instrumentos de coleta dessa receita, e não sua fonte originária. Exceto inadimplência, todo o risco de quantidade é alocado ao Poder Concedente, e não ao concessionário de transmissão, tendo em vista que seu papel na determinação da quantidade ofertada e sua liberdade comercial são extremamente restritos e regulados, como é típico dos modelos de *common carriage* (ver Seção 4). Em casos de variação conjuntural (crise econômica, pandemia, por exemplo) ou estrutural de demanda (*stranded assets*), o Poder Concedente é, em última instância, o garante da remuneração do concessionário e de eventual indenização devida por ativos não depreciados.

No caso do transporte de gás natural, o art. 9º da Lei n. 14.134/2021 estabelece que a aprovação da receita máxima permitida do transportador e das tarifas de transporte de gás natural deverão ser precedidas de consulta pública e que essa "receita não será, em nenhuma hipótese, garantida pela União". Apesar dessa previsão, vale destacar haver mecanismos disponíveis – alguns já utilizados nos contratos de serviço de transporte adotados pela ANP –

que conferem ao transportador mais segurança em relação à recuperação da receita esperada com o exercício da atividade, a exemplo da reconciliação de receitas e da utilização da demanda contratada como dado de entrada na definição da tarifa. Ademais, tal previsão não afasta a possibilidade de pleitear-se indenização pela prática eventual de regulações expropriatórias, tendo em vista que o direito de propriedade é constitucionalmente assegurado. Aqui há um desafio importante a ser endereçado para financiabilidade da expansão, pois, do ponto de vista econômico, os direitos estão organizados sob um modelo de *common carriage*, mas sob uma lógica jurídica de *contract carriage*. Para tornar financiável a expansão será necessário endereçar, de forma clara, qual é a matriz de risco para exercício da atividade de transporte e quais serão os instrumentos de mitigação daqueles que não possam ser privadamente mitigados pelos agentes, tendo em vista que a Lei n. 14.134/2021 adotou e a regulação vem adotando um modelo com significativa intervenção prévia sobre a atividade de transporte, com obrigação de desverticalização por grupo econômico (no qual a percepção de receita decorre exclusivamente de contratos firmados com contrapartes não relacionadas e o projeto deverá se viabilizar com receitas próprias, sob uma lógica de *project finance*) e restrições à oferta de capacidade em longo prazo e determinação de reserva de capacidade para oferta em curto prazo (não sendo possível fazer um *lock-in* de demanda e assegurar receita previamente à decisão de investimento). Observe-se que, com isso, não se está tirando mérito ou desconsiderando a necessidade de serem adotadas tais medidas, mas apenas ressaltando que elas vêm acompanhadas da fragilização dos direitos de propriedade do lado da oferta e, para que seja economicamente viável a expansão, tais descompassos deverão ser considerados pela regulação.

A Lei n. 14.134/2021 desfaz a confusão conceitual entre receita e tarifa destacada anteriormente. Tanto a determinação da receita máxima permitida do transportador quanto da tarifa de transporte deverão ser objeto de consulta pública. O art. 9º prevê, ainda, que serão fixados os critérios de reajuste e revisão (ordinária e extraordinária) da receita máxima permitida do transportador. Defende-se que tais critérios deveriam ser fixados no ato de outorga, para afastar casuísmos ao longo do tempo (a exemplo de alteração do índice de reajuste e do período de revisão para certo investimento, por exemplo). A regulação deverá mostrar, também, se a receita máxima permitida será fixada por instalação ou por agente, tendo em vista que, até então, as autorizações são dadas por instalação, e não por agente.

Ainda sobre a determinação da receita máxima permitida e da tarifa, mesmo após a vigência da Lei n. 14.134/2021, vêm sendo aplicadas as diretrizes fixadas pela Resolução ANP n. 15/2014. Tal norma deverá ser objeto de revisão e as regras prescritivas dos

parâmetros para fixação da receita do transportador e da tarifa de transporte passarão a ser regidas pelo Código Comum de Redes, proposto pelos transportadores e aprovado pela ANP.

Em relação à receita máxima permitida, o Código Comum de Redes deverá endereçar o modelo de fixação de remuneração a ser adotado, se serviço pelo custo ou *price cap*, além de questões como o método de avaliação da base regulatória de ativos, o critério e o período de depreciação a ser adotado, a forma de cálculo da taxa de retorno, os mecanismos de repasse de custos gerenciáveis e não gerenciáveis, de modo a dar previsibilidade aos investidores e parâmetros de controle aos carregadores.

Por fim, importante destacar que o cálculo da tarifa de transporte não necessariamente estará exclusivamente ligado à receita máxima permitida daquela instalação ou transportador em relação a qual ou com quem será firmado o contrato de serviço de transporte. Isso porque a tarifa será reflexo dos custos de transporte envolvidos na respectiva área de mercado, agregando, portanto, as receitas máximas permitidas das instalações e agentes alcançados pela área de mercado. A regulação deverá prever mecanismos de repasse de receita entre os transportadores, de modo a compensar sobre ou subarrecadações da receita máxima permitida, resultantes do procedimento de fixação da tarifa (por exemplo, porque em função do sinal locacional a tarifa, em determinado ponto de entrada, era alta e o transportador proprietário daquele ponto de entrada acabou arrecadando mais que sua receita máxima permitida, enquanto outro transportador arrecadou menos que sua receita máxima permitida porque o potencial de congestionamento em suas instalações era menor).

5.3.4.3 A contratação do serviço de transporte dutoviário de gás natural

Como já comentado nas seções anteriores, a partir da determinação de desverticalização jurídica do titular de instalações de transporte dutoviário de gás natural, a formalização do direito de acesso a tais instalações, ainda que com partes relacionadas, passou a se dar exclusivamente por meio de contratos. Com o objetivo de reduzir assimetrias negociais entre os diferentes acessantes, a regulação foi progressivamente determinando que tais contratos fossem padronizados e previamente submetidos à aprovação da ANP.

A Lei n. 14.134/2021, ao contrário do que fazia a Lei n. 11.909/2009, não estipulou previamente os produtos de capacidade que podem ser ofertados pelo transportador. Tais produtos estarão definidos nos códigos comuns de rede, que serão submetidos à aprovação da ANP pelo gestor de área de mercado, não havendo qualquer restrição jurídica à previsão de outros produtos que não o firme (inclusive extraordinário) e interruptível. A única diretriz

legal imposta é a de que os serviços de transporte sejam ofertados no regime de contratação por entrada e saída e que a entrada e a saída possam ser contratadas de forma independente.

No que diz respeito à duração dos contratos de serviço de transporte, ainda não há uma diretriz normativa sobre qual extensão poderá ser adotada por eles. Como é comum em mercados em construção, há uma preocupação latente com a possibilidade de realização de contratos de longo prazo e a criação de potenciais barreiras à entrada. Por outro lado, como assinalado anteriormente, quando a coordenação entre oferta e demanda não é possível por meio de contratos (*contract carriage*) ela é feita por meio de um planejamento centralizado e de uma garantia pública, ainda que de último recurso (*common carriage*). Se não há nenhuma dessas duas possibilidades, o resultado pressuposto é um *déficit* de investimentos, tendo em vista os desafios de financiabilidade de infraestruturas, cujo fluxo de recebíveis não pode ser claramente modelável. Portanto, a regulação deverá endereçar esse problema levando em consideração os custos e benefícios de curto e de longo prazo, tendo em vista os objetivos coexistentes de gerar acesso ao mercado e de assegurar a financiabilidade da expansão do sistema de transporte.

Ademais, conforme já comentado em relação às previsões de acesso de terceiros trazidas pela Lei n. 14.134/2021, não há atualmente uma determinação expressa de realização de chamada pública para contratação de capacidade, havendo tão somente a previsão de que, para a construção de novas instalações e a ampliação das existentes, a chamada pública deverá ser utilizada como instrumento de estimação de demanda. Competirá à regulação, por meio de processo de audiência e consulta pública, com a respectiva mensuração de impactos, definir quais alternativas poderão ser utilizadas pelo transportador para assegurar o acesso não discriminatório a suas instalações. A Lei n. 14.134/2021 prevê também que tal oferta de capacidade deverá ocorrer por meio de plataforma eletrônica conjunta.

Outro aspecto que deverá ser definido pela regulação, sobretudo em relação à oferta de capacidade de instalações em operação, diz respeito a qual critério de alocação de capacidade adotar quando a demanda for maior que a oferta. À parte as provocações sobre o planejamento da expansão já feitas quando analisadas as disposições sobre o acesso de terceiros na Lei n. 14.134/2021, a regulação deverá fixar um critério para alocação de capacidade existente entre os diferentes acesssantes em potencial, se será por ‘ordem de

chegada' (*first-come-first-served*), se será por maior disposição a pagar (*willingness to pay*), por algum critério de essencialidade do atendimento[542] ou de forma proporcional (*pro-rata*).

5.3.4.3.1 Aspectos regulatórios do contrato firmado entre o transportador e o carregador

Os contratos de serviço de transporte dutoviário de gás natural são contratos privados firmados diretamente[543] entre o titular da autorização regulatória para exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural e o titular de uma autorização para o exercício da atividade de carregamento de gás natural. Tais contratos estão submetidos a forte intervenção regulatória tanto em seus aspectos econômicos quanto em seus aspectos técnico-operacionais.

Após a Lei n. 14.134/2021, consoante já destacado, tais contratos devem ser estruturados para oferta de produtos desagregados de capacidade de entrada e de saída. Os contratos de serviço de transporte existentes à data de publicação da referida Lei também deverão ser adaptados para o modelo de entrada e saída.

Os termos dos contratos de serviço de transporte precisam ser submetidos pelos transportadores à aprovação prévia pela ANP. A Resolução ANP n. 11/2016 – que precisará ser atualizada para adequação à Lei n. 14.134/2021 – prevê as seguintes cláusulas mínimas obrigatórias para os contratos de serviço de transporte: (i) modalidade de serviço contratada; (ii) termos e condições gerais de prestação do serviço, que deverão contemplar o previsto nos termos de acesso padronizados; (iii) capacidade contratada de transporte (conforme respectivo produto); (iv) percurso contratado, quando aplicável; (v) tarifa de transporte, com o detalhamento dos encargos; (vi) data de início da prestação do serviço, assim como as

---

[542] A Lei n. 14.134/2021 estabelece uma orientação de atendimento por essencialidade apenas em situações de contingência no suprimento de gás natural:
"Art. 36. Os gestores das áreas de mercado deverão celebrar acordo de cooperação técnica com distribuidoras de gás canalizado situadas nas respectivas áreas de mercado para atuação conjunta e coordenada e para atendimento dos consumos prioritários de que trata o inciso IV do § 3º do art. 34 desta Lei em situações caracterizadas como de contingência no suprimento de gás natural." (BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022).

[543] Até o momento, segue-se um formato distinto do adotado para contratação do acesso ao sistema de transmissão de energia elétrica, no qual o contrato de serviço de transporte (o "Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST") é firmado pelo acessante com o Operador Nacional do Sistema (este na qualidade de mandatário das concessionárias de transmissão). O contrato de execução bilateral entre o acessante e o titular das instalações fisicamente acessadas é o "Contrato de Conexão – CCT", no qual o Operador Nacional do Sistema participa como mero anuente.

condições para antecipação ou postergação; (vii) prazo de vigência; (viii) resolução de disputas, podendo prever cláusula compromissória; e (ix) previsão de mecanismo de gestão de congestionamento contratual. Contudo a maioria dessas disposições mínimas continuem sendo aplicáveis, algumas delas deverão ser substancialmente alteradas para atender ao disposto na Lei n. 14.134/2021 e ao Decreto n. 10.712/2021, a exemplo do acesso ao ponto de negociação virtual. A Lei n. 14.134/2021 determinou, além disso, que os contratos de serviço de transporte deverão prever cláusula de observância compulsória do plano de contingência, contemplando a possibilidade de suspensão total ou parcial das obrigações e de aplicação de penalidades.

Diferentes aspectos econômicos e operacionais da contratação passarão a ser definidos nos códigos comuns de rede, cuja forma de incorporação ao contrato deverá também ser objeto de regulação e de previsão contratual (por exemplo, se serão cláusulas regulamentares de incorporação obrigatória aos contratos ou se novas disposições serão aplicáveis apenas a novos contratos).

Atualmente, na ausência de instrumentos comuns de coordenação, os contratos de serviço de transporte também exercem a função de normatizar bilateralmente as rotinas operacionais entre transportadores e carregadores na malha de transporte. As rotinas de nominação, programação (inclusive prioridade em casos de restrições operativas), tratamento de ultrapassagens e desequilíbrios e certificação de qualidade são atualmente regidas pelos contratos, nos termos propostos pelos transportadores e aprovados pela ANP. Até que haja uma padronização desses termos, o carregador que tenha intenção de movimentar gás natural na rede de mais de um transportador poderá ficar exposto a regras distintas.

Há, ainda, aspectos econômicos da contratação do serviço de transporte que não estão especificamente normatizados e também são tratados caso a caso nos termos dos contratos, a exemplo das garantias exigíveis pelo transportador, dos instrumentos de avaliação e gestão de risco de contraparte e do nível de inflexibilidade exigido dos carregadores (o *ship-or-pay*).

As tarifas devidas pelo carregador ao transportador também estão previstas nos contratos de serviço de transporte. No entanto, como já observado nas seções anteriores, para os contratos firmados após a Lei n. 11.909/2009, esse aspecto tem sido particularmente regulado pela ANP e a tarifa resulta não mais de negociação bilateral entre transportador e carregador, mas é submetido ao escrutínio e aprovação da Agência previamente à formalização do contrato. Na seção seguinte, passa-se a discorrer brevemente sobre os aspectos atinentes à fixação das tarifas nos contratos de serviço de transporte de gás.

5.3.4.3.2 A contrapartida devida pelo carregador ao transportador

Nos termos do art. 58 da Lei n. 9.478/1997, será facultado o acesso de terceiros a instalações de transporte de gás natural mediante o pagamento de **remuneração** ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação do gás natural. Ao longo da história normativa e contratual da indústria do gás natural no Brasil, tal remuneração devida foi denominada 'tarifa'.

Sem adentrar no debate teórico clássico sobre taxas, preços públicos e tarifas (sendo essa um sinônimo, ou espécie, ou, ainda, um gênero autônomo dos preços públicos), entende-se que tal referência semântica à tarifa nos contratos de serviço de transporte de gás tem fundamentalmente dois vieses: (i) o fato de tratar-se de uma contrapartida devida pelo exercício de uma atividade ou competência pública;[544] e (ii) o fato de que suas bases econômicas são reguladas ou reguláveis pelo Estado,[545] não resultando exclusivamente da livre negociação entre as partes orientadas pelo encontro de oferta e demanda. Ou seja, a denominação da contrapartida devida ao transportador como tarifa não parece ter por intenção qualquer elemento de transmutação da atividade em serviço público,[546] mas tão somente a conotação de uma remuneração adjudicável por um terceiro, regulador da relação entre o acessante e o acessado. Da mesma forma, como já destacado na Seção 4, a referência à tarifa não tem o condão de atrair *ipso facto* a aplicação do art. 175 da Constituição. Tal incidência ocorrerá se, por decisão infraconstitucional, o legislador passar a tratar o transporte dutoviário de gás natural como serviço público.

Como já destacado anteriormente, a tarifa fixada no âmbito dos contratos de serviço de transporte não se confunde com a parcela de transporte prevista pela Resolução ANP n. 52/2011. A tarifa de transporte é um dado de entrada para cálculo da parcela de transporte, mas não há necessária coincidência entre elas. A parcela de transporte, atualmente, não sofre o mesmo nível de regulação que a tarifa, podendo variar em função da transação envolvida,

---

[544] Esta associação é feita pela doutrina com a prestação de um serviço público pelo privado. Contudo, consoante já extensivamente destacado, entende-se não haver respaldo para generalização das competências públicas como serviço público e tampouco uma diferenciação intrínseca entre as atividades mais comumente classificadas como serviço público e as tratadas como monopólio, razão pela qual, ao longo do trabalho, estas foram referidas como atividade reservada.

[545] Uma das distinções por vezes feita entre preços públicos e tarifas consiste em atribuir aos preços públicos aquela contrapartida que seria obtida a partir de 'interesses públicos secundários (lucrativos)' do Estado, e não da prestação de serviços públicos, que ontologicamente não seriam devotados à obtenção de lucros. Nesse ponto, reitera-se que a atividade de transporte dutoviário de gás natural rompe com este discurso essencialista, uma vez que a regulação para fixação da remuneração do transportador segue lógica econômica semelhante àquela aplicável à regulação da contrapartida devida pela prestação de serviços públicos.

[546] Até mesmo porque, conforme já sublinhado, tal 'transmutação' decorre antes de uma escolha institucional feita pelo legislador do que de interpretações jusnaturalistas.

do portfólio de oferta e de demanda do vendedor de gás, do nível de ociosidade compartilhado entre os diferentes clientes daquele vendedor de gás e da forma de divisão de custos de transporte adotada pelo vendedor entre seus compradores. Em resumo, a tarifa de transporte é a contrapartida devida na relação entre carregador e transportador e a parcela de transporte é o repasse do custo de transporte (calculado em função das tarifas pagas) incorrido pelo vendedor (na qualidade de carregador) ao comprador do gás.

Nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 14.134/2021, tanto a receita máxima permitida quanto a tarifa de transporte devem ser propostas pelo transportador à ANP e aprovadas após a realização de consulta pública. Os critérios para fixação da receita e da tarifa estão atualmente previstos na Resolução ANP n. 15/2014[547] e provavelmente também serão objeto de alteração, passando a ser normatizados por um dos códigos comuns de rede.

O art. 8º e o art. 10º da Resolução ANP n. 15/2014 preveem que a tarifa para prestação do serviço firme e do serviço extraordinário deve ser estruturada em, no mínimo, quatro encargos: (i) encargo de capacidade de entrada, para cobertura do investimento relativo à capacidade de entrada e dos custos fixos relacionados à prestação do serviço firme; (ii) encargo de capacidade de saída, destinado a cobrir os investimentos e os custos fixos relacionados à capacidade de saída; (iii) encargo de capacidade de transporte, para cobertura dos investimentos relacionados ao volume máximo de gás que o transportador pode movimentar em determinado gasoduto de transporte; e (iv) encargo de movimentação, voltado à cobertura dos custos variáveis com a movimentação do gás natural.

O art. 9º Resolução ANP n. 15/2014, por sua vez, estabelece que a tarifa do serviço interruptível deverá ser calculada com base em um único encargo volumétrico e ser uma função da tarifa de transporte firme e da probabilidade de interrupção do serviço. Não há parâmetro de como deve ser aferida a probabilidade de interrupção do serviço e, na prática, esse índice vem sendo estabelecido nos contratos pelos transportadores e aprovados pela ANP. A regra prevê, ainda, que a receita obtida pelo transportador com a prestação do serviço interruptível deve ser 90% repassada aos carregadores contratantes do serviço de transporte firme (aqui entende-se que inclui também os contratantes do serviço extraordinário), não deixando claro, contudo, se tal reversão deverá se dar em favor apenas dos carregadores que tiveram alguma ociosidade (e, portanto, viabilizaram a oferta do interruptível) ou de todos os carregadores contratantes do serviço firme.

[547] A Resolução ANP n. 15/2014 utiliza o termo ‘tarifa’ como intercambiável com receita. Entende-se que tal imprecisão conceitual deve ser endereçada por meio da nova norma a ser editada pela regulação da matéria.

O modelo da Resolução ANP n. 15/2014 é profundamente influenciado pela lógica ‘duto-a-duto’, a começar pela definição do conceito de capacidade de transporte como a capacidade de movimentação em determinado gasoduto. A estrutura de encargos também é fixada sobretudo com o racional de explicitar itens fixos (investimento e custo fixo) e variáveis incorridos pelo transportador, desagregando os fixos em encargos de entrada, saída e capacidade de transporte e revelando os custos variáveis por meio do encargo de movimentação.

A partir da edição do Decreto n. 9.616/2018 e com a posterior chancela da Lei n. 14.134/2021, a lógica de organização dessa etapa da indústria deixou de ser ordinariamente ‘duto-a-duto’ e passou a ser uma lógica de sistema de transporte organizado em áreas de mercado. Essa diferença deverá estar refletida no código comum de rede que sucederá a Resolução ANP n. 15/2014. A receita máxima permitida deixa de ser da instalação e passa a ser do agente, do transportador, a partir da exploração das diferentes instalações por ele titularizada. Da mesma forma, a tarifa de transporte deixa de ser expressão apenas dos investimentos e custos de uma instalação individualizada e passa a representar os investimentos e custos incorridos por um ou mais transportadores para a disponibilização de capacidade e movimentação de gás naquela área de mercado ou entre áreas de mercado (no caso da tarifa de interconexão entre áreas de mercado).

Com a progressiva implementação da lógica de sistema de transporte, a estipulação dos critérios de reajuste e revisão (ordinária e extraordinária) da receita máxima de transporte e a adoção dos mecanismos de reconciliação de receitas do transportador, as tarifas de transporte estarão cada vez mais expostas a potencial volatilidade. Por essa razão, será fundamental que os contratos passem a prever em quais casos as tarifas previstas nos contratos poderão ser revistas para mais ou para menos. Além disso, é possível que sejam adotados modelos tarifários distintos, de tarifas fixas e variáveis, para os diferentes grupos de carregadores, a exemplo do que ocorre com as tarifas da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional.

5.3.4.3.2 A cessão – voluntária ou compulsória – da capacidade de serviço de transporte

Por fim, resta comentar sobre a possibilidade de cessão, voluntária ou compulsória, de capacidade firme de transporte de gás. Com a edição da Resolução ANP n. 11/2016, passou a ficar normatizado o procedimento de cessão bilateral, total ou parcial, de capacidade firme entre carregadores. A cessão deve ser formalizada por meio de acordo de cessão de

capacidade contratada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes cláusulas: (i) prazo de cessão – podendo se dar por parte ou por todo o período remanescente do contrato – e data de início; (ii) capacidade cedida; (iii) remuneração e condições de pagamento; (iv) qualidade do gás; e (iv) procedimentos de solicitação e programação e de balanceamento. Em relação às cláusulas de remuneração, qualidade do gás e de rotinas operativas do contrato de serviço de transporte, estas deverão ser não discriminatórias e preservar as condições previstas no contrato objeto de cessão.

O cessionário deverá ser um carregador autorizado pela ANP e executar um contrato de serviço de transporte com o respectivo transportador. Se não houver a anuência expressa por parte do transportador, o carregador cedente permanecerá como garantidor da operação perante o transportador. A cessão não transfere a exclusividade do carregador cedente e levará à perda da exclusividade sobre a capacidade cedida. Neste ponto, vale lembrar que, sob a Lei nº 14.134/2021, a possibilidade de atribuição de exclusividade é restrita aos gasodutos não integrantes do sistema de transporte e que, em relação aos gasodutos já autorizados, a Petrobras renunciou à exclusividade como parte das obrigações assumidas no âmbito do Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

O procedimento de cessão de capacidade previsto na Resolução ANP n. 11/2016 ainda é pouco dinâmico e, dada a morosidade potencialmente envolvida, dificilmente estaria apto a gerar um maior dinamismo de oferta bilateral secundária de capacidade entre os carregadores. A padronização e maior automatização desse procedimento pode ser uma interessante ferramenta para tornar líquida a comercialização secundária de capacidade pelos carregadores detentores do direito firme de utilização da malha. Como assinalado em relação à oferta de serviço interruptível, esses dois produtos são, atualmente, a espinha dorsal de formação de um mercado secundário, com a diferença de que o serviço interruptível abrange uma probabilidade de interrupção – se exercida a opção firme do carregador primário[548] – e que, nesse caso, a renda obtida não é necessariamente direcionada ao carregador primário (cf. antes visto). No caso da cessão voluntária bilateral, além da redução de seu custo de ociosidade – tendo em vista que o carregador secundário passaria a arcar com a tarifa diretamente – o carregador primário poderia receber ou pagar pela cessão a depender do preço de opção negociado.

[548] A referência, no caso, a carregador primário se dá no sentido daquele que possuía a opção firme de utilização de capacidade de transporte e cujo não exercício da opção viabilizou a oferta secundária, seja sob o serviço interruptível, seja sob a cessão de capacidade.

Além da previsão de cessão voluntária de capacidade entre carregadores, conforme já destacado na Subseção 5.3.4.3.2, a Resolução ANP n. 11/2016 trouxe a determinação de previsão de mecanismos de gestão de congestionamento contratual, que podem envolver a liberação compulsória conjuntural de capacidade de transporte. O art. 18, § 2º, da Lei n. 14.134/2021 estabeleceu que a ANP deverá estabelecer mecanismos compulsórios de cessão de capacidade contratada e sistematicamente não utilizada (as regras de *use-it-or-lose-it*). No que diz respeito à liberação estrutural de capacidade, o art. 33 da referida Lei atribuiu competência à ANP para adotar mecanismos de liberação compulsória de capacidade como medida de redução da concentração na oferta e de prevenção de práticas anticompetitivas.

6 CONCLUSÃO

Como originalmente explicitado, a perspectiva de abertura comercial do mercado de gás natural a outros agentes além da Petrobras tem levantado uma série de questões jurídicas relevantes que foram objeto de pouca (ou nenhuma, em determinados casos) problematização acadêmica. O tratamento dado a essas questões jurídicas emergentes esbarra em limitações importantes, relativas não apenas à escassez de problematização específica (doutrinária ou jurisprudencial), como mencionado, mas também à impossibilidade de aplicação das teorizações feitas sobre a categoria de monopólio legal ao transporte dutoviário de gás. Em outros termos, mesmo as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais feitas para a categoria genérica de monopólio não são particularmente aplicáveis ao transporte, por meio de conduto, de gás natural. A insuficiência da diferenciação doutrinária usualmente feita entre as categorias de serviço público e de monopólio se torna especialmente presente, neste caso, pelo fato de o transporte dutoviário de gás natural poder se organizar sob a forma de um monopólio natural.

Muitas das reflexões essencialistas feitas sobre a categoria jurídica dos serviços públicos têm por pano de fundo o fato de esses serviços serem predominantemente prestados em indústrias de rede. A prestação sob regime de exclusividade, a não obtenção de lucro (e a correspondente microgestão dos custos do prestador), o planejamento da expansão das redes e as metas de investimento associadas, todos esses elementos – reiteradamente apontados como inerentes ao regime de prestação dos serviços públicos – têm por pano de fundo a forma de organização econômica das indústrias de rede. No caso do transporte dutoviário de gás natural, que também é uma etapa de rede, o conteúdo material da regulação aplicada em concreto é, em muito, semelhante aos elementos apontados pela literatura jurídica como caracterizadores dos serviços públicos. Essa constatação mostra que as reflexões feitas para a categoria de monopólio, de que seriam atividades essencialmente lucrativas e, quando exploradas por privados, seriam feitas com mais liberdade que a exploração dos serviços públicos, não são tão aderentes à forma como a indústria do gás natural vem sendo regulada desde a Lei n. 9.478/1997. Na prática, o agente que explora a atividade de transporte dutoviário de gás natural tem ônus semelhante aos de um concessionário de serviço público, sem, contudo, ter as mesmas garantias.

Esses ônus, em tese intrínsecos apenas à prestação dos serviços públicos, na verdade têm por pano de fundo técnicas econômicas de mitigação de falhas de mercado presentes

tanto nas indústrias de rede sobre as quais se apoia a prestação dos serviços públicos quanto no transporte dutoviário de gás natural. O transporte dutoviário de gás natural, na prática, fica exposto a uma regulação de conteúdo materialmente semelhante ao que seria o "conteúdo essencial dos serviços públicos" e que, pela doutrina tradicional, não estaria presente nas atividades sujeitas ao regime do monopólio pelo art. 177 da Constituição.

Se confrontadas especificamente o conjunto das obrigações impostas pela legislação e pela regulação setorial a um transportador de gás natural com a teorização doutrinária e jurisprudencial, ver-se-á que elas se encaixam com mais aderência às elocubrações geralmente feitas para a categoria de serviço público. Daí não se tira que então o transporte de gás natural seja ou devesse ser, do ponto de vista jurídico, um serviço público; isso seria tautológico. Nessa perspectiva, apenas se conclui que (i) a diferenciação essencialista entre serviço público e monopólio, na prática, não esclarece as nuances do regime de exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural e (ii) é necessário propor uma leitura para o regime jurídico de exploração dessa atividade.

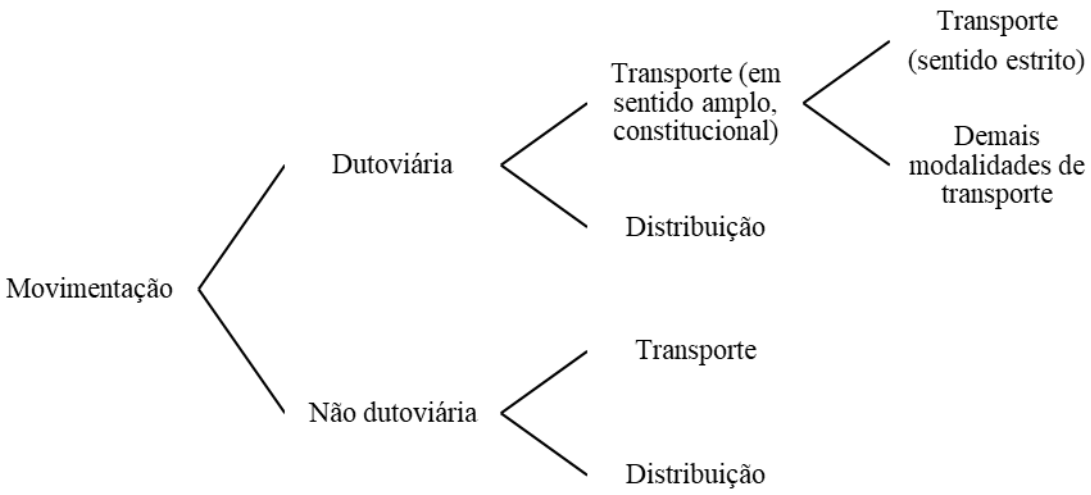
Assim, como forma de preencher tal lacuna jurídica, o presente trabalho defendeu uma leitura proposta para o regime jurídico constitucional aplicável à exploração da atividade de transporte dutoviário de gás natural.

Em primeiro lugar, metodologicamente, foi necessário situar a atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo) dentre as atividades da indústria do gás natural. A primeira premissa fixada foi a própria definição de "gás natural", que demarca a fronteira entre o que está abrangido pelo art. 177 e pelo art. 25, § 2º, da Constituição e o que não está expressamente reservado à União. Explicitada tal premissa, foram analisadas as seguintes atividades: exploração e produção, importação e exportação, processamento, liquefação e regaseificação, transporte (ou movimentação de gás natural), carregamento, comercialização, estocagem e acondicionamento e consumo.

Especificamente em relação ao transporte ou à movimentação de gás natural, tendo em vista que as diferentes modalidades de movimentação estão sujeitas a regras distintas, como um esforço didático e para alcançar mais precisão conceitual em relação às diferentes modalidades, propôs-se que (i) todas as modalidades de transporte fossem referidas conjuntamente como **movimentação**; e (ii) as diferentes modalidades de movimentação

fossem classificadas em movimentação dutoviária e não dutoviária.[549] Sugeriu-se, ainda, que tais classificações fossem subdivididas da seguinte forma:

Figura 5 – Modalidades de movimentação e sua classificação



Fonte: Dados da pesquisa.

Tal ‘taxonomia’ das atividades da indústria do gás natural foi metodologicamente relevante principalmente porque delimitou que (i) as reflexões feitas em relação ao regime constitucional da atividade de transporte se referem ao transporte em sua acepção constitucional (em sentido amplo) (tratadas nas Seções 4 e 5); e (ii) as disposições infraconstitucionais relativas ao transporte dutoviário de gás natural trazidas sobretudo pela Lei n. 11.909/2009 e pela Lei n. 14.134/2021 (esmiuçadas na Seção 5) tratam do transporte de gás natural em sentido estrito (em sua acepção infraconstitucional).

Feito este aparte para definir a atividade de transporte dutoviário de gás natural, como forma de dialogar com a proposta de leitura de regime constitucional aplicável à atividade de transporte dutoviário (em sentido amplo) de gás natural, as atividades da indústria do gás natural foram analisadas sob as perspectivas de sua configuração econômica, de seu enquadramento constitucional e das disposições infralegais a elas aplicáveis. Resumidamente, defendeu-se que, em termos constitucionais, as atividades da indústria do gás natural foram tratadas de formas distintas, havendo três possíveis classificações (incluídas as suas derivações): (i) aquelas que foram previstas como uma competência pública reservada a

[549] Especificamente para a movimentação dutoviária, na Seção 4 foi também proposta uma leitura constitucional para diferenciação entre a competência federal e estadual coexistentes no caso da movimentação dutoviária de gás natural.

algum ente da Federação; e (ii) aquelas que não foram expressamente previstas como uma atividade reservada e, (a) grosso modo, estão submetidas ao regime de livre iniciativa, ou (b) quando se dão de forma subordinada, à montante ou à jusante, a uma atividade sujeita à reserva constitucional, acompanham o regime do título subordinante. Tais classificações têm repercussão sobre os diferentes níveis de intervenção regulatória em abstrato que podem ser adotados em relação às distintas atividades integrantes da cadeia do gás natural.

Percorridas as considerações sobre a organização econômica e jurídica da indústria do gás natural, com o objetivo de romper com formulações jusnaturalistas de que esta ou aquela atividade, por sua essência jurídica, deveriam ser tratadas de tal ou qual forma, foram confrontadas as formulações jurídicas usualmente feitas para a categoria dos serviços públicos com a teoria econômica sobre a regulação da falha de mercado "monopólio natural".

Dessa análise foram feitas algumas constatações relevantes:

(i) conforme já intuído no processo de pesquisa, diversas associações usualmente feitas com o "regime de serviço público" na verdade têm por contexto os instrumentos de regulação econômica aplicáveis aos monopólios naturais, e não uma metafísica jurídica que imponha necessariamente certas obrigações. Em outros termos, o fato de ser uma indústria de rede não "revela a essência" da atividade e que esta deveria necessariamente se submeter ao regime de serviço público e às disposições do art. 175 da Constituição;

(ii) nessa mesma toada, a qualificação econômica de uma dada situação fática como um "monopólio natural" não tem uma consequência jurídica necessária e aprioristicamente válida. Ou seja, o fato de se defender que uma dada infraestrutura "é" um monopólio natural não confere automaticamente ao legislador infraconstitucional a legitimidade de adotar irrestritamente as ferramentas de regulação econômica usualmente aplicadas com o intuito de correção da falha de mercado (controle de entrada, determinação setorial de acesso, controle de preços e transparência em relação a questões operativas e comerciais do proprietário da infraestrutura);

(iii) mesmo no âmbito do debate econômico, não há consenso em relação ao "essencialismo" do conceito de monopólio natural e se discute "*how natural is natural monopoly*?". Contudo a constatação dessas divergências em relação ao conceito econômico também não tenha um efeito jurídico imediato, fato é que fragiliza uma premissa normalmente adotada como incontestável pela doutrina e

pela jurisprudência da qual costumam derivar formulações sobre uma consequência única necessária ("tendo em vista ser monopólio natural, então exclusividade", "tendo em vista ser monopólio natural, então regulação tarifária", etc.);

(iv) em consequência, tratar ou não como um monopólio natural é uma alternativa de formulação de política pública e, concretamente, a adoção desse modelo no âmbito legislativo dependerá da análise do regime constitucional aplicável à exploração da atividade, sob pena de fragilizar-se excessivamente os direitos constitucionais à liberdade de iniciativa e à propriedade; e

(v) tal constatação não afasta a possibilidade – horizontal a todas as atividades econômicas – de adoção de medidas abstratas ou concretas de repressão ao abuso de poder econômico, com fundamento no art. 173, § 4º. Trata-se, contudo, de uma permissão constitucional para indução de comportamentos e para repressão de condutas.

Tais constatações foram balizadoras da proposta de leitura constitucional formulada na Seção 4 para a atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo). Em síntese, partindo-se da classificação em atividades reservadas e não reservadas pela Constituição, defendeu-se que:

(i) constitucionalmente, não há diferenciação entre o regime de exploração das atividades reservadas. Todas aquelas que foram objeto da *publicatio* representam competências públicas de exclusão *a priori* da iniciativa privada;

(ii) a ideia de que determinado rol de atividades, a exemplo das previstas no art. 21 da Constituição, deve ser necessariamente explorado sob o regime de serviço público já foi desconstruída na prática e pela doutrina, motivada principalmente pela constatação econômica de que atividades verticalizadas às redes poderiam ser exploradas em regime de competição;

(iii) em consequência, as competências previstas para a União no art. 21 e no art. 177 da Constituição Federal não têm, no texto constitucional, uma apartação essencialista. Há razões históricas da diferenciação, principalmente porque o monopólio constitucional era restrito às atividades de exploração e produção. Tais razões estão datadas e, em relação às demais atividades da indústria do petróleo e gás que foram inseridas no rol do monopólio constitucional, sequer estavam presentes as razões históricas para diferenciação entre monopólio e serviços

públicos. Ao que consta, elas foram posicionadas no art. 177 a reboque da exploração e produção, com a transposição para o texto constitucional das atividades previstas na Lei n. 2.004/1953;

(iv) o nível de liberdade de iniciativa assegurado constitucionalmente em relação às atividades não-reservadas é diferente do nível de liberdade de iniciativa conferido em relação às atividades reservadas. No caso das atividades reservadas, a delegação cria a margem de livre iniciativa que se quer outorgar ao privado. No caso das atividades não reservadas, ocorre exatamente o contrário: a liberdade de ação integra a esfera de direitos do privado desde a origem, devendo a intromissão regulatória se dar de forma tópica e na medida suficiente e necessária à correção do problema, com a observância do exercício de subsidiariedade e proporcionalidade; e

(v) nestes casos, entende-se haver um conteúdo econômico mínimo a ser preservado. De forma a tornar essa constatação menos abstrata, tal conteúdo econômico mínimo da liberdade de iniciativa foi analisado em relação aos instrumentos tipicamente utilizados para regulação de monopólios natural: (i) controle de entrada, (ii) determinação setorial de acesso, (iii) regulação de preços e (iv) determinação de transparência em relação a questões operativas e comerciais do titular da infraestrutura.

Os resultados da análise feita em relação a cada uma dessas variáveis para as atividades reservadas e para as atividades de livre iniciativa foram assim sintetizados:

Quadro 3 – Análise das variáveis para as atividades reservadas e para as atividades de livre iniciativa

Decisão regulatória	**Modelo de implementação**	**Atividades reservadas**	**Atividades de livre iniciativa**
Proteção do incumbente à competição e/ou criação de uma estrutura de subsídios cruzados entre os usuários de determinada infraestrutura	Criação de exclusividade	Via de regra, entende-se constitucional, tendo em vista que compete ao titular da atividade conformar a forma de exploração da atividade, seja para exploração direta, seja para outorga a um delegatário privado.	Entende-se inconstitucional, dada a impossibilidade de criação de monopólios – em favor do Estado ou de privados – pela via infraconstitucional.
Determinação setorial de acesso	*Common Carriage*	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos dois	Entende-se inconstitucional, dada a intensidade regulatória prescrita pelo modelo,

		modelos, tendo em vista que o titular da atividade poderá decidir pela maior ou menor autonomia do delegatário para exploração da atividade.	que engessa substancialmente o espaço de autonomia do proprietário da infraestrutura.
	Contract Carriage		Entende-se constitucional, desde que haja certa autonomia para o agente para discriminação de contrapartes em função de razões comerciais legítimas e não fundadas no objetivo de causar prejuízo a concorrentes seus ou de suas partes relacionadas.
Controle de preços	*Ex ante* (*price cap*)	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos quatro modelos, dado o espaço de conformação da delegação pelo titular da atividade.	Entende-se inconstitucional, dada a ausência de permissão constitucional para controle de preços em abstrato.
	Ex ante (serviço pelo custo)		Entende-se inconstitucional, dada a ausência de permissão constitucional para controle de preços em abstrato.
	Ex post (*price cap*)		Entende-se inconstitucional à partida, pois mesmo no contexto de determinação de preço em virtude de abuso de poder econômico, a proibição é ao aumento arbitrário de lucro, e não à ineficiência do agente por incorrer em custos excessivos. Tais custos excessivos são passíveis de controle se demonstrado o intuito de transferir renda para parte relacionada a partir de *self-dealing* a preços não de mercado. Caso haja demonstração de que o mercado não é contestável, de que a ameaça de competição na prática inexiste naquele momento, entende-se possível, para aquele caso concreto, a adjudicação do preço de acesso estimado com base no preço que seria obtido em um mercado competitivo.
	Ex post (serviço pelo		Entende-se constitucional

	custo)		desde que fixado como parte da competência de adjudicação de preços resultantes da constatação de prática de abuso de mercado.
Determinação de transparência de informações	Obrigação de divulgação de preços e de utilização da infraestrutura	Via de regra, entende-se constitucional a determinação de divulgação dessas informações em atividades reservadas. Devem ser preservadas, contudo, aquelas sujeitas à atividade comercial, que dizem respeito a aspectos essencialmente internos à gestão da companhia privada delegatária de uma atividade pública. Ademais, para as atividades públicas prestadas em regime de concorrência, deve-se ter a cautela de ponderar se a divulgação de informações não facilita a colusão.	Entende-se que a constitucionalidade ou não da medida dependerá do exercício de ponderação feito quando da determinação. Devem ser respeitadas, contudo, as diretrizes propostas em relação ao conteúdo mínimo da liberdade de iniciativa, a exemplo de não levar a um controle de preços por vias transversas e de não resultar no esvaziamento da liberdade comercial do agente de ofertar a capacidade com certa margem de escolha de suas contrapartes comerciais.
Determinação de desverticalização	*Accounting Unbundling*	Via de regra, entende-se constitucional a determinação sob quaisquer dos quatro modelos, dado o espaço de conformação da delegação pelo titular da atividade.	Entende-se constitucional como instrumento de indução à concorrência e de criação de histórico documental que permita mais fácil identificação e repressão de condutas abusivas.
	Legal Unbundling		
	Functional Unbundling		Como não encerra um conteúdo concreto, a análise de constitucionalidade deve levar em conta o conteúdo específico do modelo de *functional unbundling* adotado.
	ISO		Entende-se inconstitucional tendo em vista a fragilização absoluta do direito de propriedade, sobretudo em relação às dimensões de gerenciamento da exclusividade e de alocação dos frutos.

Fonte: Dados da pesquisa.

Por fim, na Seção 5 foram analisadas em concreto as decisões regulatórias infraconstitucionais tomadas em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido estrito) desde a edição da Lei n. 9.478/1997. Tal histórico e estudo confirmam a

constatação original de que não há um conteúdo prescritivo essencial ligado ao posicionamento constitucional da atividade – no art. 177, e não no art. 21 – ou mesmo a sua organização econômica em si. Os modelos foram mudando ao longo do tempo, com prescrições menos ou mais interventivas, conforme o problema que se buscava corrigir com a adoção das novas regras.

Ou seja, contudo não se tenha a pretensão de que o presente trabalho ofereça em específico todas as respostas paras os questionamentos jurídicos existentes e futuros em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo), espera-se que suas formulações feitas no trabalho possam contribuir para compreensão mais clara sobre (i) o que é, em sentido jurídico, a atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo) e como ela se diferencia da outra hipótese de movimentação dutoviária prevista no texto constitucional no art. 25, § 2º (cf. detalhado na Seção 4); (ii) as subcategorias abrangidas sob a competência federal do transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo), notadamente todas as modalidades de classificação de dutos previstas na legislação infraconstitucional federal (cf. detalhado na Seção 2); (iii) a margem constitucional de intervenção regulatória potencial existente em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural (em sentido amplo) e, por contraste, o menor espectro de intervenção – geral e abstrata – possível em relação às atividades que não são reservadas a um ente da Federação (a exemplo de um duto de etanol); e (iv) as diferentes conformações jurídicas que foram sendo adotadas ao longo do tempo em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural.

REFERÊNCIAS

ACER – Agency for the Cooperation of Energy Regulators. **ACER Report Inquiry on Transit Contracts in EU Member States**. 9 April 2013. Disponível em: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER_Report_Inquiry_on_Transit_Contracts_9_April_2013.pdf. Acesso em: 27 jun. 2022.

AJAJ, Cláudia. **Monopólio do petróleo e a Emenda Constitucional n. 9 de 1995**. 2007. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. p. 55. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp061644.pdf. Acesso em 15 jan. 2022.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ALMEIDA, Edmar Fagundes de; COLOMER, Marcelo. **A indústria do gás natural:** fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013.

AMORIM, Lívia. Classificação de infraestrutura dutoviária de movimentação de gás natural: as experiências comparadas do Brasil e da França. *In:* MARIANI, Rômulo *et al*. Temas relevantes do novo mercado de gás natural. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2020. p. 73-93.

AMORIM, Lívia. Petróleo e gás natural. *In:* HEINEN, Juliano. **Direito da regulação – teoria e prática dos setores regulados**. Salvador: Editora JusPodium, 2021. p. 211-264.

AMORIM, Lívia; LIMA, Clarissa Leão; LETA, Edoarda Victer. A abrangência do conceito de gás do art. 3º, § 2º da Lei n. 14.134/2021 e sua movimentação nas infraestruturas de gás natural. *In:* COSTA, Hirdan Catarina de Medeiros; SANTOS, Edmilson Moutinho dos (orgs.). **O novo mercado de gás no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2021. Disponível em: https://www.letracapital.com.br/wp-content/uploads/2021/12/O-Novo-Mercado-do-Gas_1a20.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. ANP faz evento virtual para debater regras sobre GNL. **ANP**, 20 de agosto de 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-faz-evento-virtual-para-debater-regras-sobre-gnl. Acesso em: 30 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota técnica n. 01/2021/SIM-CAL/SIM/ANP-RJ**. Revisão da Portaria ANP n. 251/2000 – Regulamentação do Acesso de Terceiros a Terminais Aquaviários. Rio de Janeiro: ANP, 2021a. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/2021/cp-sim-2021/nota-tecnica-1-2021.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 001/2013-SCM**. Rio de Janeiro: ANP, 8 de fevereiro de 2013b. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-e-audiencia-publica/2013/arquivos-consultas-e-audiencias-publicas-2013/cap-18-13/nota-tecnica-scm-012013.doc. Acesso em: 30 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota técnica n. 7/2013-SCM**. Considerações da SCM/ANP quanto às alterações na nova minuta de resolução sobre autorização da atividade de carregamento de gás natural dentro da esfera de competência da União após a Consulta e Audiência Públicas nº 18/2013. Disponível no Processo nº 48610.010389/2012-91, volume IV, p. 645-685, 2013c.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 8/2020/SIM/ANP-RJ**. Regime de outorga do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim. Rio de Janeiro: ANP, 2020c. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJaQlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzOjxGQeo3jYgt12Q3a3ICiqvDTdUOgt7Ic4tq7aC1T1xQfzKncgBZDGCq2JSLLpytl81B1o-wTlaZg_ikUOh8Zw. Acesso em: 2 jul. 2022.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 9/2010-SCM:** Gás não-convencional. Abril de 2010. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/movimentacao-estocagem-comercializacao/transporte-gas-natural/estudos-notas-tecnicas/nota-tecnica-09-2010.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica n. 13/2020/SIM/ANP-RJ**. Considerações sobre a classificação do Gasoduto Itaboraí-Guapimirim como integrante da UPGN (*FEEDER*). Rio de Janeiro: ANP, 2020d. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJaQlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzNR1N2jnFzm0QJfXD-VubzzpeIefCtrW4uF639iPzj6ms8lqSaLy23N8oQJjCCnro8d6qbH4lY_UTaW3I6e70zI. Acesso em: 2 jul. 2022.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica Conjunta n. 002/SCM/SAB/SQP/SRP:** Classificação do gás proveniente de aterro sanitário. Fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/movimentacao-estocagem-comercializacao/transporte-gas-natural/estudos-notas-tecnicas/nota-tecnica-002-2007.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 98, de 22 de junho de 2001**. Determina a elaboração do Manual do Concurso Aberto pelos transportadores, detalhando os procedimentos de oferta e alocação de capacidade para o serviço de transporte firme decorrente da expansão de suas instalações de transporte de gás natural. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/portaria-tecnica-n-98-2001-determina-a-elaboracao-do-manual-do-concurso-aberto-pelos-transportadores-detalhando-os-procedimentos-de-oferta-e-alocacao-de-capacidade-para-o-servico-de-transporte-firme-decorrente-da-expansao-de-suas-instalacoes-de-transporte-de-gas-natural-2001-06-22-versao-original?origin=instituicao. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 118, de 11 de julho de 2000**. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/AGENCIAS/ANP/PT0118-110700.PDF. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria n. 170, de 26 de junho de 1998**. Estabelece 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 (GNL), biodiesel e misturas óleo diesel/biodiesel. (Redação dada pela Resolução ANP nº 38/2004. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/portaria-tecnica-n-170-1998-estabelece-a-regulamentacao-para-a-construcao-a-ampliacao-e-a-operacao-de-instalacoes-de-transporte-ou-de-transferencia-de-petroleo-seus-derivados-e-gas-natural-inclusive-liquefeito-gnl?origin=instituicao. Acesso em: 4 jul. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Regulamento Técnico de Dutos Terrestres para movimentação de petróleo, derivados e gás natural (RTDT)**. Brasília: ANP, 2011/2. p. 57. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/seguranca-operacional-e-meio-ambiente/arq/res_anp_6_2011_anexoi.pdf. Acesso em: 4 jul. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Relatório n. 2/2022/SIM-CAL/SIM-e**. Relatório da Audiência Pública ANP n. 27/2021. Disponível em: https://sei.anp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5T2WWMhkWJqRha2pemXvYYPubnxbLqz8m894sCXzm0hUduBSY3wafc9ghROUjr02l0U2jc7dQqglntJg3baG2Qq. Acesso em: 27 maio 2022.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 11, de 16 de março de 2016**. Dispõe sobre a Oferta de Serviços, Cessão de Capacidade Contratada, Troca Operacional de Gás Natural, Aprovação e Registro dos Contratos de Serviço de Transporte de Gás Natural - Promoção dos Processos de Chamada Pública para Contratação de Capacidade de Transporte de Gás Natural e dá outras providências. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317660. Acesso em: 30 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 15, de 14 de março de 2014**. Estabelece os critérios para cálculo das Tarifas de Transporte referentes aos Serviços de Transporte firme, interruptível e extraordinário de gás natural e o procedimento para a aprovação das propostas de Tarifa de Transporte de gás natural encaminhadas pelos Transportadores para os Gasodutos de Transporte objeto de autorização. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268003#:~:text=Estabelece%20os%20crit%C3%A9rios%20para%20c%C3%A1lculo,Gasodutos%20de%20Transporte%20objeto%20de. Acesso em: 30 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 16, de 17 de junho de 2008**. Estabelece a especificação do gás natural, nacional ou importador, a ser comercializado em todo território nacional. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=109588#:~:text. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 27, de 14 de outubro de 2005**. Brasília: ANS, 2005a. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-27-2005-. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 28, de 14 de outubro de 2005**. Brasília: ANS, 2005b. Disponível em:

https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-28-2005-?origin=instituicao. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 29, de 14 de outubro de 2005**. Estabelece os critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural. Brasília: ANS, 2005c. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101584. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 37, de 4 de outubro de 2013**. Brasília: ANP, 2013d. Disponível em: https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-37-2013-. Acesso em: 4 jul. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 41, de 5 de dezembro de 2007**. Regulamenta as atividades de distribuição e comercialização de gás natural comprimido (GNC) a Granel. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=107032. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 50, de 22 de setembro de 2011**. Estabelece as informações a serem prestadas para a ANP relativas aos terminais de GNL e os critérios para definir os gasodutos que são parte integrante desses terminais. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=115495. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 51, 26 de dezembro de 2013**. Regulamenta a autorização para a prática de atividade de Carregamento de gás natural, dentro da esfera de competência da União. Brasília: ANP, 2013a. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=263624. Acesso em: 30 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 52, de 2 de dezembro de 2015**. Estabelece a regulamentação para a construção, a ampliação e a operação de instalações de movimentação de petróleo, seus derivados, gás natural, inclusive liquefeito (GNL), biocombustíveis e demais produtos regulados pela ANP. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=310877. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução n. 806, de 17 de janeiro de 2020**. Regulamenta os procedimentos para controle de queima e perda de petróleo e de gás natural. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020a. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-806-de-17-de-janeiro-de-2020-238839783. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 811, de 16 de março de 2020**. Regulamenta a atividade de transporte a granel de petróleo, seus derivados, gás natural e biocombustíveis por meio aquaviário e as operações de transbordo entre embarcações (*ship to ship*). Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-811-de-16-de-marco-de-2020-248327333. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Resolução ANP n. 852, de 23 de setembro de 2021.** Regulamenta o exercício da atividade de produção de

derivados de petróleo e gás natural, seu armazenamento, sua comercialização e a prestação de serviço e dá outras providências. Rio de Janeiro: ANP, 2021b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-anp-n-852-de-23-de-setembro-de-2021-347059938. Acesso em: 29 jun. 2022.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, Seus Derivados e Gás Natural. **Comentários –** Revisão da Portaria ANP n. 115/2000. [*S.l.*]: ANP, 2000.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; PGF – Procuradoria-Geral Federal; AGU – Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 448/2013/PF-ANP/PGF/AGU**. Competência dos entes reguladores estaduais. Restrições adicionais às adotadas pela ANP. Fixação de tarifas. Autoprodutor e autoimportador. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2013.

ARAGÃO, Alexandre S. de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 171-194, maio. 2002a.

ARAGÃO, Alexandre S. de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 249, abr.-jun. 2002b.

ARAGÃO, Alexandre S. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre S. de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre S. de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 239, p. 411-438, 2005. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43875. Acesso em: 3 maio. 2022.

ARAGÃO, Alexandre S. de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia – RBDP**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 75-116, 2006.

ARAGÃO, Alexandre S. de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 338, 2003. DOI: 10.12660/rda.v233.2003.45457.

ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon; VICKERS, John. **Regulatory Reform:** Economic Analysis and British Experience. Cambridge: The MIT Press, 1994.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation.** Theory, Strategy and Practice. Second Edition. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 587-620.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito de propriedade – Tombamento – Indenização. **Revista de Direito Administrativo**, v. 200, p. 158-162, 1995. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46537. Acesso em: 7 abr. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 1, p. 173-184, 1999.

BARBASSA, Almir Guilherme. **Fato relevante.** Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/comunicados-ao-mercadocentral-de-downloads/cd905dfa27fac921aebbb3dcd301934abd33483605ea471770e84ffc72f7e042/fato_relevante_analise_da_area_de_tupi.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 135-137.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out./dez. 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional –** artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição de gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 7, p. 1-23, ago.-out. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=127. Acesso em: 10 fev. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. O Direito Administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. *In:* CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 53-98.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 9-43, out./dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 7.382, de 2 de dezembro de 2010**. Regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei no 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2010c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7382.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 9.172, de 17 de outubro de 2017**. Institui o Sistema de Registro Nacional de Emissões - Sirene, dispõe sobre os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima a que se refere o inciso XIII do caput do art. 6º da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, e altera o Decreto nº 7.390, de 9 de dezembro de 2010, que regulamenta a referida Política. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9172.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 9.616, de 17 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto nº 7.382, de 2 de dezembro de 2010 que regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9616.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021**. Regulamenta a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc05.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995b. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Gás para Crescer.** Relatório Técnico. Brasília: ANP: EPE: Ministério de Minas e Energia: out. 2016. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/gas-para-crescer/consulta-publica/0.GsparaCrescer_RelatrioTcnico.pdf. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sôbre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2004.htm. Acesso em: 1º jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5

de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.276, de 30 de junho de 2010**. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011**. Altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõem sobre a política e a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis; o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores; as Leis nºs 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e 12.249, de 11 de junho de 2010; o Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública; a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; revoga a Lei nº 7.029, de 13 de setembro de 1982; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12490.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de junho de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10

de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021**. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Centro de Documentação e Informação.** Quadro histórico artigo 177 da Constituição Federal de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação. p. 10. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/31179/quadro_historico_%20art.177.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos n. 39, de 16 de fevereiro de 1995**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995c. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1995/emendaconstitucional-9-9-novembro-1995-354957-exposicaodemotivos-148870-pl.html. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/partilha-de-producao/5a-rodada-partilha-producao-pre-sal/arquivos/edital/modelo-contrato-sem-operacao-petrobras-sudoeste-tartaruga-verde.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Ministério de Minas e Energia. **Minuta de contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural [...]**. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2020. Disponível em: https://www.mattosfilho.com.br/UnicoDocumentos/contratoR16-minuta-contrato17.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 4.210 São Paulo**. Reclamação. Constitucional. Ação ordinária. Usurpação de competência. Distribuição de gás natural canalizado. Conflito federativo estabelecido entre a União e Estado-membro. Art. 102, I, F, da Constituição Federal. Exploração de serviços locais de gás canalizado. Reclamação julgada procedente. Rclte.: Estado de São Paulo. Recldo.: Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo (Processo nº 2005.61.00.029794-9). Município de São Paulo. Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de março de 2019a. Disponível em:

https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749927230. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI nº 3.366-2/DF**. Relator: Min. Carlos Britto. Rl. p/ ac. Min. Eros Grau, j. 16.03.2005. p. 412. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2447016/mod_resource/content/1/STF%20ADI%203366_2.pdf. Acesso em: 7 maio. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ARE 1.104.226AgR**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 27/04/2018. DJe 102.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1054110**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. Livre iniciativa e livre concorrência. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 09/05/2019b. DJe194, p. 10. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768192170/recurso-extraordinario-re-1054110-sp. Acesso em: 3 jul. 2022.

BROADMAN, Harry G.; KALT, Joseph P. How Natural Is Monopoly: The Case of Bypass in Natural Gas Distribution Markets. **Yale Journal on Regulation**, v. 6, n. 2, p. 181-208, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Edições Almedina: 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPENTER, Paul. **Competition in Gas Pipeline Markets**: International Precedent for Regulatory Coverage Decisions. Melbourne, Australia: National Competition Council, June 2000. p. 4-6. Disponível em: brattle.com/wp-content/uploads/2021/05/14175_gcegbr-001.pdf. Acesso em: 21 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/. Acesso em: 30 abr. 2022.

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 3, de 7 de abril de 2022**. Estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho do novo mercado de gás natural, os aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência nesse mercado, os fundamentos do período de transição, e dá outras providências. Brasília: MME, 2022. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=431030#:~:text=Estabelece%20as%20diretrizes%20estrat%C3%A9gicas%20para,transi%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 4 jul. 2022.

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 9, de 8 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre a decisão relativa à 8a Rodada de Licitações de blocos exploratórios de petróleo e gás natural. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/2009/ResoluoCNPEn92009.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética. **Resolução n. 10, de 14 de dezembro de 2016**. Estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural, cria o Comitê Técnico para o Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural no Brasil, com o objetivo de propor medidas que garantam a transição gradual e segura para a manutenção do adequado funcionamento do setor de gás natural e de avaliar a possibilidade de aceleração da transição, e dá outras providências. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2016/resolucao_cnpe_10_diretrizes_gas_para_crescer.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação 2009/C/45/02. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. **Jornal Oficial da União Europeia**, C 45/7, 24 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=PT. Acesso em 10 abr. 2022.

COSTA, Maria D. **Gás natural no cenário brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29-52.

CYRINO, André. **Direito Constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, 2014.

DI LORENZO, Thomas J. The Myth of Natural Monopoly. **The Review of Austrian Economics**, v. 9, n. 2, p. 43-58, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Felipe *et al*. Regulação do acesso de terceiros à rede de gasodutos em áreas de produção. **Revista Brasileira de Energia**, v. 8, n 1, p. 13-14, jan. 2001. Disponível em: http://www.sbpe.org.br/rbe/revista/16/. Acesso em: 28 jun. 2021.

DUNNE, Niamh. **Competition Law and Economic Regulation.** Making and Managing Markets. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

EIA – Independent Statistics & Analysis. What are natural gas liquids and how are they used? **Today in Energy**, April 20, 2012. Disponível em: https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=5930. Acesso em: 5 abr. 2021.

EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Balanço Energético Nacional 2019**. Disponível em: https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019. Acesso em: 30 abr. 2021.

EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Informe:** custos de gás natural no pré-sal brasileiro. Brasília: Ministério de Minas e Energia, abril de 2019. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-368/INFORME%20-%20Custos%20de%20G%C3%A1s%20Natural%20no%20Pr%C3%A9-Sal%20Brasileiro.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Nota Técnica EPE/DPG/SPG/06/2020**. Outubro de 2020. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-527/NT%20Terminais%20de%20GNL%20no%20Brasil%20-%20Panorama%20dos%20Principais%20Projetos.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

EPSTEIN, Richard A. **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice:** Why Less is More. Washington, DC: AEI Press, 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Art. 170, III – função social da propriedade. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1890-1891.

FARACO, Alexandre D. **Regulação e Direito Concorrencial:** as Telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. União, Estados e Municípios na Nova Constituição: enfoque jurídico-formal. *In:* **A Nova Constituição Paulista**. São Paulo: [*s.n.*], 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Art. 173, § 4º. *In:* MORAIS, Alexandre *et al*. **Constituição Federal comentada.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). **Revista de Direito Público**, v. 22, n. 91, p. 76-86, jul.-set. 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 1. Arts. 1º ao 43. São Paulo: Saraiva, 1990a.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 4. Arts. 170 ao 245. São Paulo: Saraiva, 1990b.

FGV CERI – Fundação Getúlio Vargas, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas; THE WORLD BANK. **Desenvolvimento de um mercado de gás no Brasil**. maio 2018. p. 57. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/49_49_desenvolvimento-de-um-mercado-de-gas-no-brasil.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé no Direto Administrativo. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba, 2005. p. 11-12. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2618/R%20-%20D%20-%20ANA%20CLAUIDIA%20FINGER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 maio 2022.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GOMES, Ieda. **The dilemma of gas importing and exporting countries**. Oxford: Oxford Institute of Energy Studies, 2020.

GONÇALVES, Carla Maria de O. C. **A revisão do marco regulatório para o setor de gás natural e o by-pass da rede de distribuição**. 2019. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 2019. p. 92. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28876/DISSER_A%20REV%20MARCO%20REGUL%20GN%20E%20O%20BYPASS%20DA%20REDE%20DE%20DISTRIBUI%c3%87%c3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 24 fev. 2022.

GORDON, D. V.; GUNSCH, K.; PAWLUK, C. V. A natural monopoly in natural gas transmission, **Energy Economics**, v. 25, Issue 5, p. 473-485, 2003. https://doi.org/10.1016/S0140-9883(03)00057-4.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Serviço público de distribuição de gás canalizado [Parecer]: competência municipal, exclusividade e âmbito da prestação. *In:* **Direito ambiental:** fundamentos do Direito Ambiental. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 2. Disponível em: https://revistadostribunais-com-br.sbproxy.fgv.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017f53216eaa7f4d401d&docguid=Ib0c99d9068e811e18c7800008517971a&hitguid=Ib0c99d9068e811e18c7800008517971a&spos=1&epos=1&td=36&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#. Acesso em 3 mar. 2022.

GREER, Monica. The theory of Natural Monopoly and Literature Review (Chapter 2) In: GREER, Monica. **Electricity Marginal Cost Pricing**. [*S.l.*]: Butterworth Heinemann, 2012. p. 15-38. https://doi.org/10.1016/B978-0-12-385134-5.00002-8.

GROTTI, Dinorá Musetti. Regime jurídico das telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [*S.l.*], v. 224, p. 183-196, 2001.

HALLACK, Michelle; VAZQUEZ, Miguel. The Impact of Who Decides the Rules for Network Use: a “Common Pool” Analysis of the Investment Dynamics in Different Gas Network Regulatory Frames. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 3, p. 493-512, 2014. doi:10.1017/S1744137414000071.

HOVENKAMP, Herbert. **Principles of Antitrust**. Saint Paul, Minn.: West Academic, 2017.

IEA – International Energy Agency. **Golden Rules for a Golden Age of Gas.** World Energy Outlook Special Report on Unconventional Gas. Paris, France: OECD/IEA, 2012. p. 19. Disponível em: https://iea.blob.core.windows.net/assets/8422ef9a-9ae8-4637-ab1c-ddb160ab7c59/WEO_2012_Special_Report_Golden_Rules_for_a_Golden_Age_of_Gas.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KAHN, Alfred E. **The Economics of Regulation:** Principles and Institutions. v. I: Economic Principles. New York: John Wiley & Sons Inc., 1970.

LAFER, Celso. **Ensaios sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LETA, Edoarda Victer. **Os contornos das atividades de distribuição e comercialização de gás canalizado**: uma análise de competências à luz da Constituição Federal de 1988. 2021. 134 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

LIAW, Cylon. **Novas fronteiras de expansão para o gás natural:** o suprimento em pequena escala através da malha ferroviária brasileira. 2018. 125 f. Dissertação (Mestrado em Energia) – Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 112. doi:10.11606/D.106.2019.tde-19122018-113127.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Descrição e análise do contrato de cessão onerosa entre a União e a Petrobras**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2010. p. 4. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/4745/descricao_analise_lima.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 15 abr. 2021.

LIPSKY, Abbott; SIDAK, Gregory. Essential Facilities. **Stanford Law Review**, v. 51, issue 5, p. 1187-1248, 1999.

LISBONA, Diogo Romeiro. O imbróglio da GásLocal (GNL Gemini) no CADE: defendendo a concorrência ou garantindo o monopólio? **Blog Infopetro**, 18 de julho de 2016. Disponível em: https://infopetro.wordpress.com/2016/07/18/o-imbroglio-da-gaslocal-gnl-gemini-no-cade-defendendo-a-concorrencia-ou-garantindo-o-monopolio/. Acesso em: 11 set. 2021.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social, abuso e poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOSS, Giovani R. **A regulação setorial do gás natural**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas constituições brasileiras (1981-1934). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan./abr. 2011.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Participações governamentais na indústria do petróleo:** evolução normativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MAKHOLM, Jeff D. **The political economy of pipelines.** A century of comparative institutional development. Londres: The University of Chicago Press, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de A. **Bens públicos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de A. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 15 mar. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de A. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. **Fórum Administrativo**, v. 154, p. 1, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de A. Universalização de serviços públicos e competição – O caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 133-152, jan. 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência**. As autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública; CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Brasília, 8 de julho de 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2Ur8iByH-

Nu4yvA1cv_9inRMOg4J1hcDMIohDGroONKELtnpkMU8Pfaq47IACp_3Fd9iD44arSE934kMfAu8z. Acesso em: 4 jul. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 67, de 1º de março de 2010**. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/72128/268749/Portaria+67+de+01-03-2010+Publicado+no+DOU+de+02-03-2010.pdf/7147c811-4862-617d-3abc-99cdbff84a90?version=1.0. Acesso em: 29 jun. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 232, de 13 de abril de 2012**. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/web/guest/acesso-a-informacao/legislacao/portarias/-/document_library_display/mhGvQg5HAvT2/view/268757. Acesso em: 29 jun. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 317, de 13 de setembro de 2013**. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/transporte-de-gas-natural/arquivos/leis-portarias/portaria-mme-n317-2013.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 455/SPE/MME, de 29 de dezembro de 2020.** Brasília: MME, 2020b. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36144/1369297/Portaria+SPE+455+2020%2C+de+29-12-2020+-+Gera%C3%A7%C3%A3o/2ac8756b-aa0b-efb7-1898-0e14c1e7ea11?version=1.0. Acesso em: 4 jul. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia. **Portaria n. 456/SPE/MME, de 29 de dezembro de 2020.** Brasília: MME, 2020c. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36144/1369297/Portaria+SPE+456+2020%2C+de+29-12-2020+-+Gera%C3%A7%C3%A3o/19fb1dcc-6da3-df0f-d0f1-58abc21ee93c?version=1.0. Acesso em: 4 jul. 2022.

MME – Ministério de Minas e Energia; ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A.; EPE – Empresa de Pesquisa Energética; BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento. **Estudo sobre o Aproveitamento do Gás Natural do Pré-sal**. Brasília: MME: ANP: Pré-Sal Petróleo S.A.: EPE, março de 2020a. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/aproveitamentognpresal.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

MOKHATAB, Saeid *et al*. **Handbook of Liquefied Natural Gas**. [S.l.]: Gulf Professional Publishing, 2014.

MOKHATAB, Saeid; POE, William A.; SPEIGHT, James G. **Handbook of Natural Gas Transmission and Processing**. [*S.l.*]: Gulf Professional Publishing, 2006. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780750677769500063#further-reading.0010. Acesso em: 6 abr. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, p. 66, 1990.

MOSCA, Manuela. On the origins of the concept of natural monopoly: E**conomies of scale and competition, The European Journal of the History of Economic Thought**, v. 15, n. 2, p. 317-353, 2008. DOI: 10.1080/09672560802037623.

NDUKA, Kenneth *et al*. Development of Domestic Gas Supply Obligation Model for Efficient Gas Utilisation in Nigeria. **International Journal of Oil, Gas and Coal Engineering**, v. 8, n. 2, p. 35-39, 2020. doi: 10.11648/j.ogce.20200802.11.

OGUS, Anthony I. **Regulation Legal Form and Economic Theory.** Oxford: Hart Publishing, 2004.

PIERCE JR., Richard J.; GELLHORN, Ernest. **Regulated industries in a nutshell**. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co. 1999.

PITOFSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 70, p. 450-451, 2002.

POLLITT, Michael. The Arguments for and against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks. **Energy Policy**, v. 36, p. 704-713, 2008.

PRIOLI, Luis Fernando. **Gás natural brasileiro:** questão constitucional. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

PRISCO, Alex Vasconcellos. A concessão da atividade de transporte dutoviário de gás natural: notas ao regime jurídico básico. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 9-32, jul.-set. 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**. 3. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ZEITOUNE, Ilana. Gás não convencional: novos horizontes regulatórios. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, v. 4, p. 98-113, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** Princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Leandro A. N. Sobre a competência constitucional concorrente do Estado-Membro em matéria previdenciária. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 34, n. 71, p. 51-68, 2013.

SAMPAIO, Patrícia R. **Regulação e concorrência** – A atuação do Cade em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMUELSON, Paul A. **Economics**. 8th edition. New York: McGraw-Hill, 1970.

SÃO PAULO. **Decreto n. 65.889, de 27 de julho de 2021**. Dispõe sobre critérios de classificação de gasodutos de distribuição de gás canalizado no âmbito do Estado de São Paulo. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65889-27.07.2021.html. Acesso em: 30 jun. 2022.

SCHIRATO, Vitor R. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor R. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 185-232, out./dez. 2010.

SCHIRATO, Vitor R. O poder de polícia é discricionário? *In:* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). **Poder de polícia na atualidade:** Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – Cedau do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, Anderson S. Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do Direito da Concorrência. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-173, 2003.

SILVA, Jorge C. F. **Antidiscriminação & Contrato**. A integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **O mito dos serviços públicos:** monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil. 2020. 179 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 243-273, maio/ago. 2011. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8593. Acesso em: 23 fev. 2022.

SOUZA, Larissa Oliveira Prado. Autorizações constitutivas no Direito Administrativo Contemporâneo. 2010. 49 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

STF – Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.366-2/DF**. Rel. Min. Carlos Britto, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16.03.2005.

STRINGHINI, Adriano Candido. Reestruturação de redes de infra-estruturas: a servidão administrativa como instrumento hábil para promoção da concorrência. *In:* ARAGÃO, Alexandre S. de; STRINGHINI, Adriano Candido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro.

Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45-88.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade: The Social Role of Property. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 403-423, 2019. Disponível em: https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/249. Acesso em: 15 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000. p. 385-386.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 272-281, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre estados federativos: o caso do Gás Natural Liquefeito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 37, p. 1-2, maio 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38014. Acesso em: 22 fev. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 25-55, jan./fev. 2015. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16540. Acesso em: 22 fev. 2022.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, [*S.l.*], v. 63, p. 1-15, 1961. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455. Acesso em: 7 jun. 2022.

TÁCITO, Caio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ordem econômica – Liberdade de iniciativa – Empresa capital nacional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 236-240, 2005. https://doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42998.

TALUS, Kim. Just What is the Scope of the Essential Facilities Doctrine in the Energy Sector?: Third Party Access-Friendly Interpretation in the EU V. Contractual Freedom in the US. **Common Market Law Review**, v. 48, p. 1-28, 2011b.

TALUS, Kim. **Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**. The Netherlands: Wolters Kluwer Publishers, 2011a.

TOLETO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 28, p. 180-207, 1999.

TORDO, Silvana. Fiscal Systems for Hydrocarbons: Design Issues. **World Bank Working Paper**, Washington, n. 123, p. 8, 2007.

TORDO, Silvana; JOHNSTON, David; JOHNSTON, Daniel. Petroleum exploration and production rights: allocation strategies and design issues. **World Bank Working Paper**, Washington, n. 179, p. 11, 2009.

TUSSING, Arlon R. **The natural gas industry:** evolution, structure, and economics. 2nd ed. Tulsa, OK: Pennwell Corp, 1995.

VALOIS, Paulo (org.). **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle; GLACHANT, Jena-Michel. Designing the European Gas Market: More Liquid & Less Natural? **Economics of Energy & Environmental Policy**, v. 1, n. 3, p. 25-38, 2012. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/26189428. Acesso em: 3 jul. 2022.

VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle Carvalho; GLACHANT, Jean-Michel. Gas Network and Market: À La Carte? **Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2013/73**, p. 12, October 2013. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2378838.

VEIGA, Ana Paula; MERCEDES, Sonia Seger. **Biometano de gás de aterros no Brasil:** potencial e perspectivas. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana-Paula-Veiga/publication/283906944_BIOMETANO_DE_GAS_DE_ATERROS_NO_BRASIL_POTENCIAL_E_PERSPECTIVAS/links/5649ebc608ae127ff9865ecd/BIOMETANO-DE-GAS-DE-ATERROS-NO-BRASIL-POTENCIAL-E-PERSPECTIVAS.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

VICKERS, John. Competition Policy and Property Rights. **The Economic Journal – Conference Papers**, v. 120, n. 544, p. 375-392, May 2010.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Breve apresentação do novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 180-203, 2006.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

WALD, Arnold. Do direito adquirido à equação financeira nos contratos administrativos. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 861-878.

WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832. Acesso em: 2 maio 2021.