



CONSIDERAÇÕES DA SCM/ANP QUANTO À IMPLANTAÇÃO DE UNIDADE DE LIQÜEFAÇÃO DE GÁS NATURAL NO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA/SP – PROJETO GEMINI

**Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, Seus
Derivados e Gás Natural**

Fevereiro 2005



CONSIDERAÇÕES DA SCM/ANP QUANTO À IMPLANTAÇÃO DE UNIDADE DE LIQÜEFAÇÃO DE GÁS NATURAL NO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA/SP – PROJETO GEMINI

I – HISTÓRICO

Em 27 de fevereiro de 2004, o então Núcleo de Defesa da Concorrência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (NDC/ANP) encaminhou o Memorando nº 011/NDC, por meio do qual solicitou-se, à Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural (SCG/ANP), sua análise quanto ao Ato de Concentração nº 08012.001015/2004-08.¹

Impende destacar que o supramencionado Ato toca à constituição da sociedade GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda.², estágio inicial da implementação do **Projeto Gemini**, desenvolvido conjuntamente pelas empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) e PETROBRAS Gás S.A. (GASPETRO).

Tal empreendimento visa à produção de gás natural liqüefeito a granel (GNL), em uma planta de liqüefação situada na cidade de Paulínia (Estado de São Paulo), e à sua posterior distribuição e comercialização em regiões não atendidas por infra-estrutura de escoamento.

Com a finalidade de levar a efeito o Projeto em tela, as retro citadas empresas formaram um Consórcio, no qual a PETROBRAS fornecerá o gás natural; a White Martins deterá e operará a planta de liqüefação (com capacidade de 380 mil m³/dia), a partir de sua capacitação tecnológica de produção, distribuição e comercialização

¹ A partir de 31 de agosto de 2004, em decorrência do Novo Regimento Interno da ANP e de sua conseqüente fusão com a Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo e seus Derivados (SCP/ANP), a Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural (SCG/ANP) passou a denominar-se Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural (SCM/ANP). O Núcleo de Defesa da Concorrência da Agência (NDC/ANP), por seu turno, teve sua designação alterada para Coordenadoria de Defesa da Concorrência (CDC/ANP).

² Das 10.000 quotas integrantes do capital social inicial da empresa – com valor nominal unitário de R\$ 1,00 –, 4.000 delas (40% do capital social) pertencem à GASPETRO, enquanto 6.000 (60% do capital social) são de propriedade da White Martins.

de gases liqüefeitos criogênicos; e a GNL Gemini desempenhará as atividades de distribuição e comercialização de GNL.

Salienta-se, ainda, que o objetivo do Projeto Gemini é, consoante seus idealizadores, criar uma nova alternativa de abastecimento de mercados cujas redes de distribuição de gás canalizado são incipientes ou, até mesmo, inexistentes, de forma a ampliar e antecipar o consumo do gás nessas áreas, bem como instituir uma nova forma de utilização deste na Matriz Energética Brasileira.

Assim sendo, do ponto de vista de seus empreendedores, o Projeto não apresenta como finalidade promover a competição entre este energético e o gás natural canalizado, haja vista que o suprimento de gás via gasodutos é menos custoso do que o GNL, cuja estrutura de formação de preço encerra, além da matéria-prima (gás natural), expressivos investimentos em unidades de liqüefação, tanques de armazenagem, bem como em carretas e/ou vagões criogênicos.

Com base no apresentado e no sentido de subsidiar a elaboração, pelo NDC/ANP, de parecer quanto ao aludido Ato de Concentração, a SCG/ANP desenvolveu, em 19 de março de 2004, a Nota Técnica nº 005/2004-SCG, mediante a qual recomendou a aprovação sem restrições do mesmo, enfatizando-se, todavia, a necessidade de formalização das relações comerciais entre a PETROBRAS – na condição de fornecedora do gás natural, no âmbito do Consórcio Gemini – e a GNL Gemini – responsável pela comercialização e distribuição do GNL a granel –, através da ratificação de um **Contrato de Compra e Venda de Gás Natural** entre elas, posto que, do contrário, comprometer-se-ia a transparência de ditos vínculos e, conseqüentemente, o desenvolvimento sadio deste mercado, no País.

Ademais, questionada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF – (Ofício nº 06403/2004/DF-COGSI/SEAE/MF) sobre a possibilidade de conflitos, legais ou de outras naturezas, no que se refere à atividade de distribuição de GNL nas áreas de concessão das distribuidoras estaduais de gás canalizado, a SCG/ANP emitiu a Nota Técnica nº 008/2004-SCG, por meio da qual discorreu sobre o tema.

Neste contexto, em 01 de julho de 2004, a SEAE/MF encaminhou o Ofício nº 07029/2004/DF COGSI/SEAE/MF, por meio do qual requereu que a ANP explicitasse seu entendimento acerca da possibilidade do fornecimento de gás natural, pela PETROBRAS, à sobredita planta de liqüefação configurar-se como uma atividade sujeita à regulação do Poder Concedente estadual – inclusive do ponto de vista tarifário –, dada a competência constitucional das Unidades Federativas brasileiras para a distribuição de gás canalizado.

Paralelamente, em 02 de julho de 2004, a empresa GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. remeteu documento mediante o qual instou que a SCG/ANP prestasse os seguintes esclarecimentos:

- i) As atividades de transporte, distribuição e comercialização de GNL são abrangidas pela competência regulatória da ANP e a que esfera compete autorizar o exercício das mesmas? Seria correto afirmar que tais atividades não se inserem nos “serviços locais de distribuição de

gás canalizado”, prescindindo, assim, de autorização dos Estados brasileiros, em função do que dispõe o Artigo 25, § 2º da Constituição Federal?; e

- ii) A aquisição do gás natural pode realizar-se independentemente de autorização dos Estados da Federação e ser efetuada, diretamente, junto aos transportadores, podendo inclusive a PETROBRAS fornecer o gás natural a título de participação no Consórcio Gemini?

Diante do exposto, no dia 05 de julho de 2004, a SCG/ANP submeteu, através do Memorando nº 040/SCG, tais questionamentos à apreciação da Procuradoria-Geral da Agência (PRG/ANP), a qual, em resposta, emitiu o Parecer nº 006/2004, de 13 de julho de 2004.

No que concerne à consulta realizada pela SEAE/MF, a SCG/ANP expediu, em 15 de julho de 2004, o Ofício nº 099/2004/SCG, por meio do qual reproduziu o seguinte trecho do mencionado parecer jurídico elaborado pela PRG/ANP:

“Em resumo, devemos concluir que a atividade de fornecimento de gás natural à planejada planta de liquefação sujeite-se exclusivamente à regulação pelo poder federal, já que aos Estados cabe exclusivamente a disciplina e a exploração dos serviços locais de gás canalizado.

Diga-se também, no caso específico do Estado de São Paulo, que o fornecimento direto a partir dos gasodutos dá-se necessariamente por meio de conduto, o que permite concluir pela inconstitucionalidade da Constituição Estadual, nesta parte, já que o transporte por meio de conduto é monopólio atribuído à União (CF, artigo 177, IV).

Assim, efetivamente toda a atividade envolvida no projeto cabe à competência regulatória da ANP, com base, primeiramente, na Constituição Federal e, após, na própria Lei nº 9.478/97.

Os conflitos legais só se tornarão possíveis à medida em que se insista em ampliar indevidamente o alcance do artigo 25, § 2º, da Constituição Federal.”

Outrossim, no sentido de dirimir as indagações da GNL Gemini, dita Superintendência remeteu, à sociedade, o Ofício nº 101/2004/SCG, datado de 16 de julho de 2004.

Em relação ao primeiro questionamento desta empresa, destacou-se que consoante o Artigo 25 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “**cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação**”. (grifos nossos)

Ainda em relação à primeira pergunta, transcreveu-se o seguinte extrato do Parecer nº 0006/2004:

“Como se sabe, em termos de hermenêutica jurídica, não há espaço para que se enxergue em qualquer lei e, especialmente, no texto constitucional, qualquer palavra ou termo inútil.

Temos então que onde o texto constitucional referiu-se a serviços de gás canalizado haverá poucas dúvidas de que a Constituição Federal desejou atribuir aos Estados a possibilidade de dispor somente sobre o gás que se pode ‘dirigir ou encaminhar, por meio de canos’ (segundo versão eletrônica do Dicionário Aurélio), desde que o fornecimento dele seja resultado de serviço prestado pelo próprio Estado (ou concessionária).

E, note-se, apenas em âmbito local.

Assim, a legislação estadual que eventualmente disponha sobre gás deve ater-se a normatizar nestes estreitos limites.

A admissão de qualquer variação sobre o tema desta legislação implicaria alterar o sentido e o alcance da Constituição Federal, o que seria inadmissível.”

Esclareceu-se, também, que, de acordo com o caput do Artigo 177 incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal, constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das referidas atividades; assim como 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 de qualquer origem e que compete à ANP, nos termos da Lei nº 9.478/97, regular e fiscalizar tais atividades integrantes, respectivamente, das indústrias brasileiras de petróleo e gás natural.

A partir do exposto, constatou-se que (i) a regulação das atividades afetas ao transporte, à distribuição e à comercialização de GNL encontra-se a cargo da ANP; e (ii) haja vista que as mesmas não representam “serviços locais de gás canalizado”, prescindem de autorização estadual, em função do preceituado no Artigo 25, § 2º, da Constituição Federal.

Assinalou-se, em remate, que, no sentido de regular e fiscalizar tais atividades, a Agência vale-se das seguintes normas:

- iii) Portaria ANP nº 170/1998, a qual estabelece, no caput de seu Artigo 1º, que a construção, a ampliação e a operação de instalações de transporte ou de transferência de petróleo, seus derivados e gás natural, inclusive liquefeito (GNL), dependem de prévia e expressa autorização da ANP.

Importante ressaltar, ainda, que o § 1º deste Artigo determina que consideram-se instalações de transporte ou de transferência: I – dutos; II – terminais terrestres, marítimos, fluviais ou lacustres; e III – **unidades de liquefação de gás natural e de regaseificação de GNL;** e

- iv) Portaria ANP nº 118/2000, cujo Artigo 1º dispõe que “*ficam regulamentadas, através da presente Portaria, as atividades de distribuição de gás natural liqüefeito (GNL) a granel e de construção, ampliação e operação das centrais de distribuição de GNL*”.

No tocante ao segundo aspecto abordado pela empresa GNL Gemini, a SCG/ANP sublinhou que, em parecer jurídico emitido no ano de 2001, a Procuradoria-Geral da ANP interpretou não haver impedimento legal para a aquisição de gás natural, diretamente do duto de transporte, devido à planta de liqüefação enquadrar-se na hipótese do Artigo 1º, § 1º, inciso III, da Portaria ANP nº 170/1998, o qual, conforme citado alhures, determina que ditas **unidades de liqüefação de gás natural** e de regaseificação de GNL são consideradas **instalações de transporte** ou de **transferência**.

Não obstante o acima explicitado, iterou-se a necessidade de formalização das relações comerciais entre a PETROBRAS e a GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda., através da celebração de Contrato de Compra e Venda de Gás Natural entre ambas.

Um outro aspecto relevante a ser contemplado tange aos pedidos de autorização realizados pela White Martins e pela GNL Gemini junto à Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural (SCM/ANP), no âmbito do Projeto Gemini.

Neste particular, convém sublinhar que foram requeridas, pela White Martins, autorizações, respectivamente, para a construção da Central de Distribuição de GNL, com base na Portaria ANP nº 118/2000 (Correspondência GMA/SP-022/04, de 19 de novembro de 2004) e para a construção da Unidade de Liqüefação de Gás Natural, conforme a Portaria ANP nº 170/1998 (Correspondência GMA/SP-020/04, de 19 de novembro de 2004), ambas no município de Paulínia, no Estado de São Paulo.

A GNL Gemini, por sua vez, solicitou autorização para o exercício da atividade de distribuição de GNL, nos termos da Portaria ANP nº 118/2000 (Correspondência s/nº, de 27 de dezembro de 2004, protocolada na Agência em 28 de dezembro de 2004).

Posto isto, registra-se que todos os três pedidos acima mencionados encontram-se em análise na SCM/ANP. Entretanto, no que diz respeito particularmente ao processo atinente à autorização de construção da Unidade de Liqüefação de Gás Natural, faz-se mister assinalar que, nos termos do Artigo 5º da Portaria ANP nº 170/1998, a SCM/ANP publicou, no Diário Oficial da União (DOU) de 05 de janeiro de 2005 (Seção 1, página 27), o Despacho nº 1, datado de 04 de janeiro de 2005, contendo o sumário do memorial descritivo do Projeto pretendido para oferecimento de comentários e sugestões, por um prazo de trinta dias.

Em atendimento a tal Despacho, a Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS) encaminhou, em 01 de fevereiro de 2005, Ofício, por meio do qual submeteu

comentários e sugestões ao Projeto de implantação da Unidade de Liquefação de Gás Natural em foco.

Inicialmente, a distribuidora enfatizou que, a despeito de entender e compartilhar da prioridade governamental de substituir combustíveis pesados por outros mais limpos e de diversificar a Matriz Energética Brasileira, a implementação de qualquer empreendimento em sua área de concessão deverá garantir a observância estrita do Contrato de Concessão para a Exploração de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado em vigência, bem como respeito aos direitos adquiridos pela concessionária estadual desta atividade, na forma da norma constitucional vigente, nada justificando que o Projeto seja levado a efeito em prejuízo do interesse público.

Afirmou-se, também, que, em virtude da relevância de empreendimentos dessa natureza, a COMGÁS deverá ter o direito de deles participar, desempenhando o que, na forma de seu Contrato de Concessão, é sua atribuição exclusiva, na qualidade de concessionária de serviço público responsável pela preservação do interesse público que se encontra na raiz de sua concessão.

Ademais, a companhia salientou sua perplexidade face à alegação dos patrocinadores do Projeto em questão, quando da submissão do mesmo ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de que a *“ANP, em resposta a uma consulta da White Martins já se mostrou favorável à possibilidade de aquisição do gás natural diretamente dos produtores, sem passar pelas concessionárias locais de gás canalizado, o que poderia tornar economicamente inviável o Projeto”*.

De acordo com a COMGÁS, tal complexidade deveu-se a dois fatores: *“o primeiro, de natureza legal, por invadir a alegada manifestação dessa ANP a esfera de competência exclusiva do regulador estadual, no caso a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, cujas atribuições na área de distribuição de gás natural canalizado se encontram inexorável e indelevelmente associadas ao monopólio constitucional conferido aos Estados pelo artigo 25 § 2º da Constituição Federal. O segundo fator, e não menos importante, se refere à alegação de que o exercício de direitos constitucionalmente assegurados ao concessionário estadual afetaria a viabilidade econômica do projeto. Vale ressaltar que os direitos constitucionalmente previstos se referem e se alinham com o interesse público, ao passo que a viabilidade econômica de um projeto, elemento fundamental no processo de decisão de investimento, se refere a um interesse privado, diverso e não necessariamente alinhado com o interesse público, e manifestado, dentre outras formas, na taxa interna de retorno desejada pelo investidor dentro do horizonte de tempo por ele assumido”*.

Complementarmente, a distribuidora asseverou que o escopo de sua concessão deriva do monopólio conferido aos Estados, por expressa disposição da Constituição Federal e da Constituição do Estado de São Paulo, devendo-se salientar, ainda, que, nesta Unidade Federativa, a norma constitucional abarca todas as categorias de usuários, a saber, o atendimento às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros, incluindo-se o fornecimento direto de gasodutos de transporte.

Nesta mesma linha de argumentação, alegou-se que a Emenda Constitucional nº 5/1995, ao dar nova redação ao § 2º do Artigo 25 da Constituição Federal,

estabeleceu que os serviços locais de gás canalizado far-se-iam consoante o disposto em lei, sendo incontestável que dita lei é estadual, uma vez que seria inadmissível que o monopólio outorgado às Unidades Federativas brasileiras não fosse acompanhado pelo poder das mesmas legislarem sobre a matéria.

A COMGÁS expôs, ainda, que a sua exclusão da operação pretendida, fundamentada no arrazoado de que a participação da companhia comprometeria a viabilidade econômica do Projeto, transfere da iniciativa privada para a concessionária de serviço público e, em consequência, para toda a coletividade, os ônus decorrentes dessa exclusão. No entendimento da companhia, tal transferência de ônus afetaria a estabilidade e o equilíbrio da própria concessão, seja quanto ao cumprimento de metas contratuais destinadas a garantir a universalização do serviço, seja quanto ao cronograma de expansão da rede de distribuição a ser observado pela distribuidora ao longo do prazo de concessão.

Em seguida, afirmou-se que *“(...) no afã de atender os interesses de consumidores de grande porte, os contornos do projeto impedem que a coletividade se beneficie da capilaridade da distribuição do gás canalizado, afetando-se, dessa forma, a universalização do serviço público, esta também uma preocupação cada vez maior de parte das autoridades governamentais em todos os níveis”*.

Argumentou-se, posteriormente, que *“(...) o marco legal que preside a concessão de que é titular não admite que a COMGÁS, na qualidade de concessionária, seja alijada do projeto, já que é um elo obrigatório e necessário dessa cadeia do gás. O Decreto nº 43.889, de 11 de março de 1999, marco regulatório do gás no Estado de São Paulo, em seu artigo 22, estabelece de forma peremptória e irretorquível, que ‘a concessionária terá exclusividade ao longo de todo período e dentro da sua área de concessão, do sistema de distribuição, bem como da operação deste, além da recepção e da entrega de gás canalizado’. Por oportuno, vale mencionar que a aludida disposição tem por efeito refletir na legislação infra-constitucional, a disposição contida no artigo 122 da Constituição do Estado de São Paulo, que estatui que se acha incluído no monopólio estadual o fornecimento direto de gasodutos de transporte. Dessa forma, o projeto em causa, ao prever que seu objetivo básico é a captação do gás natural de propriedade da Petrobras e diretamente do Gasoduto Bolívia-Brasil, e, repita-se, dele alijando-se a COMGÁS, tem por efeito violar o monopólio estadual do gás canalizado outorgado pela Constituição Federal e, por via de consequência, o marco legal e regulatório aplicável”*.

A COMGÁS assinalou também que, dada a complexidade do Projeto Gemini, sua aprovação e a solução dos problemas apontados anteriormente exigirão a atuação conjunta e harmônica de todos os reguladores envolvidos, visto que, caso contrário, incorrer-se-á no sério risco de invasão de áreas de competência exclusiva e violação de normas legais vigentes, além de serem afetados direitos contratualmente estabelecidos em detrimento do interesse público.

Por fim, a concessionária requereu que a decisão a ser tomada pela ANP, em sua área de competência exclusiva, seja precedida de entendimentos com os demais entes reguladores envolvidos e sustada até que definido o posicionamento do SBDC, sendo que, então, no momento oportuno de sua formulação, seja a decisão da Agência pautada nas características inerentes ao marco legal que regula a

concessão para a exploração do serviço público de gás canalizado, outorgada pelo Estado de São Paulo à COMGÁS, e com ele consentânea e harmonizada com a CSPE.

Também em referência ao aludido Despacho nº 1, de 04 de janeiro de 2005, a CSPE manifestou-se por meio do Ofício OF/CC/0041/2005.

A princípio, dito órgão regulador estadual destacou que caberia avaliar se o Projeto Gemini enquadra-se, de fato, nos termos da Portaria ANP nº 170/1998, posto que, à época da elaboração dessa norma, a tecnologia de liquêfação do gás natural limitava-se à aplicação em grande escala e com o propósito exclusivo de importação/exportação, ou seja, em terminais marítimos. Nestes casos, em função da escala, geralmente com volumes de 5 a 30 milhões m³/dia, somente poderia haver conexão a gasoduto de transporte.

Prosseguindo em sua explanação, a CSPE afirmou que dita Portaria, corretamente e com base nas discussões ocorridas na fase de sua elaboração, caracterizou a instalação de produção e armazenamento de GNL como apêndice da instalação de transporte, isto é, o gás produzido na instalação de GNL destinar-se-ia à exportação, por meio de terminais e navios metaneiros ou, no caso da importação, o GNL armazenado seria vaporizado e injetado em gasodutos de transporte, visando ao interesse geral.

Outrossim, alegou-se que o Projeto em voga, quer pelo porte, localização ou destinação, consoante afirmado pela White Martins, visa ao mercado de distribuição de gás natural, possibilidade esta que não estava prevista e sequer foi considerada quando da edição da Portaria ANP nº 170/1998. Além disso, a Unidade de Liquêfação, como proposta pelo Projeto Gemini, apresenta localização diversa da do terminal marítimo, devendo ser conectada ao gasoduto de transporte por um ramal de distribuição.

Quanto à regulação estadual, a CSPE mencionou que a distribuição local de gás canalizado foi reconhecida como um serviço público de competência dos Estados brasileiros pela Constituição Federal de 1988, destacando-se, ainda, que o parágrafo único do Artigo 122 da Constituição do Estado de São Paulo estatui que na definição de “serviços locais de gás canalizado” estão compreendidas todas as atividades a partir do gasoduto de transporte.

Por conseguinte, na visão do órgão regulador paulista, a partir dos aspectos técnicos (pressão, estado físico, tipo de duto), não se pode estabelecer outro entendimento senão o de que a competência dos serviços de distribuição de gás através de gasodutos de transporte, a fim de atenderem-se as necessidades dos mercados industrial, domiciliar, comercial e automotivo, dentre outros, é do Estado de São Paulo. Assim, cabe a este, através da CSPE, a regulação, o controle e a fiscalização do segmento de distribuição de gás canalizado, quaisquer que sejam tais aspectos técnicos.

Em adição, esclareceu-se que quando o gás for distribuído na forma canalizada, será explorado diretamente ou por concessão, indiretamente. No que diz respeito às demais atividades correlatas, por autorização.

Segundo a CSPE, depreende-se, dessa maneira, que qualquer retirada de gás, no Estado de São Paulo, deverá ser realizada pela concessionária competente.

No tocante à Unidade de Liqüefação em tela, asseverou-se, uma vez mais, que a mesma será interligada ao gasoduto de transporte por uma rede de distribuição, sendo que a caracterização desta rede como de distribuição deriva do fato da mesma ser uma “(...) *interligação dedicada, específica de interesse de instalação de GNL e não deve ser confundida com uma instalação de transporte que, por definição, se caracteriza pelo interesse geral*”.

Destarte, conforme argumentado no início do Ofício OF/CC/0041/2005, o Projeto Gemini, acredita a CSPE, não guarda relação com as instalações de GNL citadas no Artigo 1º da Portaria ANP nº 170/1998, a qual “(...) *prevê, em determinados tipos de instalações de GNL, que a interligação efetivamente ocorre somente por unidades de transporte (importação, exportação, vaporização do GNL interligado à rede de transporte, etc)*”.

Em relação à transformação física do gás nas instalações do empreendedor, ressaltou-se que esta não poderá jamais descaracterizar a rede de distribuição, ainda que seja um ramal dedicado.

Não obstante o exposto, a agência reguladora do Estado de São Paulo apontou como aspecto positivo do Projeto Gemini “(...) *a prática do uso do gás canalizado em substituição de outros combustíveis*”, promovendo-se, por assim dizer, a antecipação das expansões de redes, “(...) *na medida em que, havida a substituição de outros combustíveis pelo gás canalizado, estariam os consumidores utilizando-se deste combustível, sendo que a aproximação das redes de distribuição destes centros de consumo não faria senão contribuir para a viabilidade econômica, sendo beneficiados os usuários, vez que a atividade de distribuição de gás canalizado tem tarifas mais atrativas que as de GNL*”.

No que tange às expansões das redes, acima referenciadas, explicitou-se que, para desenvolver áreas nas quais inexitem instalações de distribuição (*greenfields*), faz-se necessário, sobretudo, captar grandes consumidores de gás natural e, a partir dos ramais desses usuários, construir a rede capilar para o atendimento dos usuários de baixo consumo médio. Em suma, os grandes consumidores funcionariam como “âncoras” para o incremento da rede de distribuição.

Quanto aos aspectos negativos do Projeto ora contemplado, citou-se o possível constrangimento da expansão das redes de distribuição de gás canalizado, derivado, principalmente, da existência de subsídios cruzados, ou seja, venda do gás por preços mais baixos do que aquele cobrado pelos tradicionais supridores às distribuidoras, podendo, inclusive, tais preços serem inferiores ao custo dos próprios supridores, com o objetivo de afastar a concorrência das distribuidoras.

Em remate, a CSPE chamou atenção para o fato de que, ao analisar-se a estruturação do Projeto Gemini, verifica-se a constituição de Sociedades de Propósito Específico (SPEs), com a finalidade de prestarem, conforme o caso, serviços de liqüefação e entrega, bem como de comercialização do GNL, sendo o gás natural de propriedade da PETROBRAS. Portanto, no entendimento desta Comissão, a destinação do gás, a partir do Gasoduto Bolívia-Brasil, dar-se-ia

diretamente aos consumidores de GNL, configurando-se a total verticalização da cadeia – do poço ao consumidor final.

II – CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS DA SCM/ANP

Inicialmente, urge destacar que as considerações apresentadas pela SCM/ANP, ao longo desta Seção, representam uma contribuição, do ponto de vista regulatório, à discussão em torno do projeto de implantação da Unidade de Liqüefação de Gás Natural no município de Paulínia, Estado de São Paulo, parte integrante do Projeto Gemini, não pretendendo esta Superintendência interferir na atividade de distribuição de gás canalizado, atividade explorada com exclusividade pelos Estados, conforme a Constituição Federal de 1988.

Como abordado previamente, cabe à Agência, no âmbito do supracitado Projeto, a outorga das autorizações para a construção e a operação das instalações subordinadas à esfera federal, tais como a Central de Distribuição de GNL, e para o exercício da atividade de distribuição de GNL, nos termos na Portaria ANP nº 118/2000, competindo-lhe, também, a outorga das autorizações para a construção e a operação da referida Unidade de Liqüefação e das instalações de transporte envolvidas, com base na Portaria ANP nº 170/1998.

Isto posto, passa-se à análise dos aspectos trazidos à baila pela COMGÁS e pela CSPE, por meio, respectivamente, do Ofício s/nº, datado de 01 de fevereiro de 2005, e do Ofício OF/CC/0041/2005, de 02 de fevereiro de 2005.

Em linhas gerais, a companhia distribuidora sublinhou, como citado de antemão, que a implantação de qualquer projeto em sua área de concessão deverá assegurar (i) a estrita observância do Contrato de Concessão para a Exploração de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado, ratificado entre a COMGÁS e o Estado de São Paulo, em 31 de maio de 1999; assim como (ii) o respeito aos direitos por ela adquiridos, na forma da norma constitucional vigente.

Respalhada tanto na Constituição Federal de 1988 como na Constituição do Estado de São Paulo, a companhia asseverou que tem o direito de participar do Projeto Gemini, desempenhando o que, na forma de seu Contrato de Concessão, é sua atribuição privativa enquanto concessionária do serviço público de distribuição de gás canalizado, qual seja, o fornecimento do produto à Unidade de Liqüefação de Gás Natural a ser construída em Paulínia.

Quanto à CSPE, importa destacar, uma vez mais, que tal agência reguladora estadual pautou-se no argumento de que a distribuição local de gás canalizado foi atribuída às Unidades Federativas do País pela Constituição Federal de 1988, explicitando, também, que o Artigo 122 da Constituição do Estado de São Paulo, em seu parágrafo único, estabelece que no conceito de “serviços locais de gás canalizado” incluem-se todas as atividades a partir do gasoduto de transporte. Desta feita, em sua visão, qualquer retirada de gás, na área de concessão da COMGÁS, deve ser levada a efeito por esta distribuidora.

Outrossim, alegou-se que o Projeto apreciado não possui relação com as instalações de GNL referenciadas no Artigo 1º da Portaria ANP nº 170/1998. Além

disso, segundo a CSPE, a Unidade de Liquefação em exame será conectada ao Gasoduto Bolívia-Brasil por um duto (ramal) de distribuição, haja vista que tal instalação é dedicada exclusivamente a esta Unidade, não devendo ser, portanto, confundida com uma instalação de transporte, a qual deve ser caracterizada pelo interesse geral, segundo definição constante do Artigo 6º, inciso VII, da Lei nº 9.478/97.

Diante das colocações realizadas pela COMGÁS e pela CSPE, faz-se oportuno trazer a lume as seguintes questões:

- i) A Unidade de Liquefação de Paulínia é, de fato, um usuário final de gás natural?; e
- ii) A instalação que interligará o Gasoduto Bolívia-Brasil à aludida Unidade é, efetivamente, um ramal de distribuição?

Em princípio, importa ressaltar, conforme mencionado previamente, que, de acordo com a redação do § 2º do Artigo 25 da Constituição Federal de 1988, alterada pela Emenda Constitucional nº 05 de 1995, *“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”*.

Ademais, o Artigo 6º, inciso XXII, da Lei nº 9.478/97 define **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”*. (grifos nossos)

No que concerne especificamente ao Estado de São Paulo, sua Constituição estabelece, em seu Artigo 122, parágrafo único, que *“cabe ao Estado explorar diretamente, ou mediante concessão, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros”*. (grifos nossos)

Cumprido mencionar, ainda, que o Estado de São Paulo, na qualidade de Poder Concedente e representado pela CSPE, outorgou, à COMGÁS, a exclusividade na exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado – nos termos do Decreto nº 43.888, de 10 de março de 1999, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, de 11 de março de 1999 – para qualquer utilização, em qualquer quantidade, na Região Metropolitana paulista, bem como nas Regiões Administrativas de Campinas, Santos e São José dos Campos, por um período de 30 anos, renovável por mais 20 anos.

O Contrato de Concessão para Exploração de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado, celebrado entre o Estado de São Paulo e a COMGÁS, prevê a exclusividade na comercialização do gás aos usuários finais nos primeiros doze anos da concessão, contados a partir de sua assinatura.

A partir de então, os grandes consumidores – excluídos os usuários residenciais e comerciais – serão livres para adquirir serviços de comercialização de gás canalizado de outros prestadores, na forma da regulamentação a ser editada pela CSPE.

A Sétima Subcláusula da Cláusula Quinta do referido Contrato dispõe que *“excluídos os usuários descritos na Sexta Subcláusula desta Cláusula, a CONCESSIONÁRIA terá **exclusividade para a comercialização** de gás canalizado, por um período de 12 (doze) anos, contados da data da celebração deste Contrato de Concessão”*.³ (grifos nossos)

Tendo em vista a supramencionada Subcláusula contratual, constata-se, em um primeiro momento, que a Unidade de Liqüefação de Gás Natural a ser construída no município de Paulínia, área de concessão da COMGÁS, caso considerada um usuário final, estaria submetida, até maio de 2011, à exclusividade da concessionária na prestação do serviço de comercialização de gás canalizado. Por conseguinte, dita instalação não poderia, conforme pretendido pelos idealizadores do Projeto Gemini, adquirir gás diretamente da PETROBRAS.

Há que se avaliar, contudo, em que medida a aludida Unidade de Liqüefação deve ser enquadrada no conceito de “usuário final”, contido na definição, reproduzida anteriormente, de “Distribuição de Gás Canalizado”, nos termos do Artigo 6º, inciso XXII, da Lei nº 9.478/97.

A partir de uma análise preliminar, a SCM/ANP entende que tal Instalação não representa um usuário final, posto que não consome o gás natural, nem o transforma em outro produto, utilizando-o tão-somente como matéria-prima. A Unidade em questão simplesmente liqüefaz o gás, passando este do estado gasoso ao líquido, a fim de viabilizar a sua distribuição sob a forma não-canalizada.

Assim, esta Superintendência acredita que a liqüefação, a ser realizada na Unidade de Paulínia, deveria ser compreendida como uma atividade intermediária da própria cadeia de valor do gás natural, tal como as Unidades de Processamento de Gás Natural (UPGNs), permitindo, no caso em tela, a utilização de um modal alternativo de distribuição do produto, em benefício dos potenciais consumidores não conectados à rede e do desenvolvimento da indústria.

No que tange à segunda questão, salienta-se que, do ponto de vista da SCM/ANP, a interpretação, sustentada pela CSPE, de que o duto de conexão entre o Gasoduto Bolívia-Brasil e a Unidade de Liqüefação de Gás Natural de Paulínia seria um ramal de distribuição parece inadequada, não por questões relacionadas às características físicas da instalação, mas em função do entendimento, evidenciado acima, de que a Unidade de Liqüefação não representa um usuário final do produto.

³ A mencionada Sexta Subcláusula preceitua que *“a CONCESSIONÁRIA terá exclusividade, no período e na área da sua concessão, na comercialização de gás canalizado a usuários dos segmentos Residencial e Comercial”*.

Não obstante, faz-se mister reconhecer que a distinção entre dutos de transporte e de distribuição é, com efeito, controversa, sobretudo, devido à inexistência de um regulamento que defina, tecnicamente, esta fronteira, com sérias implicações sobre a regulação e a fiscalização destas atividades.⁴

Na ausência de um regulamento que delineie uma fronteira mais precisa entre as instalações de transporte e de distribuição, ou que estabeleça critérios para a caracterização dos *city gates* que determinam, fisicamente, esta divisa, as instalações de distribuição de gás canalizado devem ser definidas com base na conceituação da própria atividade.

Seguindo este raciocínio, a referida instalação não estaria conectando o Gasoduto Bolívia-Brasil a um consumidor final de gás natural. Independente da dimensão do duto ou de sua dedicação exclusiva à Unidade de Liquefação de Paulínia, deve-se atentar para o fato de que dita instalação teria por finalidade o atendimento a uma unidade intermediária do sistema de suprimento de gás natural.

Desta maneira, ao prover uma unidade intermediária da cadeia, que permitirá a distribuição do produto sob forma não-canalizada, o gasoduto em questão passa a ser do interesse não apenas do operador das instalações de distribuição do GNL a granel, mas também de todo o conjunto de consumidores que serão supridos por este modal, configurando-se, destarte, o seu caráter de “interesse geral”.

À luz do exposto, e considerando o fato da distribuição de gás canalizado ser identificada como os serviços de movimentação e comercialização realizados do *city gate* até os consumidores finais, não parece adequada a caracterização do duto em voga como de distribuição.

Quanto à definição da atividade de distribuição de gás canalizado constante da Constituição do Estado de São Paulo, convém remeter ao seguinte trecho do Parecer da Procuradoria-Geral da Agência nº 0006/2004, de 13 de julho de 2004, que, consoante explicitado previamente, assim dispõe:

“Em resumo, devemos concluir que a atividade de fornecimento de gás natural à planejada planta de liquefação sujeite-se exclusivamente à regulação pelo poder federal, já que aos Estados cabe exclusivamente a disciplina e a exploração dos serviços locais de gás canalizado.

Diga-se também, no caso específico do Estado de São Paulo, que o fornecimento direto a partir dos gasodutos dá-se necessariamente por meio de conduto, o que permite concluir pela inconstitucionalidade da Constituição Estadual, nesta parte, já que o transporte por meio de conduto é monopólio atribuído à União (CF, artigo 177, IV).

Assim, efetivamente toda a atividade envolvida no projeto cabe à competência regulatória da ANP, com base, primeiramente, na Constituição Federal e, após, na própria Lei nº 9.478/97.

⁴ A partir da definição existente, depreende-se que a mesma não apresenta qualquer relação com os aspectos técnicos da instalação, como a capacidade de transporte ou a pressão de operação.

Os conflitos legais só se tornarão possíveis à medida em que se insista em ampliar indevidamente o alcance do artigo 25, § 2º, da Constituição Federal.”

Tecidas estas considerações, a SCM/ANP, em uma primeira análise, tende a ser favorável a que a Unidade de Liqüefação, a ser construída em Paulínia, adquira gás natural diretamente do produtor/importador, no caso, a PETROBRAS.

Deve-se reforçar, todavia, que, no tocante às relações comerciais entre a estatal petrolífera e a GNL Gemini, é fundamental que seja ratificado, entre ditas empresas, um instrumento contratual que formalize esta operação, de forma a garantir-se a transparência de seus vínculos e relações comerciais.

No que diz respeito ao pleito da COMGÁS, constante do Expediente endereçado à SCM/ANP em 01 de fevereiro de 2005, de que a decisão da ANP de outorgar a autorização para a construção da Unidade de Liqüefação em comento seja sustada até que definido o posicionamento do SBDC quanto ao Projeto Gemini, faz-se pertinente frisar que, atendidos os requisitos constantes da Portaria ANP nº 170/1998, esta Agência não deve, do ponto de vista puramente técnico, valer-se da discricionariedade para recusar a outorga da autorização para o seu solicitante, a empresa White Martins.

Vale ressaltar, por fim, que as considerações apresentadas ao longo desta Seção são preliminares, representando uma primeira avaliação da SCM/ANP acerca de um tema regulatório complexo e sem antecedentes no mercado brasileiro. Assim sendo, em decorrência, sobretudo, dos vácuos legais e regulatórios ainda existentes no País – em especial na determinação das competências federal e estadual, no âmbito da indústria gasífera –, agravados pela ausência de casos precedentes que norteiem a tomada de decisões na situação ora contemplada, cabe esclarecer que as posições explicitadas por esta Superintendência, na presente Nota Técnica, são passíveis de revisão.