



**CONSIDERAÇÕES DA SCM/ANP QUANTO AO
PROCESSO DE AUTORIZAÇÃO DE CONSTRUÇÃO
DE PONTO DE ENTREGA DE GÁS NATURAL PELA
TBG NO ÂMBITO DO PROJETO GEMINI**

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

NOVEMBRO 2005



Nota Técnica 013/2005-SCM

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2005

**CONSIDERAÇÕES DA SCM/ANP QUANTO AO PROCESSO DE AUTORIZAÇÃO DE
CONSTRUÇÃO DE PONTO DE ENTREGA DE GÁS NATURAL PELA TBG NO
ÂMBITO DO PROJETO GEMINI**

I – HISTÓRICO DO PROCESSO

Em 12 de agosto de 2005, a Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. (TBG) solicitou, junto à Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (SCM/ANP), autorização para a construção de ponto de entrega de gás natural no Km 1,5 do trecho sul do Gasoduto Bolívia-Brasil, ao lado da Refinaria do Planalto (REPLAN), no município de Paulínia/SP, para fornecimento do energético à Unidade de Liquefação de Gás Natural, integrante do Projeto Gemini.¹

Após cumpridos os requisitos técnicos exigidos pela Portaria ANP nº 170/1998 pela empresa solicitante, a SCM/ANP – nos termos do Artigo 5º do referido ato normativo – publicou, no Diário Oficial da União (DOU) de 17 de agosto de 2005 (Seção 1, página 56), o Despacho nº 914, datado de 16 de agosto de 2005, contendo o sumário do memorial descritivo do empreendimento 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 o Ofício CJ – 300/2005, datado de 15 de setembro de 2005, por meio do qual submeteu comentários e sugestões ao projeto de implantação do aludido ponto de entrega de gás natural pela TBG, no âmbito do Projeto Gemini.

¹ Para maiores detalhes acerca do Projeto Gemini, recomenda-se a leitura da Nota Técnica 001/2005-SCM, intitulada “**Considerações da SCM/ANP Quanto à Implantação de Unidade de Liquefação de Gás Natural no Município de Paulínia/SP – Projeto Gemini**”, bem como das atas das duas reuniões realizadas entre os agentes envolvidos neste empreendimento, realizadas, no Escritório Central da ANP, nos dias 26 de abril de 2005 e 18 de julho de 2005, respectivamente.

Por meio do supracitado documento, a concessionária paulista destacou que a implantação de ponto de entrega de gás vinculado diretamente à Unidade de Liquefação de Gás Natural de Paulínia configurará atividade de distribuição do gás canalizado, na medida em que haverá a transferência da custódia do produto para um terceiro.²

Assim sendo, na concepção da distribuidora, caso a ANP autorizasse o empreendimento, da forma como apresentado originalmente, usurpava competência constitucional atribuída aos Estados brasileiros, conforme o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal, o qual estabelece que *“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”*.

Outrossim, consoante a COMGÁS, seus direitos seriam violados, uma vez que a mesma possui exclusividade para a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado no município onde se pretende implantar o mencionado ponto de entrega. Portanto, em seu entendimento, seria necessário o imediato cancelamento do processo descrito no Despacho nº 914 ou sua adequação à Legislação em vigor, mediante a entrega do gás à concessionária estadual, sob pena de a ANP incidir em conduta ilegal e sujeitar-se às medidas legais cabíveis.

Tendo em vista o exposto, a SCM/ANP submeteu, através do Memorando nº 085/SCM de 16 de setembro de 2005, o Ofício CJ – 300/2005 à apreciação Procuradoria-Geral da Agência (PRG/ANP), solicitando seu parecer jurídico quanto às alegações e requerimentos levados a efeito pela distribuidora.

A PRG/ANP, por seu turno, pronunciou-se mediante a Nota PRG nº 350, datada de 29 de setembro de 2005.

De acordo com este documento, a análise do texto constitucional, da legislação infra-constitucional e da regulamentação pertinente permite concluir de forma inquestionável que a ANP detém, na esfera de suas atribuições, a responsabilidade de autorizar, balizada por critérios de ordem técnica, bem como de oportunidade e conveniência, empreendimentos classificados como de transporte.

Consoante a Procuradoria-Geral da ANP, o suporte constitucional para tal advém do disposto no artigo 177, IV, da Carta Magna, a qual indica que constitui monopólio da União *“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”*.

² Em 23 de março de 2005, a SCM/ANP outorgou, à empresa White Martins, a Autorização nº 82 para a construção da Unidade de Liquefação de Gás Natural de Paulínia, condicionando a outorga da autorização de operação correspondente à aprovação do Projeto Gemini pelas autoridades competentes.

No que concerne a esta questão, ressaltou-se, ainda, que, em conformidade com tal dispositivo, sobreveio preceito que se encontra no artigo 56 da Lei nº 9.478/97:

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

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

Desta feita, a PRG/ANP mencionou que, no âmbito de sua atividade normativa regulamentadora, a Agência expediu a Portaria ANP nº 170/1998, obedecendo ao regramento do parágrafo único do artigo ora contemplado, identificando as instalações tidas como de transporte e explicitando as condições necessárias para a outorga de autorizações.

No tocante ao tema, sublinhou-se que *“(...) configurando o ponto de entrega (city gate) como um empreendimento essencial no sistema de transporte do petróleo e do gás, que permite o adequado fornecimento destes combustíveis nas mais diversas localidades, constituindo, portanto, uma instalação típica de transporte, não resta dúvida de que, em obediência ao ordenamento legal e constitucional, recairá sobre os auspícios da ANP o poder-dever de determinar os agentes econômicos aptos para pôr em execução empreendimentos abrangidos por aquele conceito”.*

Ademais, a Procuradoria-Geral da ANP sustentou que as afirmações da COMGÁS pautam-se em um conceito que, uma vez apreciado devidamente, não deixa margem para interpretações conflitantes.

De acordo com este órgão jurídico *“(...) entende a COMGÁS que qualquer atividade desenvolvida após a saída do óleo ou do gás do city gate será considerada de distribuição e portanto submetida à competência estadual, o que lhe seria garantido pelo disposto no art. 25, § 2º da Constituição Federal (...)”.*

Posto isto, afirmou-se que, nesta linha de raciocínio, a concessionária considera não poder a ANP autorizar a implementação de ponto de entrega que vise a fornecer diretamente gás natural para uma Unidade de Liqüefação, dado que estaria configurada a atividade de distribuição, competência constitucionalmente atribuída aos Estados.

Na percepção da PRG/ANP, entretanto, todo o conflito gerado a respeito da matéria em tela, restaria suprimido a partir do momento em que se efetuasse a

correta identificação da atividade desenvolvida pela empresa TBG no caso concreto sob exame, a saber, transporte ou distribuição.

Para tanto, reputou-se indispensável trazer à baila os preceitos legais presentes na Lei nº 9.478/97, referentes aos conceitos das supracitadas atividades, elencados a seguir:

“Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

(...)

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

(...)

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

(...)”

Explicitadas tais definições, a Procuradoria-Geral da ANP salientou que a conceituação da atividade a ser realizada pela TBG, no âmbito do Projeto Gemini, deveria ser identificada, a partir de duas questões fundamentais, quais sejam, (i) a abrangência do interesse envolvido na atividade da Unidade de Liquefação de Paulínia; e (ii) a configuração desta como usuário final ou intermediário do gás natural. A partir daí, poder-se-ia determinar a atividade a ser desempenhada pela transportadora e a conseqüente competência sobre a regulação da matéria.

Nas palavras da PRG/ANP, *“(...) o fornecimento de gás natural para a planta da unidade de liquefação do projeto sob comento não pode ser visto como forma de beneficiar exclusivamente a própria unidade, visando a interesse específico, na medida em que permite o abastecimento de vasta área que não seria atendida caso não houvesse o implemento da atividade. Em verdade, o projeto como um todo visa assegurar que uma grande quantidade de consumidores possa ter o gás como mais uma alternativa energética, o que não seria possível de outra forma já que a rede de canalização não supre todas as regiões do Estado. Por conseguinte, fica claro que o abastecimento de gás neste caso específico tem por fim um interesse geral, qual seja, todos os consumidores que se beneficiarão do projeto de liquefação do gás.*

Outrossim, não podemos considerar a mencionada unidade de liquefação como usuária final do gás natural na medida em que este não é consumido pela unidade, mas tão-somente transformado do estado gasoso para o líquido, tendo em mira dar continuidade ao transporte do combustível, porém de maneira diversa para atender a uma maior gama de consumidores.”

Assim sendo, a Procuradoria-Geral da ANP dispôs que a mera subsunção dos referidos fatos ao regramento abarcado pela Lei nº 9.478/97 permite constatar que a atividade em voga é de transporte e não de distribuição, como aventado pela COMGÁS. Em remate, alegou-se que “(...) visando a interesse geral e sendo definida a unidade como usuária intermediária do gás natural, inconcebível a tese de que seria de distribuição o fornecimento de gás do GASBOL para o projeto”.

No sentido de reforçar este entendimento, ressaltou-se que, conforme a Portaria ANP nº 170/1998, as unidades de liquificação de gás natural são classificadas, pela ANP, como instalações de transporte, evidenciando-se implausível, desta forma, identificar um duto como sendo de distribuição quando sua função é justamente abastecer uma instalação de transporte.

Com base no exposto, a PRG/ANP concluiu “(...) que seria inaceitável que a legislação estadual ampliasse o sentido do dispositivo constitucional, devendo ater-se aos parâmetros especificados na Carta Magna. Infere-se desta que a competência dos Estados se restringe ao setor de **distribuição de gás canalizado**, não podendo o legislador estadual adentrar na competência legislativa da União dilatando os poderes do ente federativo. Deste modo, a possível autorização da ANP para o caso em tela não afrontaria em hipótese alguma a legislação estadual pertinente. Esta deve se limitar ao conceito de distribuição insculpido na própria Constituição Federal, o que impede que haja confronto desse com o conceito de transporte ora aplicável. Assim, independente do que venha positivado na Constituição do Estado de São Paulo e no marco regulatório de gás a nível estadual (Decreto nº 43.889 de 1999), o conceito de distribuição de gás canalizado fica adstrito aos limites constitucionais, quais sejam, atividade de interesse específico e configuração do consumidor como usuário final. Restou claro pela exposição que este não é o caso”.

Desta maneira, tendo em vista tanto a inexistência de óbices legais para a concessão da autorização de construção do **Ponto de Entrega Gemini** para a TBG – atestada pela Nota PRG nº 350 –, bem como o recebimento de todos os documentos necessários ao cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Portaria ANP nº 170/1998, em 03 de novembro de 2005, a SCM/ANP outorgou, à referida transportadora, a Autorização nº 409, publicada no DOU de 07 de novembro de 2005 (Seção 1, página 72).

Vale enfatizar, por derradeiro, que estatuiu-se, no próprio corpo deste documento que a outorga da autorização de operação correspondente condicionar-se-á à aprovação do Projeto Gemini pelas autoridades competentes.

Publicada a aludida Autorização nº 409, a COMGÁS encaminhou Correspondência, protocolada nesta Agência em 17 de novembro de 2005, por meio da qual interpôs recurso administrativo, apresentando, para tanto, uma série de alegações e requerendo:

- (i) a reconsideração da decisão da SCM/ANP de autorizar a construção do aludido Ponto de Entrega de Gás Natural; e
- (ii) caso assim não se entendesse na forma do artigo 56, §1º, da Lei nº 9.784/99, o encaminhamento deste recurso à Diretoria Colegiada da ANP para seu exame e deliberação.

Quanto aos argumentos evocados pela COMGÁS, cumpre destacar que a concessionária afirmou, inicialmente, que *“a construção de uma ‘linha de 8” com cerca de 900m de extensão’ como mencionado na ‘Descrição Sucinta do Empreendimento’, o que deve fazer com que o city gate acabe localizando-se na área do próprio Projeto Gemini, tem o aparente objetivo de tentar descaracterizar a existência de um gasoduto de distribuição, expediente este destinado a contornar as disposições constantes do marco legal e regulatório aplicáveis à concessão de que a Recorrente é titular, ignorando-os”*.

A concessionária declarou que não obstante o Projeto Gemini objective evitar a incidência da tarifa de distribuição a ela devida, é mister frisar que tal tarifa será sempre aplicável em virtude das características do serviço que se tenta descaracterizar. Explicitou-se, ainda, que a distribuidora paulista já manifestou a disposição de, às suas expensas, construir a canalização necessária ao atendimento do Projeto.

Outrossim, reiterou-se que a sua concessão funda-se no artigo 25, §2º, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995, e regulada pelo artigo 122 da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1998, e pelos Decretos nº 43.888 e 43.889, de 1999.

Assim, em seu entendimento, a partir dos citados dispositivos legais, resta claro que tal concessão, com todas as características contidas no respectivo contrato, abrange a exploração dos serviços de gás canalizado em seu território, **incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte**, de modo a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros, conforme determinação do supramencionado artigo 122 da Constituição do Estado de São Paulo. Além disso, assinalou-se que o artigo 22 do Decreto estadual nº 43.889 estendeu a exclusividade à recepção e à entrega do gás canalizado na área da concessão.

Portanto, ao seu ver, faz-se forçoso concluir que o Projeto Gemini deverá adequar-se às normas legais e regulamentares vigentes no Estado de São Paulo, submetendo-se às regras que regem a exclusividade no contexto da concessão da qual a COMGÁS é titular.

Na mesma linha de raciocínio, a companhia ressaltou que as disposições baixadas por dita unidade federativa são expressão legítima do poder de legislar

que acompanha a outorga do monopólio, sendo o mesmo, no tocante aos seus contornos, características e forma de implementação, excludente de qualquer outro poder, inclusive da União, posto que, caso contrário, ferir-se-ia fatalmente o pacto federativo.

Asseverou-se que, alinhado com as disposições contidas no art. 122, § único da Constituição do Estado de São Paulo, o contrato de concessão da COMGÁS contempla a exclusividade dentro de limites temporais e geográficos. Nesse sentido, a Quinta Subcláusula da Cláusula Quinta assim estabelece:

Quinta Subcláusula – A CONCESSIONÁRIA terá exclusividade, no período e na área da sua concessão, do sistema de distribuição, bem como da operação deste, além da recepção e da entrega de gás canalizado”

Após, a distribuidora enunciou que os patrocinadores do Projeto Gemini pretendem ignorar tais disposições legais, colocando como objetivo precípua do empreendimento a captação direta de gás do Gasoduto Bolívia-Brasil. Na concepção da concessionária, os mesmos buscam, desta maneira, eximirem-se do pagamento, à COMGÁS, pelo serviço de distribuição do gás canalizado, alegando, para tanto, que, dada a natureza do Projeto, não há que se falar em violação da exclusividade da concessão.

Em adição, suscitou-se a questão de que *“muito embora a Constituição Federal tenha atribuído à União o monopólio sobre o transporte, por meio de conduto, do gás natural de qualquer origem, certo é que a atividade de transporte de gás natural caracteriza-se como atividade econômica. Essa caracterização resta bastante clara da leitura do art. 8º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005, ao estabelecer que ‘a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das **atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo**’, agregando, em seu inciso (v), o poder de ‘autorizar a prática das **atividades de transporte**, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação”*.

A concessionária ponderou que a utilização da expressão “atividade econômica” contrapõe-se ao conceito de “serviço público”, posto que, embora ambas comportem o desenvolvimento de atividades com intuito de obtenção de lucro, tal traço não é capaz de as confundir em um só conceito. Ao revés, há características próprias que as diferenciam.

Prosseguindo em sua argumentação, mencionou-se que *“(…) o que difere o serviço público da atividade econômica é que aquele tem a sua natureza específica determinada por lei, o que se convencionou chamar de publicização legislativa. Por outro lado, à falta de uma classificação, por lei, de determinada atividade como serviço público, essa passa a ser tratada como uma atividade econômica”*.

Segundo a empresa, a distinção entre essas duas atividades não tem tão-somente um interesse teórico para a análise do caso. “(...) Na realidade, essa distinção carrega em seu bojo o efeito limitador da competência de agências reguladoras envolvidas nas duas atividades. Com base nessa definição, poder-se-á estabelecer claramente até que ponto uma agência reguladora poderá se manifestar sobre o projeto e qual a extensão da autorização por ela concedida, sendo que se deverá levar sempre em conta a existência de uma esfera de poder regulador que deverá ser preservada, sob pena de se materializar uma invasão de áreas de competência. No caso em análise, a desconsideração das regras baixadas pelo Estado de São Paulo sobre a distribuição de gás canalizado, caracteriza, em suma, a negação do monopólio estadual que a Constituição Federal quis ver implementado no País”.

Com relação à Nota PRG nº 350, emitida pela Procuradoria-Geral da ANP, a COMGÁS explicitou que “(...) ao buscar defender o interesse geral do fornecimento do gás natural à planta de liquefação servindo-se da definição de transporte, o aludido Parecer justifica utilizando-se do conceito de interesse público, este sim inerente à concessão de que a Recorrente é titular, e não à natureza econômica da atividade que constitui o Projeto”.

Complementarmente, sublinhou-se que “(...) essa análise contida no Parecer só serve para confirmar o interesse público inerente à atividade desenvolvida **com exclusividade** pela Recorrente na sua área de concessão e na qual se insere a atividade econômica pretendida pelo Projeto Gemini. Trata-se sim de distribuição e o Parecer leva a conclusão inarredável nesse sentido.

Não há dúvida, e assim concluiu o Parecer, que a unidade de liquefação do gás natural constitui instalação de transporte. Isso tanto é verdade que essa Agência já emitiu a Autorização de Construção para o Projeto Gemini.

Diversa da unidade de liquefação é a construção do duto que levará o gás natural até àquela instalação. Tem-se que o duto de transporte deverá ser autorizado naquilo que caracterize efetivamente transporte, ressaltando-se o direito da autoridade estadual de examinar o que, na continuidade desse duto de transporte, integre as instalações de distribuição”.

A COMGÁS destacou, ainda, que “a análise levada a efeito pelo Parecer quanto a ser o gás natural entregue ao Projeto Gemini uma operação intermediária e não de entrega a usuário final e, portanto, constituindo uma operação de transporte de gás natural, não pode igualmente prevalecer, como não pode e não deve prevalecer a afirmação de que o Estado, a quem a Constituição Federal outorgou o monopólio, na forma do art. 25, §2º, não possa legislar sobre ele (...)”.

Por fim, a distribuidora apontou para o fato de que as conclusões constantes da Nota PRG nº 350 abrem espaço para que a ANP aprove a construção do ponto de entrega em questão, com o conseqüente fornecimento direto de gás do

Gasoduto Bolívia-Brasil à Unidade de Liqüefação de Paulínia, frustrando a confiança legítima depositada pela COMGÁS no marco legal e regulatório que rege a matéria, evidenciando-se a ameaça à segurança jurídica que cerca a concessão de que é titular e os direitos dela derivados.

Posto isto, em 18 de novembro de 2005, a SCM/ANP encaminhou, à TBG, o Ofício nº 435/2005/SCM, mediante o qual informou a transportadora sobre a interposição de recurso administrativo pela COMGÁS contra a Autorização nº 409.

Comunicou-se, ainda, que, a partir da análise desta peça, não foram agregados, pela mencionada distribuidora, novos argumentos que pudessem modificar a decisão da SCM/ANP, sendo a mesma mantida no âmbito desta Superintendência, bem como participou-se que o recurso interposto seria encaminhado à Diretoria Colegiada da ANP para decisão em segunda instância, nos termos da Lei nº 9.784/99.

Por derradeiro, com base no artigo 62 da Lei acima referenciada, foi solicitado que a TBG apresentasse, no prazo de cinco dias úteis contados da data de recebimento do documento, as contra-razões que julgasse oportunas em relação a tal recurso, devendo, portanto, a transportadora remetê-las à ANP até o dia 25 de novembro de 2005.

Em 28 de novembro de 2005, a TBG encaminhou o Ofício DSP-148/05, mediante o qual apresentou suas alegações quanto ao pleito da COMGÁS.

A princípio, a transportadora salientou que o referido pleito carece de fundamento, uma vez que o trecho do gasoduto de transporte e o *city gate* objeto da Autorização nº 409 não serão utilizados para movimentar gás natural até os consumidores finais, o que, por si só, descaracteriza a atividade em questão como serviço local de gás canalizado, evidenciando-se, assim, que esta configura-se como transporte de gás, cuja regulação é de competência federal.

Quanto a este tema, destacou-se que a mesma conclusão é extraída a partir da leitura da definição de “Distribuição de Gás Canalizado” constante do artigo 6º, XXII, Lei nº 9.478/97, bem como do artigo 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual revela que “(...) *para o legislador paulista compete ao Estado explorar um serviço que é prestado a usuário final, ainda que por meio de um gasoduto de distribuição dedicado e exclusivo (previsto na norma como ‘fornecimento direto a partir do gasoduto de transporte’, o que, tecnicamente, é uma impropriedade, pois somente é possível fazer a ligação da rede de distribuição por meio de um sistema de interligação, e nunca de forma direta). De fato, as atividades referidas ao final dessa norma denotam claramente atividades consumidoras de gás canalizado*”.

Em relação a este assunto, ponderou-se, também, que o gás a ser movimentado pela Linha 8 da TBG será entregue a um estabelecimento que não consumirá o

produto, apenas liqüefazendo-o para transportá-lo em tanques criogênicos instalados em caminhões. “(...) Logo não há que se falar de movimentação de gás natural até consumidor final, o que por si só demonstra a improcedência da tese defendida pela COMGÁS”.

Na mesma linha de raciocínio, a TBG afirmou que “no caso concreto existe uma característica que deixa ainda mais gritante a ausência de consumo do gás natural no estabelecimento que o estará recebendo: as quantidades de gás natural que estarão sendo entregues são de propriedade da Petrobras e continuarão de propriedade da Petrobras mesmo depois de liqüefeitas, o que a descaracteriza de forma cabal e definitiva como ‘consumidor final’.

Não por outro motivo este também é o entendimento da Procuradoria-Geral da ANP, para quem a Autorização se refere a uma ‘operação intermediária’, sem qualquer relação com o usuário final do gás.

Portanto, não pode restar qualquer dúvida quanto à competência da ANP para autorizar a construção e operação da Linha 8 da TBG”.

Ademais, chamou-se atenção para o fato de que a TBG não pode se negar a construir um ramal para localizar um *city gate* em ponto distante do tramo principal do seu sistema de transporte, quando esta construção for requerida por um carregador, no âmbito do respectivo contrato de transporte.

Sobre este assunto, a transportadora afirmou, também, que “mais uma vez, não será a maximização do lucro do investidor local que terá o condão de alterar obrigações contratuais legitimamente assumidas pela TBG ou determinar até onde vai a competência da ANP e, se houve quebra de expectativa econômica da COMGÁS, não é a ANP ou a TBG o sujeito passivo de qualquer obrigação contratual em que a COMGÁS tenha fundado estas expectativas”.

Por fim, sublinhou-se que, caso prevaleça a pretensão da concessionária paulista de impedir que *city gates* sejam construídos distantemente do gasoduto, o resultado prático será extremamente nefasto para o desenvolvimento da indústria gasífera nacional, posto que a TBG não mais poderá construir ramais para localizar *city gates* em pontos próximos de mercados potenciais das distribuidoras de gás canalizado, o que tornará o atendimento de tais mercados economicamente inviável para as mesmas.

Em suas palavras, “(...) se a ANP acolher a pretensão da COMGÁS, a TBG não poderá atender solicitações das próprias distribuidoras interessadas em atender mercados mais distantes das suas malhas principais de distribuição. Esse entendimento contraria o interesse público que reside na expansão do gás natural na matriz energética brasileira. Não se pode supor que tal interpretação seja correta quando agride tão frontalmente princípios fundamentais da legislação brasileira que trata de energia.

Com efeito, se o transportador de gás natural no Brasil não puder incrementar o seu serviço por meio da construção de novos pontos de entrega, o atendimento de populações distantes do gasoduto principal ficará prejudicado.

Da mesma forma, ficará prejudicado o esforço – que envolve a ANP, Governos, agentes financeiros nacionais e internacionais, carregadores, empresas e empregos – para expandir e ‘capilarizar’ a infra-estrutura de transporte de gás natural, que desempenha papel central no programa governamental de aumento do gás na matriz energética nacional. E isto em nome da expectativa de lucro do investidor da COMGÁS, que distorce as regras aplicáveis ao setor para auferir benefícios indevidos.”

Posto isto, a TBG requereu a manutenção da decisão da SCM/ANP de negar provimento ao recurso da COMGÁS e declarar improcedente a sua pretensão de reduzir o papel institucional e a competência da ANP.

II – CONSIDERAÇÕES DA SCM/ANP

A partir dos fatos expostos na Seção anterior, das alegações apresentadas pela COMGÁS e pela TBG, bem como da Legislação pertinente ao tema ora em análise, apresentam-se, neste Item, as considerações técnicas e o posicionamento da SCM/ANP quanto ao recurso administrativo impetrado pela distribuidora contra a autorização de construção de ponto de entrega de gás natural, outorgada, pela ANP, à TBG, em 03 de novembro de 2005, no âmbito do Projeto Gemini.

Inicialmente, convém ressaltar que a companhia paulista, amparada tanto na Constituição Federal como na Constituição do Estado de São Paulo, sustenta que a exclusividade na exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado em sua área de concessão abarca, também, o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte.

Segundo a concessionária, corrobora o acima exposto o artigo 22 do Decreto Estadual nº 43.889, de 11 de março de 1999, o qual reza que:

“Art. 22. A concessionária terá exclusividade, ao longo de todo o período e dentro de sua área de concessão, do sistema de distribuição, bem como da operação deste, além da recepção e da entrega de gás canalizado.”

No que diz respeito ao caso concreto em pauta, sob a ótica da COMGÁS, a implantação, pela TBG, de ponto de entrega de gás diretamente vinculado à Unidade de Liquefação de Paulínia configurará atividade de distribuição de gás canalizado, uma vez que haverá transferência da custódia do energético a um terceiro.

Desta forma, mediante a outorga de autorização para a construção deste empreendimento, a ANP usurpou a competência constitucional atribuída às Unidades Federativas brasileiras, consoante o artigo 25, § 2º, da Carta Magna, violando o marco legal e regulatório do Estado de São Paulo, bem como os direitos concedidos à COMGÁS, nos termos do Contrato de Concessão nº CSPE/01/99 – atinente à exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado – celebrado entre São Paulo, na qualidade de Poder Concedente, e a referida companhia.

Em que pesem as alegações e os argumentos suscitados pela distribuidora, a SCM/ANP considera ser inadequada a interpretação de que a instalação que conectará o Gasoduto Bolívia-Brasil à Unidade de Liquefação de Gás Natural de Paulínia seja um ramal de distribuição, em virtude do entendimento de que tal Unidade não representa um usuário final de gás, posto que não o consumirá, nem o transformará em um outro produto.

A Unidade de Liquefação de Paulínia apenas liqüefará o gás, passando este do estado gasoso ao líquido, no sentido de tornar viável a sua distribuição sob a forma não-canalizada, permitindo, assim, a utilização de um modal alternativo de distribuição deste energético, em prol dos potenciais consumidores não conectados à rede.

Logo, o ponto de entrega em questão passará a ser do interesse não só do operador das instalações de distribuição do GNL a granel, mas também de todo o conjunto de consumidores que serão supridos por este modal, observando-se, desta feita, o seu caráter de “interesse geral”.

Posto isto, e considerando o fato de a 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 Ponto de Entrega Gemini como uma instalação de distribuição.

Sobre o tema, faz-se oportuno trazer a lume, uma vez mais, o seguinte trecho da Nota PRG nº 350:

“Outrossim, não podemos considerar a mencionada unidade de liqüefação como usuária final do gás natural na medida em que este não é consumido pela unidade, mas tão-somente transformado do estado gasoso para o líquido, tendo em mira dar continuidade ao transporte do combustível, porém de maneira diversa para atender a uma maior gama de consumidores.

Ora, a mera subsunção destes fatos ao regramento contido na Lei do Petróleo permite-nos concluir que a atividade englobada pelo projeto, no que concerne ao fornecimento de gás para a planta de liqüefação, constitui transporte e não distribuição como aventado pela concessionária estadual. Visando interesse geral, e sendo definida a unidade como usuária

intermediária do gás natural, inconcebível a tese de que seria de distribuição o fornecimento de gás do GASBOL para o projeto.

No sentido de reforçar este entendimento, deve-se ressaltar que as unidades de liquefação de gás natural são classificadas pela ANP, a partir de sua portaria nº 170 de 1998, como instalações de transporte, evidenciando-se ser implausível identificar um duto como sendo de distribuição quando sua função é justamente abastecer uma instalação de transporte.”

Destarte, a despeito de 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, a SCM/ANP reitera seu posicionamento de que o Ponto de Entrega Gemini possui características inerentes à atividade de transporte, cuja regulação incumbe à ANP.

Coaduna-se a este entendimento a aludida Nota PRG nº 350, versando seus dois últimos parágrafos da seguinte forma:

“Deste modo, percebe-se que toda a controvérsia levantada pauta-se na determinação do tipo de atividade desempenhada pela TBG. Não há conflito de competências entre Estados e a União a partir do momento que se faça o adequado exame do caso concreto. No que pertine a este em específico, infere-se de todos os dispositivos legais aplicáveis, em especial a própria Constituição Federal, que o empreendimento requerido pela empresa brasileira de transportes constitui atividade típica de transporte e portanto submetido ao poder discricionário da ANP. Vale salientar que esta discricionariedade da Agência deve ser necessariamente técnica, conjugada por critérios de oportunidade e conveniência, visando sempre a mais adequada decisão.

Em resumo, conclui-se que, pautados nos ditames constitucionais e legais pertinentes, explicitados ao longo do texto, a autorização para a implantação de ponto de entrega pela TBG, na localidade requerida, poderá ser concedida, ao menos do ponto de vista jurídico, pela ANP. Não procedem as alegações da concessionária estadual na medida em que não há violação de direitos nem tampouco usurpação de competência constitucional dos Estados. A ANP estaria atuando dentro de sua esfera de atribuições legais e por isso o cancelamento dos processos questionados, requerimento efetuado pela COMGÁS, só poderá ser determinado caso assim decida a Agência no exercício de sua discricionariedade técnica, mas não em razão de qualquer óbice legal. Ademais, a entrega do gás para a distribuidora, outra alternativa por ela levantada, só seria cabível se identificássemos a atividade como sendo de distribuição, o que não é o caso.”

À luz do exposto, e considerando que todos os requisitos exigidos pela Portaria ANP nº 170/1998 foram devidamente cumpridos pela TBG, a SCM/ANP mantém

sua decisão de autorizar a construção do Ponto de Entrega Gemini, julgando inexistirem razões técnicas para a revogação da mencionada Autorização nº 409.

Por fim, faz-se mister destacar que, consoante a Lei nº 9.784/99, caberá à Diretoria Colegiada da ANP examinar e deliberar sobre o recurso administrativo interposto pela COMGÁS.