

OPINIÃO

O Novo Mercado de Gás

*por John Forman**

No momento, há um grande interesse em torno do Novo Mercado de Gás, iniciativa que visa tornar o mercado do Brasil mais competitivo, reduzindo a influência da Petrobras no mesmo. Algumas das medidas agora propostas vêm do projeto Gás Para Crescer, do governo anterior, já que a preocupação com maior competitividade neste mercado vem de longe.

A Petrobras, que será afetada pelas medidas propostas, teve o monopólio para atuação nas atividades de petróleo e gás criado inicialmente por Lei, a 2.004 de 1953, que foi acolhido pela Constituição de 1988, em seu Art. 177. Por esta razão desenvolveu atividades monopolistas na área do gás, dentro do que estabelece a Constituição. O monopólio veio a ser flexibilizado pela Emenda Constitucional (EC) nº 9, de 1995. A EC permitiu que a União contratasse com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas para as jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, constantes do referido artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. A Lei 9.478, de 1997, foi a primeira a tratar do ordenamento da indústria de óleo e gás, da qual se seguiram outras. Mas o monopólio permanece com a União, uma vez que foi mantido o Art. 177 da Constituição, o qual trata também, do monopólio sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e mine-rais nucleares e seus derivados.

A Petrobras, em função do seu monopólio histórico, desenvolveu inúmeras atividades como a pesquisa e lavra dos hidrocarbonetos, o refino, o transporte marítimo, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, monopolisticamente nos termos da legislação vigente. Após a flexibilização, o monopólio legal se transformou em um monopólio de fato. E é o que se busca modificar agora.

A Constituição de 1988, também criou, desta vez para os estados, o monopólio dos serviços locais de gás canalizado, a ser exercido diretamente ou mediante concessões como consta do Art. 25.

No título da Ordem Econômica e Financeira da Constituição, o Art. 170 define que: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, e na livre iniciativa, tem por fim assegurar…:

I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social das propriedades;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente;

……

> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede administrativa no País;
> Paragrafo Único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
>
> O Art. 173, estabelece que: ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Já o Art. 174 define que: como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A Constituição de 1988, como descrito anteriormente, busca dar a livre iniciativa, ou seja, ao setor privado, condições claras para o exercício de suas atividades. Admite a exploração direta, pelo Estado, de atividade econômica, somente por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, desde que definidos em lei. No entanto, como também já mostrado, criou monopólios. No monopólio dos hidrocarbonetos, a modificação ocorrida foi prever a contratação com empresas estatais ou privadas de atividades previstas no Art. 177, sem, no entanto, eliminar o monopólio. Os monopólios de minérios e minerais nucleares, da União, e o de serviços locais de gás canalizado, dos Estados, não sofreram nenhuma alteração. Para alterá-los, se faz necessário que Emendas à Constituição venham a ser aprovadas, bem como leis, que definam as condições sob as quais se desenvolverão as atividades no setor nuclear e no de serviços de gás canalizado.

A Lei 9.478, de 1997, já foi alterada pela Lei 11.909, a Lei do Gás de 2009, pela Lei 12.351 de 2010, que criou o regime de partilha da produção em paralelo com o de concessão previsto na Lei 9.478. O novo regime incide sobre as áreas do pré-sal, definidas por um polígono, e em áreas que venham a ser consideradas estratégicas; criou ainda o Fundo Social. Ainda em 2010, a Lei 12.276 autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, criando um terceiro regime para a lavra dos hidrocarbonetos. No Governo passado, a Lei 12.351, sofreu alteração para modificar a obrigatoriedade da Petrobras de deter pelo menos 30% de qualquer contrato de partilha e de ser obrigatoriamente a operadora.

Por sua vez, a Lei 11.909, a Lei do gás, tem um substitutivo em análise no Congresso, já há cerca de dois anos, sendo que o atual Governo propõe modificações a esse projeto.

Sendo mantido o monopólio dos hidrocarbonetos na Constituição, bem como o Art. 173, onde está a previsão de que a Segurança Nacional ou o interesse coletivo, podem justificar a atuação do Estado, qualquer alteração na visão política de um Governo pode levar a modificações na chamada abertura ou flexibilização do monopólio, ou nas alterações que estão em discussão no momento.

A Lei 9.478 com uma proposta menos estatal, foi modificada para a introdução do regime de partilha da produção que buscou voltar a dar à Petrobras direitos de monopólio sobre as áreas do pré-sal ou áreas que venham a ser considerada estratégicas. Mais restrita agora, ainda dá à Petrobras o direito de se manifestar prioritariamente, sobre áreas oferecidas a exploração no regime de partilha da produção e mesmo participar de um bloco, sem ter feito parte do grupo ofertante vencedor do leilão.

Vemos assim, que a proposta inicial para a flexibilização do monopólio, já sofreu alterações importantes, em função da visão prevalecente no governo da ocasião. Restam, ainda, algumas sequelas da visão mais estatizante. Este é um problema não trivial.

A forma de tornar mais difícil as mudanças de orientação no aproveitamento dos recursos de hidrocarbonetos do País, seria a eliminação total do monopólio Constitucional, passando a prevalecer as regras que privilegiam a livre iniciativa e a livre concorrência. É certamente um caminho mais complexo do que a busca de alterações por regulamentos e acordos. A segurança jurídica será muito maior e com menor possibilidade de contestações.

Definir que o setor petroleiro do Brasil não poderá vir a ser modificado usando-se justificativas de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, seria outra forma de melhorar a segurança jurídica deste importante segmento da economia nacional.

Ao analisar especificamente o setor do gás, importante insumo na transição energética em curso no mundo, verificamos que a Lei 9.478 tratou do tema de forma muito sucinta, já que na época da elaboração da Lei, este insumo não tinha a importância que hoje tem. O assunto é tratado juntamente com o petróleo e seus derivados, nos capítulos VI, Do Refino de Petróleo e do Processamento de Gás Natural, VII Do Transporte de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural e VIII Da Importação e Exportação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural.

É importante notar que qualquer empresa ou consórcio de empresas, que atendesse ao disposto no Art. 5º da Lei, poderia submeter à ANP uma proposta para exercer estas atividades, que seriam AUTORIZADAS por aquela Agência, desde que cumprissem os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos que viessem a ser estabelecidos pela ANP. A leitura do Art. 58 mostra que qualquer interessado poderia fazer uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração; a ANP fixaria o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não houvesse acordo entre as partes, cabendo-lhe verificar, ainda, se o valor acordado era compatível com o mercado; a ANP regularia a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, visando promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.

O Art. 59 estabelece que os dutos de transferência seriam reclassificados pela ANP como dutos de trans-

porte, caso houvesse comprovado interesse de terceiros em sua utilização. Tudo muito simples e objetivo. No entanto, a indústria sentia-se insegura com autorizações e buscou mudá-las para concessões.

Após longas discussões, foi aprovada a Lei 11.909 de 2009 (Lei do Gás) que dispôs sobre o transporte de gás natural, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural. Dos poucos parágrafos da Lei 9.478, passou-se para uma Lei com 60 artigos, concebida já dentro de uma visão divergente daquela que prevalecia quando da elaboração e promulgação da Lei do Petróleo. É uma Lei mais estatizante e elaborada para consolidar a posição da Petrobras.

A Lei do Gás deixa claro que a legislação específica local sobre os serviços de gás canalizado, será respeitada, função do monopólio criado pelo Art. 25 da Constituição. A Lei traz uma longa lista de definições, cabendo destaque para a definição de gasodutos de transferência, gasodutos de transporte e gasoduto de escoamento da produção, bem como a criação das figuras do Consumidor Livre, aquele que nos termos da legislação estadual aplicável, tem a opção de adquirir o gás natural de qualquer agente produtor, importador ou comercializador; do autoprodutor e do autoimportador sendo estes dois últimos, aqueles produtores ou importadores que utilizam parte ou a totalidade do gás produzido ou importado, como matéria prima ou combustível em suas instalações industriais. Como não há referência quanto à forma pela qual o gás chega às instalações industriais, criou-se uma área polêmica, por não deixar claro o papel das distribuidoras estaduais, donas do monopólio de serviços de gás canalizado. O Art. 46, contribuiu, também, para a polêmica ao estabelecer que o consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora estadual a sua operação e manutenção. A não definição da forma e caracterização das condições pelas quais a distribuidora estadual não possa atender as necessidades de movimentação de gás trazem mais dúvidas quanto à legislação específica sobre os serviços de gás canalizado, atribuição dada aos estados pelo Art. 25 da Constituição.

A principal motivação para a criação do Consumidor Livre, do autoprodutor e do autoimportador foi a de privilegiar grandes consumidores e, em tese, reduzir o custo do insumo para suas instalações industriais. Duas considerações se fazem necessárias. A primeira diz respeito à criação de grandes consumidores que não dependam das distribuidoras estaduais e de suas redes, o que poderia reduzir os custos do gás a ser consumido por estes agentes econômicos, no entanto poderia resultar em um aumento de custos para os consumidores menores, uma vez que as distribuidoras não receberiam as tarifas referentes aos maiores volumes consumidos por consumidores livres e auto produtores ou importadores. A segunda consideração diz respeito ao Item IX do artigo 170, que dá tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, dentro do conceito de apoiar e fortalecer as industrias menores ou nascentes (infant industries), face a empresas maiores, que pelo fator escala, tem custos unitários mais baixos e por consequência são mais competitivas no mercado. O resultado seria o fortalecimento de empresas de maior porte, em detrimento das médias e pequenas.

A Lei do Gás também passou para o MME atribuições que cabiam à ANP, dando-lhe ainda a faculdade de propor, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, os gasodutos de transporte que deverão ser construídos ou ampliados. Considerará também o MME, estudos de expansão da malha dutoviária do País. O que era uma iniciativa de um agente econômico privado, passou a ser uma rígida atividade burocrática do MME. Estabeleceu que a atividade de transporte de gás natural será exercida mediante os regimes de concessão ou autorização. As autorizações ficam restritas aos gasodutos de transporte que envolvam acordos internacionais e as concessões aos gasodutos de transporte considerado de interesse geral. Nas concessões as tarifas a serem pagas pelos carregadores serão estabelecidas pela ANP, não mais sendo considerado o acordo entre as partes.

O Art. 45 estabelece que os gasodutos de escoamento da produção, as instalações de tratamento ou processamento de gás natural, assim como terminais de liquefação e regaseificação, não estão obrigados a permitir acesso de terceiros. O contrário do estabelecido na Lei 9.478.

O Art. 56 assegura a manutenção dos atuais regimes de consumo de gás natural em unidades de produção de fertilizantes e instalações de refinação de petróleo nacional ou importado existentes na data de publicação da lei. Da mesma forma, o Art. 57 assegura a manutenção dos atuais regimes e modalidade de exploração dos gasodutos que fazem o suprimento de gás para as instalações previstas no Art. 56.

Esta extensa citação de artigos objetiva mostrar o caráter estatizante da Lei, além da óbvia preocupação em atender demandas específicas da Petrobras. O novo texto legal em discussão no Congresso corrige parte dos equívocos mencionados, mas mantém ainda outros.

As medidas que estão sendo propostas para implantação por regulação da ANP, acordos com o Cade e outros, embora tenham como objetivo corrigir erros e desvios do passado, poderão sofrer questionamentos quanto à sua eficácia e mesmo, de certa forma, contribuir para a incerteza jurídica que tanto prejudica o setor. Nos TCC assinados pela Petrobras e Cade com a interveniência da ANP, há a afirmação das partes de que:

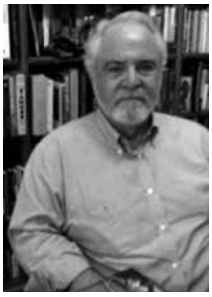
Cade e PETROBRAS reconhecem e declaram que o presente Termo de Compromisso não importa em reconhecimento de culpa e/ou prática de quaisquer infrações à ordem econômica pela PETROBRAS.

As infrações à ordem econômica devem ser punidas pelo Cade, caso aconteçam. É obvio que não poderia haver reconhecimento de culpa quanto à condutas relacionadas ao mercado, uma vez que o que se tem é o resultado de um monopólio legal atribuído a Petrobras, que dentro dele, desenvolveu suas atividades. A busca de uma solução para aumentar a competitividade no mercado, pela venda de ativos, depende apenas da decisão da empresa, que deve ser referendada por seu Conselho de Administração e, em última instância, por seus acionistas. Não há como cessar uma prática, quando ela não existiu.

Embora seja um caminho mais trabalhoso, com negociações que poderão se revelar difíceis e mesmo frustrantes, a forma mais segura de criar um Novo Mercado para o Gás, seria por meio da eliminação dos monopólios previstos na Constituição, dando à indústria de petróleo e gás o tratamento dado aos demais recursos minerais e potenciais hidráulicos, na forma do Art. 176 da Constituição. Novas leis, menos casuísticas, que

venham privilegiar a livre iniciativa e a livre concorrência, estabelecendo de forma clara as responsabilidades de cada instância, trariam à indústria uma segurança e estabilidade que muito poderiam contribuir para o necessário desenvolvimento econômico do País.

Ou seja, um arcabouço legal estável que permita a regulação ágil e correta por parte da ANP, a eliminação da fragmentação da responsabilidade que atualmente existe como forma de caracterizar a subordinação da agência a um Ministério transformando-a em órgão de Governo e não de Estado, como originalmente concebido e consagrado pela prática internacional, evitando a captura política, dará à indústria do petróleo e gás segurança jurídica, que permitirá seu desenvolvimento e sucesso no futuro.



John Forman
Ex-Diretor da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP

* Este texto é de inteira responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da FGV.