

Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás

Virgílio Afonso da Silva*

Diogo Rosenthal Coutinho**

Parecer

A consulta

A Consulente, pretendendo nosso parecer jurídico, narra que a discussão acerca do PLC 90/2007 (o projeto da chamada “Lei do Gás”), atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, com Parecer do relator do Projeto, o sen. Jarbas Vasconcelos, tem se concentrado, em grande medida, em questões de repartição de competências entre a União e os estados-membros, especialmente no que diz respeito à possibilidade de regulamentação, pela União, de atividades da cadeia do gás natural,¹ como o fornecimento de gás por meio de dutos em casos específicos e a importação e produção do gás natural para consumo próprio.

Diante disso, a Consulente, por meio de seus advogados, formula a presente consulta mediante a apresentação dos seguintes quesitos:

1. Quais atividades da cadeia do gás natural estão sob a competência da União à luz da Constituição Federal e qual a extensão dessa competência?

* Professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

** Professor associado de direito econômico da Faculdade de Direito da USP.

¹ Neste parecer, portanto, qualquer referência a “gás” deve ser compreendida como uma referência a “gás natural”.

2. **As normas do setor de gás natural editadas no âmbito estadual (especialmente as constituições estaduais) estão em consonância com as disposições constitucionais vigentes?**
3. **Podem os estados-membros, valendo-se de sua competência constitucional para disciplinar a exploração dos serviços locais de gás canalizado, concorrer com as políticas públicas adotadas pela União sobre a cadeia do gás natural?**
4. **Diante dos quesitos anteriores, podem ser considerados constitucionais:**
 - (a) Os arts. 2º, XVIII; 3º, § 1º, e 27 do PLC 90/2007?
 - (b) O art. 36, § 2º, também do PLC 90/2007?

A resposta sintética, ao final, a esses quesitos exige, em primeiro lugar, considerações sobre a estruturação do modelo de repartição de competências previsto na Constituição Federal, já que ela não atribui a apenas um ente federativo a disciplina de toda a cadeia do gás natural. Na definição daquilo que compete a um ou outro ente, é necessário, sobretudo, definir os limites dessas competências, o que exige, de forma inescapável, uma análise mais profunda do que a que costuma ser feita acerca da abrangência da expressão “serviços locais de gás canalizado”, porque é essa definição que permitirá que se dê o primeiro passo no debate acerca do arranjo regulatório do gás natural no Brasil. É necessário salientar, no entanto, e logo de início, que este é um parecer *jurídico* sobre problemas de repartição de competências. Nesse sentido, a abordagem das possibilidades regulatórias tem de ser necessariamente entendida como um desdobramento desse debate sobre competências. Contudo, não é — e nem poderia ser — nossa intenção, apontar qual é o melhor arranjo regulatório para o setor do gás no Brasil. Essa é uma tarefa dos poderes políticos, auxiliados por critérios de justiça, oportunidade, conveniência e eficiência, bem como por uma pleora de critérios técnicos concernentes às especificidades desse mercado. O que se pretende com este parecer é, portanto, definir a quem compete determinar cada uma das partes desse arranjo regulatório. É o que será feito a seguir.

1. Introdução: repartição de competências

Como é sabido, existem, nos diferentes países que adotam a forma federal de Estado, diversos modelos de repartição de competências. Não é o caso aqui de fazer um estudo comparado desses modelos e de sua aplicação nos

Estados federais pelo mundo afora. O que importa é ter em mente — e isso é muitas vezes deixado de lado por aqueles que estudam o federalismo no Brasil — que as dificuldades na interpretação daquilo que compete a um ou a outro ente de uma federação não são algo que decorre apenas do modelo escolhido, mas também de variáveis histórico-políticas que não podem ser ignoradas.²

A Constituição Federal de 1988 adotou, em linhas gerais, um sistema de atribuição expressa de competências privativas à União (art. 22) e de competências concorrentes entre União, estados e Distrito Federal (art. 24). Como corolário, adotou um sistema de atribuição de competências remanescentes aos estados (art. 25, § 1º).³ Por fim, atribuiu aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I).

Como auxílio para resolver alguns conflitos de competências legislativas na federação brasileira, a doutrina às vezes recorre a duas figuras interpretativas: o princípio da *subsidiariedade* e o princípio da *predominância do interesse*, que serão analisados a seguir.

2. Princípios da subsidiariedade e predominância do interesse

No caso em questão (o projeto da chamada “Lei do Gás”),⁴ os princípios da subsidiariedade e da predominância do interesse foram utilizados, entre outros, em artigo de autoria de Arnaldo Wald, algumas vezes citado no parecer do sen. Jarbas Vasconcelos. Esses princípios serão analisados nos próximos tópicos.

2.1. Princípio da subsidiariedade

Segundo Wald, o legislador constituinte norteou-se pelo princípio da subsidiariedade, “segundo o qual as entidades menores preferem às maiores na resolução de problemas locais (quem está mais próximo do problema é encar-

² Cf., nesse sentido, o tópico 2.1 deste parecer.

³ Diz o art. 25, § 1º: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

⁴ Quando este parecer foi escrito, a “Lei do Gás” (Lei nº 11.909/2009) ainda não havia sido promulgada.

regado de resolvê-lo)". Diante disso, "o ente menor, mais próximo e melhor situado para a prestação da atividade é, sem dúvida, o Estado-membro".⁵

Ora, o recurso ao chamado "princípio da subsidiariedade", que tem no artigo de Wald a finalidade de demonstrar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do PLC 90/2007 (o projeto da "Lei do Gás"), não tem aplicação à problemática aqui discutida, por algumas razões principais.

Antes de mais nada, porque é preciso distinguir entre o uso da subsidiariedade como um princípio norteador da *criação* de um modelo de repartição de competências e seu uso como baliza de *interpretação* de um modelo existente. É certo que o primeiro uso pode influenciar o segundo, mas não há entre eles uma relação necessária. Assim, é possível que a criação de um modelo constitucional de repartição de competências tenha se baseado na ideia de subsidiariedade, atribuindo expressamente competências gerais para o poder central e competências específicas aos poderes regionais e, mesmo assim, haja uma regra de interpretação que atribua ao poder central (e não ao poder estadual) os poderes remanescentes ou a competência para legislar nos casos omissos.

Isso significa dizer que as razões que levaram o constituinte a criar um determinado modelo não podem ser automaticamente transportadas para o plano da interpretação. O caso alemão talvez seja um bom exemplo para se ilustrar o que se quer dizer com isso.

Na maioria das vezes em que se fala em subsidiariedade como princípio do federalismo, o caso alemão é utilizado como paradigma.⁶ No entanto, um eventual recurso à ideia de subsidiariedade, na Alemanha, poderia *quando muito* ser baseado na redação do art. 30 da constituição desse país,⁷ ou seja, em uma norma positivada, e não em uma suposta *intenção* do constituinte em construir um federalismo subsidiário.⁸ Em outras palavras, a subsidiariedade

⁵ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 20, p. 28, 2007.

⁶ Cf., por exemplo, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 43 e ss. Quando se fala aqui em utilização corrente do "caso alemão" como exemplo paradigmático da ideia de subsidiariedade, quer se fazer menção ao uso que a doutrina brasileira faz do modelo alemão antes das recentes reformas no pacto federativo. Com a reforma de 2006 — a mais ampla reforma constitucional na Alemanha desde a promulgação da atual constituição, em 1949 — houve uma forte diminuição no poder de participação dos estados no pacto federativo desse país.

⁷ Art. 30: "O exercício das competências estatais e a realização das atividades estatais são tarefa dos Estados-membros, desde que uma outra forma de regulação não seja estabelecida ou aceita por esta Constituição".

⁸ E se levarmos em conta a enorme debilidade de argumentos baseados na "vontade do legislador", o recurso à subsidiariedade como decorrência da intenção do legislador constituinte é

não pode decorrer de uma especulação sobre como, no nível abstrato, entes federativos devem se articular. Ela, no caso do art. 30 da constituição alemã, está concretamente relacionada a um texto constitucional específico, o que torna limitada a possibilidade de se falar em uma “teoria geral da subsidiariedade”, aplicada a qualquer arranjo federativo do mundo.

Além disso, apesar do claro texto do mencionado art. 30, é comum que a doutrina constitucional alemã afirme que “o princípio da subsidiariedade não está ancorado na constituição de forma explícita como um princípio jurídico”.⁹ E o Tribunal Constitucional alemão não o reconhece nem mesmo como um princípio implícito.¹⁰ Ora, se não se pode falar de forma inequívoca em princípio da subsidiariedade nem mesmo com uma constituição que expressamente diz que as tarefas estatais devem ser em geral realizadas pelos estados-membros, o que se poderá dizer do caso brasileiro, cuja constituição fornece ainda menos indícios textuais nesse sentido?

Assim, o recurso à subsidiariedade é ainda menos aceitável no caso brasileiro, seja (1) porque não há nenhuma evidência de que a construção de seu modelo federal tenha se baseado nessa ideia, seja (2) porque não há nenhuma previsão expressa no sentido de uma *preferência* por decisões nos âmbitos mais locais.¹¹ Essas duas razões serão avaliadas adiante.

(1) Imaginar que a relação entre União e estados, na construção do arranjo federativo brasileiro, tenha sido inspirada na ideia de subsidiariedade é desconsiderar o passado e o presente do pacto federativo no Brasil. Mesmo na Primeira República, durante a chamada “política dos governadores”, o poder e as competências da União nunca foram colocados em xeque. Nos dias atuais, isso não é diferente: embora os governadores dos estados-membros detenham certo poder político, isso não tem nenhuma relação com o arranjo

mitigado. Sobre o assunto, cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 3. tir. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 18 e ss.; e HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 22.

⁹ Cf. PEFKEOVEN, Rolf; KIRCHHOFF, Ulrike. Deutscher und europäischer Finanzausgleich im Lichte des Subsidiaritätsprinzip. In: NÖRR, Knut Wolfgang; OPPERMANN, Thomas. *Subsidiarität — Idee und Wirklichkeit: Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa*. Tübingen: Mohr, 1997. p. 109 (grifamos). No mesmo sentido, VOGEL, Hans-Jochen. Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Org.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin: de Gruyter, 1984. v. 2, p. 816.

¹⁰ Cf. BORRIES, Reimer v. Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischer Union. *Europarecht*, n. 29, p. 287, 1994; e PEFKEOVEN, Rolf; KIRCHHOFF, Ulrike. Deutscher und europäischer Finanzausgleich im Lichte des Subsidiaritätsprinzip, p. 109.

¹¹ Exceção feita ao disposto no art. 30, I, que, no entanto, diz respeito às competências municipais, que não interessam diretamente ao debate aqui travado.

federativo em si mesmo e com a forma de repartição de competências, mas sobretudo com fatores como o poder econômico de alguns estados.¹²

E essa não é uma característica exclusiva do Brasil. Se voltarmos ao exemplo que costuma ser utilizado para se fazer uma elegia à subsidiariedade — o exemplo alemão — perceberemos que, além do que já foi afirmado anteriormente, e a despeito da existência do art. 30 na constituição alemã, a tendência à centralização é inequívoca. Nesse sentido, vale transcrever um trecho do trabalho de Peffekoven e Kirchhoff, exatamente no que diz respeito à ideia de subsidiariedade e à sua relação com a repartição de competências legislativas entre União e estados:

Na medida em que a constituição parte de uma estruturação estatal em dois níveis — União e Estados —, isso pressupõe uma preponderância da legislação no nível estadual, ou seja, nos termos do princípio da subsidiariedade, no nível mais baixo. *Mas a primeira impressão é enganosa; a realidade constitucional é justamente o contrário: o senhor da legislação é a União.*¹³

A tendência, portanto, é justamente contrária à subsidiariedade¹⁴ e, por isso, não nos parece haver, neste ponto, nenhum argumento a favor do recurso a ela na interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição Federal, conforme redação dada pela EC 5/1995 (“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 sua regulamentação”). A história e a realidade político-constitucional do Brasil apontam em outra direção e o principal paradigma no direito estrangeiro, também.

(2) Mas há ainda que se analisar o art. 25, § 1º, da Constituição Federal. Segundo alguns autores, o disposto nesse parágrafo (“São reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição”) seria sinônimo de uma regra interpretativa com o seguinte conteúdo: *na dúvi-*

¹² Cf., nesse sentido, e com mais detalhes, SILVA, Virgílio Afonso da. *Presidencialismo y federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho*. In: IDEA INTERNATIONAL; INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (Org.). *Como hacer que funcione el sistema presidencial*. México: Idea/Unam, 2008.

¹³ PEFFEKOVEN, Rolf; KIRCHHOFF, Ulrike. *Deutscher und europäischer Finanzausgleich im Lichte des Subsidiaritätsprinzip*, p. 109-110.

¹⁴ E isso não é nenhuma novidade. No caso alemão, desde a década de 1920 já se apontava nessa direção. Cf., por exemplo, POPITZ, Johannes. *Finanzwirtschaft der öffentlichen Körperschaften*. In: GERLOFF, W.; MEISEL, F. (Org.). *Handbuch der Finanzwirtschaft*, II. Tübingen: Mohr, 1927. p. 348.

da, *pró-Estado*.¹⁵ Segundo Gustavo Binbenojm, o fato de os estados-membros terem uma competência apenas remanescente significaria que, “havendo dúvida quanto à definição do ente competente, deve-se prestigiar a competência do Estado”.¹⁶

Como se percebe, o texto do art. 25, § 1º, da Constituição Federal é muito menos incisivo em favor dos estados do que o já mencionado art. 30 da constituição alemã. Nele não se fala que as tarefas estatais devem em princípio ser realizadas no nível estadual. Fala-se apenas que sobra aos estados aquilo que não lhes for proibido pela Constituição. Não há, portanto, uma regra de decisão em favor dos estados nem em casos de dúvidas, nem em casos de penumbra.^{17, 18}

2.2 Predominância do interesse

Muito do que já foi afirmado acerca do princípio da subsidiariedade vale também para o que se convencionou chamar de “princípio da predominância do interesse”. Ou seja: por mais que o constituinte, ao elaborar o seu modelo de repartição de competências, tenha pretendido conferir a cada ente a competência que se referisse a um interesse predominante do ponto de vista espacial, daí não se pode inferir uma regra de *preferência* por esse ou aquele nível federativo na interpretação do modelo de repartição de competências criado por esse mesmo constituinte.

¹⁵ Cf., por todos, BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição do gás natural no Brasil. *Revisita Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 7, p. 12, 2006.

¹⁶ Id.

¹⁷ Na maioria dos estados federais, é justamente o contrário o que ocorre, ou seja, *na dúvida, pró-União*. Essa ideia está no nascedouro da ideia federalista: cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*, XLIV [Madison]. Cf. também, por exemplo, para o caso canadense, MONAHAN, Patrick J. *Constitutional law*. Ontario: Irwin Law, 1997. p. 103. Também no caso alemão, reconhece-se de forma pacífica a existência de competências implícitas em favor da União. Cf., por exemplo, BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 2. ed. München: C.H. Beck, 1996. p. 297.

¹⁸ E isso vale até mesmo no âmbito em que a subsidiariedade talvez tenha maior aplicação: a União Europeia. A tendência centrípeta da UE e a baixa força da subsidiariedade são plenamente reconhecidas. Além disso, na União Europeia é pacífico que a subsidiariedade não se limita ao brocardo simplista “se o nível mais inferior puder fazer, então ele é competente para fazer”. Há uma constante necessidade de avaliações de *eficiência e escala* para se definir que nível é competente para desenvolver uma determinada atividade. Cf., sobre esse assunto, RITZER, Christoph; RUTTLOFF, Marc; LINHART, Karin. How to sharpen a dull sword: the principle of subsidiarity and its control. *German Law Journal*, n. 7, p. 736 e ss., 2006; COOPER, Ian. The watchdogs of subsidiarity. *Journal of Common Market Studies*, n. 44, p. 285, 2006; BRETZ, Kay G. *Föderalismus und Regionalismus in Deutschland, Spanien und der Europäische Union*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 265 e ss.

Neste ponto, soma-se ainda o fato de que, no caso brasileiro, há uma previsão expressa de competência baseada no interesse, mas essa previsão aplica-se apenas aos municípios, por força do art. 30, I, da Constituição Federal (“Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local”). Com relação aos estados, em nenhum momento a Constituição faz menção à ideia de interesse, nem no art. 25, que disciplina as competências dos estados, nem no art. 24, que disciplina as competências concorrentes entre União e estados, já que nesse último caso o critério não é o interesse, mas a especificidade. E mesmo que se faça uma interpretação forçada no sentido de que “especificidade” é sinônimo de “predominância de interesse”, isso continuaria a não ter nenhuma aplicação ao caso que aqui analisamos, já que o critério da especificidade é aplicável apenas aos casos do art. 24.

Como conclusão deste tópico, sustenta-se que nenhum dos dois princípios interpretativos a que a doutrina muitas vezes recorre — a subsidiariedade e a predominância do interesse — fornecem, de fato, algum critério de avaliação para o caso que aqui se analisa. Quando muito, esses princípios poderiam ser critérios para diferenciar as competências entre União e estados no âmbito da legislação concorrente, o que não é o caso. O caso, aqui, é de determinação dos limites de legislação privativa e, por isso, *não há espaço* para o recurso a figuras como a subsidiariedade ou a predominância do interesse. O que se exige é pura e simplesmente *precisão terminológica e conceitual* na identificação das competências de cada ente federativo. Diante disso, nos tópicos seguintes será realizada uma análise dos termos e conceitos utilizados no art. 25, § 2º, da Constituição Federal.

3. Conceito de “serviços locais de gás canalizado”

Especialmente depois do início dos debates sobre o PLC 90/2007 (“Lei do Gás”), muito se especula acerca do significado e do alcance da expressão “serviços locais de gás canalizado”. Entendemos que há uma série de argumentos equivocados nessas especulações. Os principais deles, que interessam aqui mais de perto, são (1) a confusão entre o *local* e o *estadual* e, decorrente disso, (2) a equiparação entre “serviços locais de gás canalizado” a “toda e qualquer atividade de fornecimento de gás que ocorra em um determinado Estado-membro”. A esses dois pontos são dedicados os dois tópicos a seguir.

3.1 Local, regional e estadual

É muito comum que as palavras tenham diferentes significados em diferentes contextos. Quando se fala em “local”, isso pode significar espaços geográficos os mais distintos. Nesse sentido, é possível que nas relações internacionais o termo “local” signifique “relativo a um país”, para diferenciá-lo de algo mais amplo, que é o plano internacional. “Local”, nesse caso, seria “interno”, em contraposição a “internacional”. Por outro lado, em uma cidade, “local” pode significar aquilo que diz respeito a um bairro ou a um conjunto de bairros. Essa é a lógica que está por trás, em algumas cidades, da organização da administração em subprefeituras, por exemplo.¹⁹

O mesmo vale para o termo “regional”. “Regional” pode significar um conjunto de estados-membros, como ocorre no Brasil quando se fala em região Sudeste ou região Nordeste, mas pode significar algo muito mais amplo. A União Europeia, por exemplo, é um bloco “regional”, por estar entre o plano nacional e um plano internacional mais amplo.

Em suma, em todos esses casos, o que define o sentido de cada uma dessas palavras é o seu contexto. O texto, portanto, depende do contexto. E isso significa que não faz sentido tentar empregar uma palavra no contexto “a” com o sentido que ela tem no contexto “b”.

E qual é a relação dessa explicação — razoavelmente trivial — com o debate aqui travado? A relação é enorme. No contexto do arranjo federativo brasileiro, algumas palavras são empregadas com um significado determinado, e não é possível tentar impingir-lhes outros significados sem enfrentar um não desprezível ônus argumentativo.

O que aqui importa é definir o que significa “locais” no art. 25, § 2º, da Constituição Federal. Em um arranjo federativo em três níveis, como é o caso brasileiro, é intuitivo e razoável imaginar que “local” se refere ao nível mais inferior. E de fato a Constituição liga o termo “local” ao município, no já citado art. 30, I (Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local). “Local”, portanto, não é nem sinônimo de “regional”, nem de “estadual”. E isso vale tanto para o art. 30, I, quanto para o art. 25, § 2º, conforme será demonstrado a seguir.

¹⁹ Na cidade de São Paulo, por exemplo, existem “fóruns locais”, que são reuniões de moradores de um determinado bairro, organizadas pela subprefeitura responsável.

No já mencionado artigo de Arnaldo Wald, há um tópico inteiro dedicado a analisar o significado do termo “locais” no art. 25, § 2º, da Constituição Federal. Uma leitura atenta desse tópico demonstrará como há um insustentável jogo de palavras em sua argumentação. Transcrevemos aqui alguns trechos que ilustram o que queremos dizer. São eles: “Serviços *locais*, sejam eles de gás canalizado ou quaisquer outros, são, evidentemente, aqueles que visam a satisfazer interesses *regionais* ou *locais*, de modo a beneficiar determinadas comunidades ou grupos identificados”.²⁰ E “Ao adjetivar os ‘serviços de gás canalizado’ como *locais*, o legislador constituinte certamente pretendeu diferenciá-los das atividades *nacionais* de monopólio da União, segregando-os por seu caráter *regional*”.²¹ Ou ainda:

Trata-se, pura e simplesmente, de expressão do princípio da predominância do interesse *regional*, antes comentado. Os serviços que ficaram a cargo do ente menor (os Estados-membros) foram aqueles que envolvem interesses *regionais*, isto é, interesses específicos dos usuários de seu território, e não de toda a nação.²²

Ou, por fim, “A *localidade* a que se refere o texto constitucional é *estadual*. Portanto, para fins de interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição Federal, serviços *locais* são aqueles prestados dentro do território *estadual* [...]”.²³

Como se percebe facilmente, a ginástica semântica para se igualar “local”, “regional” e “estadual” é grande. Fala-se, entre outras coisas, que os serviços locais são serviços “regionais ou locais” e que o ente menor na federação brasileira são os estados-membros. Aqui, além do já aduzido argumento de que a Constituição, no âmbito da repartição de competências, utiliza o termo “local” como algo que se refere ao município, é necessário ainda acrescentar alguns argumentos.

Se no art. 25, § 2º, “local” significasse “estadual”, como quer a conclusão de Arnaldo Wald,²⁴ seria possível reescrever esse dispositivo da seguinte forma: “§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os

²⁰ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado, p. 28, § 108 (grifos nossos).

²¹ *Ibid.*, § 109 (grifos nossos).

²² *Ibid.*, § 110 (alguns grifos no original).

²³ *Idem*, § 113 (alguns grifos no original).

²⁴ Segundo ele, “a localidade a que se refere o texto constitucional é estadual”.

serviços *estaduais* de gás canalizado [...]”. Não é difícil perceber que isso não faz muito sentido.

Em um artigo que trata da competência dos estados, como é o caso do art. 25, se se pretendesse afirmar que todo e qualquer serviço de gás canalizado em cada um dos estados deveria ser explorado e disciplinado no nível estadual, seria suficiente prever que os estados são competentes para explorar os “serviços de gás canalizado”, *sem qualificações territoriais*. Isso excluiria a União dos serviços que não ultrapassassem as fronteiras estaduais, e excluiria também os municípios, por não abrir espaço para a discussão acerca da possível *localidade do interesse* (art. 30, I). Todo e qualquer serviço de fornecimento de gás em um estado seria explorado (diretamente ou mediante concessão) e disciplinado apenas pelo estado. Mas a Constituição não utiliza a expressão “serviços de gás canalizado”; ela insere um qualificativo territorial: são os serviços *locais*.

Em face disso, não nos parece ser despropositado afirmar que a introdução do qualificativo local só pode significar o seguinte: *embora locais, os serviços serão explorados e disciplinados pelos estados*. Como se percebe, o que aqui ocorre é o contrário da ideia de subsidiariedade e de predominância de interesse: os serviços a que se refere o art. 25, § 2º, da Constituição Federal, são locais — ou seja, *de âmbito mais reduzido do que o interesse estadual*, mas sua disciplina e exploração estará a cargo não do ente menor (que é o município, não o estado), mas de um ente intermediário: o estado-membro. E, por ato falho ou não, é o próprio Wald que, por meio de seu argumento histórico, reforça a nossa argumentação. Segundo ele, o emprego do termo “locais” pelo constituinte “apenas reforçou a natureza desses serviços, que nasceram, no país, para resolver *problemas locais* de iluminação pública das *idades* do Rio de Janeiro e São Paulo”.²⁵ Como se percebe, o termo “local” certamente não diz respeito a questões de cunho estadual ou regional.

Diante do exposto, constata-se que há uma dissociação proposital entre o âmbito territorial do ente ao qual a competência foi atribuída — o estado — e o âmbito dos serviços prestados — serviços *locais*. Em face disso, conclui-se que não há uma coincidência entre local e estadual. E, como consequência, há bons argumentos para se afirmar que *nem todo tipo de fornecimento de gás por meio de dutos que ocorra em um determinado estado deverá ser considerado abarcado*

²⁵ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado, p. 27, § 107 (grifos nossos).

pela expressão “serviços locais de gás canalizado”. Se assim não fosse, o qualificativo *local* não teria nenhuma função na expressão analisada.

Em suma: se aos estados não compete explorar ou disciplinar todo e qualquer fornecimento de gás por dutos em seu território, mas apenas explorar e disciplinar os serviços *locais* de gás canalizado, a conclusão necessária é a de que *há outras formas de fornecimento de gás canalizado que não se inserem no conceito de serviços locais*. E como será visto adiante, a definição do arranjo regulatório para essas formas de fornecimento é de competência da União.

3.2 A intenção do legislador constituinte

A despeito das já mencionadas limitações do uso do argumento genético (“intenção do legislador”) na interpretação constitucional,²⁶ parece-nos ser necessário, em vista de seu uso frequente — em quase todos os textos que serviram de apoio ao parecer do relator do projeto, o sen. Jarbas Vasconcelos — como fundamento para se defender a tese de que “serviços locais” seria sinônimo de “todo e qualquer tipo de fornecimento de gás por meio de dutos que ocorra em um determinado Estado”, fazer algumas digressões sobre os debates na Assembleia Nacional Constituinte, de 1987/88.

Antes, para ilustrar como se dá o recurso à intenção do constituinte, parece ser suficiente transcrever uma breve passagem de um texto de Gustavo Binenbojn:

[...] o texto constitucional utiliza a expressão serviços locais de gás canalizado, no plural, *numa clara opção do constituinte* pela ampla abrangência de todo e qualquer serviço que importe a movimentação do gás por redes de canalização e sua entrega a usuários individuais. Caso fosse a *intenção do legislador constituinte* criar alguma restrição ao âmbito de competências do Estado, por certo não teria sido utilizado o plural, nem muito menos o artigo definido (“os serviços locais de gás canalizado”), indicativos da abarcância de todos os possíveis serviços de movimentação de gás por dutos e sua entrega a usuários individuais.²⁷

²⁶ Cf. nota de rodapé 8.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição do gás natural no Brasil, p. 7 (grifos nossos).

Ora, como se pode ter tanta certeza acerca da “intenção do legislador constituinte”? Quais são os subsídios para essa afirmação? Voltamos a afirmar: o recurso a uma pretensa vontade do legislador é extremamente problemático. Mas, se se pretende encontrar algo que ao menos se aproxime desse tipo de vontade, é preciso recorrer às transcrições dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Nos diários da Assembleia Constituinte, quase todo o debate sobre o gás canalizado esteve centrado na necessidade ou não de que sua exploração fosse estatal. Há pouquíssimas informações sobre o significado da expressão “serviços locais de gás canalizado”. Mas todas as informações que existem apontam em uma direção bastante distinta daquela sugerida por Gustavo Binenbojm. Elas estão muito mais próximas do que aqui foi defendido (mesmo sem o recurso a uma pretensa vontade do legislador constituinte).

Veja-se a ata da sessão do dia 16 de março de 1988:

O texto constitucional, além de assegurar o direito dos Estados, Distrito Federal e Municípios à compensação financeira ou participação nos resultados da exploração econômica de seus recursos hídricos, de gás natural e de outros recursos minerais, ainda reservou aos primeiros o monopólio para a distribuição *urbana* de gás encanado.²⁸

Ainda mais enfática no sentido de que “serviços locais de gás canalizado” é uma expressão *menos abrangente* do que a versão disseminada no atual debate sobre as competências no setor é a manifestação do constituinte Bernardo Cabral, que foi o relator do texto na Comissão de Sistematização: “[...] o texto constitucional fala em serviços locais de gás canalizado. O que se entende aqui como gás canalizado é o sistema *local* de distribuição do produto pela *canalização ligada a cada edifício ou residência*, como acontece nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro”.²⁹

Em ambos os casos, como se percebe, faz-se menção a “serviços locais de gás canalizado” como algo ligado à distribuição urbana e residencial de gás, conceito, portanto, *muito menos amplo* do que aquela intenção do legislador encontrada pelos autores já mencionados e também no parecer do sen. Jarbas Vasconcelos.³⁰

²⁸ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, ata da sessão de 16-3-1988, p. 138 (grifos nossos).

²⁹ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, ata da sessão de 17-8-1988, p. 530 (grifos nossos).

³⁰ O sen. Jarbas Vasconcelos afirma que “por mais recomendável que pudesse ser a adoção de critério diferenciado para os consumidores de grande porte, tal como o da autorização para cons-

A análise que fizemos, no tópico anterior, da expressão “serviços locais de gás canalizado” foi uma análise conceitual que prescinde de um recurso aos trabalhos preparatórios da Assembleia Constituinte e de uma tentativa de se definir qual era a intenção do constituinte ao aprovar o texto constitucional. O que se pretendeu com este tópico, portanto, não foi corroborar nosso argumento com esse tipo de recurso ou tentativa, mas apenas demonstrar que aqueles que assim procedem têm que lidar com informações presentes nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, que apontam muito mais na direção do que defendemos aqui do que em qualquer outra direção.

3.3. *As constituições estaduais*

É ainda necessário fazer menção a um último argumento que costuma ser utilizado para se tentar demonstrar que todo e qualquer fornecimento de gás em um determinado estado deve ser explorado — diretamente ou mediante concessão — pelo próprio estado: as constituições estaduais. Como ilustração, basta fazer menção à Constituição do Estado de São Paulo, que, em seu art. 122, parágrafo único, dispõe:

Art. 122 [...] Parágrafo único. 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.³¹

O argumento costuma ser o seguinte: textos de dispositivos como esse acima citado afastariam qualquer dúvida sobre a extensão da expressão “serviços locais de gás canalizado”, porque eles demonstrariam de forma inequívoca que esses serviços incluem o fornecimento a toda e qualquer espécie de destinatários — “industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros” — não importa onde ele esteja. Aqui há claramente uma inconsistência, que invalida todo o raciocínio: diz-se que a competência que a Constituição Fe-

truírem seus próprios gasodutos, a realidade inarredável é que *essa não foi a vontade do Constituinte*”.

³¹ No mesmo sentido vão as constituições de diversos estados da federação.

deral atribuiu aos estados tem a extensão x porque as constituições desses mesmos estados assim definiram.

Ora, quem define a extensão de uma competência não é aquele que recebeu a competência, mas aquele que a outorgou.³² Não se quer com isso dizer, claro, que toda e qualquer concretização de conceitos utilizados pela Constituição Federal por meio de legislação infraconstitucional ou constituições estaduais seja vedada. Claro que não. Leis ordinárias definem com frequência o significado de conceitos constitucionais e essa é uma de suas tarefas mais importantes.³³ O que não é possível é querer demonstrar que a definição que uma constituição estadual traz para algum conceito da Constituição Federal é constitucional *porque* ela, a constituição estadual, assim estabeleceu. O caráter circular desse raciocínio é, portanto, evidente.

4. Implicações da interpretação da expressão “*serviços locais*” do artigo 25, § 2º, da Constituição Federal em face do PLC 90/2007

Da conclusão alcançada na parte anterior — a de que, na expressão “serviços locais de gás canalizado”, o adjetivo *locais* não é necessariamente sinônimo de *regionais* ou *estaduais*, uma série de consequências jurídicas, econômicas e políticas decorre. Em outras palavras, admitindo-se que a mencionada norma dá ao estado-membro *menos* competências e, conseqüentemente, *menos* poder de legislar do que sugerem as interpretações hoje disseminadas sobre o alcance desse dispositivo, muito se poderia discutir e muitas interpretações referentes às normas infraconstitucionais e atos administrativos direta e indiretamente relacionados poderiam ser feitas.

Não serão objeto deste estudo, contudo, a análise e o tratamento de todos os efeitos que se poderiam supor possíveis uma vez adotada a interpretação acima. Por exemplo, os impactos econômicos — diretos e indiretos — decorrentes da adoção desse entendimento não serão aqui tratados, o que não significa, evidentemente, que eles não sejam importantes.

³² Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, p. 16 e ss., 2001.

³³ Talvez o caso mais conhecido disso seja a definição, por parte da Lei de Introdução ao Código Civil, dos conceitos de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada (art. 6º, §§ 1º a 3º), utilizados pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI.

Este estudo tem por escopo precípua e específico analisar a constitucionalidade do PLC 90/2007, no momento em discussão no Senado Federal, levando-se em consideração as alterações propostas na CCJ pelo sen. Jarbas Vasconcelos em seu parecer. Com isso se quer dizer que não se procurou inventariar todos os debates relevantes e pertinentes ao tema da normatização da indústria do gás, mas sim e tão somente a discussão específica feita a partir da alegação de que o PLC 90/2007 teria, como sustenta o parecer do sen. Jarbas Vasconcelos, máculas de inconstitucionalidade.

5. A EC 5/1995

É perfeitamente razoável supor que a EC nº 5, que alterou o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal, tenha sido concebida e implementada para permitir, diante dos objetivos da Reforma do Estado em curso na segunda metade de década de 1990, a pavimentação do terreno, no nível constitucional, para a modernização do setor de gás brasileiro. Como se sabe, apesar da produção nacional de gás natural ter se iniciado por volta de 1940, foi apenas no final dos anos 1980, em particular no início dos anos 1990, que o interesse por esse combustível se tornou relevante, passando a ser objeto de uma normatização mais minuciosa.³⁴ E foi apenas com a promulgação da EC nº 5, em 1995, que a exploração de gás canalizado foi concedida a empresas privadas, mediante um processo de abertura do setor, então monopolizado, na etapa da distribuição, por companhias distribuidoras estatais.

Como se sabe, à atração de investimento privado em setores cujos ativos são públicos se dá o nome de privatização³⁵ e à busca de introdução de concorrência em mercados monopolizados por empresas (em geral estatais) se dá

³⁴ Conforme explicam PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Gás natural: fundamentos da indústria e do mercado no Brasil. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 327-364. Para uma reconstituição histórica a respeito da indústria de gás no Brasil, cf. os trabalhos de MELO FILHO, Murilo. *A história do gás no Brasil: do Rio de Janeiro para o Brasil*. Rio de Janeiro: CEG, 2005.

³⁵ A expressão “privatização” seguramente tem diferentes significados para fígerentes pessoas. *Grosso modo*, pode-se defini-la simplesmente como a introdução de propriedade privada em empresas até então detidas pelo Estado. Entre as empresas privatizadas estão empresas estatais cuja esfera de atuação é a da *atividade econômica em sentido estrito* (aquelas reguladas, no nível constitucional, pelos artigos 173 e 177) e também as estatais prestadoras de *serviço público*, cuja regulação jurídica constitucional se dá a partir do artigo 175 da Constituição. Exemplos das primeiras são as usinas siderúrgicas, mineradoras, fabricantes de automóveis ou aviões e, das segundas, as empresas de telefonia, energia elétrica e distribuição de gás.

o nome de liberalização.³⁶ No setor de gás brasileiro, os processos de privatização e liberalização foram viabilizados, no nível constitucional, pela EC nº 5, em 1995. O que se sustentará aqui, portanto, é que essa emenda constitucional, a despeito de manter a titularidade dos “serviços locais de gás canalizado” nas mãos dos estados, procurou, também, dinamizar o setor por meio da atração do investimento privado (o que explica a supressão, pela EC nº 5, da expressão “a empresa estatal”) e por meio da flexibilização da regulação jurídica monopolística do fornecimento do gás natural (o que explica a supressão, pela mesma emenda, da expressão “com exclusividade de distribuição”).

Como se sabe também, o *Leitmotiv* do processo de privatização e de liberalização, que atingiu não somente a indústria do gás, mas também todos os setores de infraestrutura do país,³⁷ como ferrovias, portos, o setor elétrico, as telecomunicações, entre outros mercados, foi a busca de maior eficiência, traduzida pela meta de introdução de concorrência entre agentes econômicos do setor. Nesse contexto, a tônica geral da década de 1990 no Brasil era promover uma reforma do Estado capaz de injetar rivalidade em mercados monopolizados e, com isso, propiciar ganhos de produtividade e preços mais baixos para os usuários dos bens e serviços sujeitos à privatização e à liberalização, bem como induzir mais investimento na expansão de redes e ativos caros, de longa maturação e de investimentos recuperáveis apenas no longo prazo.

Como forma de introdução de concorrência, procurou-se, por meio de alterações legislativas, boa parte das quais no nível constitucional, “quebrar monopólios” e introduzir, com almejados ganhos de eficiência para setores

³⁶ A expressão “liberalização” pode ser definida em termos genéricos como maior acesso a mercados por novos produtores, em geral privados. A liberalização frequentemente implica a busca da introdução de algum grau de concorrência, de modo que são produzidas alterações na estrutura e dinâmica dos mercados afetados (exemplo disso é a “desverticalização” de elos de cadeias produtivas em que atua uma empresa). A depender do setor da economia (como o caso dos monopólios naturais), a liberalização é acompanhada da regulação de entrada, saída, preços, qualidade, quantidade, rentabilidade, bem como condições de concorrência efetiva e potencial. Note-se que, conceitualmente, liberalização e privatização significam coisas distintas e que podem ser implementadas conjunta ou separadamente. No caso do setor de gás, houve, com a EC nº 5, a possibilidade de se implementar tanto a privatização quanto a liberalização.

³⁷ E do planeta, o que revela a importância da privatização como ponto de inflexão no debate sobre o papel do Estado no capitalismo. Desde o início da década de 1980 — e com mais intensidade na década de 1990 — reformas liberalizantes e “reformas regulatórias” tomaram o mundo. A OCDE estima que no início da primeira década do século XXI, o setor público (de seus países-membros) representava uma parcela inferior à metade do que era nos anos 1980. Estimativas dão conta ainda de que, em média, o setor público representa hoje menos de 5% do PIB dos países da OCDE, contra cerca de 10% no final dos anos 1970. Veja-se o relatório da OCDE. *Economic outlook* (Part IV: Regulatory reform in network industries: past experiences and current issues). Paris: OCDE, 2000.

classificados juridicamente tanto como atividades econômicas empresariais, quanto como serviços públicos, a competição entre agentes econômicos. Não é outro senão esse, aliás, o sentido da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, que alterou inteiramente o sentido monopolístico do art. 177 da Constituição Federal, criando a possibilidade de contratação de empresas privadas para realizar as atividades dos incisos I a IV desse mesmo artigo. Também é esse o pano de fundo e a racionalidade econômica subjacentes à Lei 9.478/97, editada posteriormente à emenda ao art. 177 da Constituição Federal, conhecida com Lei do Petróleo.

Sabe-se que entre os segmentos da indústria do gás — genericamente, exploração, produção, transporte, comercialização e distribuição — há possibilidade de introdução de competição em alguns e, por outro lado, traços de monopólio natural em outros. Conhecidamente, os segmentos da indústria do gás nos quais a introdução de competição é factível são a produção e a comercialização. Nos mercados de transporte e distribuição — sendo o segundo um serviço público na ordem jurídica brasileira — os referidos elementos de monopólio natural dificultam a introdução de concorrência entre agentes econômicos. Contudo, se por um lado o traço de monopólio natural dificulta a concorrência, por outro lado isso não significa, em tese, a impossibilidade ao acesso aos gasodutos tanto de transporte, quanto de distribuição.³⁸

6. Concorrência no setor de gás

Ainda que o segmento de distribuição tenha claramente as características de um monopólio natural, o que se nota é que o PLC 90/2007 busca permitir o desenvolvimento da indústria do gás natural, possibilitando competição entre os agentes econômicos e propiciando livre acesso à infraestrutura correspondente. Com efeito, o PLC 90/2007, ao assegurar o acesso de terceiros aos gasodutos de transporte (art. 32) e ao definir gasoduto de transporte (art. 2º, XVIII) como aquele que movimenta o gás natural “desde as instalações de

³⁸ O Reino Unido, país pioneiro na privatização e na introdução posterior de concorrência em monopólios naturais, busca persistentemente introduzir a rivalidade entre agentes econômicos nos diversos segmentos da cadeia do gás, incluindo o segmento de distribuição. Nesse país foi também claramente demarcada a separação entre usuários industriais e usuários residenciais e, em ambos os casos, buscou-se a competição por meio da regulação do acesso a gasodutos. Cf., nesse sentido, PRICE, Catherine Waddams. *Competition and regulation in the UK gas industry. Oxford Review of Economic Policy*, v. 13, n. 1, p. 47-63, 1997.

processamento, estocagem ou outros gasodutos de transporte até instalações de estocagem, outros gasodutos de transporte, pontos de entrega a concessionárias estaduais de distribuição ou a usuários finais [...] respeitando-se o disposto no artigo 25, § 2º da Constituição Federal” procurou, inequivocamente, permitir que o que denomina *usuários finais* tivessem acesso aos referidos gasodutos de transporte, podendo, com isso, adquirir gás de outro ofertante que não a companhia distribuidora.

Os dispositivos citados do PLC 90/2007, entre outros, como se vê, transformam em direito positivo a possibilidade — economicamente desejável, pode-se sustentar — de escolha do fornecedor de gás, ideia essa que, nas chamadas indústrias de rede³⁹ em geral, é implementada por meio do chamado *bypass* e, no caso do gás, pelo livre acesso a gasodutos de transporte. No caso do art. 2º, XVIII do PLC 90/2007, que define “gasoduto de transporte”, o *bypass* viabiliza-se na medida em que se prevê que este poderá chegar aos usuários finais e não apenas ao chamado *citygate*, ponto no qual se inicia a etapa de distribuição por parte de empresas concessionárias cuja regulação jurídica se dá, no plano federativo, por leis e atos regulatórios estaduais, bem como por meio de contratos nos quais o estado-membro figura como poder concedente.

A introdução de algum grau de competição na venda de gás natural não é trivial, mas é possível. Vários países, como explica um documento-síntese preparado pela OCDE, fizeram-no mediante algumas medidas legais e regulatórias, conforme se vê no trecho abaixo:⁴⁰

Como em outras indústrias, o desenvolvimento de competição nos segmentos competitivos da indústria de gás natural requer a implementação de um regime regulatório que assegure o acesso aos segmentos não competitivos, particularmente à rede de gasodutos. Além disso, é essencial permitir aos consumidores na jusante (*downstream*) a escolha

³⁹ Indústrias de rede, por meio das quais muitos serviços públicos são prestados, são, do ponto de vista econômico, intensivas em capital, duráveis, imóveis e implicam pesados *sunk costs* (custos afundados ou irrecuperáveis). Essas redes, ademais, em muitos casos exemplificam bem o conceito de monopólio natural, decorrente da circunstância na qual a operação de apenas uma firma mostra-se mais eficiente do que qualquer outra estrutura de mercado — como se viu, o segmento de distribuição de gás tem essas características. Além de envolverem economias de densidade, de rede, de escala e de escopo, essas redes “prendem” seus usuários a elas — isto é, o usuário dos serviços está propenso, a não ser que tenha estímulos e meios para tanto, a não trocar de ofertante, tornando-se “cativo” do monopolista natural, por sua vez sujeito à incidência de normas de regulação. Por fim, indústrias de rede enfrentam o desafio da permanente expansão para o atendimento da demanda residencial e industrial.

⁴⁰ OECD Roundtables. *Promoting competition in the gas industry*, 2000. p. 8.

do seu fornecedor de gás na montante (*upstream*), bem como a adoção de algum mecanismo para a alocação de capacidade escassa. [...] Como em outras indústrias, o desenvolvimento da competição nas atividades potencialmente competitivas de produção e comercialização de gás requer atenção a certas políticas. Em primeiro lugar, as empresas no segmento competitivo devem ter acesso às instalações não competitivas em condições e termos não discriminatórios. [...] A maior parte dos países puseram em prática algum tipo de regime de acesso por parte de produtores e comercializadores de gás à rede de gasodutos [...].

Pode-se dizer, assim, que seria possível introduzir um vetor de competição na oferta de gás a usuários desde que, mediante a normatização legislativa adequada, esses pudessem ter acesso aos gasodutos de transporte — o que pode ser denominado *bypass físico*. Outra forma de acesso ao gás por parte de usuários é a regulamentação do *bypass comercial*, isto é, a possibilidade de utilização das redes da distribuidora de gás por outros agentes econômicos ofertantes, mediante o pagamento de um preço que remunere o uso dos dutos detidos (como *essential facilities*) pela companhia distribuidora.

No caso do PLC 90/2007, o acesso foi regulado, como visto acima, por meio da definição de gasodutos de transporte como aqueles que podem chegar a “usuários finais”, ou seja, por meio de um *bypass físico* que, por intermédio de uma definição de gasoduto de transporte, implementa as competências legislativas e regulatórias do ente federativo União já previstas na Constituição. Esta, a União, passaria a disciplinar, paralelamente aos estados, a categoria ampla de fornecimento de gás natural.

Assim, o PLC 90/2007, ao prever a possibilidade de *bypass físico*, terminou por instituir uma forma de disciplina jurídica da atividade de fornecimento de gás: o fornecimento por intermédio de dutos de transporte, que podem chegar a “usuários finais”, que teriam, por sua vez, livre acesso a tais gasodutos. Essa atividade de fornecimento representaria uma alternativa de aquisição de gás intermediado pela distribuidora e, na prática, instituiria um impulso competitivo ao permitir que os demandantes de gás tenham mais de um ofertante.

Note-se que a regulação jurídica dessa modalidade de fornecimento de gás natural não se mistura nem se confunde com a atividade de *distribuição* de gás, que é de competência estadual e, conforme discutido acima, estaria restrita aos chamados “serviços locais de gás canalizado” nos termos do artigo 25, § 2º, da Constituição Federal. Já a nova modalidade pró-competitiva de

fornecimento de gás seria regulada juridicamente pela União por meio de lei federal, a Lei do Gás.

Deve-se notar que, com a mesma finalidade dinamizadora e indutora de eficiência e competição no setor de gás, o PLC 90/2007 buscou regulamentar também as atividades de comercialização de gás, em seu art. 46 (cujo *caput* diz: “Ressalvado o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal, a comercialização de gás natural dar-se-á mediante a celebração de contratos registrados na ANP”). A disciplina da comercialização reforça a constatação de que o setor de gás está — entre outras razões, pela descoberta recente de jazidas — mais maduro para a competição hoje do que quando da época em que a EC 5/1995 ou a Lei do Petróleo foram promulgadas. Tanto assim que, ao distinguir a atividade econômica de compra e venda de gás natural, o PLC 90/2007 deu sequência à desverticalização pró-competitiva do setor, introduzido a figura do *broker*, cuja ação tende a agregar, no médio prazo, eficiência alocativa e preços mais competitivos. Não custa enfatizar que a comercialização será regulada em nível federal, assim como o transporte e outras atividades objeto de disciplina pelo PLC 90/2007.

Em suma, com a promulgação do PLC 90/2007 sem as alterações propostas pelo sen. Jarbas Vasconcelos, haveria dois regimes jurídicos para tratar do que aqui se está denominando fornecimento do gás: um regime estadual para os “serviços locais de gás canalizado” e outro regime federal para os demais serviços que não esses.⁴¹ Evidentemente, resta entender e explicar quais seriam as diferenças entre um regime e outro, considerando a abrangência da expressão “serviços locais de gás canalizado”.

O que se sustenta aqui é que, embora o PLC 90/2007 não tenha feito isso diretamente, seria perfeitamente possível definir o fornecimento estadual como aquele prestado sob regime de serviço público, atendendo, obrigatoriamente, a usuários residenciais e comerciais. Os demais usuários, tendo em vista a possibilidade do livre acesso acima apontada, não estariam restritos apenas ao regime de serviço público estadual. Seriam usuários livres.

Essa distinção não é nova e tampouco estapafúrdia. As próprias distribuidoras de gás natural reconhecem as diferenças entre os usuários de menor

⁴¹ Como se vê, não se trata de querer interpretar a Constituição por meio da lei ordinária, o que não seria admissível (cf. tópico 3.3, acima). Trata-se, na verdade, de delimitação de esferas de competência. Nesse sentido, aquilo que a Constituição reserva aos estados por meio do art. 25, § 2º (a exploração e a disciplina dos serviços locais de gás canalizado) não é objeto da regulação feita pela lei federal. Aqui, como já foi mencionado antes, parte-se da hipótese de que é a própria interpretação da Constituição que autoriza essa distinção.

porte, sujeitos necessariamente ao serviço local, e os de maior porte, que poderiam ter liberdade de escolha dos serviços. Neste sentido, o próprio contrato de concessão celebrado entre o estado de São Paulo e a Comgás (Contato de Concessão nº CSPE/01/99) prevê a figura do usuário livre. Vejam-se algumas subcláusulas da cláusula quinta desse instrumento contratual:

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.

Sexta Subcláusula — A CONCESSIONÁRIA terá exclusividade, no período e na área da sua concessão, na comercialização de gás canalizado a usuários dos segmentos Residencial e Comercial.

Sétima Subcláusula — 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.

Oitava Subcláusula — Os usuários que desejarem tornar-se usuários livres, a partir da data de encerramento do período de exclusividade, nos termos da Sétima Subcláusula desta Cláusula, devem se manifestar com uma antecedência mínima de dois anos.

Nona Subcláusula — Entende-se por usuário livre aquele que pode adquirir os serviços de comercialização de gás canalizado, da CONCESSIONÁRIA ou de outros prestadores [...].

Em síntese, a partir dessas considerações, pode-se afirmar que não há inconstitucionalidade em se criar um regime jurídico para o fornecimento de gás distinto da atividade estadual de distribuição, sendo esse novo regime regulado por lei federal — a Lei do Gás. Pode-se dizer ainda que tal regime jurídico não ultrapassa ou fere os limites da expressão “serviços locais de gás canalizado”, conforme a interpretação acima sustentada.⁴² Assim, delimitado

⁴² É evidente que são essenciais, para a definição das atribuições da União nesse âmbito, as normas contidas no art. 22, incisos IV e XII, da Constituição Federal, que preveem a competência privativa da União para legislar sobre energia (inciso IV), jazidas e minas (inciso XII). Essas normas, sem dúvida, garantem respaldo constitucional às teses aqui defendidas ao inequivocamente atribuir à União a regulação jurídica do setor energético, das jazidas e das minas no Brasil.

o universo de usuários alcançados pela disciplina do gás no nível estadual a partir da exegese da expressão “locais” no artigo 25, § 2º, da Constituição Federal, não há a invasão da competência estadual prevista neste dispositivo, conforme foi cogitado no Parecer do relator do PLC 90/2007 na CCJ, sen. Jarbas Vasconcelos. Também deve-se considerar, como acima sublinhado, o pano de fundo privatizante e liberalizante que contextualizou a abertura da indústria do gás no Brasil na segunda metade da década de 1990.

Uma vez aceita a interpretação constitucional a respeito do significado da expressão “locais” no art. 25, § 2º, da Constituição Federal, seria, enfim, admissível que o PLC contemplasse, sem vício de inconstitucionalidade, a categoria dos “usuários livres” no mercado de gás.

Em face disso, as várias ressalvas feitas no PLC 90/2007 ao “*disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal*”⁴³ se explicariam da seguinte forma: elas, no âmbito de uma lei federal regulamentadora das atividades de transporte, tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização do gás natural, estariam ressaltando, isto é, deixando de fora, os “serviços locais de gás canalizado”, na forma como definidos anteriormente. Vamos usar o exemplo do art. 2º, VIII, do PLC 90/2007, que tem a seguinte redação: “VIII — Comercialização de Gás Natural: atividade de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na ANP, ressalvado o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal”.

Nessa definição, a parte final significa tão somente que a atividade de comercialização de gás natural não inclui a atividade de distribuição aos usuários residenciais e comerciais, visto que essa atividade de distribuição deve ser disciplinada por lei estadual. O mesmo vale para o art. 2º, XVIII. Nele, a ressalva final implica que não pode haver fornecimento direto do gasoduto de transporte aos usuários residenciais e comerciais, porque essa atividade está abarcada pelo conceito de “serviço local de gás canalizado”, cuja exploração e disciplina são, de fato, de competência dos estados.

Não se alegue que isso significa pretender definir uma competência constitucional a partir de dispositivo infraconstitucional. Não se trata de inverter a ordem hierárquica de interpretação e sim de interpretar a futura Lei do Gás a partir de uma leitura da Constituição. Em outras palavras: se o adjetivo “locais” do art. 25, § 2º, da Constituição Federal pode ser interpretado como algo

⁴³ Essa expressão aparece, por exemplo, no art. 2º, XVIII e no art. 46, *caput*, do PLC 90/2007.

que não se equipara, do ponto de vista geográfico e do tipo de fornecimento, ao âmbito estadual como um todo, então a interpretação da futura Lei do Gás pode pressupor duas espécies distintas de usuários: a primeira, abarcada pelo regime de concessão estadual; e a segunda, pelo regime federal.

Nesse sentido, a solução para a polêmica acerca da menção a “usuário final” no inciso XVIII do art. 2º do PLC 90/2007 não exige a supressão dessa expressão, como sugere o parecer do sen. Jarbas Vasconcelos. Como já foi afirmado acima, a simples existência da ressalva final desse inciso já é suficiente para excluir a possibilidade de invasão da competência privativa dos estados-membros, já que essa ressalva garante que não poderá haver fornecimento *direto do gasoduto de transporte* aos usuários residenciais e comerciais, que são aqueles abarcados pelo conceito de “serviço local de gás canalizado”, cuja exploração e disciplina são, de fato, competência estadual.⁴⁴

7. Autoconsumo

Pode-se indagar ainda se a Lei do Gás poderia conter previsão expressa da importação de gás natural para consumo próprio (como definido no art. 36, § 2º, do PLC 90/2007). Pelas mesmas razões acima apresentadas, a resposta também aqui é positiva. De resto, na medida em que o art. 177, III, da Constituição Federal, atribui à União o monopólio sobre a importação de gás natural, conclui-se que ela é competente para disciplinar essa atividade.⁴⁵ Nesse sentido, desde que essa disciplina não invada a competência estadual, ou seja, o âmbito dos “serviços locais de gás canalizado”, é legítimo que uma lei federal regule as condições da importação para autoconsumo, como faz o já mencionado art. 36, § 2º, do PLC 90/2007.

Mais clara ainda é a situação do autoconsumo que poderia ser chamado de “autoconsumo em sentido estrito”, ou seja, aquele no qual produtor

⁴⁴ Poderia haver, contudo, um ganho de clareza se a redação definitiva desse inciso XVIII do art. 2º se utilizasse da expressão “usuário livre” ao invés da expressão “usuário final”. Se o intuito da futura Lei do Gás é — como de fato parece ser — estabelecer um fornecimento diferenciado para uma determinada espécie de usuário (“usuário livre”), então essa expressão — “usuário livre” (que se pressupõe grande e industrial, e portanto excluído da regulação estadual) — parece ser mais adequada. Como se sabe, foi muito semelhante a essa a solução encontrada pela regulação jurídica do setor elétrico. Além disso, e idealmente, poderia ser também o caso de, no rol de definições do art. 2º, incluir a própria definição de “usuário livre”, a partir de critérios técnicos.

⁴⁵ Cf., nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 729.

e consumidor são a mesma pessoa. Essa situação não pode ser incluída, em nenhuma interpretação possível e imaginável, no conceito de “serviços locais de gás canalizado”. Antes de mais nada, porque simplesmente não se trata de um “serviço”.

Além disso, nem mesmo uma amplíssima interpretação do conceito de “serviços locais de gás canalizado” — que considerasse toda e qualquer forma de *distribuição* de gás como parte desse serviço — teria o condão de abarcar esse autoconsumo em sentido estrito. Alguém que consome o que produz, por mais que tenha que levar o seu gás de um ponto a outro por meio de dutos, não distribui absolutamente nada.

Em suma, alguém que faz algo para si mesmo não presta serviço algum e tampouco distribui nada a ninguém. Interpretar essa situação de forma diferente, para exigir que aquele que produz o que consome seja obrigado a vender o que produz para depois recomprá-lo, seria distorcer de forma inadmissível o sentido das palavras no texto constitucional.⁴⁶

E na medida em que todas as atividades envolvidas na situação aqui definida como “autoconsumo em sentido estrito” são descritas pela Constituição Federal tanto como monopólio da União (art. 176, §§ 1º e 2º, e art. 177, I e IV) quanto como de sua competência legislativa privativa (art. 22, XII), não há dúvidas de que não cabe aos estados disciplinar essa matéria.

8. O compromisso regulatório

Poder-se-iam discutir — e isto não é preocupação deste estudo, como mencionado acima, embora seja uma dimensão importante das consequências da edição de uma Lei do Gás — os impactos das propostas do PLC 90/2007 nas atuais concessões de distribuição de gás canalizado hoje em curso. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, uma mudança das “regras do jogo”, uma violação do chamado “compromisso regulatório”.

O compromisso regulatório é uma espécie de pacto inicial que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado de modo oportuno

⁴⁶ Isso seria o mesmo que exigir que a dona de casa que recolhe água de chuva para regar sua pequena horta no quintal fosse obrigada a vender essa água para a concessionária local para depois recomprá-la. Ora, da mesma forma que ocorre com a situação do autoconsumo de gás, essa dona de casa claramente não presta serviço a ninguém e não distribui nada, razão pela qual não pode ser obrigada nem a vender essa água, nem a pagar alguma taxa pelo seu autoconsumo (já que, nesse exemplo, a água vai por terra abaixo e nem ao menos entra no sistema de coleta de esgoto).

e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações “atabalhoadas” costumam levar, em última análise, dada a opção passada pelo financiamento privado da infraestrutura e tudo que esse modelo traz consigo em termos de investimentos e expectativas de rentabilidade, a prejuízos para os cidadãos.⁴⁷

Por outro lado, a regulação que se segue à privatização pode revelar — é natural e desejável que assim seja — a necessidade de alteração de regras que constam desse compromisso ou a necessidade de criação de novas regras. Se é verdadeiro dizer, nesse contexto, que a regulação é uma forma de relacionamento entre o poder público e os mercados, faz sentido admitir que a qualidade e a intensidade desse relacionamento estejam (ao menos em parte) sujeitas às decisões de política setorial e à opção do legislador disposto a normatizar determinado assunto por lei superveniente em relação àquela que cristalizou o compromisso regulatório, como é o caso do setor de gás.

Nesse contexto, pode-se dizer, em síntese, que a legislação superveniente opera de maneira limitada quando se trata de alterar ou modificar os termos do compromisso regulatório firmado e cristalizado no passado. Essa é a lógica econômica que explica a existência, na ordem jurídica, da ideia de equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Tais conclusões, todavia, devem ser tomadas com cautela quando se trata de modificações na regulação decorrentes de iniciativas legítimas e abalizadas constitucionalmente, tal como discutido antes, no âmbito do jogo democrático. Propostas de lei ou de diretrizes de política setorial não devem ser sumariamente presumidas “inconstitucionais”, “oportunistas” ou “casuísticas” apenas porque alteram ou criam um regime jurídico diferenciado, como é o caso do PLC 90/2007.

É importante, por isso, sublinhar que não há uma relação necessária entre o debate acerca das competências federativas no âmbito da indústria do gás e o debate sobre o arranjo regulatório nesse setor e, em especial, a discussão sobre os impactos que esse arranjo produziria sobre o compromisso regulatório nas concessões de gás. Como se afirmou no início deste estudo, a análise feita aqui dedica-se exclusivamente ao primeiro debate (sobre competências) e não ao segundo.

Um pequeno exemplo pode esclarecer a dissociação entre esses debates. Um dos argumentos defendidos neste parecer, a possibilidade de existência da categoria “usuário livre”, independe da resposta que se dê à questão acerca

⁴⁷ Para uma discussão sobre esse assunto (especificamente, por meio de um estudo de caso no setor de telecomunicações) cf. Diogo R. Coutinho & Alexandre D. Faraco, “Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade”. *Revista de Economia Política* 27 (2007).

do ente federativo competente para tomar essa decisão. Ou seja: mesmo que se aceitasse que a competência para legislar sobre todas as etapas da cadeia do gás fosse estadual — o que, nos termos deste parecer, não procede —, a distinção entre o usuário no regime de serviço público e o usuário livre, entre outras, poderia ser criada (como ocorreu no caso de São Paulo, como apontado acima). Sem ir a fundo na discussão regulatória, este parecer pretendeu, enfim, apontar quem é competente para tomar que decisão.

9. Conclusão e resposta aos quesitos

À vista de todo o exposto, passamos agora a uma breve síntese de tudo aquilo que foi desenvolvido neste parecer, para, logo em seguida, responder aos quesitos da consulta.

9.1 Síntese dos argumentos

A linha argumentativa deste parecer concentrou-se nos seguintes pontos:

(1) A técnica de repartição de competências

Como ficou claro, no Brasil (como, de resto, em praticamente todos os estados federais), as ideias de subsidiariedade e de predominância do interesse não são critérios diretamente aplicáveis à interpretação do arranjo federal como um todo. Não só não há nenhuma evidência de que a construção de nosso modelo federal tenha se baseado nessas ideias, como também não há nenhuma previsão expressa no sentido de uma preferência por decisões nos âmbitos mais locais.⁴⁸

Em suma, esses princípios poderiam ser utilizados, quando muito, como critérios para diferenciar as competências entre União e estados no âmbito da legislação concorrente, o que não é o caso do objeto deste parecer. O caso, aqui, é de determinação dos limites de legislação privativa e, por isso, *não há espaço* para o recurso a figuras como a subsidiariedade ou a predominância de interesse. O que se exige é pura e simplesmente *precisão terminológica e conceitual* na identificação das competências de cada ente federativo. Em razão dessa exigência, foi feita uma análise dos termos e conceitos utilizados no art.

⁴⁸ Cf., para mais detalhes, o tópico 2.1 deste parecer.

25, § 2º, da Constituição Federal, especialmente da expressão “serviços locais de gás canalizado”, que resumimos a seguir.

(2) O significado da expressão “serviços locais de gás canalizado”

Entendemos que, na discussão acerca do sentido da expressão “serviços locais de gás canalizado”, há uma série de argumentos equivocados que são utilizados com frequência. Os principais deles, que interessaram aqui mais de perto, são (a) a confusão entre o *local* e o *estadual* e, decorrente disso, (b) a equiparação entre “serviços locais de gás canalizado” a “toda e qualquer atividade de fornecimento de gás que ocorra em um determinado Estado-membro”.

No que diz respeito ao ponto “a”, ficou claro que a Constituição não utiliza o termo “local” como sinônimo de “estadual” ou “regional”. “Local” é, necessariamente, algo mais restrito do que esses dois últimos termos.⁴⁹ Essa tese é corroborada tanto do ponto de vista *histórico* (na sua origem, os serviços de gás tinham como objetivo precípua resolver problemas de iluminação pública das *idades* do Rio de Janeiro e São Paulo), quanto do ponto de vista *semântico* (havendo três níveis geográficos, “local” não pode ser o nível intermediário, nem tratado como sinônimo de “regional”), quanto do ponto de vista *sistemático* (se “local” fosse sinônimo de “estadual”, seria completamente redundante a utilização dessa qualificação territorial em um artigo da Constituição que já se refere única e exclusivamente a competências estaduais), quanto, por fim, do ponto de vista *genético* (os debates constituintes apontam a utilização do termo “local” como sinônimo de “urbano” ou “residencial e comercial”).

Como conclusão desta análise, sustentou-se aqui a seguinte tese: se “local” não é sinônimo de “estadual”, então aos estados-membros não compete explorar ou disciplinar *toda e qualquer fornecimento de gás por meio de dutos em seu território*, mas apenas explorar e disciplinar os “serviços locais de gás canalizado”. E a conclusão necessária disso é a de que *há outras formas de fornecimento de gás canalizado que não se inserem no conceito de serviços locais*.

E, como será resumido adiante, a definição do arranjo regulatório para essas outras formas de fornecimento é de competência da União.

(3) As mudanças da década de 1990

Como sustentamos acima, para compreender adequadamente o contexto no qual se insere a edição de uma Lei do Gás, é preciso levar em consideração o pano de fundo da reforma do Estado brasileiro, em meio ao qual se deram os processos de privatização e liberalização em quase todo o setor de infra-

⁴⁹ Para maiores detalhes, cf. tópico 3.1 deste parecer.

estrutura no Brasil. Esse processo teve como pilar — não somente entre nós, mas também em várias partes no mundo — a perspectiva de introdução de competição no setor de gás natural que, a despeito de possuir alguns traços de monopólio natural — no transporte e na distribuição —, admite a rivalidade entre agentes econômicos, com ganhos de eficiência e preços potencialmente mais baixos.

(4) Os dois regimes de fornecimento

Também sustentamos acima que, a partir das premissas enunciadas antes, haveria duas formas de fornecimento de gás natural, uma delas normatizada pelo regime jurídico do serviço público e disciplinada pelo estado-membro e outra, de competência da União, relativa ao fornecimento do insumo a usuários livres. Apontou-se, ainda, como essa possibilidade foi contemplada pelo contrato de concessão de distribuição de gás vigente no estado de São Paulo.

(5) O autoconsumo

No que diz respeito às atividades de autoconsumo por importação e, tal como aqui definido, o autoconsumo em sentido estrito, sustentou-se que ambas devem ser regulamentadas por lei federal porque, no caso de autoconsumo por importação, o art. 177 da Constituição Federal atribui à União o monopólio sobre a importação de gás natural e, no caso do autoconsumo em sentido estrito, porque não se trata de uma prestação de serviço, tampouco de uma distribuição, o que *necessariamente exclui a sua disciplina da esfera estadual*.

Por fim, este parecer tratou da questão do compromisso regulatório procurando diferenciar entre a discussão, no nível constitucional, sobre competências federativas e a discussão, no nível regulatório, sobre as alterações de regimes vigentes em face da edição de legislação superveniente.

9.2 Respostas aos quesitos

Ao 1º quesito

Quais atividades da cadeia do gás natural estão sob a competência da União à luz da Constituição Federal e qual a extensão dessa competência?

Como ficou claro, a precisa distinção entre as competências da União e dos estados decorre da precisa conceituação da expressão “serviços locais de gás canalizado”. Nesse sentido, e partindo-se do pressuposto de que essa expressão não é sinônima de “qualquer fornecimento de gás por meio de dutos em um determinado Estado”, chegou-se à conclusão de que as atividades de competência da União são todas aquelas não abarcadas por esse conceito, tal

como ele foi aqui definido, isto é, a produção, o transporte e a importação, bem como outras (como o tratamento, a estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização) tratadas de forma legítima pelo PLC 90/2007. Quanto à extensão da expressão “serviços locais de gás canalizado”, defendemos que tais serviços dizem respeito ao fornecimento de gás *aos usuários residenciais e comerciais*, em regime de concessão de serviço público, disciplinado pela legislação estadual.

Ao 2º quesito

As normas do setor de gás natural editadas no âmbito estadual (especialmente as constituições estaduais) estão em consonância com as disposições constitucionais vigentes?

Conforme visto no tópico 3.3, as constituições estaduais estão de acordo com as disposições constitucionais apenas no que diz respeito aos usuários domiciliares e comerciais, *mas não no que diz respeito aos usuários industriais e outros*.

Ao 3º quesito

Podem os estados-membros, valendo-se de sua competência constitucional para disciplinar a exploração dos serviços locais de gás canalizado, concorrer com as políticas públicas adotadas pela União sobre a cadeia do gás natural?

Não. Como a regulação da cadeia do gás não se inclui entre as matérias de competência concorrente disciplinadas pela Constituição Federal, então a distinção entre as competências da União e dos estados está baseada na delimitação precisa e não conflituosa de âmbitos de normatização (e não nos critérios usuais de delimitação de competências concorrentes, como generalidade e especialidade).

Ao 4º quesito

Diante dos quesitos anteriores, podem ser considerados constitucionais:

(a) Os arts. 2º, XVIII; 3º, § 1º e 27 do PLC 90/2007?

Sim. Esses dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada por se valerem da expressão “usuário final”. Se essa expressão disser respeito apenas aos usuários aqui definidos como “livres”,⁵⁰ isto é, aos não residenciais e não comerciais, então os dispositivos devem ser considerados constitucionais.⁵¹

⁵⁰ Cf. tópico 6 deste parecer.

⁵¹ Foi por essa razão que se sugeriu acima a substituição de “usuário final” por “usuário livre” e a eventual definição técnica de quem seriam esses últimos (cf., nesse sentido, a nota de rodapé 4, acima).

(b) O art. 36, § 2º, do PLC 90/2007?

Sim. Na medida em que o art. 177, III, da Constituição Federal, atribui à União o monopólio sobre a importação de gás natural, conclui-se que ela é competente para disciplinar essa atividade. Nesse sentido, desde que essa disciplina não invada a competência estadual, ou seja, o âmbito dos “serviços locais de gás canalizado”, é legítimo que uma lei federal regule as condições da importação para autoconsumo, como faz o já mencionado art. 36, § 2º, do PLC 90/2007, bem como permita o “autoconsumo em sentido estrito”, como acima definido.

É o nosso parecer.