

Regulação Econômica na Área do Petróleo e Gás

Mônica Ribeiro Teixeira

Juíza de Direito da 1ª Vara Cível – Belford Roxo

O presente estudo trata de caso concreto sobre a possibilidade de empresa concessionária de distribuição de gás canalizado participar de projeto de cogeração de energia, visando ao fornecimento de energia elétrica e vapor para a unidade de exploração e produção de empresa produtora de petróleo.

A esse respeito, de pronto, cumpre mencionar que o *caput* do art. 175 da Constituição da República dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Ademais, de acordo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão de serviços públicos:

“...é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

O gás natural será utilizado para transformação em energia elétrica e vapor, para consumo integral da unidade de exploração e desenvolvimento. A questão é saber se tal procedimento representa algum tipo de infração ao contrato de concessão do serviço público.

As concessionárias do serviço público de distribuição de gás canalizado são, normalmente, as grandes compradoras de gás, embora, em Estados que não estabeleçam um regime de monopólio, se possa cogitar da

figura do *by pass*, viabilizando a aquisição pelo usuário final diretamente do produtor; no caso de ser utilizada a rede do distribuidor, este deverá ser razoavelmente remunerado.

É importante mencionar que o mercado de gás é composto de três segmentos principais: a produção, o transporte e a distribuição. Por suas características, os segmentos de transporte e distribuição, que fazem intenso uso de redes, são, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico, monopólios naturais, previstos na Constituição Federal nos arts. 177, IV (monopólio da União) e 25, § 2º (monopólio dos Estados). A produção de gás natural, ao contrário, pode ser desenvolvida economicamente por diversos agentes – concessionários de geração e importadores – e consiste, portanto, em segmento passível de funcionar sob regime de concorrência. O que se tem, então é um segmento potencialmente competitivo que depende, no entanto, das instalações de transporte – monopólio natural – para atingir o adquirente do gás. A solução encontrada pela experiência regulatória mundial e seguida pela legislação brasileira para esse tipo de situação é a garantia de livre acesso para que terceiros – que não o proprietário – possam se valer da infraestrutura de transporte para o gás adquirido.

Além da figura do *by pass*, é importante ainda analisar se o contrato de distribuição de gás canalizado exige que a concessionária de distribuição tenha apenas esta atividade, vedado o exercício de outra (hipótese que exigiria a constituição de sociedade específica para tanto).

A cadeia de gás e do petróleo é descrita na pesquisa de estudos setoriais do ENERGE e COPPE/UFRJ da seguinte forma:

“A indústria de petróleo constitui uma cadeia de atividades que vai desde a prospecção de uma jazida até a distribuição de derivados ao consumidor. Consequentemente, caracteriza-se por uma grande heterogeneidade tecnológica e uma vasta gama de processos produtivos. Os principais segmentos da indústria de petróleo são, a montante (upstream), exploração e produção e a jusante (downstream), transporte, refino e distribuição.”

O consumo de gás natural, com o intuito de geração de energia elétrica (termoeletricidade) tem impulsionado a expansão do mercado de gás natural.

A parcela de gás natural seco destinada à geração elétrica, tanto por serviço público quanto por autoprodutores, advém da projeção da oferta de energia elétrica; isto é, estima-se a parcela a partir da demanda de gás natural das centrais de geração de energia elétrica. A demanda de gás para a geração elétrica depende da expansão da oferta, definida pelo módulo de oferta de energia elétrica.

As atividades privadas de interesse geral, como a cadeia de gás, são submetidas à regulação, que consiste em intervenção mediante ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos na relação entre Estado, fornecedor e destinatário da produção.

No Brasil, a regulação de gás industrial encontra-se sob a responsabilidade tanto da esfera federal, quanto da estadual.

O art. 8º da Lei nº 9.478/97 estabelece que a Agência Nacional de Petróleo – ANP deve promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Compete à ANP autorizar e fiscalizar o exercício das demais atividades da cadeia, excetuando-se a exploração dos serviços estaduais de gás canalizado.

No presente caso, a atuação da ANP deve ser conjugada com a regulação do setor elétrico, pois a concessionária da exploração do petróleo pretende ser, ela mesma, com o auxílio de terceiros, a produtora de energia, a partir do gás por ela gerado, inserindo-se na esfera de regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A Lei nº 9.074/95 estabelece normas para outorgas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Já a Lei nº 9.427/96 foi a que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, atribuindo-lhe o poder concedente e disciplinando o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor depende da concessão ou autorização para efeitos de produção de energia elétrica, tanto para os autoprodutores quanto para os produtores independentes, sendo regulada pelo Decreto nº 2.003/96. Somente não haverá a necessidade de concessão ou autorização pelo Poder Público se o potencial hidráulico não envolver uso de bem público e a cogeração de energia tiver capacidade inferior a 5.000 Kw de potência. Nesse caso, haverá a necessidade apenas de comunicação para fins de regulação e fiscalização.

O processo de cogeração de energia deverá, igualmente, cumprir todas as exigências determinadas pela Resolução nº 21/00 da ANEEL, como situação regular perante a Agência Nacional de Energia Elétrica, atendimento dos requisitos mínimos de racionalidade energética, cumprimento da finalidade da energia gerada e apresentação de balanço energético. Trata-se de processo de mera qualificação, mediante requerimento que tem natureza de poder de polícia, mais uma vez desvinculado da prestação do serviço público concedido.

Os autoprodutores têm na energia apenas um insumo para sua atividade, que, para eles, representa custo, pois produzem para próprio consumo, deixando assim de consumir do sistema público e viabilizando a ampliação da oferta de energia sem o emprego de recursos públicos.

O conceito de transformação de energia elétrica pode estar eventualmente anexado ao transporte ou à distribuição de energia. De acordo com Walter Tolentino Álvares, em Curso de direito de Energia. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1978. p. 197: “(...) *Transformação de energia elétrica (...) será considerada, quando existente, como parte do serviço a que corresponder, de sorte que, pode estar eventualmente anexada ao transporte ou à distribuição de energia elétrica.*”

Mas, esta não parece ser a hipótese de transformação em exame, já que o processo não chega a invadir as etapas de transporte e distribuição, desenvolvendo-se na própria etapa de geração.

E ainda dispõe o Decreto nº 2003/96, nos arts. 27 e 28, nas disposições relativas ao autoprodutor:

“Art. 27. A outorga de concessão ou de autorização a autoprodutor estará condicionada à demonstração, perante o órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, de que a energia elétrica a ser produzida será destinada a consumo próprio, atual ou projetado.

Art. 28. Mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, será facultada:

I - a cessão e permuta de energia e potência entre autoprodutores consorciados em um mesmo empreendimento, na barra da usina;

II - a compra, por concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, do excedente da energia produzida;

III - a permuta de energia, em montantes economicamente equivalentes, explicitando os custos das transações de transmissão envolvidos, com concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, para possibilitar o consumo em instalações industriais do autoprodutor em local diverso daquele onde ocorre a geração.”

É possível, portanto, concluir que, em princípio, a situação da concessionária da exploração de petróleo, ora em exame, se adéqua ao conceito de autoprodutor de energia nos moldes do disposto nos arts. 27 e 28 do Decreto nº 2003/96. ♦

BIBLIOGRAFIA:

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2001. p. 622.

SOUTO. Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2004. p. 399 a 414.

TAVARES, Márcia Prates. ROCHA, Bolívar Moura. SILVA CORRÊA, Octávio Carneiro. "Princípio do Livre Acesso e Investimentos no Mercado de Gás Natural". *In A Regulação da infraestrutura no Brasil – balanços e propostas*. São Paulo: IOB – Thomson. 2003. p. 117.

TOLMASQUIM, Maurício Tiommo e SZKLO, Alexandre Salem. **A Matriz Energética Brasileira na Virada do Milênio**. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ; Energe. 2000. p. 450 e 486.