

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

Ministério de Minas e Energia
Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis

Ref.: Contribuição à Consulta Pública nº 20
03/10/2016 - (Publicação no DOU em 10/10/2016) -
Título: GÁS PARA CRESCER - Assunto resumido:
Diretrizes Estratégicas para o desenho de novo
mercado de gás natural no Brasil

Prezados Senhores.

TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS, sociedade civil, inscrita no CGC/MF sob o nº 19151254000139 e na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de São Paulo sob o nº 15.061, com endereço à Avenida Paulista 37 4ª Andar, conj. 41 CEP 01311-902, Capital do Estado de São Paulo, Tel.: 55 11 2246 2743, neste ato devidamente representada por seu sócio, que a presente subscreve, vem, através desta, **APRESENTAR NOSSA CONTRIBUIÇÃO À CONSULTA PÚBLICA** que visa buscar diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural no Brasil, nos seguintes termos:

CONSULTA PÚBLICA

Lançada pelo Senhor Ministro de Estado de Minas e Energia Fernando Coelho Filho, em 24 de junho de 2016, a Consulta Pública em curso intitulada Gás para Crescer, tem o objetivo de propor medidas concretas de aprimoramento do arcabouço normativo do setor de gás natural, tendo em vista a redução da participação da Petrobras nesse setor.

As ações serão executadas a partir de uma construção estratégica com os diversos agentes da indústria do gás natural no Brasil, sob a coordenação do Ministério de Minas e Energia, que forma, em conjunto com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o núcleo operacional, responsável pela consolidação de uma proposta de um novo desenho para o mercado de gás natural no Brasil.

A iniciativa é composta por um conjunto de dez frentes de trabalho, coordenadas pelo núcleo operacional formado pela ANP, EPE e MME, que resumem conjuntos temáticos objeto de discussão com agentes dos setores, público e privado, que representam os diversos segmentos da indústria do gás natural.

FRENTES DE TRABALHO

1. Comercialização de gás natural

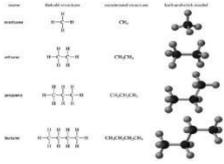
- 1.1. Competição na oferta
- 1.2. Incentivo aos mercados de curto prazo e secundário (molécula e capacidade)
2. Tarifação por entradas e saídas
3. Compartilhamento de infraestruturas essenciais (“essential facilities”)
4. Estímulo à harmonização entre as regulações Estaduais e Federal
5. Incentivo ao desenvolvimento da demanda por gás natural
6. Harmonização entre o setor elétrico e o de gás natural
7. Gestão independente integrada do sistema de transporte e instalações de estocagem
8. Política de comercialização do gás natural da parcela da União nos contratos de Partilha
9. Desafios tributários
10. Apoio às negociações para contratação de gás boliviano e/ou outras alternativas

INICIALMENTE

Antes de entrar no item 1 da Frente de Trabalho, sobre a comercialização de gás natural, cumpre conceituar a diferença existente entre termos comuns para a maioria das pessoas. Entretanto, em decorrência da estreita proximidade no mercado, muitas vezes são confundidos, como:

"GÁS NATURAL" e "GÁS CANALIZADO"

Conceitos

GÁS NATURAL (GN)	GÁS CANALIZADO
<p>É todo hidrocarboneto ou mistura de hidrocarbonetos que permaneça em estado gasoso ou dissolvido no óleo nas condições originais do reservatório, e que se mantenha no estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros.</p> <p>Fórmula molecular:</p> 	<p>É a expressão empregada para designar o serviço de movimentação de qualquer fluido em estado gasoso (gás natural, metano, gás liquefeito de petróleo, nafta, entre outros), através de tubulações. É o nome popular dos serviços locais de gás canalizado (“utilities”) ou indústria de rede.</p>  <p>OBS: Métodos de Condução do Gás Natural¹</p>

¹ Métodos de Condução do Gás Natural:

- **COMPRIMIDO** - Gás Natural Comprimido (GNC): Sob a forma comprimida em caminhões especiais.
- **LIQUEFEITO** - Gás Natural Liquefeito (GNL): Sob a forma líquida em navios criogênicos.
- **GASODUTO** - (Dutos de Condução): Sob a forma gasosa através de gasoduto em alta pressão - na faixa 40-100 bar.
- **CANALIZADO** - (Tubos de Condução): Sob a forma gasosa através de tubulações em baixa/média pressão - na faixa 0,017 - 4 bar.

COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL

Desde a Constituição Federativa de 1988 o mercado de gás natural continuou o mesmo. A única modificação ocorreu com a regulamentação do parágrafo 2º do artigo 25 da Constituição Federal através da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos), que possibilitou aos Estados explorarem mediante concessão os serviços locais de gás canalizado.

Sem definição sobre a comercialização de gás natural, os Estados supriram o espaço normativo com suas legislações locais.

Assim, com o advento da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009² – chamada usualmente de Lei do Gás Natural, foram estabelecidas normas para a exploração das atividades econômicas de: transporte, importação, exportação, tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.

Com a superveniência da lei federal, as normas estaduais sobre a comercialização de gás natural, embora constitucionais, perderão a força normativa, na totalidade ou naquilo que contrastar com a legislação federal de regência do tema, conforme previsto nos parágrafos do Art. 24 da Constituição Federal.

Ficou estabelecido pela Lei que as atividades econômicas, declinadas no parágrafo acima, serão reguladas e fiscalizadas pela União, na qualidade de poder concedente.

Tais atividades poderão ser exercidas, através de autorização e concessões, por empresa ou consórcio de empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

A referida Lei esclarece que as atividades correrão por conta e risco do empreendedor e não se constituirá prestação de serviço público.

Art. 1º Esta Lei institui normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do caput do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.

§1º As atividades econômicas de que trata este artigo serão reguladas e fiscalizadas pela União, na qualidade de poder concedente, e poderão ser exercidas por empresa ou consórcio de

² Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009 - Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências

empresas constituídos sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

§2º A exploração das atividades decorrentes das autorizações e concessões de que trata esta Lei correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público.

§3º Incumbe aos agentes da indústria do gás natural:

I - explorar as atividades relacionadas à indústria do gás natural, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas e ambientais aplicáveis e nos respectivos contratos de concessão ou autorizações, respeitada a legislação específica local sobre os serviços de gás canalizado;

II - permitir ao órgão fiscalizador competente o livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações vinculadas à exploração de sua atividade, bem como a seus registros contábeis.

A Lei define a comercialização de gás natural como sendo a atividade de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

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;

E ainda, altera a redação de incisos Art. 8º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997³:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades reguladas da indústria do petróleo, do gás

³ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 - Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

natural e dos biocombustíveis; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;

XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação;

XXVI - autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União;

Em 2 de dezembro de 2010, o Decreto nº 7.382, regulamentou os Capítulos I a VI e VIII da Lei do Gás Natural. O exercício de atividade de comercialização de gás natural foi regulamentado pela ANP, através da Resolução nº 52, de 29 de setembro de 2011⁴.

A referida Resolução estabelece que:

Art. 14. As obrigações previstas nos arts. 10, 11, 12 e 13 serão aplicáveis a partir da data de publicação desta Resolução⁵.

Parágrafo único. Eventuais repactuações de volumes, preço e prazo de vigência de contratos celebrados anteriormente à data de publicação desta Resolução, que impliquem novo aditivo contratual, deverão ser registradas na ANP e obedecer ao disposto no art. 10 desta Resolução.

Art. 15. As sociedades ou consórcios que tenham iniciado a comercialização de gás natural anteriormente à data de publicação desta Resolução, e que tenham interesse na continuidade do exercício de suas atividades, terão o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para requerer a respectiva autorização nos termos desta Resolução e remeter os contratos de compra e venda de gás natural vigentes que não tenham sido encaminhados para a ANP para o devido registro.

Parágrafo único. A ANP efetuará o registro dos contratos de compra e venda de gás natural celebrados anteriormente à data de publicação desta Resolução e enviados à ANP por força do art. 10 da Portaria ANP nº 1 de 6 de janeiro de 2003.

⁴ Resolução ANP nº 52, de 29.9.2011 - DOU 30.9.2011.

⁵ DOU 30.9.2011

Art. 16. O não atendimento ao disposto nesta Resolução sujeita o infrator às sanções administrativas previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999 e no Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999, sem prejuízo das penalidades de natureza civil e penal.

Segundo estabelecido, compete exclusivamente à União regulamentar e fiscalizar a comercialização do produto gás natural, cabendo penalidade para o seu não cumprimento.

Aos Estados compete regular a prestação do serviço de distribuição de gás canalizado, conforme disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Deste modo, incumbe aos Estados, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁶, explorar - diretamente ou mediante concessão - os serviços locais de gás canalizado. Entende-se por serviços locais de gás canalizado, a movimentação do gás do ponto de recepção ao ponto de entrega ao usuário, por meio do sistema de distribuição.

Após mais de seis anos de vigência da Lei do Gás Natural, os Estados invadem a competência privativa da União, ao continuarem a legislar sobre a matéria de energia (inciso IV do Art. 22 da CF), e, sobretudo em questão relacionada com comercialização de gás natural (parágrafo 4º ao Art. 177 da CF).

Segundo o Ministro Celso de Mello⁷:

“A conclusão a que chega o eminente Relator, com apoio na lição da Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, é a de que, em hipóteses como essa, em que há conflito de competências normativas, devem prevalecer as determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa. Logo, a razão pela qual se reconhece, no caso, a inconstitucionalidade formal decorre da usurpação das atribuições legislativas da União por parte do Estado-membro.”

Pelo exposto, os Estados não poderiam estar legislando ou normatizando a atividade de comercialização de gás natural, cuja competência é privativa da União. Portanto, se resta evidente invasão à esfera de competência legislativa federal pelo Estados da Federação.

⁶ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

⁷ Voto do Senhor Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.813 STF – procedência Rio Grande do Sul – Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (RS) nº 12.427/2006. Restrições ao comércio de produtos agrícolas importados no Estado. Competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inciso VIII)

Distinção entre a atividade de comercialização de gás natural e serviços locais de gás canalizado

Preceito Constitucional

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL ⁸	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO ⁹
<p><i>Parágrafo 4º do Artigo 177 da Constituição Federal</i></p> <p>Art. 177. <i>Constituem monopólio da União:</i> (...) § 4º <i>A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:</i> <i>I – a alíquota da contribuição poderá ser:</i> <i>a) diferenciada por produto ou uso;</i> <i>b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, b;</i> (...)</p>	<p><i>Parágrafo 2º do artigo 25 da Constituição Federal</i></p> <p>Art. 25. <i>Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição .</i> (...) § 2º <i>Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.</i></p>

Regime Jurídico

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009 (Lei do Gás Natural)	Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos) e Lei Estadual (SP) nº 7.835, de 08 de maio de 1992 (Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas.)

Competência Legislativa, Normativa e Regulatória

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Privativa da União	Privativa dos Estados

Instituto do Direito Administrativo

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Autorização Federal	Concessão Estadual

⁸ ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL - É a atividade econômica de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na ANP.

⁹ SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO - São os serviços públicos de distribuição de gás canalizado, os quais são explorados mediante concessão do Poder Concedente Estadual. Tais serviços compreendem a movimentação de gás (gás natural, biogás, gás liquefeito de petróleo, nafta, entre outros), por meio de redes de distribuição, a construção e a operação dos referidos gasodutos de distribuição até os usuários finais localizados nas respectivas áreas de concessão, nos termos e condições estabelecidas nos respectivos contratos de concessão.



Órgão regulador

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) - nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo)	Governo do Estado de São Paulo e Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP

Agentes

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
<p>Agentes da Indústria do Gás Natural: agentes que atuam nas atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural.</p> <p>Consumidor: pessoa física ou jurídica que adquiri volume de gás natural.</p>	<p>Poder Concedente (Estado): é a entidade política que detém a titularidade de exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal.</p> <p>Concessionária: é pessoa jurídica classificada como prestadora de serviço público na modalidade de concessão.</p> <p>Usuário: pessoa física ou jurídica que utilize os serviços de distribuição de gás canalizado prestados pela Concessionária e que assuma a responsabilidade pelo respectivo pagamento e demais obrigações legais, regulamentares e contratuais.</p>

Remuneração

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Preço	Tarifa de Serviço Público

Negociação

ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL	SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO
Livre Negociação	Atividade regulada

Por todo o exposto, esta é a nossa singela contribuição à Contribuições à Consulta Pública nº 20 de 03/10/2016.

Certos de termos contribuído, apresentamos as nossas cordiais saudações e nos colocamos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessário.

Atenciosamente

TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Cid Tomanik Pompeu Filho

(cid@tomanikpompeu.adv.br)