



## **Copyright 2004, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP**

Este Trabalho Técnico Científico foi preparado para apresentação no 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, a ser realizado no período de 2 a 5 de outubro de 2005, em Salvador. Este Trabalho Técnico Científico foi selecionado e/ou revisado pela Comissão Científica, para apresentação no Evento. O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho será publicado nos Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás

---

# **REGULAÇÃO DO LIVRE ACESSO NA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Anderson Souza da Silva<sup>1</sup>, Yanko Marcius de Alencar Xavier<sup>2</sup>

<sup>1</sup> UFRN, andersonssmagister@yahoo.com.br

<sup>2</sup> UFRN, ymxavier@ufrnet.br

**Resumo** – A indústria do gás natural tem sofrido mudanças representativas e de aumento da demanda pelo gás na composição da matriz energética nacional, introduzindo-se um novo cenário institucional caracterizado pela regulação como maneira de atuação do Estado na atualidade. Ademais, o aumento da demanda por gás natural desperta para a necessidade de um renovado modelo regulatório para esta indústria. Assim, objetivo do presente artigo é fazer uma apresentação de um sumário de pesquisa de mestrado sobre regulação do livre acesso na indústria do gás natural sob o aspecto jurídico, com o intuito de se traçar quais são os limites e possibilidades do uso deste instrumental regulatório à luz dos princípios e das regras da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-Chave:** indústria do gás natural; livre acesso; Constituição Federal de 1988.

**Abstract** – The natural gas industry has change significantly its framework, as well the demand for natural gas has increased in the composition of national energetic pool. These changes have come along with the creation of a new scenery featured by regulation as a manner of State action on economy nowadays. Besides, the increasing of demand for natural gas arises to the need of a renewed regulatory model to this industry. Thus, the objective of this paper is to do a presentation of master research about regulation of open access in the natural gas industry regarding legal aspects, in order to draw the limits and possibilities of using this regulatory device in face of principles and rules of Brazilian Federal Constitution.

**Keywords:** natural gas industry, open access, Brazilian Federal Constitution.

## 1. Introdução

### 1.1 Apresentação do problema: a regulação do livre acesso na indústria do gás natural num cenário de desenvolvimento

No movimento de mudanças sociais capitaneados pelo capitalismo global e pelo discurso neoliberal, têm sido promovidas no mundo reformas nos chamados setores de infra-estrutura - antes geralmente promovidos pelo Estado sob a forma de monopólios - no sentido de se introduzir uma regulação que promova concorrência e aumente o número de participantes na atividade. Desses setores a indústria do gás natural vem sofrendo reformas institucionais relevantes que procuram retirar-lhe características monopolísticas e permitir, dessa maneira, o aumento dos agentes nesse mercado. Em alguns países essas transformações na indústria do gás natural encontram já seus resultados (EUA, Reino Unido e Austrália).

O nosso país também vem promovendo reformas no setor de gás. Desde a Emenda Constitucional nº 09 e a Lei 9.478/97 o Estado brasileiro abriu as portas do mercado brasileiro de petróleo e gás para os investimentos privados, criando um cenário onde a Petrobrás não está mais sozinha na execução de atividades da cadeia do petróleo e gás natural. Acabou-se, assim, com o monopólio da execução das atividades da indústria do petróleo e gás (foi mantido o monopólio da titularidade), passando-se a introduzir nesses setores a intervenção pela regulação, a regulação econômica.

Recentemente a indústria do gás natural está ganhando maiores dimensões na atividade econômica, aumentando sua participação na matriz energética nacional e as reservas de gás nacional. E as perspectivas desse aumento colocam a necessidade de repensar o arcabouço regulatório existente aplicado à indústria, de modo que se possibilite um crescimento sustentado e real da atividade em nosso país e gere benefícios sociais.

Neste sentido o presente projeto quer discutir a implementação de um novo modelo de regulação de livre acesso à luz deste novo cenário. Faz-se necessário pensar a regulação do livre acesso na indústria do gás natural não desconectada de nossa Constituição e projetar as relações entre Estado e Economia, buscando pela pesquisa delimitar as possibilidades do órgão regulador intervir neste setor da economia com base na análise dos princípios da ordem econômica albergados na Constituição.

### 1.2. Globalização e Estado

Na atualidade vive-se uma nova fase do capitalismo, caracterizada pela globalização dos mercados e pelo aumento de circulação de riquezas sob a forma financeira. A formação de um capitalismo global introduz a dinâmica econômica numa nova fase, onde as estratégias mercadológicas e a concorrência não mais se definem apenas no plano nacional, mas também se torna a tônica das relações internacionais, formando uma ordem econômica internacional.

Em face dessa configuração do capitalismo na fase global e da sua necessidade de flexibilização das normas estatais, as relações entre Estado e economia assumem um novo perfil, cujas orientações básicas estão no discurso neoliberal. Encabeçando a pretensão de discurso político hegemônico em tempos de globalização, o neoliberalismo apregoa a redução da participação do Estado no mercado, retirando-se da intervenção direta na economia e deixando atuar livremente a "mão invisível" do mercado. Caberia agora ao mercado prover as melhores soluções no plano das relações econômicas, diferentemente do que acontecesse num Estado de Bem Estar Social (ou simplesmente Estado Social), caracterizando-se pela forte intervenção do Estado na economia.

Essas mudanças ocorridas no capitalismo global não deixaram de produzir influxos no Estado brasileiro. A partir do governo de Fernando Collor e, mais intensamente no governo Fernando Henrique, foi promovida a reforma do Estado brasileiro com a finalidade declarada de se adequá-lo à nova economia global e torná-lo mais eficiente, dentre algumas medidas estão a privatização de empresas públicas e concessão de maior participação do capital privado nas sociedades de economia mista; manutenção da titularidade dos serviços públicos, mas com a possibilidade do seu exercício pela iniciativa privada mediante contrato administrativo, geralmente concessão ou permissão, ou simplesmente privatização do serviço; criação de uma estrutura administrativa que passara a assumir a disciplina e monitoramento dos setores regulados (criação das agências reguladoras). Passa-se a falar num Estado regulador, não mais um Estado interventor no campo da economia.

Este novo panorama passou a ser bastante discutido entre os juristas, principalmente no direito administrativo. Verifica-se, no entanto, que a discussão constitucional dessas alterações perpetradas pela reforma do Estado não se pode restringir apenas ao modelo administrativo adotado para a regulação econômica estatal, mas se deve perguntar pelos princípios, pelos valores e pelas regras que a Constituição circunscreve no tocante as relações entre o

Estado e a Economia. Faz-se necessário, por esta razão, interrogar o núcleo do problema em face da Lei Maior, a ação estatal no domínio econômico pela regulação. Deve-se interrogar sobre os contornos delineados pelo corpo constitucional à regulação econômica pelo Estado.

### 1.3. Estado e Regulação Econômica

Para abordagem da regulação do livre acesso à indústria do gás natural, faz-se necessário passar em revista as teorias sobre a regulação. Acentua Calixto Salomão Filho (2001, pág. 13-25) que as escolas clássicas que traçaram uma reflexão sobre uma teoria da regulação são a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica de Chicago.

A Escola do Interesse Público – que no Brasil pode ser aproximada da Escola do Serviço Público – coloca como fim da regulação econômica a criação de um bem público e não a preservação do mercado. A criação de um bem público na visão dessa escola é amparada pela noção de regime de direito público e vazada em duas noções fundamentais: a noção de serviço público e de poder de polícia. A regulação estatal, logo, assume duas feições básicas: a limitação dos direitos dos particulares (posição passiva da regulação econômica estatal) e indução dos particulares a perseguir a realização do bem público na prestação do serviço público (regulação econômica estatal das condições do serviço público prestado por particulares).

No Brasil, este tripé (regime de direito público, serviço público e poder de polícia) fará entrar em cena o principal ator das idéias dos administrativistas acerca da ação estatal no domínio econômico pela regulação na modernidade: as agências reguladoras. Na figura das agências reguladoras e das implicações que o tema suscita é que os autores administrativistas modernos identificaram um núcleo de cogitação acerca da regulação econômica estatal. O resultado dessa identificação entre agência reguladora e regulação econômica está que o tratamento da regulação econômica será igualado na doutrina administrativista à tradicional idéia de poder regulamentar e sob a ótica desse poder regulamentar é que serão estudados o poder normativo das agências e seus limites (CUÉLLAR, 2001). E as discussões acerca dos limites desse poder normativo se ligarão a temas basilares do dogma administrativista: a separação de poderes, a legalidade, o poder de polícia e o serviço público x atividade econômica (CUÉLLAR, 2001; SUNDFELD, 2002).

A Escola Neoclássica, por sua vez, concebe a regulação como substituto do mercado, quando a auto-regulação ou as estruturas de mercado existente forem ineficientes (correção das imperfeições do mercado). Nos pressupostos de ineficiência do mercado esta a fundação de idéias de desregularão no âmbito da teoria neoclássica, pois, apresentando o mercado soluções mais eficientes para as suas falhas, não se faz necessária a regulação.

Tendo em vista o papel do gás natural de desenvolvimento e diversificação da matriz energética, a presente pesquisa balaçará os pontos de vista destas duas análises conjugada com uma reflexão específica do papel da regulação para o desenvolvimento econômico e as implicações jurídicas daí decorrentes.

## 2. Metodologia da pesquisa

A presente pesquisa se pauta numa visão unitária do texto constitucional. Isto significa que na interpretação constitucional da regulação econômica estatal não se buscará a interpretação isolada dos dispositivos do capítulo da ordem econômica que falam da relação entre Estado e Economia, mas sim sua configuração em um sistema.

Num segundo plano, alicerçada a visão unitária da regulação econômica, caberá interpretar a força constitucional que anima a regulação econômica. Para este fim a pesquisa se valerá de dois parâmetros de análise hermenêutica: a hermenêutica constitucional contemporânea, principalmente a de linha gademariana (GADAMER, 2002), e a análise econômica do direito (POSNER, 1998).

A vantagem da hermenêutica constitucional de linha gademariana é colocar o processo de interpretação não mais sob um ponto de vista metódico para se alcançar a “verdade única”. Outrossim, a hermenêutica filosófica de Gadamer contribui significativamente para a hermenêutica jurídica contemporânea ao afirmar que não é possível a reprodução de um sentido de um texto, mas somente a doação de significados a esse texto. Também afirma que o processo interpretativo não prescinde da posição do intérprete do mundo, em especial na história e na tradição. Destarte, a interpretação não prescinde de elementos que formam a compreensão prévia do intérprete. A interpretação constitucional, portanto, depende da estrutura de compreensão da Constituição, o que nos remete aos nossos pré-conceitos e pré-juízos sobre a constitucionalidade na tradição jurídica.

A análise econômica do Direito, por sua vez, propõe a aplicação dos fundamentos teóricos da Economia, principalmente da Microeconomia, as várias áreas do Direito, não somente aquelas nas quais fatores econômicos são mais “visíveis” (direito concorrencial, direito tributário e financeiro), mas também em ramos onde ver fatores econômicos soa como heresia (direito de família, direito penal). A análise econômica do Direito vê nos modelos legais e decisões judiciais subjazer a lógica econômica da maximização da riqueza.

## 3. Objetivos da pesquisa

**Objetivo Geral:** a presente pesquisa tem por objetivo geral traçar os limites e as possibilidades jurídicas da regulação do livre acesso à luz da ordem econômica de 1988 face à atual situação da indústria do gás natural

## Objetivos específicos

- 1 – Delinear as mudanças acontecidas na sociedade e na economia que marcam a passagem do Estado de Bem Estar social para o Estado Regulador;
- 2 – Estudar os princípios que formam a ordem econômica na Constituição Federal de 1988 com enfoque especial sobre o problema da regulação;
- 3 - Catalogar e expor as principais teorias sobre a regulação, enfatizando o tratamento doutrinário e jurisprudencial do tema no Brasil em consonância com os princípios constitucionais;
- 4 – Traçar as principais mudanças econômicas e institucionais da indústria do gás natural no Brasil;
- 5 - Apresentar, mediante a escolha de alguns países, as recentes experiências internacionais no plano da reforma dos modelos institucionais de regulação da indústria do gás natural;
- 6 – Avaliar as experiências recentes na regulação do livre acesso na prática brasileira e seus problemas jurídico-econômicos;
- 7 – Circunscrever os limites atuais da intervenção pela regulação no setor de gás natural pelo livre acesso à luz dos princípios da ordem econômica, bem como formulação de melhorias institucionais do aparato jurídico que o embasa.

## 4. Estágio atual da pesquisa

Atualmente a pesquisa se encontra na fase de coleta de dados bibliográficos e estatísticos.

## 5. Agradecimentos

Agradecemos ao apoio da Agência Nacional do Petróleo – ANP, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e ao Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás – PRH – 36, pelo apoio financeiro e institucional para a realização da pesquisa.

## 6. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BALTO, David et MONGOVEN, James. *Deregulation and merger enforcement in the natural gas industry*. [http://www.whitecase.com/article\\_antitrust\\_deregulation\\_natural\\_gas\\_balto.pdf](http://www.whitecase.com/article_antitrust_deregulation_natural_gas_balto.pdf).
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRUNNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras - poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). *Hermenêutica plural*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação – uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. – Lisboa: Almedina, 2003.
- CECCHI, José Cesário (coord.). *Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros*. – Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, 2001.
- COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. – São Paulo: Dialética, 2001.
- DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados - estudos e pareceres*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- EDWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2 ed. – Lisboa: Veja, 2000.
- FARIA, Werter R. *Constituição econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência*. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. – Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8 ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

- HAUWE, Ludwig Van de. *Public choice, constitutional political economy and law and economics*. Encyclopedia of Law and Economics. <http://encyclo.findlaw.com/>
- HERTOG, Johan den. *General theories of regulation*. Encyclopedia of Law and Economics <http://encyclo.findlaw.com/>.
- HUBBARD, R. Gleen et WEINER, Robert J. *Efficient contracting and market power: evidence from the u.s. natural gas industry*. <http://www.nber.org/papers/w3502>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. – São Paulo: Dialética, 2002.
- KAPLOW, Louis et SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/251.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf).
- KRAUSE, Gilson et SCHECHTMAN, Rafael. *Regulação*. – Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, 2001.
- MARTIN, Jean-Marie. *A economia mundial da energia*. – São Paulo: Unesp, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OECD. *Promoting competition in the natural gas industry*. <http://www.oecd.org>.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- POSNER, Richard A. *Kelsen, Hayek and the economic analysis of law*. Vienna: Eighteenth Annual Meeting of the European Association for Law and Economics, palestra proferida em 14 de setembro de 2001. <http://www.allserv.rug.ac.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>
- POSNER, Richard A. *Theories of economic regulation*. <http://www.nber.org/papers/w0041>.
- POSNER, Richard A. *The social costs of monopoly and regulation*. <http://www.nber.org/papers/w0055>.
- POSSAS, Mario Luiz (coord). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. – São Paulo: Singular, 2002.
- ROCHA, Bolívar Moura (coord.) *A regulação da infra-estrutura no Brasil – balanço e propostas*. – São Paulo: IOB, 2003.
- SALDANHA JÚNIOR, Roland Veras. *Economia do direito: considerações sobre Kelsen e Luhmann*. <http://www.actionmercatoria.com.br/Academia022002/Direito%20e%20Economiaem%20Kelsen%20e%20Luhmann.pdf>
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2 ed. – São Paulo: Malheiros, 2002..
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. – São Paulo: Malheiros, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. – São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. – São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS, Edmilson Moutinho (coord.). *Gás natural: estratégias para uma energia nova no Brasil*. – São Paulo: Annablume, Fapesp, Petrobrás, 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo regulatório*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Função regulatória*. – Salvador: Revista Diálogo Jurídico, número 11, fevereiro de 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. – São Paulo: Malheiros, 2000.
- VALOIS, Paulo (org.). *Temas de direito do petróleo e do gás natural*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- VALOIS, Paulo. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.