

## O papel da Advocacia da Concorrência na elaboração do novo marco legal

### COORDENADOR-GERAL DE ENERGIA

Gustavo Gonçalves Manfrim

### EQUIPE RESPONSÁVEL

Alexandre de Oliveira Lima Loyo

Elvino de Carvalho Mendonça

Natália Seyko Inocencio Aoyama

Dezembro de 2017

## Introdução

1. **Historicamente, a indústria de gás natural brasileira desenvolveu-se por meio de uma estrutura verticalmente integrada por uma única empresa ofertante (Petrobras), que detém posição dominante na produção deste energético.** Deste modo, as condições de oferta e demanda por gás natural no país foram desenvolvidas conforme a estratégia de suprimento e a política de preços executada por esta empresa, acarretando em barreira à entrada de novos agentes na produção e comercialização de gás natural.

## Panorama do setor de gás natural e o papel da Petrobras

2. **Exploração e produção (E&P). A Petrobras controla grande parte da produção e da importação de gás.** Sua participação na produção nacional atinge cerca de 93,8% (setembro de 2017). Na importação, este percentual alcança 99,9%, não tendo havido, praticamente, qualquer movimentação de gás natural por outro operador. Essa situação é, em grande medida, reflexo do desinteresse de outros agentes atuarem no segmento de E&P, diante das dificuldades para o transporte do produto – haja vista que a Petrobras controla quase a totalidade da infraestrutura de transporte – e também para a colocação do produto junto ao mercado consumidor - Petrobras controla a política de compra do gás natural em 19 empresas de distribuição de gás natural das 27 constituídas no país
3. **Transporte. A Petrobras detém quase a totalidade dos ativos de transporte.** Atuam no País 5 transportadoras<sup>1</sup> numa extensão dutoviária de 9.450 km. Cerca de 4.490 km estão sob o controle da Transportadora Associada de Gás S.A. – TAG e suas controladas. A TAG é controlada diretamente pela Petrobras, que atua como carregadora. A maior parte dos serviços de operação e manutenção da TAG é executada pela Transpetro, também subsidiária da Petrobras. O restante da malha é operado pelas demais transportadoras atuantes no setor: Nova Transportadora do Sudeste - NTS (2.050 km), Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A - TBG (2.593 km), Transportadora Sulbrasileira de Gás –TSB (50 Km- Gasoduto Uruguaiana-Porto alegre fase I) e GasOcidente do Mato Grosso Ltda. – Gasocidente (267 km - Lateral-Cuiabá). Destas últimas, a única que não possui participação da Petrobras é a Gasocidente. Por conta da estrutura verticalizada, a Petrobras não possui incentivos para prover capacidade de transporte para terceiros. Isso faz com que o poder de mercado detido na atividade de transporte, tipicamente caracterizada como um monopólio natural, seja estendido para outros segmentos da indústria potencialmente competitivos, como E&P e comercialização. Vale notar que os gasodutos de transporte possuem as características de *essencial facíleis*, ou seja, constituem uma infraestrutura indispensável para um competidor (existente ou potencial) e os investimentos na duplicação dessa infraestrutura não têm viabilidade econômica.

---

<sup>1</sup> Além destas 5 transportadoras, há 3 que, embora já tenham sido constituídas, ainda estão em fase pré-operacional. São elas: a TMN Transportadora S.A., que compreende o Projeto Gasoduto Meio-Norte cujo objetivo é viabilizar o fornecimento de gás natural para os Estados do Maranhão e Piauí; a TNG Participações Ltda, que compreende o Projeto Gasoduto Urucu-Porto Velho, que visa o fornecimento de gás para o Estado de Rondônia. Além destas, a Gaspetro tem participação na Gas Transboliviano S.A (GTB), proprietária e responsável pela operação de 557 km de gasoduto, no trecho boliviano do Gasoduto Bolívia-Brasil, que vai de Rio Grande, na Bolívia, até a fronteira com o Brasil.

4. **Os prejuízos causados pela posição dominante da Petrobras no segmento de transporte vão ainda mais além daqueles decorrentes da verticalização.** Isso porque a Petrobras controla dutos que, em tese, poderiam competir entre si (e.g., dutos da Bacia de Campos para São Paulo e dutos da Bolívia para São Paulo).
5. **Escoamento da produção offshore de gás natural. A Petrobras controla praticamente toda a infraestrutura de escoamento da produção offshore de gás natural e, de acordo com o marco legal do setor, não existe obrigação de acesso de terceiros aos dutos de escoamento.** Como a construção de infraestrutura própria exige altos investimentos e produção de gás em quantidade suficiente para se atingir a escala mínima viável, a maior parte dos produtores têm preferido vender o gás para a Petrobras. A consequência da falta de acesso aos dutos de escoamento é que os possíveis efeitos positivos da competição na produção de gás não são sentidos pelo mercado consumidor, já que a Petrobras se apropria de toda a oferta de gás natural em mar.
6. **Distribuição. O regime de exploração constitucional da distribuição de gás canalizado é de competência estadual, exercido por meio de empresas estatais ou concessionárias encarregadas dessa atividade.** De um total de 26 concessionárias, a Petrobras, por meio da subsidiária Gaspetro, tem participação acionária em 20 distribuidoras estaduais de gás natural, o que lhe permite influenciar a decisão comercial de compra do produto diretamente da Petrobras. Esse fato se soma à dificuldade no acesso à infraestrutura de transporte para criar um cenário de desincentivo à entrada de novos competidores no segmento de exploração e produção de gás natural.
7. **Outro fator que limita a competição no segmento de distribuição é o fato de que, na maior parte dos estados brasileiros, a única forma de um consumidor (seja ele uma grande indústria ou uma termelétrica) obter o gás natural é por meio da concessionária de distribuição estadual, o que confere a ela um monopólio legal sobre a demanda, mesmo dos consumidores mais sofisticados<sup>2</sup>.** Isso impede a formação de um mercado competitivo na comercialização de gás natural, já que na prática os contratos de concessão concedem às distribuidoras o monopólio da comercialização. Assim, ainda que houvesse facilidade de acesso no segmento de transporte, os efeitos de uma maior competição no segmento de E&P seriam percebidos de forma limitada pelo consumidor, pela simples impossibilidade de compra do produto diretamente junto ao produtor ou importador.

#### **Arcabouço legal/regulatório vigente**

8. **Ao longo dos últimos anos, foram incorporadas ao arcabouço legal e regulatório medidas que buscam corrigir as distorções do modelo verticalizado.** A Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) definiu o livre acesso aos dutos de transporte e a Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás) acrescentou a obrigatoriedade de separação jurídica e contábil das atividades de carregamento e transporte no caso dos dutos objeto de concessão. Posteriormente, a Resolução nº 51/2013 da ANP vedou a atividade de carregamento em gasoduto de transporte objeto de concessão em que o concessionário tenha relação societária de controle ou coligação com o carregador.

---

<sup>2</sup> Os grandes consumidores e as usinas térmicas podem ser configurados como consumidores livres, autoprodutores ou auto-importadores. Nesta situação, estes pagariam apenas a margem de distribuição. Em Estados em que não há regulamentação para isso, todos os consumidores devem comprar da distribuidora local.

9. **Em diversos momentos, a Agência Nacional do Petróleo – ANP atuou para assegurar o livre acesso aos dutos de transporte<sup>3</sup> e a diretriz de promoção da concorrência estabelecida na Lei do Petróleo.** Exemplo dessa atuação se deu no âmbito da análise da modelagem proposta pela Petrobras para a expansão do sistema de transporte de gás natural (Projeto Malhas - 2003). Naquela oportunidade, a ANP considerou que a modelagem de consórcio proposta pela Petrobras não assegurava a gestão transparente dos ativos de transporte, dificultando inclusive a fiscalização da agência quanto ao cumprimento das regras de livre acesso. Para a aprovação do projeto, a Petrobras assinou Termo de Compromisso com a ANP no ano de 2003, comprometendo-se a separar os ativos de transporte do consórcio em duas malhas distintas (uma na Região Sudeste e outra na Região Nordeste) após o término do contrato de financiamento. Os ativos da malha Nordeste hoje estão sob controle da Transportadora Associada de Gás – TAG.
10. **Apesar dos esforços de órgãos como a ANP e dos avanços na legislação, não se observa no Brasil uma ampliação significativa da participação de novos agentes na indústria do gás natural.** A Petrobras continua ocupando posição dominante em todos os elos da cadeia, fazendo com que o desenvolvimento do setor dependa exclusivamente da capacidade de investimento da empresa.

#### **Movimentos recentes na indústria de gás natural**

11. **Em período recente, a Petrobras anunciou um amplo programa de desinvestimento nas áreas de exploração e produção, abastecimento, gás natural e energia.** A estratégia em desinvestir está associada ao novo modelo de planejamento financeiro adotado pela empresa que visa à redução da alavancagem, a preservação do caixa e concentração nos investimentos prioritários, notadamente de produção de petróleo e gás no Brasil em áreas de elevada produtividade e retorno.
12. **No segmento de transporte de gás natural, a Petrobras vendeu 90% da sua participação na Nova Transportadora do Sudeste (NTS), para a Brookfield e para o Itaúsa.** A Petrobras Transporte S.A (Transpetro), subsidiária integral da Petrobras, permanecerá responsável pela operação e manutenção dos ativos, através de um novo contrato de serviços, com prazo de 10 anos. Em termos práticos, a manutenção da Transpetro na operação da malha dutoviária não alterou a relevância da Petrobras como agente dominante no segmento de transporte.
13. **No segmento de distribuição de gás natural, a Petrobras vendeu 49% de sua participação na empresa Gaspetro, subsidiária da Petrobras detentora das participações em sociedades de distribuição de gás natural, para a Mitsui Gás e Energia do Brasil Ltda.** O modelo de venda adotado, ou seja, com a manutenção do controle da empresa pela Petrobras, não reduziu o poder exercido pela Petrobras dada sua atuação verticalizada. Inclusive, há previsão, em acordo de acionistas, que a Petrobras indique o diretor comercial nas distribuidoras que ela possui participação minoritária. Na prática, a empresa exerce o influencia na aquisição de insumos com efeitos diretos negativos no ambiente concorrencial.

---

<sup>3</sup> No início dos anos 2000, a ANP atuou na resolução de conflitos relacionados ao livre acesso ao Gasoduto Bolívia-Brasil (Conflito ENERSIL-TBG e British Gas-TBG). Aparentemente, esses casos representaram movimentos isolados, o que reforça o cenário de desinteresse de novos agentes pelo setor de gás natural no Brasil, dada sua estrutura altamente verticalizada.

## Gás para crescer

14. **Em 2016, no âmbito do Ministério de Minas e Energia, teve início as discussões para a elaboração do novo marco legal do setor.** A partir da iniciativa “gás para crescer”, o setor público e o setor privado debateram os principais desafios para o desenvolvimento da Indústria do Gás Natural no Brasil. O Ministério da Fazenda (MF), representado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF), participou nas proposições relacionadas à melhoria do ambiente regulatório e da promoção da concorrência.
15. **O objetivo central do programa “gás para crescer” era estabelecer as diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural. Para tanto, foram elencados os oito principais temas afetos ao setor<sup>4</sup>.** Cada tema constituiu um grupo de trabalho e emitiu um relatório, com a apresentação de um diagnóstico acerca dos gargalos vigentes sem suas respectivas áreas, bem como a sugestão de possíveis alterações legais e regulatórias para mitigar e/ou solucionar os problemas.
16. **Diante dos diagnósticos e das propostas discutidas nos relatórios apresentados no âmbito da iniciativa “gás para crescer”, houve consenso no sobre a relevância e a tempestividade para proposição de um novo marco legal.** Em linhas gerais, a proposta de novo marco legal baseia-se, prioritariamente, na promoção da concorrência no setor de gás natural pelo estímulo a entrada de novos players pelo lado da oferta. Além disso, contempla diversas outras medidas concorrenciais e estruturais, como, por exemplo: (i) modificação do modelo de tarifação para o sistema de entrada e saída; (ii) livre acesso de terceiros à capacidade disponível de gasodutos de escoamento, unidades de processamento e terminais de liquefação e regaseificação; (iii) reforço a desverticalização na atividade de transporte; (iv) o mecanismo de *gas release*.
17. **Oriundo das discussões da iniciativa “gás para crescer”, o novo marco legal para o setor de gás natural atualmente se encontra em análise na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados.** Não há prazo para conclusão dos trabalhos.

## O papel da Advocacia da Concorrência na elaboração do novo marco legal

18. **A teoria da defesa da concorrência promove a concorrência com base nas suas funções de controle de estruturas e de advocacia da concorrência,** sendo que a primeira está associada com o monitoramento da concentração de mercado resultante da compra e venda de ativos por empresas concorrentes e a advocacia da concorrência se desenvolve com base, entre outras coisas, na elaboração de alterações pro-competitivas em marcos legais.
19. **As operações de fusões e aquisições são manifestações voluntárias e a intervenção do Estado somente acontece quando essas operações implicam em efeitos anticompetitivos para o mercado.** Em que pese o controle de estruturas ser relevante para sanear problemas concorrenciais, o seu alcance fica exposto a decisão voluntária das empresas se fundirem no mercado e a sua atuação fica limitada a solução da operação em questão. Movimento completamente antagônico, no entanto, acontece quando a advocacia da concorrência se dá

---

<sup>4</sup> (1) escoamento, processamento e regaseificação de Gás Natural Liquefeito; (2) transporte e estocagem; (3) distribuição; (4) comercialização; (5) aperfeiçoamento da estrutura tributária; (6) gás natural como matéria prima; (7) aproveitamento do gás natural da União e (8) integração entre os setores de gás natural e energia elétrica.

por meio da implementação de instrumentos concorrenciais via inserção de regras pro-competitivas nos diplomas legais vigentes ou na criação de legislação alternativa. Nesse caso, o protagonista da mudança concorrencial no mercado é o Estado e não as empresas que o compõe.

20. **No novo marco legal do gás natural, a advocacia da concorrência se faz presente por meio de seis dispositivos: (i) *gas release*; (ii) acesso a infraestrutura básica; (iii) cessão de capacidade; (iv) participação minoritária em rivais no transporte; (v) *Chinese Wall* no transporte e na distribuição; e (vi) gestor de mercado.**
21. **Os seis dispositivos inseridos no novo diploma promovem a concorrência porque permitem que a ANP, como protagonista, exerça papel regulatório compatível com as melhores práticas concorrenciais no setor de gás natural**, pois nesse novo marco legal estão inseridas regras bem definidas para a pulverização da oferta de gás natural, para o acesso de concorrentes às infraestruturas básicas, para a cessão de capacidade e para o bloqueio da troca de informações concorrencialmente sensíveis nos segmentos de distribuição e de transporte.
22. **Conquanto as medidas adotadas sejam importantes individualmente para a melhoria do ambiente concorrencial, o maior benefício se dá, no entanto, pela complementariedade existente entre elas.** A pulverização da oferta para os concorrentes somente traz efeitos positivos sobre o ambiente concorrencial se as empresas concorrentes tiverem acesso a infraestrutura básica e, para que esse acesso seja pleno e não discriminatório para qualquer agente que deseje se apropriar da pulverização da oferta, é necessário que os transportadores não detenham participação societária em nenhuma empresa que desenvolva atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, carregamento e comercialização de gás natural.
23. **A regra de oferta de gás natural, também denominada de *gas release*, é o instrumento utilizado para que as empresas que detenham elevadas participações de mercado no mercado relevante a montante disponibilizem um percentual do seu produto para as empresas ocupantes do mercado relevante a jusante de forma competitiva.** Esse instrumento traz benefícios concorrenciais na medida em que retira da empresa líder de mercado a possibilidade de exercício de poder de mercado, incrementando, dessa forma, a oferta de insumo a preços competitivos.
24. **O novo marco legal do gás natural traz dispositivo para gerar a oferta competitiva de gás natural no mercado por meio de medidas de desconcentração de oferta, de cessão compulsória de capacidade de transporte e de programas de venda de gás natural de comercializadores que possuam elevada participação de mercado.** A ANP lançará mão dos referidos programas de oferta de gás natural sempre que entender que as empresas existentes no mercado possuem elevada participação de mercado. Nesse caso, as empresas venderão, de forma compulsória, gás natural por meio de leilões competitivos.
25. **O acesso de concorrentes a infraestrutura básica (*essential facilities*) é um dos maiores problemas concorrenciais existentes em indústrias com as características da indústria de gás natural.** O elo a jusante somente se viabiliza economicamente se houver a disponibilização do insumo via conexão na infraestrutura.
26. **O novo diploma legal traz um dispositivo com possibilidade de regras de acesso não discriminatório (negocial) de terceiros aos gasodutos de transporte.** Tais dispositivos são fundamentais para desenvolver a concorrência nessa indústria, pois a atividade de transporte

de gás natural é desenvolvida por um monopolista natural e os elos a jusante na cadeia produtiva dependem do gás natural para viabilizar as suas atividades econômicas.

27. **A participação societária em rivais e os efeitos anticompetitivos dela decorrentes têm ocupado parte relevante da agenda das autoridades de defesa da concorrência no mundo.** O capital adquirido permite, na grande maioria das vezes, que a empresa tenha acesso a informações concorrencialmente sensíveis, principalmente se a participação acionária detida lhe dá poderes para ocupar posições nos conselhos de administração e fiscal.
28. **Um problema característico da participação societária em rivais diz respeito a situação em que o acionista participa dos conselhos de administração de várias outras empresas concorrentes tanto horizontal quanto verticalmente (*interlocking directorate*).** Nesse caso, o acionista pode interferir nas decisões comerciais da firma concorrente e, com isso afetar o equilíbrio competitivo de mercado, gerando, dessa forma, incentivos para comportamentos oportunistas não compatíveis com o ambiente concorrencial.
29. **O novo marco legal do gás natural traz dispositivos vedando a participação societária dos transportadores em empresas que desenvolvem atividades verticalmente correlacionadas com as suas atividades.** Esses mecanismos, em conjunto com os dispositivos de *gas release* e acesso a infraestrutura básica, geram os incentivos corretos para a expansão da concorrência no mercado de gás natural.
30. **A troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas que atuam em mercados horizontal e verticalmente relacionados é um fator altamente prejudicial ao ambiente concorrencial.** A posse de informações estratégicas gera incentivos perversos para que as empresas manipulem as condições de mercado, com consequentes efeitos negativos sobre o equilíbrio competitivo tais como: elevação de preços, redução da quantidade e redução da qualidade dos produtos.
31. **Para impedir as trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre as empresas, o novo marco legal do gás natural traz regras que impedem que os responsáveis nomeiem representantes que desenvolvem funções nos diversos elos da cadeia produtiva do gás natural para os conselhos de administração e similares dos transportadores e dos distribuidores.** Essas medidas reduzem os incentivos para o desenvolvimento de condutas anticompetitivas no mercado.
32. **Vale mencionar que o novo marco legal do gás natural prevê uma regra de transição para os transportadores que tenham obtido autorização para o exercício da atividade de transporte de gás natural até a data da publicação dessa lei.** Nesse caso, fica o transportador obrigado a obter a certificação de independência junto no prazo de 3 anos após a entrada em vigor dessa lei, esse procedimento utilizado para verificar o enquadramento do transportador aos requisitos de independência e autonomia.
33. **Por fim, é importante registrar que a nova lei cria a figura do gestor de mercado para gerenciar o segmento de transporte de gás natural (monopólio natural) nas respectivas áreas de mercado.** O objetivo precípua do gestor de mercado é o de melhorar a governança do segmento de transporte que, por definição, é um monopólio natural, com vistas a aumentar concorrência nos outros elos da cadeia produtiva do gás natural (produção e comercialização).
34. **Neste sentido, o exercício da advocacia da concorrência no novo marco legal do gás natural, conforme preconizado pelo art. 19 da lei nº 12.529/2011, permitiu elaborar regras compatíveis com a ampliação da concorrência no mercado relevante de gás natural, uma vez que busca:** (i) universalizar o acesso as infraestruturas básicas da oferta de gás natural; (ii) criar

regras de oferta compulsória de gás natural; (iii) impedir participações societárias cruzadas entre empresas horizontal e verticalmente relacionadas; (iv) impedir a nomeação de representantes para as diretorias e conselhos de administração que atuem em outras empresas da cadeia produtiva do gás natural; (v) criar a figura do gestor independente.

### **Conclusão**

35. **O setor de gás natural brasileiro está passando por transformações extremamente relevantes do ponto de vista da sua estrutura de mercado.** Atualmente, o Brasil dispõe de uma infraestrutura de escoamento, transporte e importação de gás natural incompatível com os desafios energéticos que se apresentam em futuro próximo.
36. **O mercado de gás natural como está hoje desejado no Brasil foi constituído a partir dos esforços da Petrobrás para a construção das infraestruturas de escoamento, transporte e importação.** Se, por um lado, esses esforços permitiram o desenvolvimento de um mercado de gás natural compatível com as necessidades brasileiras à época, por outro lado, esses esforços consolidaram a Petrobrás como monopolista nos elos relevantes da cadeia produtiva.
37. **Para enfrentar os novos desafios energéticos, o mercado de gás natural brasileiro necessita convergir para uma estrutura de mercado mais competitiva, onde exista um número maior de *players* atuando em todos os elos da cadeia produtiva do gás natural.** Essa nova estrutura é uma necessidade na medida em que faz-se mister ampliar e modernizar as infraestruturas disponíveis no país.
38. **A ampliação da concorrência em um mercado com as características do mercado de gás natural não é tarefa trivial e necessita de um arcabouço regulatório comprometido com a disseminação da concorrência em todos os seus aspectos.** Isso é o que se busca com o exercício da advocacia da concorrência no novo marco legal do gás natural.
39. **O exercício da advocacia da concorrência no setor de gás natural, conforme preconizado pelo art. 19 da lei nº 12.529/2011, faz-se presente na inserção de importantes dispositivos no novo marco legal que buscam: (i) universalizar o acesso as infraestruturas básicas da oferta de gás natural; (ii) criar regras de oferta compulsória de gás natural; (iii) impedir participações societárias cruzadas entre empresas horizontal e verticalmente relacionadas; (iv) impedir a nomeação de representantes para as diretorias e conselhos de administração que atuem em outras empresas da cadeia produtiva do gás natural; (v) criar a figura do gestor independente.**