Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 7 – agosto/setembro/outubro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO DO GÁS NATURAL NO BRASIL. DELIMITANDO AS FRONTEIRAS ENTRE AS COMPETÊNCIAS REGULATÓRIAS FEDERAIS E ESTADUAIS

Prof. Gustavo Binenbojm

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ Professor da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ, Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA), Procurador do Estado, advogado e parecerista no Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

O propósito do presente estudo é o de analisar a juridicidade de aspecto específico do chamado "Projeto Gemini", resultante de uma parceria (*joint venture*) da Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.), por via de sua subsidiária Petrobrás Gás S.A. (GASPETRO), com a White Martins (White Martins Gases Industriais Ltda.).

Em linhas gerais, o aludido "Projeto Gemini" consiste numa operação integrada de (i) transporte do gás natural por conduto; (ii) distribuição do gás natural por rede canalizada do gasoduto até usina de liquefação; (iii) processamento, liquefação e distribuição do gás natural liquefeito (GNL). A sistemática de funcionamento do Projeto está assim estruturada:

I – A Petrobrás fornece o gás natural de sua propriedade, transportado da Bolívia ao Brasil por meio do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL);

II – A TBG (empresa controlada pela Petrobrás, responsável pela operação do GASBOL) realiza a movimentação do gás natural por meio de um ramal construído a partir do GASBOL, já no território do Estado de São Paulo, e o

entrega diretamente à planta de liquefação da White Martins, localizada no Município de Paulínia (SP);

III – A White Martins opera a planta de liquefação, transformando o gás natural, mediante processamento industrial, em gás natural liquefeito (GNL);

IV – A GNL Gemini (empresa constituída pelo consórcio formado por GASPETRO e White Martins) ficará encarregada da comercialização do gás natural liquefeito (GNL), que poderá ser distribuído por navios, caminhões ou trens, desde que munidos de tanques criogênicos especiais.

Pois bem. O objeto da análise aqui empreendida cinge-se ao item II da operação acima descrita, consistente na *captação direta* do gás natural do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL), através de rede canalizada operada por empresa controlada pela Petrobrás, para a planta de liquefação da White Martins, ignorando completamente a exclusividade detida pela Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS para a prestação dos serviços locais de gás canalizado, na área de sua concessão no Estado de São Paulo, nos termos do art. 25, § 2º, da Constituição da República, do art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, do art. 22 do Decreto nº 43.889/99, do Estado de São Paulo, e da sexta subcláusula do Contrato de Concessão CSPE/01/99.

A controvérsia reside, portanto, na definição das fronteiras do monopólio conferido à União pelo art. 177, IV, da Constituição da República, para realizar o *transporte*, *por meio de conduto*, do gás natural e da competência atribuída aos Estados-membros pelo art. 25, § 2º, da mesma Lei Maior (na redação dada pela Emenda Constitucional nº 5/95), para *explorar*, *diretamente ou por via de empresa concessionária*, os *serviços locais de gás canalizado*.

Diante de tais circunstâncias, o presente estudo se propõe a responder às seguintes indagações:

1) Pode a Petrobrás (ou empresa sob seu controle) realizar a movimentação de gás natural, no território do Estado de São Paulo, diretamente do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL) até a planta de liquefação da White Martins situada em Paulínia – SP, com fundamento no art. 177, IV, da Constituição da República? Qual o sentido e abrangência do monopólio do *transporte do gás natural, por meio de conduto*, previsto no art. 177, IV, da Constituição Federal e conceituado no art. 6º, VII, da Lei nº 9.478/97?

2) É o *by pass* pretendido pelo consórcio Petrobrás-White Martins compatível com a competência estadual estabelecida no art. 25, § 2º, da Constituição da República, para *explorar os serviços locais de gás canalizado*?

3) A circunstância de o fornecimento do gás natural ser destinado a uma usina de liquefação altera de alguma forma a definição do ente competente para, diretamente ou mediante empresa contratada, prestar tal serviço?

4) É o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, compatível com a Constituição da República?

5) Configurado um conflito entre a União (e uma sua autarquia), de um lado, e um Estado da Federação (e uma sua autarquia), de outro lado, em dimensões tais que possam comprometer a paz federativa, qual o órgão jurisdicional competente para dirimi-lo? No caso específico da ação ordinária n° 2005.61.00.029794-9, em que contendem, de um lado, a Petrobrás, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a União Federal, e, de outro lado, a CSPE (autarquia do Estado de São Paulo), o Estado de São Paulo e a COMGÁS, qual seria o órgão jurisdicional competente para processá-la e julgá-la?

II. SUMÁRIO DOS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS

Para fins didáticos, o presente estudo está ordenado consoante as seguintes unidades argumentativas:

I) O monopólio da União para realizar o transporte do gás natural, por meio de conduto, previsto no art. 177, IV, da Carta da República, circunscreve-se ao *transporte do gás a granel*, para abastecimento do *mercado nacional como um todo*. Na lógica da partilha constitucional de competências federativas, à União compete zelar pela promoção dos *interesses de índole nacional*, cabendo aos Estados-membros cuidar dos *interesses de âmbito regional* (e, no caso peculiar dos serviços de gás canalizado, também dos *interesses locais*, por força da disposição expressa do art. 25, § 2º, da Carta da República).

II) O art. 25, § 2º, da Constituição da República refere a "*serviços locais de gás canalizado*", levando ao entendimento, pelo uso do plural, de abarcância de todos os possíveis serviços locais de gás canalizado, e não de apenas alguns. Ademais, a Constituição não restringe a competência estadual segundo os *fins* para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros), nem tampouco pela *natureza do seu usuário* (se final ou não).

III) A "lei" referida no art. 25, § 2º, da Constituição da República só pode ser a *lei do Estado-membro,* numa alusão genérica à legislação estadual como um todo. Assim sendo, e em consonância com os itens anteriores, é constitucional o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. A competência da União para legislar sobre energia (art. 22, IV) deve ser lida de forma a harmonizar-se com as competências estaduais, incidindo sobre as demais fases de exploração do gás natural que não os serviços locais de gás canalizado.

IV) No sistema federativo brasileiro, de inspiração norte-americana, as competências (tanto as materiais como as legislativas) dos Estados-membros são *residuais*, nos termos do art. 25, § 1º, sendo *taxativamente enumeradas* as da União Federal. Neste sentido, havendo dúvida quanto à definição do ente competente, deve-se prestigiar a competência do Estado (que é residual) em detrimento da competência da União (que demanda previsão expressa). Ademais, os monopólios estatais de atividade econômica, por se constituírem em exceção ao princípio constitucional da livre iniciativa, devem ser sempre interpretados restritivamente.

V) O art. 6º, VII, da Lei nº 9.478/97, regulamentando o art. 177, IV, da Carta

da República, define o *transporte* de gás natural como a movimentação do produto em meio ou percurso considerado de *"interesse geral"*. Refere-se o legislador federal, como não poderia deixar de ser, à atividade de movimentação do gás natural das áreas produtoras aos "pontos de recepção" (os chamados *"city gates"*) das empresas concessionárias de cada Estado da Federação. Por evidente, por mais elástico que possa ser o conceito de *transporte* como atividade de *interesse geral*, não é concebível que alguém o tenha como abrangente de um conduto que forneça gás natural a uma única e específica empresa privada, qual se dá na hipótese vertente.

VI) Ainda que o art. 6º, XXII, da Lei nº 9.478/97 tenha ultrapassado os lindes da competência legislativa da União, a referência nele feita a *"usuários finais",* ao fito de limitar o escopo dos serviços locais de gás canalizado, não tem o condão de excluir da competência estadual o fornecimento do gás à planta de liquefação da White Martins, uma vez que tal planta será a derradeira usuária do produto "gás natural canalizado" (estado gasoso), transformando-o em outro produto – o gás natural liquefeito (GNL).

VII) Diante dos expressos termos do art. 102, I, *f,* da Constituição da República, bem como do risco de um conflito federativo de dimensões nacionais contrapondo a União e os Estados-membros, deflagrado a partir de um precedente gerado por decisão proferida em escalão subalterno do Poder Judiciário, impõe-se o trespasse da competência para processar e julgar a causa envolvendo o "Projeto Gemini" ao Supremo Tribunal Federal.

VIII) Respostas objetivas aos quesitos.

I. O monopólio da União para realizar o transporte do gás natural, por meio de conduto, previsto no art. 177, IV, da Carta da República, circunscreve-se ao transporte do gás a granel, para abastecimento do mercado nacional como um todo. Na lógica da partilha constitucional de competências federativas, à União compete zelar pela promoção dos interesses de índole nacional, cabendo aos Estados-membros cuidar dos interesses de âmbito regional (e, no caso peculiar dos serviços de gás canalizado, também dos interesses locais, por força da disposição expressa do art. 25, § 2º, da Carta da República).

O Brasil é uma República Federativa integrada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como o proclama o art. 1° da Constituição da República. Como é trivialmente sabido, a forma federativa de Estado pressupõe a repartição espacial de competências entre as unidades federativas e o ente central, nos termos em que delineada pela Constituição Federal.

No caso brasileiro, as competências administrativas e legislativas encontram-se distribuídas em dois grandes grupos, a saber: aquelas privativas da União (arts. 21 e 22) e aquelas outras concorrentes a todos os níveis federativos (arts. 23 e 24). No âmbito das competências concorrentes, tem-se que, no plano legislativo, os entes menores devem reverência às normas gerais editadas pela União (art. 24, § 1°), ao passo que, no plano administrativo, cada unidade exerce

suas atribuições de forma autônoma, sem qualquer hierarquia em relação aos entes maiores.

Ademais, tanto no que se refere às competências materiais como às competências legislativas, o princípio norteador do federalismo brasileiro é de matriz norte-americana: enquanto as competências da União (arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30) demandam previsão constitucional expressa, aos Estados-membros ficam reservadas as *competências residuais* (art. 25, § 1º).

Nada obstante isso, a Lei Maior traçou uma rígida e específica divisão de competências entre a União e os Estados-membros no que se refere ao gás natural. À União compete explorar, em regime de atividade econômica monopolizada, a pesquisa, a lavra, a importação, a exportação e o *transporte, por meio de conduto, do gás natural*. Já aos Estados-membros compete explorar, em regime jurídico de serviço público, de forma direta ou mediante concessão, os *serviços locais de gás canalizado*. Confira-se a dicção literal dos dispositivos constitucionais respectivos:

> *"Art. 177. Constituem monopólio da União:*
>
> *I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;*
>
> *II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;*
>
> *III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;*
>
> *IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, bem assim* ***o transporte, por meio de conduto****, de petróleo bruto, seus derivados e* ***gás natural de qualquer origem****;*
>
> *V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados."*
>
> *(grifos acrescentados)*
>
> *"Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*
>
> *§ 1° São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.*
>
> ***§ 2° 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."*
>
> *(grifos acrescentados)*

Decorre singelamente da sistemática constitucional em vigor ser da alçada da União o transporte nacional do gás natural por meio de conduto, com o objetivo de disponibilizar o bem ao país como um todo. Trata-se, como evidente, de um corolário do sistema federativo brasileiro, que põe a cargo da União

Federal a promoção das atividades de *interesse nacional*. Assim, o transporte feito pela União (ou por empresas estatais ou privadas suas contratadas) será aquele feito *a granel,* de forma a atender as diferentes unidades da Federação.

Já aos Estados compete explorar os serviços locais de gás canalizado. Trata-se, pois, de atividades de interesse regional e local, consistentes na distribuição *em varejo*, pelos distintos ramais de canalização derivados da linha principal (o duto nacional), para atender a usuários específicos. Não importa, para fins de delimitação de competências, se os usuários específicos são residências, entidades comerciais ou entidades industriais, tampouco se o gás canalizado é utilizado para acender fogões residenciais ou industriais, ou se resfriado, liquefeito e armazenado para ulterior venda a terceiros. O que importa é que a satisfação de tais usuários, mediante entrega canalizada divisível e específica do bem, constitui-se em serviço público de *interesse regional e local*, a cargo, naturalmente, do ente menor (o Estado-membro), e não do ente maior (a União).

Assim, é correto delimitar uma distribuição de competências entre União e Estados-membros, no que se refere à movimentação do gás natural, nos seguintes termos: (a) à União, por intermédio da Petrobrás ou de empresa privada sua contratada, compete a atividade econômica de transporte a granel do gás das áreas produtoras até os "pontos de recepção" (*city gates*) localizados em cada Estado; (b) aos Estados-membros, diretamente ou por intermédio de suas concessionárias, compete prestar os serviços públicos de gás canalizado, mediante *retalhamento* do produto a usuários individualizados de qualquer espécie (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros).

Merece relevo, ainda, como elemento de interpretação constitucional, a *ratio* subjacente à previsão de um monopólio de atividade econômica em favor da União. Trata-se, à evidência, de uma preocupação estratégica do constituinte com o desenvolvimento nacional como um todo. É dizer: a reserva da atividade de transporte do gás natural (assim como das demais atividades previstas no art. 177 da Constituição da República) ao monopólio estatal tem por finalidade prover o país, considerado em seu conjunto, de tal matriz energética, evitando-se, na medida do possível, os riscos do desabastecimento decorrentes de oscilações próprias do mercado.

Que se me permita uma assertiva acaciana, quase um truísmo: monopólios estatais não se instituem para garantir o abastecimento de uma empresa específica ou – que seja – de setores específicos do mercado de energia! Ao procurar estender o monopólio do *transporte* do gás natural – de caráter nacional, como convém a uma atividade na União – ao abastecimento de usina de beneficiamento e liquefação do produto, a Petrobrás incorre em *desvio de finalidade*, utilizando em proveito particular e individualizado uma atividade concebida para atendimento do interesse público e transindividual.

II. O art. 25, § 2º, da Constituição da República refere a "serviços locais de gás canalizado", levando ao entendimento, pelo uso do plural, de abarcância de todos os possíveis serviços locais de gás canalizado, e não de apenas alguns.

Ademais, a Constituição não restringe a competência estadual segundo os fins para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros), nem tampouco pela natureza do seu usuário (se final ou não).

Em contraposição ao monopólio federal, de *caráter nacional* e *índole indivisível*, o art. 25, § 2º, da Constituição da República remete os serviços *locais* de gás canalizado à competência dos Estados-membros. O uso do adjetivo *locais* é indicativo da natureza divisível da utilidade em questão, a ser entregue a usuário individualizado do gás. Assim, à União cabe o transporte a granel, em larga escala, e sua entrega, nos *city gates* (terminais de recepção), às concessionárias estaduais (interesse nacional); a estas, ao revés, compete, com exclusividade, prover os usuários individuais (interesse local) através de sua rede de canalizações.

Note-se que a Constituição Federal não apõe qualquer adjetivo limitador do alcance da expressão *serviços de gás canalizado* (além do adjetivo *locais*, como visto), nem tampouco condiciona a competência estadual em função da natureza do usuário do serviço ou de circunstâncias de ordem técnica. Assim, será incompatível com a normativa constitucional qualquer norma infraconstitucional que pretenda limitar o espectro da competência dos Estados, por esta ou aquela via, tendo por objetivo ampliar o sentido e o alcance da competência federal para o transporte do gás, por conduto.

Além disso, vale destacar que 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.

Ainda quando exista na legislação federal (Lei nº 9.478/97, art. 6º, XXII)[1] uma definição dos serviços de *distribuição* de gás canalizado como aqueles que se destinam ao *usuário final* do bem,[2] é mister salientar que, na melhor das hipóteses, a *distribuição* é apenas um dentre os diversos possíveis tipos de serviços locais de gás canalizado. Deveras, não se pode admitir que o legislador federal institua tal norma restritiva à competência dos Estados, sob pena de afronta ao pacto federativo e, *a fortiori,* à própria supremacia constitucional.

Em abono de tal argumento, é de se ver que a Emenda Constitucional n°

[1] Dispõe o art. 6°, XXII, da Lei n° 9.478/97: "Distribuição de gás canalizado: serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2° do artigo 25 da Constituição Federal."

[2] Tal como se demonstrará no item VI, ainda que fosse válida a restrição da competência estadual à distribuição do gás a usuários finais do bem, o fornecimento à planta de liquefação da White Martins não estaria excluído de tal âmbito.

5/95 justamente alterou o texto do § 2° do art. 25 da Carta Federal para dele *excluir* qualquer referência a *distribuição,* deixando no dispositivo tão-somente alusão a *serviços locais de gás canalizado*.3 Assim, a intenção do constituinte derivado foi, inequivocamente, a de espancar quaisquer dúvidas que ainda subsistissem acerca da abrangência das atividades compreendidas na competência estadual. É dizer: a distribuição poderia, no máximo, ser considerado um dentre os distintos serviços locais de gás canalizados a cargo das concessionárias estaduais.

De parte isso, a abrangência de todos os serviços locais de gás canalizado dentro do espectro da competência da concessionária estadual tem ainda um substrato econômico, direcionado à *universalização* da rede de canalizações e à garantia da *continuidade* da prestação dos serviços, que tem importância decisiva na inteligência dos textos constitucional e legal sobre a matéria. Explica-se.

Com efeito, o art. 25, § 2°, da Constituição faz uma opção clara por dar aos serviços locais de gás canalizado o caráter de um serviço público (*public utility,* no jargão norte-americano). Tal opção fica clara pela atribuição de tal competência aos Estados, para exploração direta da atividade ou mediante concessão. Ora, a referência a *concessão* remete o intérprete ao art. 175 do texto constitucional, no qual se encontra a concessão como uma das modalidades possíveis de prestação de *serviços públicos*. Daí que os serviços locais de gás canalizado são no Brasil, por opção constitucional, serviços públicos.

Corolário de tal circunstância é a submissão dos Estados e suas empresas concessionárias a um regime jurídico de intensa regulação, que impõe (i) metas de universalização da rede, (ii) obrigação de continuidade na prestação dos serviços, (iii) modicidade tarifária, com favorecimento das camadas mais pobres, dentre outras normas derrogatórias do regime típico de livre iniciativa. Tais obrigações adicionais impostas ao concessionário do serviço público têm – e não podem deixar de ter, no regime capitalista – como contrapartida o estabelecimento de um regime jurídico de *privilégio* na sua prestação, inclusive, a *exclusividade* na exploração da atividade econômica em sentido amplo que lhe serve de substrato.4

Assim, em se tratando de utilidades públicas, como é o caso do fornecimento do gás natural ao usuário, essenciais à concretização de direitos fundamentais, a regulação econômica não pode se pautar unicamente pelo

---

[3] Eis a redação original do art. 25, § 2°: "**Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado**." Já na redação da EC n° 5/95, atualmente em vigor, o dispositivo passou a rezar: "**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**."

[4] V. STF, ADPF n° 46, voto do Ministro Eros Grau, p. 4: "Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida *sob privilégios,* inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão."

prisma da competição. Como explica Floriano de Azevedo Marques Neto, "os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço."5

Por evidente, a exclusividade da empresa concessionária na exploração de *todos* os serviços locais de gás canalizado, consoante previsto no art. 25, § 2°, da Lei Maior, tem a finalidade de *viabilizar,* do ponto de vista econômico, a universalização da rede de canalizações, a modicidade tarifária e a continuidade da prestação, através de ganhos de *escala* e de um sistema de *subsídios cruzados*. Com efeito, os grandes usuários são responsáveis por algo em torno de 90% dos volumes comercializados pelas concessionárias;6 do atendimento a tais usuários é que as empresas obtêm a escala suficiente para investir na ampliação da rede de distribuição e praticar tarifas módicas, de forma a permitir o acesso à utilidade pública (o gás natural) pela população de baixa renda.

De outro bordo, permitir a conexão direta de grandes usuários industriais à rede de transporte (o chamado *by pass*) significaria comprometer segmentos inteiros de usuários (os residenciais, por exemplo) e mesmo parcelas relevantes dos segmentos industrial e comercial, que por distância ou escala não lograssem obter o *by pass*. Em outras palavras, a finalidade constitucional perseguida pelo art. 25, § 2°, da Carta da República – que, de resto, levou o constituinte a dar ao serviço de gás canalizado o *status* de um serviço público – restaria frustrada, por conta da perda de escala e da inviabilização de um sistema eficiente de subsídios cruzados decorrentes do *by pass* realizado pelos grandes usuários.

Na atenta observação de Marcos Juruena Villela Souto:

> *"É importante lembrar que, no Brasil, a distribuição de gás canalizado é serviço público de competência dos Estados* (CF, art. 25, § 2°), *enquanto a produção e o transporte do gás integram a competência federal* (CF, art. 177). *Ora, é fundamental que a disciplina federal, por conta do pacto federativo (que contempla a harmonia entre as entidades federadas), não aniquile o exercício da competência estadual sobre seus serviços, especialmente em função do fato de que a competição que se busca ampliar (até mesmo entre serviços públicos e atividades econômicas) não pode servir de base para que uma atividade destrua a outra. Afinal, é no conceito de serviço público que se busca garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente pelo atendimento das populações de baixa renda. Se os instrumentos de transformação, com emprego de modernas tecnologias, retirarem escala para que as concessionárias de serviço público invistam na construção de dutos que chegariam às regiões afastadas, a*

---

[5] Floriano de Azevedo Marques Neto, *Universalização de Serviços Públicos e Competição – O Caso da Distribuição de Gás Natural,* Revista de Direito Administrativo n° 223, 2001, p. 137.

[6] Idem, p. 141.

população menos abastada ficará privada do serviço de baixo custo (sem falar na exposição aos riscos do transporte de carga perigosa)."7

Assim, o *by pass* pretendido pelo consórcio Petrobrás-White Martins, a par de incompatível (i) com a ***literalidade*** do texto do art. 25, § 2°, da Constituição (interpretação gramatical), que se refere a *serviços locais de gás canalizado,* no plural, sem qualquer outra restrição de abrangência; (ii) com a ***sistemática*** do texto constitucional (interpretação sistemática), que limita a competência da União para o transporte de gás natural por conduto ao atendimento do *interesse nacional* e abastecimento do mercado nacional como um todo*,* e não ao fornecimento a usuário privado específico; é também incompatível (iii) com a ***teleologia*** do texto constitucional (interpretação finalística), que atribui aos Estados, diretamente ou por intermédio de suas concessionárias, com exclusividade, a exploração de *todos* os serviços locais de gás canalizado, em ordem a assegurar, através de ganhos de escala e subsídios cruzados, a universalização, modicidade e continuidade da oferta de tal utilidade pública a toda a população.

III. A "lei" referida no art. 25, § 2º, da Constituição da República só pode ser a lei do Estado-membro, numa alusão genérica à legislação estadual como um todo. Assim sendo, e em consonância com os itens anteriores, é constitucional o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. A competência da União para legislar sobre energia (art. 22, IV) deve ser lida de forma a harmonizar-se com as competências estaduais, incidindo sobre as demais fases de exploração do gás natural que não os serviços locais de gás canalizado.

De outra banda, convém lembrar que o art. 25, § 2º, da Carta Magna remete à "lei" a regulamentação dos serviços locais de gás canalizado. Por evidente, tal "lei", aludida no texto constitucional, não pode ser uma lei federal, mas a legislação estadual. E nem se venha dizer que a União poderia legislar sobre o assunto em exercício de sua competência para dispor sobre *energia,* nos termos do art. 21, IV, da Lei Maior. Com efeito, a Constituição não se interpreta em tiras8: havendo norma constitucional expressa prevendo a edição de lei sobre serviços alçados à competência estadual, competirá aos Estados editá-la – não à União.9

Por evidente, caso a União pudesse, por meio de sua legislação, ampliar ao infinito o conceito de "transporte por conduto de gás natural", disto decorreria um inadmissível estreitamento (quiçá não verdadeira ablação), por lei federal, do campo próprio de atuação dos Estados-membros. A Federação se define, justamente, por um peculiar regime de competências constitucionalmente

---

[7] Marcos Juruena Villela Souto, *Breve Apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro,* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro n° 60, p. 198/199.

[8] Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988,* 1997, p. 127.

[9] Tal como se verá no item IV, a competência da União para legislar sobre energia (art. 22, IV) deve ser lida de forma a harmonizar-se com as competências estaduais, incidindo sobre as demais fases de exploração do gás natural que não os serviços locais de gás canalizado.

cravejadas, de molde a estabelecer os diferentes papéis – nacional, regionais e locais – dos diversos entes federativos. Assim, é da própria sistemática constitucional que se deve extrair a definição da competência para a distribuição do gás utilizado como insumo ou matéria-prima por usinas de resfriamento, liquefação e engarrafamento para fim de venda a terceiros.

No exercício da competência legislativa prevista no art. 25, § 2º, da Lei Maior, diversos Estados da Federação editaram atos normativos disciplinando o sentido e alcance da atribuição prevista no art. 25, § 2º, da Carta Federal. No Estado de São Paulo, por exemplo, o art. 122, parágrafo único, da Constituição Estadual disciplinou a matéria nos seguintes termos:

> *"Art. 122. Os serviços públicos, de natureza industrial ou domiciliar, serão prestados aos usuários por métodos que visem à melhor qualidade e maior eficiência e à modicidade das tarifas.*
>
> *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**."* (grifos acrescentados).

Na mesma toada, o art. 72, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispôs sobre o tema. Confira-se:

> *"Art. 72.....*
>
> *§ 2º – Cabe ao Estado explorar, diretamente ou mediante concessão, a empresa estatal em que o Poder Público estadual detenha a maioria do capital com direito a voto, com exclusividade de distribuição, os serviços de gás canalizado em seu território, **incluindo o fornecimento direto, a partir de gasodutos de transporte, a todos os segmentos de mercado, de forma a que sejam atendidas as necessidades dos setores industrial, comercial, domiciliar, automotivo e outros**."* (grifos nossos).[10]

Como já não fosse suficiente dispor o próprio art. 25, § 2º, da Constituição Federal serem de competência dos Estados-membros *todos os (possíveis) serviços de gás canalizado,* as legislações estaduais têm consagrado tal entendimento, seja qual for a destinação a ser dada pelo usuário ao produto. Cuida-se, evidentemente, de mera *explicitação* da norma já contida no art. 25, § 2°, da Constituição Federal, sem qualquer conteúdo de *extensão* ou *inovação*. Daí a inequívoca validade das normas constitucionais estaduais acima transcritas.

Ademais, como nenhuma restrição de ordem técnica é contemplada no texto do art. 25, § 2º, da Carta Federal, nem em textos normativos estaduais, como fator de limitação da competência estadual, nenhuma disposição em tal sentido, editada por órgãos ou entidades federais, terá validade.

---

[10] Texto normativo semelhante é encontrado, *v.g.,* no art. 21 da Constituição do Estado do Ceará.

IV. No sistema federativo brasileiro, de inspiração norte-americana, as competências (tanto as materiais como as legislativas) dos Estados-membros são residuais, nos termos do art. 25, § 1º, sendo taxativamente enumeradas as da União Federal. Neste sentido, havendo dúvida quanto à definição do ente competente, deve-se prestigiar a competência do Estado (que é residual) em detrimento da competência da União (que demanda previsão expressa). Ademais, os monopólios estatais, por se constituírem em exceção ao princípio constitucional da livre iniciativa, devem ser sempre interpretados restritivamente.

Calha, ainda, trazer à colação argumento subsidiário atinente à lógica da repartição de competências entre os entes federativos na Constituição de 1988, bem como à posição e exegese peculiar aos monopólios estatais na mesma Carta.

Como adiantado linhas acima, a Federação brasileira, inspirada no modelo norte-americano, prevê expressa e taxativamente as competências (legislativas e materiais) da União e Municípios, destinando aos Estados-membros, além daquelas expressamente assinaladas, as chamadas *competências residuais ou remanescentes*.11 Tal regra vem encartada no art. 25, § 1°, da Carta Magna:

> *"Art. 25.....*
>
> *§ 1° São reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição."*

A norma funciona, assim, como um *norte exegético* a conduzir o intérprete na definição de competência para (I) atividade não prevista na Constituição; (II) atividade situada em *zona de penumbra* entre as competências de distintos entes federados.

No caso em tela, emerge clara e nítida a competência estadual para a movimentação do gás natural, por sistema canalizado, do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL) à planta de liquefação da White Martins. Tal atividade se afigura compreendida, de modo patente, na competência dos Estados par, diretamente ou mediante concessão, prestar os serviços locais de gás canalizado.

Não obstante, ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar da aplicação do art. 25, § 1°, em favor da competência estadual. De fato, caso se entenda a atividade em questão como *não expressamente prevista* na Constituição, incidiria em favor dos Estados a regra da competência residual. Por outro lado, caso se prefira compreender tal movimentação de gás natural por dutos como situada numa *zona de penumbra* entre o transporte (a cargo da União) e a rede de canalização local (na órbita dos Estados), também aqui a regra incidiria em prol da competência estadual.

Foi esse, aliás, o entendimento expressamente manifestado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP na fundamentação da decisão administrativa que autorizou a White Martins a construir a planta de Paulínia (Autorização ANP n° 82,

[11] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 2004, p. 347.

de 23.03.2005, DOU 24.03.2005). Com efeito, dos *consideranda* da referida autorização colhe-se o seguinte trecho:

> *"(...) considerando:*
>
> *- ser este um tema regulatório complexo e sem antecedentes no mercado nacional de gás natural;*
>
> *- a existência de vácuos legais e regulatórios no Brasil, mormente na determinação das competências federal e estadual, no âmbito da indústria gasífera;"*

Ora, se a própria ANP reconhece situar-se o tema em uma zona de *"vácuo legal e regulatório no Brasil, mormente na determinação das competências federal e estadual, no âmbito da indústria gasífera"*, é evidente que a competência, na espécie, se resolve – na mais conservadora das hipóteses – pela regra da competência residual prevista no art. 25, § 1°, da Carta da República.

Cumpre invocar, a bem da firmeza e seriedade dos motivos elencados pela ANP, o princípio dos *motivos determinantes,* segundo o qual a Administração Pública se vincula aos motivos que enuncia para a prática de seus atos. Além disso, o princípio da vedação do comportamento contraditório (*nemo venire contra factum proprium*), corolário do princípio da moralidade administrativa,12 também serve ao propósito de inviabilizar qualquer comportamento da ANP que seja incompatível com o reconhecimento da competência dos Estados-membros para explorar e regular a atividade em questão.

De mais a mais, o interesse predominante, na espécie, poderia ser considerado *regional* ou *local* (nunca *nacional*). Assim, milita em favor dos Estados o chamado *princípio da subsidiariedade*.13 Segundo tal princípio, as entidades menores preferem às maiores na resolução dos problemas locais. Ou, dito de outra forma, quem está mais próximo do problema é encarregado de resolvê-lo. Ora, excluída a participação dos Municípios na gestão das atividades ligadas ao gás natural (de vez a Constituição reparte as competências entre União e Estados), o ente menor, mais próximo e melhor situado para a prestação da atividade é, sem dúvida, o Estado-membro.

Cumpre, por fim, tecer um comentário acerca da exegese peculiar a ser dispensada pelo intérprete da Constituição aos *monopólios estatais* de atividades econômicas. Como se sabe, a Constituição de 1988 erigiu o princípio da livre iniciativa a *fundamento da República* (art. 1°, IV) e *princípio geral da atividade econômica* (art. 170, *caput*). Assim, em tal contexto, a intervenção direta do Estado no domínio econômico passou a constituir-se em exceção, que, como tal, demanda *previsão expressa* e exige *interpretação restritiva*.

Por maior razão, dado o seu caráter excepcionalíssimo, os monopólios estatais, previstos no art. 177 da Lei Maior, devem sofrer exegese ainda mais restritiva. Consoante lição de Fábio Konder Comparato, seguido pela melhor

---

[12] Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo,* 2006, p. 193.

[13] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo,* 2005, p. 193.

doutrina,14 a Carta de 1988 optou pela *enumeração taxativa* das atividades sob monopólio estatal, não podendo a lei ampliar tal elenco. Além disso, as hipóteses de atividades monopolizadas devem receber interpretação *restritiva*, como ensina Nelson Eizirik:

> *"A situação de monopólio estatal de determinada atividade econômica é* excepcionalíssima; *primeiro, porque a atuação empresarial do estado deve ser meramente supletiva, a favor do mercado, e não contra o mercado; segundo, porque a situação de monopólio não é desejável, não só porque contrária aos princípios da economia de mercado, como também pelos efeitos indesejáveis que acarreta para a economia. Assim,* ***as normas que asseguram o monopólio estatal de determinada atividade econômica devem ser objeto de interpretação*** **restritiva,** ***descabendo a aplicação de qualquer método hermenêutico que acarrete eventual ampliação do escopo do monopólio****."*15 (grifos acrescentados).

Pois bem. Assim colocados os marcos hermenêuticos relativos aos monopólios estatais, é imperioso concluir que (a) a lei não pode pretender ampliar (de forma direta ou por via oblíqua) o monopólio federal sobre a atividade de transporte de gás natural por conduto, diante da taxatividade do elenco de atividades submetidas a monopólio estatal no art. 177, IV, da Constituição da República; (b) numa interpretação *restritiva* do art. 177, IV, a movimentação física do gás natural do Gasoduto Bolívia-Brasil (GASBOL) até a planta de liquefação da White Martins, situada em Paulínia, não configura atividade compreendida no conceito constitucional de "transporte de gás natural por meio de conduto".

Esta última conclusão é ainda abonada pelo fato de a Constituição Federal, no art. 25, § 2°, definir a competência dos Estados para prestar *"os serviços locais de gás canalizado"* em termos amplos, o que, numa interpretação sistemática da Lei Maior, joga a definitiva pá de cal sobre a questão, definindo a movimentação física do gás natural do Gasoduto Bolívia-Brasil até a usina de liquefação como serviço público da alçada estadual.16

V. O art. 6º, VII, da Lei nº 9.478/97, regulamentando o art. 177, IV, da Carta da República, define o transporte de gás natural como a movimentação do produto em meio ou percurso considerado de "interesse geral". Refere-se o legislador federal, como não poderia deixar de ser, à atividade de movimentação do gás natural das áreas produtoras aos "pontos de recepção" (os chamados "city

---

[14] Fábio Konder Comparato, *Monopólio Público e Domínio Público, in Direito Público: estudos e pareceres,* 1996, p. 149. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo,* 1996, p. 441; Luís Roberto Barroso, *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites da Atuação Estatal no Controle de Preços,* Revista Diálogo Jurídico n° 14, 2002, p. 4.

[15] Nelson Eizirik, *Monopólio Estatal da Atividade Econômica,* Revista de Direito Administrativo n° 194, 1993, p. 76.

[16] Não há que confundir os conceitos de serviço público exclusivo e monopólio estatal de atividade econômica. A exclusividade costuma ser um dos *privilégios* decorrentes do regime jurídico inerente aos serviços públicos, ao passo que o monopólio estatal se refere a atividades econômicas em sentido estrito, sujeitas a regime privado, mas postas à margem do sistema de livre concorrência por decisão do legislador constituinte.

gates") das empresas concessionárias de cada Estado da Federação. Por evidente, por mais elástico que possa ser o conceito de transporte como atividade de interesse geral, não é concebível que alguém o tenha como abrangente de um conduto que forneça gás natural a uma única e específica empresa privada, qual se dá na hipótese vertente.

Como visto até aqui, toda a problemática ensejada pela consulta poderia ser dirimida no plano estritamente constitucional. No entanto, ainda que se desça ao nível normativo infraconstitucional, a solução para o caso não sofre qualquer alteração. E isso, diga-se desde logo, mesmo numa análise restrita à legislação federal. Veja-se a seguir por quê.

O art. 6°, VII, da Lei n° 9.478/97, na seção destinada às "definições técnicas" fornece a seguinte definição de "transporte":

> *"Art. 6° Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:*
>
> *VII – Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral."*

Como não poderia deixar de ser, a Lei n° 9.478/97, ao regulamentar o art. 177, IV, da Constituição Federal, cuidou de delinear aquilo que deveria estar compreendido no conceito de *transporte de gás natural por meio de conduto*. Embora tal conceito decorra da própria sistemática da Constituição, o legislador federal obrou bem ao declará-lo. Trata-se, à evidência, de atividade estratégica, voltada ao abastecimento do mercado nacional como um todo, mediante transporte do gás a granel, por meio de conduto, e entrega, nos "terminais de recepção" (*city gates*) às concessionárias estaduais responsáveis pelos serviços locais de gás canalizado.

Deveras, o que se pode compreender como uma atividade de "interesse geral"? Atividade de interesse geral é aquela cujos objetivos não aproveitam a apenas um agente econômico privado, individualmente considerado, mas a toda a coletividade de potenciais usuários do serviço ou produto. É mais que evidente que a movimentação do gás entre o Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil e a planta de liquefação da White Martins não configura atividade de *"interesse geral"*, não se amoldando ao conceito de transporte por conduto, de alçada da União Federal.

De outro lado, também não se enquadra a atividade em questão no conceito de *transferência,* previsto no art. 6°, VIII. Segundo a Lei, transferência é aquela atividade de "movimentação do gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades." Ora, não é disto evidentemente que se está aqui a tratar.

Com efeito, a transferência tem lugar nos casos de movimentação *privada* do gás, no contexto interno de um empreendimento e no interesse específico e *exclusivo* do proprietário ou explorador das facilidades. No caso vertente, ao contrário, o gás natural é entregue à concessionária no *city gate* e é conduzido pela rede de canalizações até os seus diversos usuários, dentre os quais deveria

necessariamente incluir-se a planta de liquefação da White Martins.

Os dutos que deveriam levar o gás à usina de liquefação não seriam do interesse específico nem exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades, mas constituiriam bens afetados a serviço público, do interesse direto do Estado (poder concedente). A circunstância de a rede de canalizações chegar à planta de liquefação, como usuária específica e individualizada, faria parte do contexto dos serviços públicos locais de gás canalizado. Por certo, a mesma rede que atenderia à planta da White Martins poderia atender a outras indústrias, unidades comerciais, residenciais, automotivas, dentre outras, o que, de modo claro e definitivo, afastaria o seu caráter de percurso de *interesse específico e exclusivo* de um único usuário.

Portanto, não se tratando a atividade em questão de *transporte* nem de *transferência* do gás natural, a única conclusão possível é a de que a mesma se insere no plexo de *serviços locais de gás canalizado*, cometidos pela Constituição Federal à esfera de atuação dos Estados-membros.

VI. Ainda que o art. 6º, XXII, da Lei nº 9.478/97 tenha ultrapassado os lindes da competência legislativa da União, a referência nele feita a "usuários finais", ao fito de limitar o escopo dos serviços locais de gás canalizado, não tem o condão de excluir da competência estadual o fornecimento do gás à planta de liquefação da White Martins, uma vez que tal planta será a derradeira usuária do produto "gás natural" canalizado (estado gasoso), transformando-o em outro produto – o gás natural liquefeito e envasado (GNL).

Resta, por fim, fazer uma referência – já acima prenunciada – à definição da atividade de "distribuição de gás canalizado", constante do art. 6°, XXII, da Lei n° 9.478/97. Confira-se a definição em termos literais:

> *"Art. 6°.....*
>
> *XXII – Distribuição de gás canalizado: serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2° do art. 25 da Constituição Federal."*

Como já assentado acima, a Constituição da República não apôs qualquer outro adjetivo ou expressão restritiva àquilo que consta textualmente do art. 25, § 2°, no que toca à delimitação da competência dos Estados em matéria de gás natural. Com efeito, o dispositivo se refere tão-somente a "serviços locais de gás canalizado", não os restringindo em razão do tipo de usuário ou de motivo de ordem técnica. Assim, não poderia a Lei tê-lo feito, por assim desbordar dos limites ínsitos à regulamentação legal.

Mas, ainda que assim não fosse, a expressão "usuário final" não seria suficiente para deslocar a competência sobre a atividade de movimentação do gás do Gasoduto de Transporte até a planta de liquefação, do Estado para a União Federal. Ou, dito de outro modo, a planta de liquefação não deixaria de ser

enquadrada no conceito de *usuária final,* para os fins do art. 6°, XXII, da Lei n° 9.478/97.

É que, tal como em qualquer outra atividade industrial ou comercial, a White Martins recebe o gás natural canalizado no estado gasoso e o utiliza como matéria-prima ou insumo, mediante processo de beneficiamento, para a obtenção de um produto final distinto, que é o gás natural liquefeito e envasado (GNL). Assim, após recebido na usina de liquefação da White Martins, o gás natural simplesmente deixa de existir, *transformado* que foi, via processo industrial de beneficiamento, em um produto industrializado (GNL), que será vendido a consumidores próprios. Não se trata, pois, de *revenda* do gás natural pela White Martins, mas de venda de um novo produto, produzido a partir daquela matéria-prima básica.

Em tal contexto, não se pode deixar de classificar a planta de liquefação da White Martins como *usuária final* do gás natural, porquanto esta o transforma industrialmente em outro produto, a ser comercializado a consumidores próprios e específicos.

Destarte, mesmo que considerada válida a definição de distribuição de gás canalizado constante do art. 6°, XXII, da Lei n° 9.478/97, a movimentação do gás natural do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil até a planta de liquefação da White Martins estaria nela compreendida, reafirmando a titularidade estadual do referido serviço.

VII. Diante dos expressos termos do art. 102, I, f, da Constituição da República, bem como do risco de um conflito federativo de dimensões nacionais contrapondo a União e os Estados-membros, deflagrado a partir de um precedente gerado por decisão proferida em escalão subalterno do Poder Judiciário, impõe-se o trespasse da competência para processar e julgar a causa envolvendo o "Projeto Gemini" ao Supremo Tribunal Federal.

A discussão de fundo aqui travada diz respeito à fixação do ente federativo competente para regular e explorar os serviços de movimentação do gás natural, por via de condutos, e sua entrega a usuário específico. Com efeito, está em pauta verificar onde termina a competência do ente central e onde começa a competência dos Estados e do DF no que se refere ao mercado do gás natural. Da perspectiva do direito constitucional positivo, analisou-se como se relacionam os artigos 25, § 2o e 177, IV, da Carta Magna. Trata-se, por conseguinte, de disputa entre interesses de distintos entes federados sobre as competências que lhes foram outorgadas pela Constituição.

Diante disso, a pergunta que se coloca é: qual o órgão judicial competente para processar e julgar questões advindas dos conflitos de interesses em que figurarem os entes diretamente interessados na fixação das referidas competências? A resposta soa evidente em face do que estabelece, com clareza, a Constituição da República: o Supremo Tribunal Federal.

Como regra nas democracias constitucionais, a competência do órgão

máximo do Poder Judiciário – e assim é desde *Marbury v. Madison* – será aquela definida diretamente – e tão somente – pela Constituição. Não é diferente no direito brasileiro, estabelecendo a Carta de 1988, em elenco exaustivo, as competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF).

No que diz respeito às questões postas em análise, é pertinente a transcrição da alínea "*f*", do incido I, do art. 102, que estabelece ser competência do STF processar e julgar originariamente:

> "*as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;*"

Como se extrai da literalidade da norma, estabeleceu o constituinte uma ampla competência do STF para dirimir conflitos de qualquer espécie entre Estados/Distrito Federal e União ou, ainda, entre entidades da Administração indireta de cada um deles. Assim, numa interpretação gramatical do dispositivo, todo conflito ou causa envolvendo Estados (ou Distrito Federal), suas entidades da Administração indireta (tais como: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) e a União (e/ou seus entes da Administração indireta) será processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.

É sempre oportuno lembrar, no que diz respeito ao método gramatical, que toda norma jurídica "tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto".17 É dizer: o sentido literal ou gramatical é "o conteúdo possível da lei",18 o limite para a atividade criativa do intérprete. Ora, o limite, *in casu*, é justamente o sentido claro da norma constitucional que estabeleceu ampla competência para o STF no que diz respeito a qualquer tipo de litígio em que figurem em lados opostos entidades de diferentes esferas federativas. Tal conclusão é inexorável.

Ademais, é de se consignar que a amplitude da norma tem uma finalidade específica bastante óbvia: a manutenção da própria federação, havendo necessidade de que tão logo surja a questão envolvendo referidos entes, seja a mesma decidida definitivamente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não é possível que questões que envolvam entes federativos – dos quais se espera um convívio harmônico – sejam pulverizadas por diversos juízos (estaduais ou federais) de distintos Estados. A instabilidade seria desastrosa, sendo impossível vislumbrar quão graves seriam as conseqüências.

Diante disso, o que se verifica, conforme já anunciado, é que as causas envolvendo conflitos decorrentes da fixação dos limites de competências entre Estados e União, como são aquelas ligadas à interpretação dos artigos 25, § 2o e 177, IV, da Constituição, serão de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

---

[17] Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281.

[18] Francesco Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*, 2ª ed., trad. Manuel A. D. de Andrade, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 138.

Nada obstante tal constatação, a qual decorre tanto da clareza da letra da norma quanto de sua finalidade, é de se assinalar que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu jurisprudência restritiva de sua competência para processar e julgar originariamente causas relativas à citada alínea "*f*".

Com efeito, a Corte Suprema tem ressaltado o caráter *excepcional*19 de tal competência. Nesse sentido, procura o STF especificar que apenas terá competência originária para processar e julgar causas supostamente fundadas na alínea "*f*", quando as mesmas tiverem elevado potencial ofensivo, apto a vulnerar os valores que informam o princípio federativo.20 Assim, apenas quando houver forte risco de desequilíbrio federativo21 será competente para julgamento o STF.

Diante dessa interpretação restritiva, é de se questionar, mais uma vez, se os conflitos decorrentes da interpretação dos artigos 25, § 2o e 177, IV, CF, caracterizam hipótese de competência originária do STF. A resposta mais uma vez é afirmativa.

Realmente, não há como negar que a questão é por demais tormentosa para o equilíbrio do pacto federativo para deixar de ser apreciada pelo órgão de cúpula do Estado federal brasileiro. O *efeito multiplicador* de uma decisão isolada em casos dessa natureza seria devastador, inclusive, para o desenvolvimento econômico nacional. Em cada Estado, poder-se-ia ver consolidado regime diferenciado de acordo com o entendimento de seus respectivos órgãos jurisdicionais, que poderão concluir pela competência da União ou dos Estados para regular serviços como os aqui sob exame. Assim, por exemplo, seria possível que em Minas Gerais, diferentemente de São Paulo, se entendesse que a competência para exploração dos serviços locais de gás canalizado, de competência estadual, abrange os serviços de fornecimento de gás nos moldes do "Projeto Gemini". Nesse cenário hipotético, ver-se-ia, em São Paulo, a regulação da ANP, enquanto que, em Minas Gerais, a atuação de um órgão ou ente regulador estadual.

O risco de desequilíbrio federativo é mais que translúcido. Como definir, por decisão de juízos regionais, qual é o ente federativo competente para regular o "Projeto Gemini" ou outro similar que possa vir a ser desenvolvido em qualquer outro Estado da Federação? A própria estrutura federativa restaria comprometida, eis que não estariam claras as competências de cada ente, sendo necessário aguardar a manifestação, em grau de recurso, do Supremo Tribunal Federal. Nada mais desnecessário e inconveniente, diante da previsão expressa de competência originária desta Corte para casos como este. Aliás, repise-se, a previsão de competência originária existe justamente para que se evite o adiamento de apreciação definitiva pelo órgão máximo do Poder Judiciário de questões tão relevantes para o Estado brasileiro.

É paradigmática, neste sentido, a Reclamação no 4.210, rel. Min. Ellen

---

[19] MS n^{o} 23.482-QO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 05.04.2002.

[20] ACO n^{o} 641-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.06.2005.

[21] ACO n^{o} 505, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 23.09.2005.

Gracie, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se questiona a competência da Justiça Federal paulista para processar e julgar ação em que se discutem as questões levantadas neste parecer. Em tal litígio figuram: *(i)* no pólo ativo: sociedade de economia mista federal (Petrobrás), autarquia federal (ANP) bem como a própria União (como assistente); e *(ii)* no pólo passivo: autarquia estadual de São Paulo (CSPE), além do próprio Estado de São Paulo, que teve deferido pedido de ingresso no feito como litisconsorte necessário.

Em primeiro lugar, é de se destacar que o simples fato de estarem presentes, de cada lado, diferentes entidades de cada unidade federada, além, é claro, das próprias pessoas políticas, já bastaria para caracterizar a competência do STF, conforme a sua jurisprudência. Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa:

> *"Supremo Tribunal Federal: competência originária (CF, art. 102, I, f): ação proposta por uma unidade federada, o Distrito Federal, contra a União, caso em que, à fixação da competência originária do Tribunal,* ***sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão****: precedentes."* (ACO no 555-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.09.2005)"

Mesmo que isso não fosse suficiente, é de se concluir, inexoravelmente, que a presença de tantos entes públicos de diferenciadas esferas da federação, cada qual pleiteando (de acordo com seus entendimentos, sem que se entre, neste ponto, no mérito dos mesmos) o alargamento de sua própria competência, é fato suficiente para concluir que a questão envolve a manutenção da harmonia federativa. Tal circunstância é ainda reforçada pelo ingresso do Estado do Rio de Janeiro na reclamação aludida, preocupado que está com a manutenção de sua própria competência e o efeito maléfico que uma eventual decisão isolada no Estado de São Paulo poderia causar para a certeza sobre as suas próprias atribuições constitucionais.

O efeito multiplicador – inevitável – de decisões desse porte para os Estados traria prejuízos óbvios para a relação entre os mesmos e destes com a União. O que está em jogo é a disputa pela competência regulatória e de outorga da concessão, o que torna a questão demasiadamente relevante para ser resolvida de maneira pulverizada por juízos monocráticos em cada ente federado. Assim é que se conclui, por todas as razões expostas, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para processar e julgar ações em que se discutam os temas neste parecer abordados. É necessário que decisão desta magnitude seja decidida pelo órgão de cúpula do Judiciário e não por órgãos a ela subalternos.

VIII. Respostas objetivas aos quesitos.

1) Pode a Petrobrás (ou empresa sob seu controle) realizar a movimentação de gás natural, no território do Estado de São Paulo, diretamente do Gasoduto de Transporte Bolívia-Brasil (GASBOL) até a planta de liquefação da White Martins situada em Paulínia – SP, com

fundamento no art. 177, IV, da Constituição da República? Qual o sentido e abrangência do monopólio do *transporte do gás natural, por meio de conduto*, nos termos do art. 177, IV, da Constituição Federal e do art. 6º, VII, da Lei nº 9.478/97?

Não. A Petrobrás não está autorizada, pela lei ou pela Constituição, a realizar a movimentação física do gás natural, no interior de um Estado da Federação, com a finalidade de fornecê-lo a usuário específico e individualizado (*by pass*). O transporte do gás natural, por meio de conduto, se configura como uma atividade de *interesse geral,* voltada ao abastecimento do mercado nacional como um todo e de forma indivisível. Assim, tal atividade se restringe à movimentação física do gás a granel, das áreas produtoras até os terminais de recepção localizados nos Estados (os chamados *city gates*), e sua entrega às empresas concessionárias estaduais, responsáveis pela operação das redes locais de gás canalizado.

2) É o *by pass* pretendido pelo consórcio Petrobrás-White Martins compatível com a competência estadual estabelecida no art. 25, § 2º, da Constituição da República, para *explorar os serviços locais de gás canalizado*?

Não. O *by pass* pretendido pelo consórcio Petrobrás-White Martins é incompatível:

(i) com a ***literalidade*** do texto do art. 25, § 2°, da Constituição (interpretação gramatical), que se refere aos *serviços locais de gás canalizado,* no plural e com uso do artigo definido, sem qualquer outra restrição de abrangência;

(ii) com a ***sistemática*** do texto constitucional (interpretação sistemática), que limita a competência da União para o transporte de gás natural por conduto ao atendimento do *interesse nacional* e abastecimento do mercado nacional como um todo, e não ao fornecimento a usuário privado específico;

(iii) e com a ***teleologia*** do texto constitucional (interpretação finalística), que atribui aos Estados, diretamente ou por intermédio de suas concessionárias, com exclusividade, a exploração de *todos* os serviços locais de gás canalizado, em ordem a assegurar, através de ganhos de escala e subsídios cruzados, a universalização, modicidade e continuidade da oferta de tal utilidade pública a toda a população.

3) A circunstância de o fornecimento do gás natural ser destinado a uma usina de liquefação altera de alguma forma a definição do ente competente para, diretamente ou mediante empresa contratada, prestar tal serviço?

Não. A Constituição não restringe a competência estadual segundo os *fins* para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros), nem tampouco pela *natureza do seu usuário* (se final ou não). A despeito disso, a planta de liquefação da White Martins se qualificaria como *usuária final* do gás natural, enquadrando a atividade de movimentação do gás do Gasoduto de Transporte até ela no conceito de “distribuição de gás canalizado”,

nos termos e para os fins do art. 6°, XXII, da Lei n° 9.478/97, o que apenas serve para reafirmar a titularidade estadual sobre o serviço.

4) É o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, compatível com a Constituição da República?

Sim. Diante da amplitude e abarcância do art. 25, § 2°, da Constituição da República, é lícito concluir que os *serviços locais de gás canalizado* alcançam todo e qualquer usuário do produto, incluindo os usuários residenciais, industriais, comerciais, automotivos, dentre outros, como dispõe o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo.

5) Configurado um conflito entre a União (e uma sua autarquia), de um lado, e um Estado da Federação (e uma sua autarquia), de outro lado, em dimensões tais que possam comprometer a paz federativa, qual o órgão jurisdicional competente para dirimi-lo? No caso específico da ação ordinária n° 2005.61.00.029794-9, em que contendem, de um lado, a Petrobrás, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a União Federal, e, de outro lado, a CSPE (autarquia do Estado de São Paulo), o Estado de São Paulo e a COMGÁS, qual seria o órgão jurisdicional competente para processá-la e julgá-la?

Nos termos do art. 102, I, *f,* da Constituição da República, o órgão jurisdicional competente é o Supremo Tribunal Federal. Tal conclusão decorre assim da literalidade como da finalidade da norma constitucional. A controvérsia em questão envolve evidentes riscos para o equilíbrio federativo, porquanto o efeito multiplicador decorrente de eventuais decisões isoladas seria devastador para o regular desenvolvimento do mercado de gás natural, da economia nacional como um todo e para os usuários dos serviços de gás canalizado em geral. São também evidentes os riscos de prejuízos para todos os Estados da Federação e suas concessionárias dos serviços locais de gás canalizado, que ficariam à mercê de distintas decisões de órgão jurisdicionais subalternos, potencialmente contraditórias.

****

FIM DO DOCUMENTO

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BINENBOJM, Gustavo. Transporte e Distribuição do Gás Natural no Brasil. Delimitando as Fronteiras entre as Competências Regulatórias Federais e Estaduais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível