



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

ISABELLA TANUY GONÇALVES

**A ABERTURA DO MERCADO DE GÁS NATURAL NO BRASIL:
CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E COMPETÊNCIA**

*The Opening of the Natural Gas Market in Brazil:
Competition, Regulation and Jurisdiction*

Brasília
2020

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A ABERTURA DO MERCADO DE GÁS NATURAL NO BRASIL:
CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E COMPETÊNCIA**

Autor: Isabella Tanuy Gonçalves

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 11 de dezembro de 2020.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ISABELLA TANUY GONÇALVES

A Abertura do Mercado de Gás Natural no Brasil: Concorrência, Regulação e Competência

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 11 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello
(Membro)

Prof. Dr. Bolívar Moura Rocha
(Membro)

Prof. Me. Angelo Gamba Prata de Carvalho
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Brasília os últimos cinco anos de crescimento e aprendizado constante – acadêmico, profissional e pessoal.

Agradeço ao professor Marcio Iorio, a quem devo pela orientação ao longo deste trabalho, com revisões detalhadas e comentários precisos, e pelo interesse em Direito Regulatório desde as aulas de Direito Administrativo 3 em 2018.

Agradeço à professora Ana Frazão, que é fonte de inspiração acadêmica e profissional desde os primeiros semestres do curso de graduação.

Agradeço ao Bolívar os ensinamentos constantes e o incentivo à reflexão e ao aperfeiçoamento profissional. Sou muito grata por todo o aprendizado na equipe de Levy & Salomão.

Agradeço aos demais professores que fizeram parte da minha trajetória como estudante e como ser humano – obrigada por me ensinarem a questionar e refletir.

Agradeço aos amigos da FD/UnB: Anna, Elisa, Giovanna M., Luana, Leonardo, Eduardo, Bruno e Ana Letícia. Agradeço à Giovanna C. a amizade desde o primeiro dia de encontro e os (vários) momentos que compartilhamos ao longo da graduação. Agradeço ao Fernando as tardes de companhia no estágio no último ano, com conversas, reclamações e ajudas constantes – e fotos de países que não conhecemos.

Agradeço à Marina os dias de escritório, as conversas infinitas, os desabafos, os lanches da tarde, os conselhos e a preocupação de sempre.

Agradeço ao Luís Carlos o carinho, a parceria, a paciência nas inúmeras leituras de texto e o apoio ao longo do curso, deste trabalho e do dia a dia.

Agradeço à minha mãe, Regina, e à minha irmã, Letícia, o amor, a confiança e a compreensão de sempre. Obrigada por serem minhas companheiras de vida.

FICHA CATALOGRÁFICA

GI74a Gonçalves, Isabella Tanuy
 A Abertura do Mercado de Gás Natural no Brasil:
Concorrência, Regulação e Competência / Isabella Tanuy
Gonçalves; orientador Marcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2020
 54 p.

 Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2020.

 1. Mercado de gás natural. 2. Concorrência e regulação
setorial. 3. Primary Jurisdiction Doctrine. 4. Política
regulatória. 5. Teorias Substantivas da Regulação. I. Iorio
Aranha, Marcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

GONÇALVES, I. T. (2020). A Abertura do Mercado de Gás Natural no Brasil: Concorrência, Regulação e Competência. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 54 p.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DO MERCADO DE GÁS NATURAL NO BRASIL E ABERTURA COMERCIAL	4
1.1. EXPLORAÇÃO DO GÁS NATURAL NO BRASIL	4
1.2. ABERTURA DO MERCADO DE GÁS NATURAL	6

CAPÍTULO II

CRÍTICAS AO TCC DA PETROBRAS: EMBATES ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA	11
2.1. INVESTIGAÇÕES DO CADE QUE RESULTARAM NO TCC.....	11
2.1.1. Comgás x Petrobras: investigação de suposta discriminação de preços	11
2.1.2. Abegás x Petrobras: investigação de suposto abuso de posição dominante	14
2.2. TERMOS DO TCC CELEBRADO PELA PETROBRAS	16
2.3. CRÍTICAS AO ACORDO CELEBRADO	19
2.4. LIMITES À COMPETÊNCIA DO CADE EM SETORES REGULADOS	24
2.4.1. Regulação e Concorrência: origem e distinções	24
2.4.2. Conflitos entre Regulação e Concorrência: a <i>Primary Jurisdiction Doctrine</i>	27
2.4.3. A <i>Primary Jurisdiction Doctrine</i> e o TCC da Petrobras	31

CAPÍTULO III

TEORIA JURÍDICA DA REGULAÇÃO E O MERCADO DE GÁS NATURAL	36
3.1. REGULAÇÃO E POLÍTICA REGULATÓRIA	36
3.1.1. Histórico da atividade regulatória	38
3.1.2. Política regulatória	41
3.2. PRESSUPOSTOS DA TEORIA SOCIAL DA REGULAÇÃO E DA TEORIA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO.....	42
3.3. REGULAÇÃO NO SETOR DE GÁS NATURAL	43
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
ANEXO A – VOTO RELATOR NO PA Nº 08700.002600/2014-30	
ANEXO B – TCC DA PETROBRAS	

Resumo

No contexto da abertura do mercado brasileiro de gás natural, pauta atualmente relevante para promover a concorrência no setor energético brasileiro, verifica-se que o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado entre a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2019 representou alteração expressiva na estrutura do mercado, ao estabelecer uma série de desinvestimentos e obrigações comportamentais à Petrobras. Diante disso, o presente trabalho visa discutir a competência do CADE para reformular substancialmente estruturas de mercado e as possíveis consequências do TCC celebrado para o mercado de gás natural. Para tanto, analisam-se o histórico econômico e normativo do setor de gás natural no Brasil, os termos do TCC, a competência para a definição de políticas regulatórias e soluções teóricas para possíveis conflitos entre regulação setorial e concorrência. A partir disso, conclui-se *(i)* que o referido acordo extrapola os limites de atuação da autoridade concorrencial brasileira no mercado de gás natural, com base na *Primary Jurisdiction Doctrine*; e *(ii)* que intervenções estruturais de grande impacto para o mercado devem ser realizadas pelas respectivas autoridades regulatórias, as quais, segundo os pressupostos da Teoria Social da Regulação e da Teoria Institucional da Regulação, não consideram apenas embates entre atores privados quando de sua atuação, mas buscam atender ao melhor interesse público, estabelecendo estratégias e políticas bem definidas.

Palavras-chaves: gás natural; desverticalização; abertura do mercado de gás natural; concorrência e regulação setorial; TCC da Petrobras; *Primary Jurisdiction Doctrine*; competência; política regulatória.

Abstract

In the context of the recent opening of the Brazilian natural gas market, which is presently relevant to increase competition in the Brazilian energy sector, the settlement agreement (TCC) entered into between Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) and the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in 2019 represented a significant change in the market structure, by establishing multiple divestments and behavioral obligations to Petrobras. Considering these events, this paper aims to discuss CADE's jurisdiction to substantially redesign market structures and the possible consequences of the TCC matter regarding the natural gas market. This paper shall also analyze the economic and normative history of the natural gas market in Brazil, the TCC's terms and conditions and which authority has jurisdiction to define regulatory policies and theoretical solutions for eventual conflicts between sectoral regulation and competition. Finally, this paper reaches the conclusion that (i) according to the Primary Jurisdiction Doctrine, the TCC's terms and conditions exceed CADE's power to interfere in the natural gas market and (ii) structural interventions of great impact to the market must be implemented by the respective regulatory authorities, which, according to the assumptions of the Social Regulation Theory and the Institutional Regulation Theory, consider not only conflicts between private parties, but seek to serve the public interest by establishing well-defined strategies and policies.

Keywords: natural gas; vertical disintegration; opening of the natural gas market; competition and sectoral regulation; Petrobras TCC; Primary Jurisdiction Doctrine; jurisdiction; regulatory policy.

Lista de Acrônimos

<i>Abegás</i>	<i>Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado</i>
<i>ACC</i>	<i>Acordo em Controle de Concentrações</i>
<i>ANP</i>	<i>Agência Nacional do Petróleo</i>
<i>CADE</i>	<i>Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i>
<i>CDL</i>	<i>Companhia Distribuidora Local</i>
<i>CNP</i>	<i>Conselho Nacional do Petróleo</i>
<i>CNPE</i>	<i>Conselho Nacional de Política Energética</i>
<i>Comgás</i>	<i>Companhia de Gás de São Paulo</i>
<i>DEE</i>	<i>Departamento de Estudos Econômicos</i>
<i>DNC</i>	<i>Departamento Nacional de Combustíveis</i>
<i>EPE</i>	<i>Empresa de Pesquisa Energética</i>
<i>GBD</i>	<i>Gás Brasileiro Distribuidora S.A.</i>
<i>GNL</i>	<i>Gás Natural Liquefeito</i>
<i>MME</i>	<i>Ministério de Minas e Energia</i>
<i>MPF</i>	<i>Ministério Público Federal</i>
<i>NPP</i>	<i>Nova Política de Preços</i>
<i>NTS</i>	<i>Nova Transportadora do Sudeste S.A.</i>
<i>PA</i>	<i>Processo Administrativo</i>
<i>PIB</i>	<i>Produto Interno Bruto</i>
<i>PROCADE</i>	<i>Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE</i>
<i>RICADE</i>	<i>Regimento Interno do CADE</i>
<i>SBDC</i>	<i>Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</i>
<i>SDE</i>	<i>Secretaria de Direito Econômico</i>
<i>Seae</i>	<i>Secretaria de Acompanhamento Econômico</i>
<i>SG</i>	<i>Superintendência-Geral do CADE</i>
<i>SIM</i>	<i>Superintendência de Infraestrutura e Movimentação</i>
<i>TAG</i>	<i>Transportadora Associada de Gás S.A.</i>
<i>TBG</i>	<i>Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A.</i>
<i>TCC</i>	<i>Termo de Compromisso de Cessação</i>
<i>TCQ</i>	<i>Transportation Capacity Quantity</i>

INTRODUÇÃO

O gás natural consiste em mistura de derivados de combustíveis fósseis; especificamente, segundo a Lei nº 9.478/1997, trata-se de todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros.

Embora existam registros de seu uso econômico já no século XVIII na China, a inserção do gás natural no cenário mundial como atividade econômica se deu no início do século XX, quando as técnicas de construção de gasodutos evoluíram, permitindo o transporte de grandes volumes a longas distâncias. O uso do gás natural como fonte de suprimento energético, contudo, se desenvolveu principalmente após a crise do petróleo no Oriente Médio na década de 1970, quando as grandes potências passaram a diversificar seus suprimentos de energia. Desde então, o gás natural passou a ser utilizado em grande escala por vários países, como Estados Unidos, Canadá, Japão além da grande maioria dos países Europeus.

No Brasil, a utilização do gás natural teve início por volta de 1940, com as descobertas de óleo e gás na Bahia, e se ampliou na década de 1980 com a exploração da Bahia de Campos, no estado do Rio de Janeiro, e posteriormente com o fim do gasoduto Brasil-Bolívia (GasBol). A partir disso, sua importância aumentou bastante, sendo que em 2018 já representava 12,9% da matriz energética brasileira (EPE, 2018, p. 21).

O mercado de gás natural é, portanto, um segmento altamente estratégico para o país, haja vista a utilização de seu produto como insumo em processos de combustão para geração de energia, calor e frio, na cadeia produtiva de diversas indústrias, como a siderúrgica e a petroquímica e na produção de combustíveis, fertilizantes e vidros (LOSS, 2007, p. 60). Trata-se de setor regulado, em que o acompanhamento, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas são de responsabilidade da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e o assessoramento do Presidente da República para definição de políticas e diretrizes de energia, de competência do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE).

No contexto da agenda de privatizações do atual governo federal, a abertura do mercado de gás natural consiste em pauta relevante, cujo objetivo é formar um mercado aberto, dinâmico e competitivo, bem como promover condições para a redução do preço do gás natural. Trata-se de mudança significativa no setor, que, até o ano de 1995, estava sob monopólio constitucional da Petrobras por opção do legislador constituinte.

Após a Emenda Constitucional nº 9, que flexibilizou o monopólio da União, constituindo avanço jurídico expressivo, diversas medidas foram aprovadas, sem, contudo, promover alteração significativa na dinâmica da indústria de gás natural durante anos. Em 2018, por meio do Decreto nº 9.616/2018, o governo buscou promover o acesso de terceiros à infraestrutura e desverticalizar as atividades de transporte das demais da cadeia de gás natural, visando à abertura de mercado. Todavia, foi o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado pela Petrobras com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2019 que representou alteração mais expressiva na estrutura do mercado, ao estabelecer uma série de desinvestimentos e obrigações comportamentais.

O presente trabalho se insere, portanto, no contexto das referidas mudanças econômicas e políticas no mercado de gás natural. O objetivo é precisamente analisar (i) em que medida está o CADE autorizado a reformular substantivamente a estrutura de mercado, (ii) de quem é a competência para impor tais medidas e (iii) quais as possíveis consequências do acordo celebrado para o mercado de gás natural. A pesquisa se justifica à medida que (i) o debate acadêmico brasileiro sobre o tema é incipiente, por se tratar de assunto muito recente; (ii) a definição da competência administrativa para a estruturação e a regulação de mercados é fator relevante para a própria eficiência das políticas econômicas; (iii) o mercado de gás natural é setor econômico estrategicamente importante para o país.

A discussão proposta é amparada, por um lado, pela *Primary Jurisdiction Doctrine*, teoria que diz respeito a um mecanismo de solução de conflitos em casos em que a autoridade antitruste tem competência para atuar em um mercado regulado. Nessas situações, a *Primary Jurisdiction* defende certa deferência à agência reguladora por parte da autoridade antitruste, principalmente quando há fatos complexos e a agência reguladora está em uma posição melhor para avaliar a situação como um todo (HOVENKAMP, 2016, p. 956).

Por outro lado, também se utilizam os pressupostos da Teoria Social da Regulação, cujos principais representantes são Robert Stewart e Cass Sunstein, e da Teoria Institucional da Regulação. Isso porque ambas compreendem a regulação como um fenômeno jurídico mais amplo que a simples resolução pontual de conflitos entre atores econômicos, envolvendo a produção de estratégias jurídicas de comando de setores regulados e a possibilidade de tomada de decisões regulatórias em prol do interesse público (STEWART, 1988), para a primeira, e da materialização de direitos fundamentais, para a segunda.

Com base nisso, busca-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: qual a relação (i) entre a *Primary Jurisdiction Doctrine* e a atuação do CADE relativa ao TCC celebrado com a Petrobras e (ii) entre os pressupostos da Teoria Social da Regulação e da Teoria Institucional da Regulação e a política regulatória do governo brasileiro em relação ao mercado de gás natural?

A hipótese delineada é a de que (i) o TCC celebrado com Petrobras extrapola a competência do CADE quanto a sua possibilidade de atuação no mercado de gás natural, em oposição ao que prevê a *Primary Jurisdiction Doctrine*, e (ii) o governo brasileiro, ao regular o mercado de gás natural, não considera apenas embates entre atores privados, mas busca atender ao melhor interesse público, conforme pressupõem a Teoria Social da Regulação e a Teoria Institucional da Regulação, estabelecendo, para tanto, estratégias e políticas bem definidas.

Ressalta-se, contudo, que o presente estudo não tem por objetivo valorar a política de abertura do mercado de gás natural ou avaliar substantivamente as decisões que levaram ao referido cenário, tampouco tem a pretensão de afirmar que todas as ações do governo brasileiro no contexto do mercado de gás natural são ou foram pautadas pelo melhor interesse público. Também não se visa discutir de forma aprofundada as ideias da Teoria Social da Regulação e da Teoria Institucional da Regulação como pensamentos produzidos em contexto e local específicos, mas sim abordar seus pressupostos enquanto teses substantivas extremamente relevantes para a compreensão da teoria jurídica da regulação como um todo. De outro modo, pretende-se, assim, avaliar a competência para a redefinição da estrutura do segmento de gás natural e os elementos que compõem o processo de tomada de decisões de forma ampla no âmbito regulatório.

Para tanto, este trabalho se divide em três capítulos: (i) no primeiro, aborda-se o histórico do mercado de gás natural no Brasil, desde a instituição do monopólio da indústria até as recentes mudanças legislativas e administrativas em prol da abertura comercial do mercado; (ii) o segundo tem por objetivo apresentar as críticas ao TCC celebrado entre Petrobras e CADE enquanto um dos fatores centrais de promoção da abertura do mercado de gás natural, analisando-se a competência da autoridade concorrencial para promover tal intervenção; (iii) por fim, o terceiro capítulo busca definir o papel da regulação e a competência para a definição de políticas regulatórias de forma ampla, apresentando os pressupostos da teoria jurídica da regulação.

CAPÍTULO I:

HISTÓRICO DO MERCADO DE GÁS NATURAL NO BRASIL E ABERTURA COMERCIAL

O objetivo deste capítulo é apresentar o histórico do mercado de gás natural no Brasil, desde a instituição do monopólio da indústria, passando por sua extinção, até as recentes mudanças legislativas e administrativas em prol da abertura comercial do mercado. O entendimento acerca da evolução do setor é relevante à medida que apresenta a dinâmica do mercado e suas mudanças recentes, contextualizando a celebração do acordo entre CADE e Petrobras, aspecto central deste trabalho.

Para tanto, divide-se o capítulo em duas partes: *(i)* a primeira compreende o início da exploração de gás natural no Brasil, a formação do monopólio sobre o insumo e sua posterior flexibilização; e *(ii)* a segunda aborda uma nova fase de mercado, incluindo as recentes iniciativas em prol da abertura do setor de gás e o lançamento do Programa Novo Mercado de Gás em 2019.

1.1. EXPLORAÇÃO DO GÁS NATURAL NO BRASIL

A exploração do gás natural no Brasil se iniciou na década de 1940, a partir da descoberta de óleo e gás no Recôncavo Baiano. Nesse período, anterior à criação da Petrobras, empresas privadas brasileiras, autorizadas pelo Conselho Nacional do Petróleo, podiam explorar o insumo. Em 1953, contudo, a Lei nº 2.004 determinou o monopólio da União sobre *(i)* a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros existentes no território nacional; *(ii)* o refino do petróleo nacional ou estrangeiro; e *(iii)* o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no país, e o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem¹.

Na prática, o advento da referida lei representou a consolidação do monopólio da Petrobras, que produzia o gás e vendia diretamente a consumidores finais, embora nessa época a participação do gás natural na matriz energética nacional fosse inferior a 1%. Na década de 1980, contudo, a descoberta das reservas petrolíferas e gaseíferas na Bacia de Campos, com

¹ Lei nº 2.004/1953, Art. 1º.

grande potencial de exploração, constituiu marco importante para o aumento do consumo de gás natural no país.

Em 1988, a promulgação da nova Constituição produziu diversas mudanças no setor, incluindo a determinação de que caberia aos Estados da Federação “explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais do gás canalizado”². Não sendo mais permitida à Petrobras a venda direta a consumidores finais, essa passou a manter participação societária em quase todas as empresas de distribuição, a fim de se manter presente no segmento de mercado.

Com o advento das Emendas Constitucionais nº 5 e nº 9, em 1995, foi autorizada *(i)* a concessão, pelos Estados, dos serviços de gás canalizado a empresas privadas e *(ii)* a contratação, pela União, de atividades do setor de óleo e gás junto a empresas privadas, como pesquisa, lavra de jazidas de gás e seu transporte por meio de dutos (ANP, 2019). Tais mudanças representaram avanço jurídico significativo, haja vista a permissão constitucional para a atuação de agentes privados na indústria de gás natural.

Posteriormente, a Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo) revogou a Lei nº 2.004/1953 e promoveu enfim a flexibilização infraconstitucional do monopólio da Petrobras, ratificando a propriedade da União sobre os depósitos de petróleo e gás, estabelecendo os princípios da política energética e criando o CNPE, a ANP e as normas para participação de outras empresas no setor.

Dentre as competências atribuídas ao CNPE, destacam-se: *(i)* estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas; *(ii)* estabelecer diretrizes para o uso de gás natural como matéria-prima em processos produtivos industriais, mediante a regulamentação de condições e critérios específicos, que visem a sua utilização eficiente e compatível com os mercados interno e externos; *(iii)* definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento³.

Referida legislação determinou ainda a competência da ANP para regular, contratar e fiscalizar as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo e gás, cabendo-lhe: *(i)* implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e

² Constituição Federal de 1988, Art. 25, §2º (redação original).

³ Lei nº 9.478/1997, Art. 2º.

biocombustíveis, contida na política energética nacional; *(ii)* fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; *(iii)* estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; *(iv)* articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE; *(v)* regular e fiscalizar o exercício da atividade de estocagem de gás natural, inclusive no que se refere ao direito de acesso de terceiros às instalações concedidas; e *(vi)* regular e fiscalizar o acesso à capacidade dos gasodutos⁴.

Segundo dados levantados pela ANP, o novo regime regulador promoveu o crescimento da produção de gás natural, que passou de 29,6 milhões de metros cúbicos por dia em 1998 para 63 milhões no final de 2010. Antes uma fonte residual de energia, o gás natural passou a ter cerca de 10% de participação na matriz energética brasileira em 2011, tendo o setor de óleo e gás crescido mais de 300% nesse período e passado a responder por cerca de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) do país (OLIVEIRA, 2013).

1.2. ABERTURA DO MERCADO DE GÁS NATURAL

A despeito do crescimento da indústria e da atuação de empresas multinacionais nos segmentos flexibilizados na década de 1990, não houve até o momento mudança significativa na dinâmica do setor. Decorridas duas décadas desde as alterações legislativas, a Petrobras permanece como *(i)* monopolista no fornecimento de gás natural, sendo a única vendedora atacadista para clientes industriais, companhias distribuidoras locais e usinas termelétricas, e *(ii)* monopsonista em relação a quase todos os produtores de gás, já que adquire quase a totalidade da produção interna de seus concorrentes (ANP/SIM, 2018, p. 26)⁵.

Nos últimos anos, contudo, foram implementadas algumas medidas para a promoção de um mercado competitivo, como *(i)* a política de desinvestimentos de ativos da Petrobras relativos ao setor de gás natural; *(ii)* a criação do programa Gás para Crescer; *(iii)* a edição do Decreto nº 9.616/2018, que atualizou a regulamentação da Lei do Gás; *(iv)* a edição da Resolução 16/2019 pelo Conselho Nacional de Política Energética, visando ao aperfeiçoamento de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural;

⁴ Lei nº 9.478/1997, Art. 8º.

⁵ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-14-2018-sim.pdf>. Acesso: 22 de agosto de 2019.

e (v) a celebração de Termo de Compromisso de Cessação entre o CADE e a Petrobras (MOTTA, 2020, p. 66). Tais acontecimentos serão expostos com mais detalhes a seguir.

Em 2015, a Petrobras iniciou um processo de desinvestimento de alguns ativos do setor de gás natural e redução de sua participação no mercado, o que representou uma oportunidade para a revisão do marco legal e regulatório setorial. Diante disso, em junho de 2016, foi lançada a iniciativa Gás para Crescer, cujo objetivo era estudar e elaborar propostas para manter o adequado funcionamento do setor e aprimorar o arcabouço normativo do mercado de gás diante de um cenário de redução da participação da Petrobras (DGN/MME). Para tanto, o programa contou com a participação de agentes da indústria do gás natural, órgãos governamentais, sociedade civil e universidades nas discussões.

Tal iniciativa representou uma oportunidade de diversificação dos agentes do setor e aumento da competição, uma vez que já antecipava a redução da presença da Petrobras na cadeia produtiva. Órgãos e entidades do governo federal passaram a monitorar continuamente o mercado de gás natural, com a participação ativa de diversas associações e empresas nas discussões propostas, trocando experiências no estudo de ineficiências e problemas do setor para delinear soluções adequadas.

Nessa linha, o CNPE publicou a Resolução nº 10/2016, que estabeleceu as diretrizes estratégicas para o desenho do novo mercado de gás natural e criou o Comitê Técnico para o Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural no Brasil, visando à formação de um mercado competitivo. Tais medidas tinham por objetivo (i) garantir a transição gradual e segura para a manutenção do adequado funcionamento do setor de gás natural e (ii) avaliar a possibilidade de aceleração da transição.

Dentre as diretrizes fixadas pela referida resolução, é possível citar (i) a remoção de barreiras econômicas e regulatórias às atividades de exploração e produção de gás natural; (ii) o reforço da separação entre as atividades potencialmente concorrenciais, produção e comercialização de gás natural, das atividades monopolísticas, transporte e distribuição; (iii) o aumento da transparência em relação à formação de preços e a características, capacidades e uso de infraestruturas acessíveis a terceiros; (iv) a concessão de incentivos à redução dos custos de transação da cadeia de gás natural e ao aumento da liquidez no mercado, contribuindo para uma maior dinamização do setor; e (v) a promoção do acesso não discriminatório de terceiros aos gasodutos de escoamento, Unidades de Processamento de Gás Natural (UPGNs) e Terminais de Regaseificação⁶.

⁶ Resolução nº 10/2016, Art. 2º.

Sendo a clara a intenção do governo de promover a abertura do mercado de gás natural, foi editado posteriormente o Decreto nº 9.616/2018, que atualizou o decreto regulamentador da Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás) de acordo com as diretrizes estabelecidas pela iniciativa Gás para Crescer.

Conforme consta de sua exposição de motivos⁷, as principais alterações podem ser consolidadas em cinco aspectos: (i) simplificação do processo de expansão das malhas de gasodutos, visando à maior dinamicidade e à melhor distribuição de responsabilidade entre os atores no processo de planejamento; (ii) introdução do sistema de entradas e saídas para transporte de gás natural, possibilitando que a negociação do gás natural ocorra dentro da malha, independentemente de sua localização física; (iii) promoção da desverticalização entre as atividades de transporte de gás natural e as demais da cadeia; (iv) acesso de terceiros aos gasodutos de escoamento, às unidades de processamento de gás natural, aos terminais de gás natural liquefeito (GNL) e às instalações de estocagem; e (v) tentativa de harmonização entre regulações das esferas federal e estadual (MOTTA, 2020, p. 73).

Em 2019, com a posse do novo presidente da Petrobras, alinhado a essas diretrizes, a empresa passou a ter maior foco na exploração e produção de petróleo. A nova gestão se mostrou contra a manutenção do monopólio no setor de gás natural e a favor da abertura comercial em prol do crescimento econômico e da formação de um mercado competitivo, incentivando, portanto, mudanças legislativas e regulatórias e a venda de ativos para a iniciativa privada⁸.

No mesmo ano, foi instituído, por meio da Resolução CNPE nº 4, o Comitê de Promoção da Concorrência do Mercado de Gás Natural no Brasil, com competência para propor medidas de estímulo à concorrência no mercado de gás natural, encaminhar ao CNPE recomendações de diretrizes e aperfeiçoamentos de políticas energéticas orientadas à promoção da livre concorrência no setor e propor ações a entes federativos para a promoção de boas políticas regulatórias. Como resultado das propostas apresentadas pelo referido comitê, o CNPE aprovou novo ato normativo, a Resolução nº 16/2019 (CMGN/MME, 2019).

Tal resolução estabelece diretrizes de política energética voltadas a promover a concorrência no mercado de gás natural, definindo como deve ser a transição para um mercado concorrencial e estabelecendo, como de interesse da política energética nacional, medidas

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Exm/Exm-Dec-9616-18.pdf. Acesso: 2 de maio de 2020.

⁸ Ver o discurso de posse do presidente Castello Branco. Disponível em: https://www.agenciapetrobras.com.br/upload/documentos/apresentacao_g8yEY2Z7uU.pdf. Acesso em: 3 de maio de 2020.

estruturais e comportamentais a serem observadas pelo agente de posição dominante no setor de gás natural, a Petrobras.

De forma sintética, o CNPE dispõe que a transição para um mercado competitivo de gás natural deve ocorrer mediante *(i)* a criação de condições para ampliação do acesso e do aumento da eficiência na operação e na utilização das infraestruturas de transporte de gás natural; *(ii)* a promoção da independência dos transportadores de gás natural para eliminar potenciais conflitos de interesse e garantir a oferta ampla e não discriminatória de serviços de transporte; *(iii)* a restrição de operações entre comercializadores de gás natural e concessionárias de distribuição de gás canalizado que sejam partes relacionadas, isto é, do mesmo grupo econômico; *(iv)* o aumento da transparência quanto ao teor dos contratos de compra e venda de gás natural para o atendimento do mercado cativo e quanto às regras para o acesso negociado e não discriminatório às infraestruturas de escoamento e processamento de gás natural; *(v)* a alienação total das ações que a Petrobras detém, direta ou indiretamente, nas empresas de transporte e distribuição de gás natural; e *(vi)* a promoção de programa de venda de gás natural por meio de leilões e a remoção de barreiras para que os próprios agentes produtores comercializem o gás que produzem⁹.

Há ainda orientações direcionadas aos entes federativos, quais sejam: *(i)* o aumento da transparência do teor dos contratos de compra e venda de gás natural para atendimento do mercado cativo; *(ii)* a aquisição de gás natural pelas distribuidoras estaduais de forma transparente e que permita ampla participação de todos os ofertantes; *(iii)* maior transparência na metodologia de cálculo tarifário e na definição dos componentes na tarifa, *(iv)* a adoção de metodologia objetiva de cálculo tarifário, que dê os corretos incentivos econômicos aos investimentos e à operação eficiente das redes; e *(v)* a privatização das concessionárias estaduais de serviço local de gás canalizado, isto é, das Companhias Distribuidoras Locais¹⁰ (CDLs)¹¹.

O ato normativo também recomenda ao Ministério de Minas e Energia (MME), em articulação com o Ministério da Economia, a ANP e a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a criação de condições para facilitar a participação de empresas privadas na oferta do gás importado da Bolívia¹². Além disso, prevê que essas mesmas entidades, em conjunto com o CADE, monitorem a implementação das ações necessárias à abertura do mercado de gás

⁹ Resolução CNPE nº 16/2019, Art. 2º.

¹⁰ Trata-se de sociedades empresárias que fornecem serviço de gás canalizado aos seus consumidores, que podem ser indústrias, comércios ou residências.

¹¹ Resolução CNPE nº 16/2019, Art. 5º.

¹² Resolução CNPE nº 16/2019, Art. 6º.

natural, propondo medidas adicionais e complementares ao CNPE, caso necessário¹³.

Em 23 de julho de 2019, ocorreu o lançamento oficial do Programa Novo Mercado de Gás pelo Presidente da República, em que foi proposta a criação do Comitê de Monitoramento da Abertura do Mercado de Gás Natural, instituída pelo Decreto nº 9.934/2019, com a finalidade de monitorar a implementação das ações necessárias à abertura do mercado de gás natural e propor ao CNPE eventuais medidas complementares.

Referido programa visa implementar as medidas necessárias ao desenho do novo mercado de gás natural, com foco em normas infralegais e em uma estratégia negocial em relação aos estados e aos agentes dominantes do mercado, sem abandonar a importância de alterações legislativas para a concretização do projeto. Assim, o Programa Novo Mercado de Gás tem como pilares *(i)* a promoção da concorrência, *(ii)* a harmonização das regulações estaduais e federal, *(iii)* a integração do setor de gás com os setores elétrico e industrial, e *(iv)* a remoção de barreiras tributárias. (CMGN/MME, 2019).

É nesse contexto de abertura de mercado, portanto, que se deu a assinatura do TCC da Petrobras com o CADE, duas semanas após a publicação da Resolução CNPE nº 16/2019. Referido acordo previu uma série de desinvestimentos, compromissos comportamentais e questões de governança corporativa muito alinhados às recomendações do CNPE, sendo talvez a medida mais enérgica pela abertura do setor até o momento, o que será abordado com maior profundidade no capítulo seguinte.

¹³ Resolução CNPE nº 16/2019, Art. 8º.

CAPÍTULO II:

CRÍTICAS AO TCC DA PETROBRAS: EMBATES ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

O segundo capítulo visa apresentar as críticas ao Termo de Compromisso de Cessação celebrado entre a Petrobras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, já mencionado no capítulo anterior como um dos fatores centrais de promoção da abertura do mercado de gás natural. Especificamente, serão abordados os termos do acordo, a adequação do instrumento utilizado e, principalmente, a falta de competência do CADE para intervir de forma acentuada em políticas regulatórias definidas por sucessivos governos durante anos, evidenciando o debate sobre limites entre regulação e concorrência.

Tal discussão é relevante para este trabalho, porquanto permite compreender as previsões do acordo e responder aos questionamentos propostos acerca da competência do CADE para reformular substantivamente a estrutura de mercado e das possíveis consequências do acordo celebrado para o mercado de gás natural. A fim de cumprir esse objetivo, divide-se o presente capítulo em quatro partes: (i) a primeira aborda as investigações que deram origem à celebração do TCC, esclarecendo o contexto em que foi assinado; (ii) a segunda trata dos termos do acordo em si, explicitando as obrigações nele previstas; (iii) a terceira compreende as críticas feitas ao acordo; e (iv) a quarta discute os limites da competência do CADE em relação ao gás natural enquanto setor regulado à luz da *Primary Jurisdiction Doctrine*.

2.1. INVESTIGAÇÕES DO CADE QUE RESULTARAM NO TCC

O TCC celebrado entre CADE e Petrobras, no dia 8 de julho de 2019, encerrou duas investigações sobre abuso de posição dominante no mercado de gás natural, as quais serão detalhadas abaixo.

2.1.1. Comgás x Petrobras: investigação de suposta discriminação de preços

A primeira investigação se refere a processo administrativo¹⁴ instaurado por denúncia da Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) em face da Petrobras, cujo objeto era suposta discriminação anticompetitiva no fornecimento de gás natural às distribuidoras de gás

¹⁴ Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30.

canalizado não integradas ao Sistema Petrobras, em virtude da Nova Política de Preços (NPP) da estatal, no período entre maio de 2011 e setembro de 2015.

Segundo a Comgás, a Petrobras teria aplicado descontos unilaterais no preço do gás natural adquirido pela Gás Brasileiro Distribuidora S.A. (GBD), companhia que integra o grupo econômico da Petrobras, em detrimento das demais distribuidoras. Isso porque a GBD possuía contratos na modalidade NPP, que substituiu a modalidade *Transportation Capacity Quantity* (TCQ), conforme será explicado abaixo.

Até 2007, havia duas formas de uma distribuidora adquirir gás natural: (i) alguns estados eram abastecidos pelo gasoduto Bolívia-Brasil e contratavam o produto tendo por base o preço do gás boliviano (contratos TCQ), enquanto (ii) outros estados eram abastecidos pelos demais gasodutos ao preço do gás nacional (contratos de gás nacional). Nesse sentido, havia dois modelos de contratos distintos, cuja utilização dependia da localização geográfica da distribuidora local e cujos preços se relacionavam às diferenças nos custos de produção (SG/CADE, 2016)¹⁵.

A partir de 2007, a Petrobras optou por unificar sua política comercial para as distribuidoras sob uma modalidade contratual única, denominada Nova Política de Preços (NPP), que representou mudança significativa na precificação. Antes, a fórmula de cálculo dos preços era composta por duas variáveis: uma referente ao custo da molécula de gás, e outra relativa ao custo do transporte. Assim, a diferença no preço repassado às distribuidoras refletia a distância percorrida pelo gás, estando atrelada à sua origem (boliviano ou nacional).

O advento da NPP, contudo, ocorreu simultaneamente aos esforços de integração da malha dutoviária nacional de transporte pela Petrobrás e à construção de terminais de importação de gás natural liquefeito (GNL) com estações de regaseificação na costa brasileira. Com isso, a oferta de gás canalizado passou a ser organizada segundo uma lógica postal, em que os estados localizados a distâncias maiores das regiões produtoras e/ou importadoras teriam o custo de transporte subsidiado. A fórmula passou a ser composta por uma parcela variável e uma parcela fixa, as quais seriam mais flexíveis e, portanto, permitiriam a implementação da política postal de preços. Assim, ao mesmo tempo que a NPP possibilitou maior flexibilidade na precificação, também a tornou menos transparente, por não mencionar as variáveis utilizadas.

15

Disponível

em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPNifv2SSmeYbiYXhI9nM0cdHf5tZ8BlsLWGH-UgVGe1zE9-0bARFFscWtr1-sb8wvm6ajgGOY8iif4icMYCGrI>. Acesso em 16 de maio de 2020.

À época, as distribuidoras que já possuíam contratos em vigor com a Petrobras teriam de esperar o encerramento do prazo de vigência ou rescindi-los para migrar o volume já contratado para o novo modelo. No caso concreto, a Comgás celebrou um contrato TCQ de longo prazo com a Petrobras em 1996, com vigência até 2019, e posteriormente contratou volume adicional com a Petrobras no formato NPP. Dessa forma, o preço final da Comgás, à época da conduta, seria uma combinação entre os contratos NPP e TCQ. A GBD, por sua vez, já contratava todo seu fornecimento de gás por meio da NPP desde dezembro de 2012 (SG/CADE, 2016).

Nesse contexto, a Comgás alegou que a Petrobras teria iniciado, em 2011, uma política de descontos somente nos contratos NPP, beneficiando distribuidoras verticalmente integradas para as quais a NPP teria maior peso na composição dos preços, em especial a GBD. Em razão disso, o preço da Comgás estaria mais alto que o das distribuidoras integradas da mesma região (São Paulo) sem justificativa legítima, o que supostamente estaria lhe causando prejuízo. A mencionada política foi finalizada em 2015.

Após a instrução processual, a Superintendência-Geral (SG) do CADE emitiu nota técnica opinando pela condenação por discriminação anticompetitiva. Em síntese, entendeu-se que (i) devido ao monopólio da Petrobras *upstream* e à verticalização no *downstream*, seria plausível supor que existem incentivos à discriminação por parte da empresa; (ii) o preço de aquisição do gás é repassado diretamente ao consumidor final por força de regulação, de modo que a oferta do insumo pela Comgás a um preço mais elevado poderia prejudicar sua competitividade; (iii) embora o escopo territorial da atuação da Comgás e da GBD seja distinto, há uma competição potencial entre as concessionárias no momento de convencer um potencial cliente a se instalar em uma região ou outra; (iv) apesar de os dados do caso concreto não indicarem a ocorrência de prejuízo efetivo à Comgás, é suficiente a possibilidade de dano para a configuração de infração contra a ordem econômica. Os pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (PROCADE) e do Ministério Público Federal (MPF) se alinharam às conclusões da SG.

Todavia, na 1ª Sessão Extraordinária de Julgamento do CADE, em 19 de junho de 2019, o conselheiro relator Paulo Burnier proferiu voto com entendimento contrário. Diante das evidências apresentadas aos autos, concluiu que (i) a Comgás foi a única CDL que apresentou crescimento no estado de São Paulo no período considerado pela investigação, tendo aumento de *market share* e de número de clientes; (ii) a Comgás esteve em situação mais vantajosa que as demais concessionárias de gás natural, quando considerado o preço da combinação do gás

natural proveniente dos contratos NPP e TCQ; (iii) a conduta teve contornos limitados de discriminação, considerando as particularidades dos regimes de precificação TCQ e NPP, bem como as oportunidades oferecidas pela Petrobras à Comgás para migrar integralmente para o regime NPP; (iv) a política de descontos da Petrobras foi aplicada indistintamente para os contratos NPP, que possuem mecanismo de precificação próprio e diverso dos contratos TCQ; (v) os incentivos para prática exclusionária são frágeis considerando as características de monopólio natural presentes em diversos segmentos do setor e o fato de a Petrobras ser dominante a montante não é suficiente para caracterizar exercício abusivo de poder de mercado; (vi) ainda que a comprovação de efeitos anticompetitivos no mercado não seja exigida pela lei, que permite a condenação pela simples potencialidade do dano, o ônus de comprovação mínima de efeitos deve ser maior nas situações em que a conduta unilateral esteja bem delimitada no tempo e encerrada no momento da apuração; (vii) a análise indicou a existência de eficiências e justificativas para a prática investigada, tendo em vista o esforço de preservação da competitividade do gás natural em um contexto de crise energética circunstancial¹⁶.

Na mesma sessão, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. O mérito do caso, contudo, não chegou a ser apreciado pelos demais membros do Tribunal, visto que, segundo as informações disponíveis nos autos públicos¹⁷, a Petrobras protocolou requerimento de TCC no dia 17 de junho de 2019, dois dias antes de o conselheiro relator proferir seu voto.

2.1.2. Abegás x Petrobras: investigação de suposto abuso de posição dominante

A segunda investigação diz respeito a inquérito administrativo¹⁸ instaurado por representação da Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (Abegás), devido ao suposto exercício abusivo de posição dominante pela Petrobras, tratamento discriminatório e falseamento à concorrência, referindo-se especialmente à decisão da Petrobras de retirar descontos que vinham sendo concedidos de forma regular e ininterrupta sobre o preço do gás natural por quatro anos. Em sua denúncia, a Abegás alegou a imposição de cláusulas abusivas (*take or pay* e *ship or pay*¹⁹) pela Petrobras a determinadas CDLs, como forma de discriminação às que não fossem parte do seu grupo econômico.

¹⁶ A íntegra do voto do conselheiro relator se encontra no Anexo A.

¹⁷ Requerimento de TCC nº 08700.003133/2019-71.

¹⁸ Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82.

¹⁹ Lei nº 10.312/2001: “Art. 1º (...)

A esse inquérito, foram apensados dois outros processos em tramitação no CADE: o Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04 e a Petição nº 08700.003335/2018-31. O primeiro foi instaurado por representação da Âmbar Energia Ltda., operadora da usina termelétrica de Cuiabá (UTE-Cuiabá), que denunciou suposta prática anticoncorrencial de recusa de contratação, discriminação anticompetitiva e impedimento de constituição e funcionamento de entrante no mercado de energia elétrica a gás natural. Em síntese, a representante alegou que Petrobras estaria exercendo de maneira abusiva sua posição dominante no fornecimento de gás natural para discriminar a Âmbar na oferta do insumo ou, ainda, para impedi-la de ter acesso a esse insumo essencial, utilizado para oferecer concorrência à Petrobras na produção de energia elétrica.

Em 2018, contudo, a SG determinou o arquivamento do caso UTE-Cuiabá por não ter encontrado quaisquer indícios de abuso ou discriminação por parte da representada na pactuação das condições comerciais – verificou-se, ao contrário, que a rescisão do contrato de fornecimento pela Petrobras se deu por violação de cláusula anticorrupção pela Âmbar (SG/CADE, 2018).

Quanto ao segundo processo apensado, tratava-se de investigação proposta pelo Presidente do CADE para apurar supostos abusos relacionados à discriminação injustificada e à imposição de restrições a concorrentes e clientes, decorrentes da atuação da Petrobras no fornecimento de gás natural no setor de energia.

O Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82, relativo à representação da Abegás, não teve sua instrução processual concluída devido ao protocolo de requerimento de TCC pela Petrobras. Apesar disso, o arquivamento do caso UTE-Cuiabá, que indicou a ausência de ilícitos cometidos pela Petrobras no fornecimento de gás natural para o setor termelétrico, bem como a constatação da ausência de discriminação às CDLs ou favorecimento à GBD pelo conselheiro relator no caso Comgás consistem em indícios favoráveis à representada, principalmente por haver considerável sobreposição dos fatos nos casos mencionados.

§4º Entende-se por cláusula take or pay a disposição contratual segundo a qual a pessoa jurídica vendedora compromete-se a fornecer, e o comprador compromete-se a adquirir, uma quantidade determinada de gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize.

§ 5º Entende-se por cláusula ship or pay a remuneração pela capacidade de transporte do gás, expressa em um percentual do volume contratado”. (BRASIL, 2001)

2.2. TERMOS DO TCC CELEBRADO PELA PETROBRAS

O acordo celebrado com a Petrobras em julho de 2019 prevê, em síntese, obrigações de três naturezas: estruturais, comportamentais e de governança corporativa. As obrigações pactuadas devem ser monitoradas por um Trustee, que fornecerá ao CADE e à Petrobras informações sobre a operação e a gestão dos ativos desinvestidos²⁰.

Nos termos do TCC, a Petrobras se comprometeu a alienar (i) suas participações societárias na Nova Transportadora do Sudeste S.A. (NTS), na Transportadora Associada de Gás S.A. (TAG) e na Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. (TBG); e (ii) a sua participação acionária em companhias distribuidoras, seja por meio da alienação de suas ações na Gaspetro, seja por meio da alienação de sua participação indireta nas CDLs brasileiras, respeitados os termos dos acordos de acionistas vigentes²¹. O prazo de fechamento das operações é 31 de dezembro de 2021²², sendo que a Petrobras poderá, motivadamente, solicitar ao CADE a dilação, por um ano, do prazo de execução dos projetos de desinvestimento²³.

Nos termos do TCC, enquanto não forem realizadas as alienações, a Petrobras deve, no prazo de até seis meses contados da data de assinatura do acordo, indicar, para o Conselho de Administração das referidas empresas de transporte e da Gaspetro, conselheiros independentes²⁴, com o objetivo de assegurar a desverticalização funcional das empresas. O

²⁰ A íntegra da versão pública do acordo se encontra no Anexo B.

²¹ Cláusula 2.1.

²² Cláusula 2.1.3 (c).

²³ Cláusula 2.9.1.

²⁴ Cláusula 2.1.2.

Conforme definido pelo Regulamento do Novo Mercado da B3:

“Art. 16 O enquadramento do conselheiro independente deve considerar sua relação:

I - com a companhia, seu acionista controlador direto ou indireto e seus administradores; e

II - com as sociedades controladas, coligadas ou sob controle comum.

§1º Para os fins da verificação do enquadramento do conselheiro independente, não é considerado conselheiro independente aquele que:

I - é acionista controlador direto ou indireto da companhia;

II - tem seu exercício de voto nas reuniões do conselho de administração vinculado por acordo de acionistas que tenha por objeto matérias relacionadas à companhia;

III - é cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até segundo grau do acionista controlador, de administrador da companhia ou de administrador do acionista controlador; e

IV - foi, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da companhia ou do seu acionista controlador.

(...)

§3º Nas companhias com acionista controlador, os conselheiros eleitos mediante votação em separado serão considerados independentes.

Art. 17 A caracterização do indicado ao conselho de administração como conselheiro independente será deliberada pela assembleia geral, que poderá basear sua decisão:

I - na declaração, encaminhada pelo indicado a conselheiro independente ao conselho de administração, atestando seu enquadramento em relação aos critérios de independência estabelecidos neste regulamento, contemplando a respectiva justificativa, se verificada alguma das situações previstas no §2º do Art. 16; e

intuito dessa regra é, essencialmente, reduzir o poder de decisão da Petrobras nos elos da cadeia produtiva de gás natural e, conseqüentemente, mitigar seu acesso a informações concorrencialmente sensíveis da oferta de outros vendedores.

Além disso, até o final do processo de desinvestimento, a Petrobras deve (i) garantir que os ativos a serem alienados sejam conduzidos segundo o curso ordinário, preservando ou adotando medidas para a preservação de sua viabilidade econômica e competitividade, de acordo com as boas práticas de negócios, e (ii) minimizar riscos de potencial perda de competitividade. Para tanto, comprometeu-se especificamente a (i) não tomar qualquer medida que possa ter um impacto adverso significativo sobre o valor, gestão ou competitividade dos ativos a serem alienados ou que possa alterar sua natureza, escopo da atividade, estratégia industrial ou comercial ou política de investimento; e (ii) disponibilizar recursos suficientes para o desenvolvimento dos ativos, levando em consideração os planos de negócios existentes²⁵.

O TCC também prevê requisitos para os compradores dos ativos da Petrobras, os quais devem (i) ser independentes em relação ao Sistema Petrobras, não possuindo, direta ou indiretamente, participação societária da Petrobras ou de suas afiliadas (considerando-se o cenário pós-desinvestimento); (ii) possuir recursos financeiros e incentivos para manter e desenvolver os ativos desinvestidos como uma força competitiva viável e ativa no Brasil em relação à Petrobras e aos demais concorrentes no mercado; (iii) ser independentes em relação aos agentes que compõem os demais elos da cadeia de gás natural, não possuindo, direta ou indiretamente, participação societária desses agentes (considerando-se o cenário pós-desinvestimento)²⁶.

Quanto aos remédios comportamentais, a Petrobras se comprometeu a (i) não contratar novos volumes de gás natural a partir da assinatura do acordo²⁷; (ii) promover as adequações necessárias aos contratos de serviço de transporte, a fim de que os transportadores TAG, NTS e TBG, sob supervisão da ANP, possam ofertar a capacidade remanescente ao mercado²⁸; (iii) declinar da exclusividade ainda remanescente em função de ser carregadora inicial referente aos contratos de serviço de transporte vigentes²⁹; (iv) negociar, de boa fé e de forma não

II - na manifestação do conselho de administração da companhia, inserida na proposta da administração referente à assembleia geral para eleição de administradores, quanto ao enquadramento ou não enquadramento do candidato nos critérios de independência”. A íntegra do regulamento está disponível em: <[http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf)>. Acesso em 12 de junho de 2020.

²⁵ Cláusula 4.1.

²⁶ Cláusula 5.1.

²⁷ Cláusula 2.5.

²⁸ Cláusula 2.2.1.

²⁹ Cláusula 2.2.2.

discriminatória, o acesso de terceiros aos sistemas de escoamento de gás natural e às unidades de processamento de gás natural³⁰; (v) publicar edital de processo competitivo para arrendamento do Terminal de Regaseificação da Baía de Todos os Santos até setembro de 2020³¹; e (vi) indicar nos sistemas de transporte da NTS e da TAG quais são os volumes de injeção e retirada máxima em cada ponto de recebimento e zona de entrega perante a ANP e os referidos transportadores, no intuito de eliminar flexibilidades e congestionamentos contratuais³².

Referidas obrigações comportamentais têm por objetivo proporcionar o acesso de terceiros a infraestruturas essenciais, mitigando as barreiras à entrada de novos agentes no mercado brasileiro de gás natural. Isso porque a Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás) não previu a obrigatoriedade de acesso aos gasodutos de escoamento, às unidades de processamento e às plantas de regaseificação, inibindo novos produtores de competirem efetivamente contra a Petrobras.

Como o petróleo possui valor muito superior ao gás natural, produtores de gás associado ao petróleo priorizam a venda deste e a manutenção de uma boa relação com o agente dominante, optando por vender suas parcelas de gás para a Petrobras na “boca do poço” (ou antes da etapa do processamento), mesmo a preços mais baixos (ANP/SIM, 2018, p. 5). Nesse sentido, o acordo visa conceder a outros produtores a oportunidade de escoar sua produção de gás natural para consumidores mais interessantes, como distribuidoras locais e termelétricas, segmento antes explorado exclusivamente pela Petrobras.

A princípio, as medidas propostas pelo CADE se alinham bastante às diretrizes publicadas pelo CNPE em 2019, representando passo significativo na reformulação estrutural do mercado de gás natural. No entanto, embora o TCC possa beneficiar a competitividade do mercado no curto e longo prazo, cabe questionar o contexto processual em que se deu a assinatura do acordo e a competência do CADE para prever tais obrigações, tema a ser abordado no tópico seguinte.

³⁰ Cláusulas 2.3 e 2.4.

³¹ Cláusula 2.6.

³² Cláusula 2.2.

2.3. CRÍTICAS AO ACORDO CELEBRADO

Conforme já mencionado, a assinatura do TCC pela Petrobras não se deu em contexto desfavorável à empresa no âmbito das investigações. Ao contrário, o relator do caso Comgás votou pelo arquivamento do processo e, embora o caso da Abegás ainda estivesse em fase instrutória, a investigação UTE-Cuiabá a ela apensada já havia sido arquivada pela ausência de comprovação de ilícitos.

Sendo o risco de condenação reduzido, não é comum a negociação de remédios tão expressivos em sede de TCC, como a alienação de ativos, mesmo em situação de significativo poder de mercado. A despeito disso, a Petrobras optou por celebrar um acordo com obrigações agressivas, que reduzem significativamente sua atuação nos segmentos de transporte e distribuição de gás natural, para beneficiar concorrentes.

Nas considerações iniciais do TCC, expressamente se afirma que *(i)* os procedimentos administrativos não imputaram uma conduta específica por parte da Petrobras; *(ii)* a empresa, com a assinatura do acordo, não reconheceu a prática de qualquer ato ilícito; e *(iii)* os desinvestimentos previstos seriam voluntários por parte da Petrobras, em prol da abertura do mercado de gás natural. Tais fatores revelam, em princípio, dois vícios: de finalidade e de competência.

De plano, a ausência de conduta anticompetitiva demonstra a existência de desvio de finalidade. A Lei nº 12.529/2011 prevê que:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (BRASIL, 2011)

O dispositivo acima revela os elementos aptos a fundamentar a celebração de TCC, a saber *(i)* prática anticompetitiva sob investigação, *(ii)* juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado pelo CADE, devidamente fundamentado, e *(iii)* atendimento aos interesses protegidos por lei.

Quanto ao primeiro ponto, o Regimento Interno do CADE (RICADE) reforça a existência de restrição à formalização de acordo, que necessariamente deve ocorrer no âmbito de um processo investigativo:

Art. 178. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011, deverá apresentar requerimento do termo ao Cade, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido remetidos ao Tribunal, na hipótese do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral.

A expressa menção à investigação administrativa em curso, em ambos os diplomas normativos, denota a necessidade de uma correspondência lógica e finalística entre o TCC a ser celebrado e a suposta conduta anticompetitiva apurada. É evidente, assim, que o compromisso de cessação foi instituído como mecanismo negocial da atuação repressiva do CADE e não como compromisso de cooperação *lato sensu*, não se prestando à prevenção de possíveis infrações futuras ou à correção de condutas alheias à(s) investigação(ões) em curso.

No presente caso, conforme consta do próprio TCC, não há prática ilícita imputada, obrigação de cessar conduta ou especificação de efeitos lesivos, de modo que o acordo não cumpre sua finalidade prevista em lei (qual seja, cessar prática sob investigação), tampouco preenche os requisitos legais mínimos. A inexistência de infração concorrencial, nesse sentido, demonstra a ausência de fundamento legal para a celebração do acordo.

Em verdade, o TCC celebrado materializa um esforço de cooperação em prol da abertura do mercado de gás natural e da entrada de novos agentes no setor, por meio do desinvestimento voluntário de ativos da Petrobras, o que foge ao escopo de um termo de compromisso de cessação.

Isso porque, enquanto acordo bilateral a ser celebrado por agente público, o TCC deve se limitar ao cumprimento de sua finalidade legal expressamente delimitada, atendendo aos “interesses protegidos por lei” e em consonância com o princípio da legalidade, expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Sendo o CADE responsável por proteger a concorrência e a ordem econômica, deve também o TCC se prestar a esse fim, de modo que não se entende adequada sua utilização por uma empresa para alinhar sua estratégia de negócios com a autoridade concorrencial e obter elemento de proteção contra eventuais processos administrativos ou intervenções regulatórias.

Nesse sentido, cabe ao CADE, em seu juízo de conveniência e oportunidade, vetar iniciativas que extrapolem a finalidade intrínseca do TCC, preservando o intuito da legislação

quando da previsão do instrumento de cessação da conduta, sob pena de promover uma intervenção indevida em setores econômicos. Tendo o instrumento escopo definido, não pode o CADE de forma discricionária celebrar TCCs que não se prestem a endereçar condutas anticompetitivas, ainda que tenham a capacidade de beneficiar o mercado.

Ademais, especificamente em relação ao mercado de gás natural, o monopólio é, inclusive, amparado pela Constituição³³, tendo sido intencionalmente estruturado dessa forma por decisões governamentais ao longo de anos. Nesse contexto, seria o CADE competente para promover uma mudança estrutural dessa magnitude, a despeito da política regulatória estabelecida? Tal interferência, em virtude de mera detenção de poder de mercado, pode representar precedente perigoso para intervenções em diversos setores cuja estrutura é monopolista ou oligopolista, o que não é respaldado pelo acervo normativo brasileiro, especialmente em situações nas quais o próprio Estado legitima essa condição.

Por outro lado, o vício de competência remete à própria previsão constitucional da defesa da concorrência no Brasil, que, no art. 173, §4º, dispõe: “[a] lei reprimirá o **abuso do poder econômico** que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Da mesma forma, o art. 1º da Lei nº 12.529/2011 prevê “a prevenção e a **repressão às infrações contra a ordem econômica**, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e **repressão ao abuso do poder econômico**”.

Da leitura dos dispositivos, resta claro que o poder econômico, por si só, não está sujeito à repressão do Estado, mas sim o abuso. Nesse sentido, qualquer intervenção da autoridade antitruste deve se restringir a situações em que condutas abusivas anticompetitivas forem identificadas, sob pena de extrapolar suas competências. Segundo José Afonso da Silva,

Condenado é o abuso, não o poder em si, que é de fato. O abuso caracteriza-se pela dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. (...) No fundo, o que se busca preservar é esse princípio da concorrência (art. 170, IV), porque sua eliminação é o meio pelo qual o poder econômico domina o mercado. (SILVA, 2008, p. 720)

É evidente que a legislação concorrencial brasileira não autoriza repressão ou condenação por parte da autoridade antitruste ante a ausência de ato de particular que constitua infração à ordem econômica. Assim, se a mera existência de poder de mercado não enseja interferência estatal, a intervenção do CADE em relação à Petrobras não se justifica na situação

³³ Vide art. 177, inciso I.

relatada, o que demonstra patente vício de competência. Particularmente, a posição dominante da Petrobras também não resulta de violação antitruste, mas de escolhas do Poder Legislativo, que, ao flexibilizar o monopólio do gás natural, não optou por promover redesenho estrutural radical como fez em outros setores (ROCHA, MOTTA e MALVAR, 2019).

É evidente que o TCC celebrado consiste em solução negocial, a qual detém suas particularidades e conta com a anuência da parte signatária – no caso, a Petrobras. Nessa linha, considerando que as obrigações previstas não foram impostas unilateralmente e que a Petrobras poderia realizar os desinvestimentos de forma autônoma, sem a necessidade de acordo, as críticas contidas neste trabalho não são direcionadas à desproporcionalidade das medidas enquanto forma de sanção. De modo distinto, busca-se discutir os limites da administração consensual, tendo em vista que a autoridade pública não pode agir com a mesma liberdade de uma parte privada e exceder suas competências ou desconsiderar a função dos instrumentos negociais legalmente previstos, o que representaria intervenção indevida por parte do CADE.

Cabe ressaltar que a função do CADE é, essencialmente, proteger a livre concorrência enquanto bem jurídico tutelado pela Constituição³⁴ e pela legislação infraconstitucional, e não o direito de entrada de concorrentes no mercado ou a redução de preços no setor. Tais fatores podem ser consequência de um mercado competitivo e até objeto de política pública do governo federal, mas não são bens jurídicos tutelados pelo direito concorrencial em si.

Além disso, a assinatura do acordo também representou o encerramento de uma investigação que teve pouco avanço sobre se de fato houve uma conduta e se essa poderia ser considerada uma infração concorrencial sob a regra da razão. Tal questão se revela problemática por representar (i) possível desacordo em relação ao interesse público; e (ii) prejuízo ao aprimoramento das práticas de defesa da concorrência adotadas pelo Brasil.

O primeiro ponto remete ao fato de o CADE não ter avançado na instrução processual o suficiente para comprovar se realmente a Petrobras praticou um ilícito concorrencial e, mesmo assim, ter disposto como obrigação a alienação de diversos ativos. Em síntese, entende-se que o CADE não ofereceu à sociedade uma apuração minimamente detalhada sobre (i) a suposta infração à ordem econômica, (ii) o mercado relevante afetado, (iii) a estrutura do mercado ou (iv) os efeitos líquidos da conduta. Em se tratando de empresa estatal, isso se torna ainda mais indispensável, já que os ativos a serem alienados possuem viés público (CABRAL, 2019).

³⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
III - função social da propriedade” (BRASIL, 1988)

Por outro lado, não concluir a investigação também prejudica a construção de uma jurisprudência sobre condutas unilaterais que dê segurança jurídica às empresas. Em 2019, uma equipe técnica da OCDE conduziu um processo de *Peer Review*, cujo resultado fundamentou a adesão do CADE como membro permanente do comitê de defesa da concorrência da entidade. Ao final, a equipe fez algumas recomendações de aprimoramento, como a necessidade de se concluir processos investigativos de condutas unilaterais, a fim de firmar diretrizes à comunidade empresarial e sinalizar para o mercado, de forma clara, quais práticas não são admissíveis pela legislação concorrencial (OCDE, 2019, p. 188). Nesse sentido, o encerramento dos processos relatados sem resultado representa perda significativa para o aprimoramento da política de defesa da concorrência e da jurisprudência do CADE.

É certo que as obrigações previstas no TCC têm o potencial de gerar efeitos positivos para a concorrência no mercado, ao conceder a oportunidade de outros agentes do mercado adquirirem ou acessarem partes significativas das infraestruturas de transporte e processamento de gás natural. Ocorre que o TCC é um negócio jurídico que vincula tão somente as partes signatárias, não tendo controle sobre ações de terceiros. Nesse sentido, não pode o CADE, por meio do acordo, controlar a viabilidade e a atratividade dos negócios desinvestidos, não havendo garantias de que os ativos a serem alienados “serão adquiridos em tempo hábil por agentes não verticalizados e experientes que realizarão investimentos para expansão e melhoria das infraestruturas” (MOTTA, 2020, p. 80). Grande parte da doutrina, inclusive, sugere que empresas verticalizadas têm maiores incentivos e condições econômicas para operar e realizar investimentos no mercado de energia³⁵.

Em suma, a devida reformulação estrutural do setor, no intuito de promover a concorrência, exige esforços que vão além da desverticalização, especialmente quando promovida por acordo bilateral. Embora o TCC possa endereçar alguns aspectos em prol da abertura do mercado de gás natural, não é suficiente para criar um cenário de rivalidade por parte de empresas privadas em face da Petrobras. Diversas questões, como o acesso isonômico

³⁵ “In the energy sector, the European Commission and national regulators have been promoting structural ‘unbundling’ of the large energy companies, in particular splitting the transmission networks for electricity and gas, which are natural monopolies, from the more competitive activities (generation, production, and distribution). (...) The energy sector also has features that make vertical separation less attractive. Integrated companies may have greater incentives to construct interconnectors between national energy markets and may be more able to coordinate operation and scheduling of the various layers in the supply chain (balancing supply and demand at all times is an overriding imperative in energy markets). There are indications that vertically integrated companies tend to spend more and research and development investment – they can apply new innovations to a variety of activities, and thus have a better chance of internalizing the benefits of this investment”. (NIELS, JENKINS e KAVANAGH, 2016, p. 369-372)

a gasodutos e a flexibilização das regras que versam sobre consumidores livres³⁶, requerem respostas mais complexas, que devem ser buscadas por meio da atividade regulatória, sujeitando todos os *players* do mercado a uma política desenhada a partir de suas especificidades e de seus incentivos (MOTTA, 2020, p. 81). Caso contrário, o acordo pode gerar falhas de mercado, visto que, de um lado, a Petrobras estaria vinculada aos termos do TCC assinado e, de outro, os demais agentes do mercado agiriam de forma livre, de acordo com seus interesses privados.

A abertura do mercado de gás natural, portanto, consiste em situação complexa, sem resposta antitruste à altura. A regulação é solução muito mais adequada a promover mudanças tão expressivas no setor, capaz de sujeitar todos os *players* nele atuantes a suas regulamentações, em conformidade com as diretrizes do CNPE. É questionável, assim, a previsão de mudança significativa na estrutura do referido setor por meio de acordo com a autoridade antitruste, que não é competente para executar diretrizes político-regulatórias, em instrumento que não envolve a participação dos demais agentes econômicos do setor, tampouco considera suas controvérsias e as singularidades das estruturas de incentivos da indústria.

2.4. LIMITES À COMPETÊNCIA DO CADE EM SETORES REGULADOS

Tendo em vista o caso relatado, procede-se à discussão acerca dos limites da atuação do CADE em setores regulados. É evidente que, na jurisdição brasileira, a autoridade da concorrência e os agentes reguladores têm funções independentes, representando a proteção constitucional a bens jurídicos distintos. Para analisar a sobreposição entre suas competências, é importante que se compreenda a origem e a natureza de ambos, conforme descrito a seguir.

2.4.1. Regulação e Concorrência: origem e distinções

O surgimento das agências reguladoras no Brasil remete à superação do modelo de Estado Social. Principalmente após a segunda metade da década de 1990, abandonou-se a ideia de atuação do Estado como prestador direto de serviços à população, assumindo esse um papel de fiscalização, incentivo e planejamento em relação à iniciativa privada³⁷.

³⁶ Existem dois tipos de consumidor no mercado de gás natural, os cativos e os livres. Consumidores cativos são usuários que compram o gás natural da própria distribuidora, enquanto consumidores livres são aqueles que compram o gás natural de outros agentes (produtores, importadores ou comercializadores) (IBP, 2019, p. 5).

³⁷ “Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de

Nesse contexto, surgiu a figura do Estado Regulador, em conformidade com as premissas de subsidiariedade e cooperação e no intuito de garantir a prestação de serviços de forma adequada à população. O Estado, assim, se incumbiu da criação de normas jurídicas em prol da regulação da ordem econômica, utilizando-se de mecanismos preventivos e repressivos para coibir eventuais condutas abusivas de particulares³⁸. A prestação de serviços, portanto, foi transferida a entidades privadas, como concessionárias e permissionárias de serviços públicos e organizações sociais, fazendo emergir o modelo de agências na perspectiva da regulação setorial.

Com isso, foram criadas diversas agências reguladoras, sob o regime de autarquias, responsáveis pela regulação de setores econômicos privados e de setores econômicos públicos quando delegados a empresas privadas. Seu objetivo era, essencialmente, promover o acompanhamento conjuntural da realidade econômica de forma sistêmica, visando ao seu gerenciamento e planejamento a partir da administração das normas e constituindo, assim, forma de ordenação de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerenciadora e fomentadora (ARANHA, 2019, p. 214).

Nos termos da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), as agências reguladoras têm natureza de autarquia especial, caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos³⁹. Além disso, é de sua competência a edição de atos normativos infralegais devidamente motivados e a imposição de obrigações, restrições e sanções na medida em que necessárias ao atendimento do interesse público, sendo o processo de decisão das agências reguladoras de caráter colegiado⁴⁰.

Dentre as competências legislativas comuns à maioria das agências instituídas, vale mencionar também (i) proteção ao meio ambiente, (ii) proteção aos interesses do consumidor quanto a preço, oferta e qualidade, (iii) negociação e celebração de acordos com agentes

esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo - desastrosamente ativo - no campo econômico. (...)

A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel. (BARROSO, 2012, p. 288)

³⁸ Constituição Federal de 1988: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

³⁹ Lei nº 13.848/2019, Art. 3º, *caput*.

⁴⁰ Lei nº 13.848/2019, Arts. 4º a 6º.

econômicos, *(iv)* fomento ao desenvolvimento econômico, *(v)* regulamentação dos setores respectivos, *(vi)* fiscalização, *(vii)* fomento à competitividade, *(viii)* composição de conflitos entre os agentes econômicos e *(ix)* promoção da livre concorrência.

Por outro lado, a autoridade da concorrência surgiu no Brasil em 1962 como um órgão do Ministério da Justiça, tendo a função de fiscalizar a gestão econômica e o regime de contabilidade das empresas. Com o advento da Lei nº 8.884/1994, foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), encarregado da política de defesa livre da concorrência no país e composto por três órgãos: *(i)* a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, *(ii)* a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda, e *(iii)* o CADE.

Nessa estrutura, o CADE era responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração submetidos à sua aprovação. Os processos eram instruídos pela SDE e pela Seae, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos, e julgados posteriormente pelo CADE.

Em maio de 2012, com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011, o SBDC foi reestruturado e a política de defesa da concorrência no Brasil teve significativas mudanças. Pela nova legislação, o CADE passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração. A SDE foi extinta e a Seae deixou de atuar na instrução processual e passou a ter a função de promover a advocacia da concorrência perante os órgãos do governo e a sociedade.

O CADE também ganhou uma nova estrutura, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Ficou a cargo da Superintendência-Geral a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e a análise dos atos de concentração. Ao DEE, por sua vez, coube aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado.

A função atual do CADE, portanto, é zelar pela livre concorrência no mercado, realizando a análise prévia de atos de concentração e investigando e reprimindo condutas anticompetitivas, a partir dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Da descrição das respectivas funções, extrai-se que, enquanto a regulação deriva da necessidade de proteção dos direitos fundamentais *lato sensu* em determinados setores, a concorrência remete a uma face econômica específica do Estado regulador, qual seja a igualdade de condições concorrenciais. Nesse sentido:

A ideia de igualdade de condições concorrenciais permeia o âmago de atuação subsidiária do Estado Regulador na economia e, portanto, revela que o pressuposto do Estado Regulador não é propriamente a defesa do mercado, mas de algo mais subjacente de formato jurídico, repita-se, o direito à igualdade de condições concorrenciais. Esta característica distintiva do Estado regulador não esgota, todavia, todo o significado da regulação.

(...) a compreensão de que resumir a regulação à proteção da igualdade de mercado, que, diga-se de passagem é fundamental para o Estado regulador, significa descrevê-la por apenas uma de suas dimensões, mais precisamente, a dimensão econômica, quando a regulação detém outras dimensões justificadoras de sua existência, quais sejam a técnica e a política. Nesta última, inserem-se os juízos de moral jurídica traduzidos em princípios jurídico-constitucionais de convivência social e que são a razão de ser da nossa estrutura fundamental de poder herdada das revoluções constitucionalistas. A regulação, portanto, tem sua razão de ser, o seu mote, o seu senhor, em mais do que o objetivo de proteção do direito à igualdade de condições concorrenciais: ela se assenta sobre os pilares do próprio constitucionalismo, vale dizer, os direitos fundamentais. Estes podem justificar a regulação em espaços infensos à concorrência. (ARANHA, 2019, p. v)

2.4.2. Conflitos entre Regulação e Concorrência: a *Primary Jurisdiction Doctrine*

Conforme visto, cabe às agências reguladoras não apenas observar aspectos econômicos e concorrenciais do mercado, mas também diversas outras questões técnicas e políticas ligadas à proteção de direitos fundamentais. Por ser diverso seu escopo de atuação e haver relativa coincidência entre os atores que estão a elas submetidos, não raro ocorrem conflitos entre a autoridade da concorrência e as agências reguladoras, que consideram fatores distintos em sua análise.

Como resposta a essas situações, tem-se a *Primary Jurisdiction Doctrine*, mecanismo jurídico desenvolvido pela jurisprudência estadunidense e aplicável a casos que envolvem conflito antitruste em mercados regulados (HOVENKAMP, 2016, p. 956).

A *Primary Jurisdiction Doctrine* teve início no século XX, a partir da decisão da Suprema Corte Americana em *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co. (1907)*. O caso se refere à ação ajuizada pela Abilene, perante tribunal estadual, em que alegava a cobrança de taxa não razoável para enviar mercadorias de Louisiana para o Texas. A Texas & Pacific Railway respondeu que o tribunal não tinha jurisdição para atender o pedido e que,

mesmo se tivesse, não poderia concedê-lo porque a *Interstate Commerce Commission*⁴¹ (ICC) já havia considerado a taxa razoável.

A Corte concluiu que somente a ICC estava habilitada a decidir uma controvérsia relativa à razoabilidade das tarifas de uma transportadora, visto que o objetivo principal da *Commerce Act*⁴² – e uma das principais funções da ICC – era garantir a uniformidade e impedir a discriminação nas tarifas cobradas pelas transportadoras. Esse objetivo seria frustrado se os tribunais julgassem as taxas estabelecidas – segundo o Tribunal, o conteúdo da lei seria esvaziado ante a ausência de uniformidade (LOCKWOOD, 2007, p. 711).

A teoria se desenvolveu ao longo de diversos precedentes e passou a ser utilizada em casos de jurisdição antitruste. Quinze anos após *Abilene*, a Suprema Corte julgou o primeiro caso antitruste que exigiu a aplicação da *Primary Jurisdiction Doctrine*. Em *Keogh v. Chicago & N.W. Ry (1922)*, Keogh acusou oito ferrovias e doze indivíduos de conspirar para manter taxas de frete excessivamente altas e pediu indenização. A Corte entendeu que, mesmo que as taxas contestadas fossem fruto de uma conspiração, o pedido não poderia ser julgado procedente. Isso porque, segundo o tribunal, uma taxa não seria necessariamente ilegal só por ser resultado de uma conspiração para restringir o comércio – a legalidade das taxas é determinada pela *Act to Regulate Commerce*⁴³.

Keogh, assim, não teria sofrido dano concorrencial, visto que (i) a *Act to Regulate Commerce* já prevê a possibilidade de indenização por danos decorrentes de taxas ilícitas, de modo que não caberia reparação sob a lei antitruste pelo mesmo motivo ou por taxas consideradas lícitas pela Comissão; e (ii) o dano pressupõe a violação de um direito e não seria possível responder se uma taxa menor mantida pela transportadora seria não discriminatória ou aprovada pela ICC. A conclusão da Suprema Corte foi de que a aprovação de uma taxa como razoável e não discriminatória pela ICC determinaria seu caráter como tal para fins de ajuizamento de ação.

Em síntese, passou a se defender que, mesmo quando a autoridade tem competência para resolver questões concorrenciais em um mercado regulado, deve haver alguma deferência à agência reguladora (WINTERS, 2017, p. 549). Para além disso, a *Primary Jurisdiction Doctrine* entende que o regulador pode, muitas vezes, estar em uma posição melhor que a autoridade concorrencial para avaliar como a questão antitruste se encaixa no quadro regulatório como um todo (HOVENKAMP, 2016, p. 957).

⁴¹ Comissão de Comércio Interestadual.

⁴² Lei Comercial.

⁴³ Lei de Regulação do Comércio.

Alguns anos depois, em *Ricci v. Chicago Mercantile Exchange* (1973), a Suprema Corte Americana também se utilizou do raciocínio da *Primary Jurisdiction*. A corretora Ricci alegou ter seu acesso negado à *Chicago Mercantile Exchange*⁴⁴ devido a uma prática concertada de recusa de contratar envolvendo a própria bolsa e pelo menos um de seus membros. Nesse sentido, a parte autora alegava violações à *Commodity Exchange Act*⁴⁵ e à *Sherman Act*⁴⁶.

A Suprema Corte entendeu que a autoridade antitruste deveria esperar pela decisão da *Commodity Exchange Commission*⁴⁷, responsável por fiscalizar a bolsa de mercadorias e suas regras. Vale ressaltar que não se tratava de caso de competência exclusiva (*exclusive jurisdiction*): a comissão não tinha poder para conferir imunidade antitruste. Era seu dever, contudo, determinar quais normas da bolsa de mercadorias seriam aplicáveis ao caso e se elas haviam sido violadas. Se as regras tivessem sido violadas, o processo relativo à disputa antitruste poderia continuar sem impedimentos; caso contrário, o tribunal deveria decidir se o uso da legislação antitruste para condenar uma conduta permitida por regra anteriormente aprovada pela *Commodity Exchange Commission* criaria inconsistência relevante, apta a justificar uma isenção antitruste pontual (HOVENKAMP, 2016, p. 957).

A *Primary Jurisdiction* pressupõe, portanto, um contexto de regulação efetiva. A teoria sustenta, em síntese, maior deferência à agência reguladora em casos que exijam o exercício de sua discricionariedade ou versem sobre questões de fato mais técnicas ou específicas do setor. Assim, um conflito com agentes de uma indústria regulada deveria ser levado primeiramente à autoridade administrativa, mais especializada e equipada para interpretar e determinar as circunstâncias regulatórias subjacentes à questão jurídica, como uma etapa preliminar de valoração (MEHREN, 1954, p. 931).

Não se trata, pois, de defender a concessão de imunidade material em relação aos princípios e regras da legislação antitruste (SCHWARTZ, 1954, p. 446), mas sim de garantir que isenções pontuais concebidas pelo legislador ou exigidas pela lógica e estrutura da sistemática regulatória não sejam prejudicadas pela sobreposição do julgador em detrimento da autoridade reguladora do mercado em questão.

A despeito do nome *Primary Jurisdiction*, a teoria reconhece que os tribunais efetivamente têm jurisdição sobre os litígios e que a questão a ser discutida é se eles devem exercê-la de plano ou requerer a análise prévia da respectiva agência reguladora (MEHREN,

⁴⁴ A *Chicago Mercantile Exchange* é uma bolsa de mercadorias dos Estados Unidos com sede em Chicago.

⁴⁵ Lei de Troca de Mercadorias.

⁴⁶ Lei Antitruste americana de 1890.

⁴⁷ Comissão de Troca de Mercadorias.

1954, p. 932). Na prática, o uso da doutrina está muito mais atrelado à sensatez do órgão julgador e à necessidade de se preservar a coesão do ordenamento jurídico do que propriamente a uma previsão normativa – cabe ao tribunal determinar se a intervenção judicial ou antitruste, sem consulta à agência reguladora, pode ser prejudicial aos objetivos regulatórios e regramentos do setor no caso concreto (SANTAGUIDA, 2007, p. 1517). Nessa linha:

A doutrina fomenta diversos propósitos relevantes. Permite que uma questão seja solucionada pela instituição escolhida pelo Congresso para exercer essa função. Permite que um problema seja resolvido por uma instituição com maior expertise no assunto. Leva à uniformidade em relação à lei federal. Produz interpretações de estatutos, regras e tarifas que se ajustam bem a outras interpretações e que permitem a uma agência implementar um regime regulatório de forma coerente e eficiente⁴⁸ (PIERCE, 2017, p. 8).

No caso *Keogh*, a *Primary Jurisdiction* tornou inaplicável a regra do *Sherman Act* que prevê a ilicitude de atos relativos à conspiração, visto que a aplicação da referida norma ao caso específico esvaziaria o critério de legalidade estabelecido no estatuto regulatório. Para evitar esse resultado, a Corte concluiu que a legalidade da taxa deve ser definida apenas em função da norma regulatória, concedendo maior segurança jurídica ao agente regulado.

Apesar de eventuais críticas, a principal contribuição da *Primary Jurisdiction* se refere à proteção da atuação regulatória e à não submissão dos agentes de setores regulados a duas regras conflitantes – administrativa setorial e antitruste (LINGWALL, 2020, p. 116). Embora em determinadas situações as empresas devam se sujeitar simultaneamente aos comandos da agência regulatória e da autoridade concorrencial, é importante que o regulador defina primeiramente seu interesse no tema a ser julgado pelo tribunal antitruste.

Em síntese, a doutrina entende ser necessária (i) a avaliação do regulador setorial acerca das circunstâncias do caso concreto, como uma etapa preliminar da investigação antitruste; ou, em alguns casos, (ii) o reconhecimento de uma posição melhor por parte da autoridade reguladora quando o direito antitruste não for o meio mais adequado para resolver a questão, evitando a sobreposição de funções (CUNNINGHAM, 2017, p. 3). Trata-se de uma questão de coerência e segurança jurídica para os agentes regulados, em que a exigência de consulta prévia à autoridade responsável pelo setor visa proteger o interesse público e garantir uma administração eficiente (MEHREN, 1954, p. 965-966).

⁴⁸ Tradução livre de “The doctrine furthers several important purposes. It allows an issue to be resolved by the institution Congress chose to perform that function. It allows an issue to be resolved by an institution with superior subject matter expertise. It leads to uniformity with respect to federal law. It leads to interpretations of statutes, rules, and tariffs that fit well with other interpretations and that allow an agency to implement a regulatory regime in a coherent and efficient manner”.

Isso é particularmente importante porque o direito concorrencial e o direito regulatório têm, em última instância, os mesmos objetivos: prevenir operações ilegítimas e o exercício de poder de mercado e favorecer a alocação eficiente de recursos, principalmente quando o livre mercado, por si só, não for capaz de atingir tais resultados (CRAMPTON, 2002, p. 6). Para tanto, é importante definir regras e procedimentos que concedam maior transparência e previsibilidade aos agentes econômicos e seus investidores, conciliando as perspectivas antitruste e regulatória e reconhecendo seu caráter complementar.

2.4.3. A *Primary Jurisdiction Doctrine* e o TCC da Petrobras

Compreendida a proposta da *Primary Jurisdiction Doctrine*, procede-se ao seu cotejo com o caso da Petrobras, já relatado anteriormente. De plano, não se extrai da análise do TCC e dos processos administrativos relacionados uma avaliação cautelosa por parte do CADE quanto à coesão do ordenamento jurídico ou à divisão mais apropriada de funções.

Historicamente, a doutrina sobre isenção antitruste resultante de regulação que mais tem repercutido na jurisprudência do CADE é a da *State Action*⁴⁹ (SAMPAIO, 2013, p. 155). Enquanto nos Estados Unidos a teoria era utilizada para verificar imunidade decorrente de regulação estadual, o CADE se utiliza da *State Action* também para regulação federal e municipal (NETO e FILHO, 2016, p. 23). O entendimento amplo da autoridade concorrencial brasileira é no sentido de que não se deve punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estiver obedecendo estritamente a um comando da regulação emanado pela autoridade competente.

O CADE, no entanto, já reconheceu que a regulação não afasta de todo a aplicação do direito concorrencial, visto que pode deixar uma margem maior ou menor de liberdade para a atuação privada, cabendo, assim, a atuação do órgão de defesa da concorrência⁵⁰. Em outros casos, em uma análise de razoabilidade, o CADE já concluiu que a regulação pode ser insuficiente para garantir que a conduta dos agentes não prejudique excessivamente a

⁴⁹ A *State Action* também consiste em doutrina de construção jurisprudencial estadunidense. Em 1943, no caso *Parker v. Brown*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, pela primeira vez, que uma conduta não deve se submeter ao controle concorrencial quando ela for considerada uma ação estadual – isto é, uma *state action*. Tal conclusão se baseia no entendimento de que os estados da federação americana são soberanos e, portanto, a ação legítima do estado não deve ser submetida ao escrutínio antitruste nem ser considerada violadora das leis antitruste (AFONSO, 2017, p. 47). Posteriormente, em *Cantor v. Detroit Edison*, a doutrina foi desenvolvida e a Corte decidiu que não há imunidade concorrencial se o Estado simplesmente aprovar uma conduta anticompetitiva iniciada por um agente privado sem que essa conduta seja parte de uma política estadual obrigatória.

⁵⁰ Tal entendimento foi exposto no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.002605/1997-52.

concorrência, principalmente quando o regulamento for desatualizado ou precário (SILVA, 2005, p. 18-19).

Tal construção jurisprudencial se refere, assim, à possibilidade de intervenção do CADE, em virtude de ilícito concorrencial, quando houver comando regulatório expresso ou política regulatória definida em sentido contrário, não endereçando, contudo, (i) os limites da intervenção da autoridade antitruste em mercados regulados quando não houver instrução explícita do regulador em contraposição e (ii) o juízo de eficiência e coesão sobre o caso concreto para determinar qual a autoridade mais adequada a solucionar o conflito.

Dessa forma, enquanto a *State Action* pode constituir mecanismo eficaz para compreender os limites da atuação do CADE quando a autoridade reguladora expressamente optar por uma política que não privilegia a concorrência (e.g., fixação de preço público estatal), a *Primary Jurisdiction*, que até o momento não teve espaço nas decisões do CADE, visa preservar uma coordenação de tarefas apropriada entre autoridades antitruste e agências reguladoras de forma mais ampla (GENGEL, BROWN e DENICOLA, 2014, p. 1), analisando as particularidades de cada caso concreto, o que seria benéfico ao ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse cenário, entende-se que o caso analisado não se alinha à preocupação da *Primary Jurisdiction* em conceder segurança jurídica e previsibilidade aos agentes regulados, principalmente porque (i) o CADE não tem competência para promover reformas estruturais drásticas; (ii) não há correspondência entre as obrigações previstas e as supostas condutas anticompetitivas identificadas; e (iii) as mudanças pretendidas pelo Conselho seriam melhor executadas pela agência reguladora responsável pelo setor, que estaria em uma posição mais adequada.

Em relação ao primeiro argumento, entende-se que a falta de competência do CADE para promover tais mudanças demonstra a sobreposição de funções em relação ao agente regulador, especialmente porque a Lei do Petróleo determina ser a ANP responsável por “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional”⁵¹. Dessa forma, caberia à ANP executar as diretrizes do CNPE relativas à abertura do mercado de gás natural junto aos agentes privados, não sendo a autoridade concorrencial apta a promover reformas estruturais nos setores conforme seu juízo de conveniência e discricionariedade.

⁵¹ Lei nº 9.478/1997, Art. 8º, I.

O segundo ponto remete à ausência de correlação entre os compromissos assumidos pela Petrobras no âmbito do acordo celebrado e as supostas práticas anticompetitivas das quais a empresa foi acusada, visto que o CADE não forneceu explicação razoável sobre como a alienação das participações societárias em transportadoras e companhias distribuidoras endereçaria as pretensas condutas de abuso de posição dominante e discriminação de preços. Em verdade, o próprio acordo reconhece que os procedimentos administrativos não imputaram uma conduta específica à Petrobras e que as obrigações assumidas seriam voluntárias.

Ambos os fatores demonstram o desalinhamento entre a atuação do CADE nesse caso e o raciocínio da *Primary Jurisdiction*, à medida que refletem certa despreocupação com os limites de competência. Enquanto referida teoria visa fornecer maior segurança ao agente econômico, a extrapolação da competência legal do CADE e a consequente sobreposição de funções entre a autoridade concorrencial e o agente regulador pode levar a incongruências no ordenamento jurídico, como a intervenção da autoridade antitruste em monopólios sem a existência de um ilícito concorrencial para ampará-la.

Quanto ao terceiro aspecto, entende-se que o acordo celebrado entre Petrobras e CADE não considerou que as obrigações atribuídas às partes seriam melhor implementadas pelo regulador setorial. Isso porque, no caso concreto, a autoridade reguladora estaria em uma posição melhor para avaliar comportamentos e incentivos de outros *players*, submeter os demais agentes do setor de gás natural a uma política voltada ao desinvestimento da Petrobras e adaptar suas ações conforme a reação do mercado e de seus regulados, o que não é possível por meio de simples acordo bilateral. Nesse sentido, embora o TCC possa prever uma obrigação de alienar, não é capaz de criar um cenário econômico favorável ao cumprimento dessa disposição ou avaliar de forma efetiva a possibilidade prática de compra por outros agentes dos ativos a serem desinvestidos.

Tal limitação já foi demonstrada em outros casos decididos pelo CADE, como na aquisição da Fox pela Disney⁵². Na sessão ordinária do dia 22 de fevereiro de 2019, o Tribunal do CADE apreciou referido ato de concentração, tendo decidido pela aprovação da operação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Tal acordo buscou endereçar as preocupações concorrenciais identificadas no mercado de licenciamento de canais de esportes de TV por assinatura no Brasil, tendo como principal compromisso o desinvestimento do conjunto de ativos necessários à operação da Fox Sports no Brasil. Na ocasião, o Tribunal pontuou não ser possível a venda dos ativos ao Grupo Globosat, dado que

⁵² Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53.

aumentaria a concentração do mercado.

Decorrido mais de um ano sem sucesso no cumprimento da obrigação, o CADE procedeu à revisão dos remédios aplicados. O Parecer da PROCADE concluiu que não houve apresentação de informações falsas ou enganosas, tampouco o descumprimento do ACC pelas partes. Ao contrário, registrou que, nesse caso, as partes interessadas e envolvidas não mediram esforços para fazer cumprir o que restou decidido pelo CADE, não tendo obtido êxito pela inaplicabilidade do remédio imposto no atual momento do mercado – findo o prazo estabelecido, e mesmo após prorrogações sucessivas, não foram identificados compradores efetivos e a alienação se mostrou economicamente inviável. Diante de tal situação, o Tribunal, na sessão ordinária do dia 6 de maio de 2020, aprovou a operação sob novo ACC, que previu apenas medidas comportamentais.

Embora o caso Disney/Fox seja um ato de concentração e não uma investigação de condutas, a necessidade de revisão dos remédios acordados indica certa limitação do CADE quanto ao acompanhamento conjuntural da realidade dos mercados, principalmente porque a competência da autoridade concorrencial abrange diversos setores econômicos. Assim, mesmo que indiscutível a competência e a adequação do CADE para analisar atos de concentração, é importante reconhecer a existência de um distanciamento natural do conselho quanto aos setores analisados, quando comparado aos respectivos reguladores setoriais, mais especializados e próximos à realidade e às mudanças de cada mercado.

Tal perspectiva reforça a incoerência e a possível ineficiência das obrigações previstas no TCC celebrado entre Petrobras e CADE, principalmente no que se refere à alienação de ativos. No caso concreto, a situação ainda é agravada pela tentativa de se promover mudança estrutural por instrumento antitruste em um mercado cujo monopólio constituiu opção legislativa por anos.

Não se trata de criticar a possibilidade de imposição de remédios estruturais pelo CADE, mas sim de (i) questionar sua necessidade e razoabilidade no caso analisado, haja vista a falta de competência do CADE para promover reformas estruturais drásticas, principalmente quando essas não têm por objetivo endereçar condutas anticompetitivas devidamente identificadas; e (ii) discutir a conveniência de possível renúncia pontual, por parte do CADE, de sua atuação em prol do agente regulador quando isso for mais apropriado e efetivo para o caso concreto, segundo o racional da *Primary Jurisdiction Doctrine*.

O presente trabalho não tem por objetivo defender a importação indiscriminada da teoria norte-americana para o Brasil, mas sim buscar, na experiência estrangeira, boas práticas em termos de solução de conflitos e aplicá-las na medida em que compatíveis com o arcabouço normativo brasileiro.

Tendo em vista que o Estado brasileiro optou por estabelecer tanto a regulação concorrencial quanto a setorial, é necessário que se desenvolvam mecanismos para mitigar eventuais conflitos entre ambas as áreas. Isso porque a concentração apropriada de esforços e o direcionamento de tarefas à autoridade competente e mais capacitada para solucionar determinadas situações promoveria maior eficiência, melhor aproveitamento dos recursos públicos e maior coerência para o ordenamento jurídico.

Em síntese, quanto ao caso analisado, conclui-se que (i) o TCC extrapola a possibilidade de atuação do CADE no mercado de gás natural; (ii) com base na *Primary Jurisdiction Doctrine*, seria importante o reconhecimento, por parte da autoridade concorrencial, de uma melhor posição do órgão regulador para promover as reformas pretendidas, principalmente sob o ponto de vista da eficiência; e (iii) é necessário repensar a forma de solucionar conflitos entre regulação e concorrência, a fim de se conferir maior coesão e previsibilidade aos agentes privados e de se alcançar um arquétipo institucional que melhor atenda ao interesse público.

CAPÍTULO III:

TEORIA JURÍDICA DA REGULAÇÃO E O MERCADO DE GÁS NATURAL

Pontuadas as críticas ao TCC e compreendida a relação entre regulação e concorrência, o terceiro capítulo tem por objetivo aprofundar o tema da regulação, abordando sua origem, objetivos e função no ordenamento jurídico, a partir das premissas da Teoria Social da Regulação e da Teoria Institucional da Regulação. Tal entendimento é relevante à medida que permite compreender *(i)* qual o papel da regulação; *(ii)* o processo de definição de políticas regulatórias de forma ampla; e *(iii)* como isso ocorre no mercado de gás natural especificamente, no intuito de melhor amparar as conclusões do segundo capítulo.

Para tanto, divide-se o presente capítulo em três partes: *(i)* a primeira trata da origem e definição da regulação e do seu aspecto político; *(ii)* a segunda aborda os pressupostos da Teoria Social da Regulação e da Teoria Institucional da Regulação como elementos da função regulatória; e *(iii)* a última trata do panorama regulatório no mercado de gás natural.

3.1. REGULAÇÃO E POLÍTICA REGULATÓRIA

Conforme mencionado no capítulo anterior, a regulação consiste em instrumento utilizado para a consecução dos direitos fundamentais, mediante acompanhamento conjuntural da realidade econômica de setores de interesse público (ARANHA, 2019, p. 10). Em síntese, a regulação se dá via fiscalização, incentivo e planejamento dos setores relevantes, como saúde, telecomunicações e energia.

A fiscalização remete à verificação dos setores econômicos para evitar formas abusivas de comportamento de particulares que possam gerar prejuízo aos consumidores e hipossuficientes. O incentivo, por sua vez, se refere ao estímulo que o governo pode oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio de isenções fiscais, aumento de alíquotas para importação ou abertura de crédito, por exemplo (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1285). Por fim, o planejamento “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos” (SILVA, 2002, p. 676), que consiste na fixação de metas a serem alcançadas pelo governo em determinado período de tempo.

Nessa linha, entende-se que a regulação constitui forma de intervenção na ordem econômica que visa à concretização dos direitos fundamentais e se verifica por meio de imposições normativas dirigidas principalmente a particulares e de mecanismos preventivos e repressivos para coibir eventuais condutas abusivas, via atividade contratual, ordenadora, gerenciadora e fomentadora.

Tal forma de atuação remete à figura do Estado Regulador, que confere primazia à atividade de empresas privadas e “através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1284). A regulação, assim, pode ser compreendida como pressuposto desse modelo, que se apoia sinteticamente:

a) no Estado garante dos direitos fundamentais, inclusive a igualdade de condições competitivas; b) no Estado de intervenção permanente e simbiótica; c) no Estado Administrativo, por sua apresentação de agigantamento da função de planejamento e gerenciamento das leis; d) no Estado legitimado na figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador; e) no Estado de direitos dependentes de sua conformação objetiva em ambientes regulados; f) no Estado Subsidiário, em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes; e g) no conceito de regulação como processo de realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconformando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade. (ARANHA, 2019, p. 43-44)

Nesse sentido, a regulação é instituto capaz de servir a fins múltiplos e até contraditórios, sejam econômicos, políticos ou culturais. A experiência regulatória demonstra a atenção às seguintes finalidades: (i) promover publicidade e transparência, (ii) combater a formação de cartéis, (iii) conter monopólios e oligopólios, (iv) harmonizar economicamente as indústrias, (v) exercer a função de *advocacy*, (vi) legitimar agentes econômicos e (vii) promover a defesa do consumidor (MCCRAW, 1975, p. 180). Na prática, contudo, a regulação se desenvolveu de formas e em momentos distintos ao redor do mundo, com modelos diversos de agências reguladoras.

3.1.1. Histórico da atividade regulatória

Em 1887, foi criada a primeira agência reguladora dos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission (ICC)*, que deu início à constituição de diversas *agencies* para a regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções, se posicionando como a principal forma de controle das atividades econômicas, sobretudo no início do século XIX (MEDAUAR, 2018, p. 66).

Embora o movimento regulatório tenha desacelerado no país na década de 1920, foi retomado no governo de Franklin Roosevelt na década de 1930, sob a política do *New Deal*, com destaque para a regulação federal do mercado de títulos e valores mobiliários (*Securities Acts* de 1933 e 1934).

No modelo norte-americano, cada *independent agency* é estabelecida por uma lei, aprovada pelo Congresso, que define seus objetivos e prevê sua área de atuação – como a *Federal Trade Commission*⁵³, criada pela *Federal Trade Commission Act*⁵⁴ em 1914, e a *Federal Energy Regulatory Commission*⁵⁵, criada pela *Department of Energy Organization Act*⁵⁶ em 1977. Tais agências surgiram com uma função intermediária e ligeiramente distinta das exercidas pelos poderes estatais clássicos: a administração das leis (ARANHA, 2019, p. 15).

O intuito era, essencialmente, desenvolver entidades imunes à influência política direta, pautadas pela expertise técnica em determinada área (SCIGLIANO, 1994, p. 111-117). Por esse motivo, as agências reguladoras estadunidenses foram institucionalizadas como órgãos independentes do Executivo, que não compõem o Gabinete da Presidência ou os ministérios e, portanto, não estão sujeitos ao controle presidencial (BREGGER e EDLES, 2015, p. 6).

Além disso, para desempenhar suas funções, as *agencies* dispõem de poderes quase legislativos e quase jurisdicionais (*quasi-legislative* e *quasi-judicial power*, na literatura estrangeira), visto que (i) embora a administração das leis tenha conteúdo normativo, não se confunde com a formulação de leis, e (ii) a resolução de conflitos e aplicação de sanções pelas agências se dá em âmbito administrativo, não se confundindo com a atividade dos tribunais.

⁵³ Agência Nacional de Comércio.

⁵⁴ Lei da Agência Nacional de Comércio.

⁵⁵ Agência Reguladora Nacional de Energia.

⁵⁶ Lei Organizacional do Departamento de Energia.

Enquanto a origem da regulação por agências autônomas nos Estados Unidos remonta ao final do século XIX, com a criação da ICC, esse modelo de entidade técnica com funções distintas e políticas definidas levou alguns anos para ser implementado na Europa (MAJONE, 1994, p. 78). Apesar da existência de algumas *commissions* no final do século XIX em países europeus (como a *Railway Commission* britânica, criada em 1873), essas não possuíam as características de autonomia, tecnicidade e planejamento comuns às agências reguladoras estadunidenses. Ao invés de implementar políticas definidas e atuar na regulação dos mercados, respondiam a interesses privados (BALDWIN e MCCRUDDEN, 1987).

Mesmo essa iniciativa tímida foi contida pelo movimento europeu de estatização, que teve início no final do século XIX e se intensificou na primeira metade do século XX, após a Primeira Guerra, a crise de 1929 e a Segunda Guerra (CLIFTON, COMÍN e DIAZ-FUENTES, 2004, p. 2). Nesse período, muitos países europeus passaram a deter o monopólio de empresas públicas em setores estratégicos, como telecomunicações, eletricidade e gás. A intenção não era simplesmente regular preços, condições de entrada e qualidade dos serviços, mas também promover o desenvolvimento econômico nacional e a inovação técnica, gerar empregos, redistribuir renda no âmbito regional e elevar a segurança nacional, corrigindo falhas de mercado (MAJONE, 1994, p. 79).

Principalmente após a crise dos anos 1970, contudo, a insatisfação com a intervenção e a performance econômica do Estado levaram à compreensão de que as empresas privadas, e não as estatais, deveriam atuar como fornecedoras, satisfazendo a demanda dos consumidores (CLIFTON, COMÍN e DIAZ-FUENTES, 2004, p. 4). Por se entender que muitos dos objetivos da estatização tornaram-se obsoletos ou poderiam ser perseguidos de forma mais eficiente por outros meios, teve início um movimento de apoio às privatizações, em fortalecimento à capacidade regulatória do Estado. Isso porque, em muitos casos, a privatização representaria a substituição de monopólios públicos por privados, caso as empresas não estivessem sujeitas à regulação pública de preços, condições de entrada e prestação de serviços (MAJONE, 1994, p. 84).

Assim, sobretudo a partir da década de 1980, verificou-se expressivo crescimento da regulação administrativa na Europa, que se deu principalmente em modelo supranacional, no âmbito da antiga Comunidade Europeia. Isso se deve ao interesse de indústrias multinacionais voltadas à exportação em evitar regulamentações inconsistentes ou de rigor distinto entre os países membros – a regulamentação comunitária poderia eliminar ou ao menos reduzir o risco de normas conflitantes (MAJONE, 1994, p. 87).

Na América Latina, ocorreu processo semelhante de reestruturação do papel do Estado, com a ampliação da regulação setorial e das agências reguladoras autônomas em diversos países a partir da década de 1990. De 43 agências em 1979, sendo a maioria do setor financeiro, o número subiu para 134 no final de 2002 – enquanto em 1979 apenas 21 agências reguladoras eram nominalmente autônomas, o número total de agências autônomas foi para 119 em 2002 (LEVI-FAUR e JORDANA, 2006, p. 336).

Tal mudança foi principalmente incentivada pela popularidade⁵⁷ dos movimentos de liberalização e privatização nos anos 1990, enquanto respostas ao mal-estar social e econômico causado pela crise dos anos 1970. Isso porque, no período pós-Guerra, os países latino-americanos passaram por um movimento de industrialização intensiva coordenada pelo Estado, em prol da redução do atraso tecnológico em relação aos países mais ricos. Nesse período, o setor público se expandiu rapidamente e os instrumentos de coordenação foram desenvolvidos por meio da concentração do poder econômico (WHITEHEAD, 1994, p. 42), cujas fragilidades foram evidenciadas posteriormente durante a Crise do Petróleo.

Referida crise econômica coincidiu com a transição das autocracias para os regimes democráticos (MACEWAN, 1988, p. 125). Sob os governos eleitos, o movimento de privatização na América Latina ganhou força e se deu de forma bastante acelerada, o que, por conseguinte, levou à mencionada expansão das agências reguladoras.

Especificamente quanto ao Brasil, conforme mencionado no capítulo anterior, a origem da regulação remete à transição do Estado Social, que atraía para si o desempenho de diversas atividades econômicas, para o Estado Regulador, o qual, por meio de regime interventivo, se dedica a estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de conformá-la aos princípios da justiça social (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1284).

Segundo o art. 174 da Constituição, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Tal previsão reflete o abandono ao agigantamento estatal e o movimento de privatização das empresas estatais após o elevado endividamento público do país na década de 1980, que levou à substituição do modelo burocrático pelo modelo gerencial de administração.

⁵⁷ Segundo Remmer, “Neoliberal or market oriented reform programs were viewed as inherently unpopular, politically hazardous, and consequently dependent upon the existence of strong and relatively autonomous authoritarian governments. Through time these notions have been revised or at least diluted on the basis of additional evidence. Authoritarianism is no longer viewed as a critical prerequisite for the adoption of market-oriented policies (...)” (REMMER, 1998).

O insucesso do modelo de Estado Social, portanto, permitiu que se concebessem novas formas de intervenção estatal na ordem econômica. O Estado passou a assumir um papel subsidiário na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades estatais de natureza econômica, tendo por principal função o controle, o incentivo, a coordenação e o fomento da iniciativa privada. Tais encargos passaram a ser exercidos principalmente por meio da regulação, tendo diversas agências reguladoras sido criadas entre o final da década de 1990 e o início da década de 2000 no Brasil, quando a extinção total ou parcial do monopólio estatal de determinados serviços deu espaço à atuação do setor privado na execução de funções econômicas relevantes (MEDAUAR, 2018, p. 66).

3.1.2. Política regulatória

Compreendido o contexto do Estado Regulador, é relevante distinguir regulação de política regulatória. Enquanto a regulação se refere à administração das leis, não se confunde com a formulação da política pública correspondente (ARANHA, 2019, p. 15). Dentre as competências conferidas às agências reguladoras, não se inclui a de definir ou formular políticas públicas, tarefa inerente às entidades políticas. É de responsabilidade dos entes federados formular políticas públicas para os diversos setores regulados, cabendo às respectivas agências reguladoras executá-las (FURTADO, 2016, p. 156).

Nesse sentido, embora seja função das agências regular os setores sob sua responsabilidade, não cabe a elas formular políticas públicas, tarefa que deve ser realizada em nível ministerial, com a participação do chefe do Executivo e do Poder Legislativo.

Tal divisão pode ser observada no contexto do setor petrolífero – conforme já mencionado, a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), além de criar a Agência Nacional do Petróleo (ANP), criou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), órgão integrante da Administração direta, cuja função é essencialmente a de sediar o debate sobre a questão energética no país. Nesse sentido, fica a cargo do CNPE a definição da política energética, enquanto a regulação e execução dessas políticas ficam sob a responsabilidade das agências ligadas a essa área: ANEEL e ANP (FURTADO, 2016, p. 156-157).

3.2. PRESSUPOSTOS DA TEORIA SOCIAL DA REGULAÇÃO E DA TEORIA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO

No âmbito jurídico, foram desenvolvidas algumas teorias de análise do fenômeno regulatório, cada qual com foco em uma dimensão específica da regulação. Algumas teorias jurídicas da regulação têm caráter substantivo, enfatizando os valores que as justificam, como direitos fundamentais, os princípios do Estado Regulador relativos aos direitos do consumidor, à proteção do meio ambiente e ao bem-estar do trabalhador (SUNSTEIN e PILDES, 1995, p. 88). Essa vertente entende a regulação como um fenômeno jurídico-institucional de proteção de bens jurídicos externos à estrita relação entre os atores regulados e seus interesses (ARANHA, 2019, p. 97).

Dentre as teorias jurídicas da regulação de caráter substantivo, destacam-se a teoria social da regulação e a teoria institucional da regulação. A teoria social da regulação diz respeito à experiência regulatória dos Estados Unidos da América, cujos principais representantes são Richard Stewart e Cass Sunstein. Referida vertente remete à crise do Estado Regulador estadunidense da década de 1960, contexto no qual as pretensões regulatórias deixaram de se limitar ao bom funcionamento dos setores econômicos para acrescentar preocupações de direitos sociais, como defesa do consumidor, meio ambiente e saúde do trabalhador (ARANHA, 2019, p. 97). Tal perspectiva se refere à constituição do Estado Social Regulador.

Segundo Stewart, essa forma estatal se caracteriza pela compreensão da regulação enquanto produção de estratégias jurídicas de comando de setores regulados, e não apenas como solução pontual de conflitos entre atores econômicos (STEWART, 1988, p. 129). De forma semelhante, Sunstein entende que a regulação dos anos 1960 e 1970 nos Estados Unidos sofreu mudanças significativas, deixando de se preocupar exclusivamente com a estabilização da economia ou com o controle de preços e de entrada no mercado regulado e passando a defender aspectos como saúde, segurança pública, apoiando-se em previsões de direitos fundamentais para compensar a “subordinação social de grupos em posição de desvantagem” (SUNSTEIN, 1990, p. 13).

Em perspectiva mais abrangente, tem-se a teoria institucional da regulação, que avançou em uma concepção de regulação funcionalmente orientada à proteção e à objetivação dos direitos fundamentais, mais próxima à tradição constitucionalista e mais independente em relação ao histórico regulatório próprio dos Estados Unidos. Essa visão da regulação enquanto forma de proteção aos direitos fundamentais não afasta as contribuições da teoria social da

regulação americana, mas vai além para inserir a regulação como meio de “materialização de direitos fundamentais, inscrita nas garantias institucionais que os cercam e aberta à nova racionalidade material que rege o Estado Regulador de cunho reflexivo” (ARANHA, 2019, p. 98).

Em síntese, ambas as correntes defendem a insuficiência da análise econômica dos interesses de atores privados presentes em um setor regulado, concentrando-se no conteúdo da disciplina regulatória voltada à concretização de direitos. O próprio ordenamento jurídico brasileiro se alinha a essa perspectiva quando reconhece a função das agências reguladoras de zelar pelos direitos do consumidor e do meio ambiente, pela concorrência nos mercados⁵⁸ e pelo bem-estar do trabalhador.

Para este trabalho, portanto, as principais contribuições das teorias abordadas acima são (i) o não esgotamento dos objetivos da regulação em fatores econômicos e no bom funcionamento do mercado; e (ii) a existência de preocupações relativas aos direitos sociais e à proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados por parte da atividade regulatória. No tópico seguinte, são exploradas essas questões no âmbito do mercado de gás natural, bem como a função dos agentes reguladores de cumprir os princípios e objetivos da política energética setorial, definida pelos poderes Executivo e Legislativo, conforme explicado anteriormente.

3.3. REGULAÇÃO NO SETOR DE GÁS NATURAL

Conforme exposto no primeiro capítulo, o uso do gás natural no Brasil se iniciou por volta de 1940, com as descobertas de óleo e gás na Bahia, tendo sua importância sido gradualmente ampliada ao longo do tempo.

Em 1953, foi editada a Lei nº 2.004, que determinou o monopólio da União sobre (i) a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros no

⁵⁸ Lei nº 13/848/2019: “Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

(...)

Art. 31. No exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

(...)

Art. 33. As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos de defesa do meio ambiente mediante a celebração de convênios e acordos de cooperação, visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização”.

território nacional; *(ii)* o refino do petróleo nacional ou estrangeiro; e *(iii)* o transporte marítimo de petróleo e derivados, assim como de gases raros⁵⁹. Segundo a lei, a União exerceria o monopólio estabelecido por meio *(i)* do Conselho Nacional do Petróleo (CNP)⁶⁰, como órgão de orientação e fiscalização; e *(ii)* da sociedade Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e de suas subsidiárias, como órgãos de execução⁶¹.

À Petrobras, de propriedade e controle inteiramente nacionais e com participação majoritária da União, caberia explorar, em regime monopolista, diretamente ou por meio de subsidiárias, todas as etapas da indústria petrolífera, exceto a distribuição. Por outro lado, o CNP, enquanto entidade autônoma diretamente subordinada ao Presidente da República, teria como finalidade superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo e ao aproveitamento de outros hidrocarbonetos fluídos e de gases raros⁶².

Nesse contexto, embora não houvesse agência reguladora, já havia um princípio de regulação do setor de gás natural, consubstanciada na atuação do CNP, órgão colegiado composto pelos ministros das Forças Armadas, da Fazenda e do Trabalho, Indústria e Comércio, e representantes de sindicatos da indústria e do comércio. Era responsável, assim, por definir a política regulatória setorial, sendo suas decisões orientadas preponderantemente por seu presidente, nomeado pela Presidência da República, e passíveis de veto por parte dos ministros militares (FGV/CPDOC).

O CNP teve papel relevante *(i)* na estratégia do governo para superar impactos da primeira crise do petróleo e *(ii)* no cumprimento da sua missão de garantir o abastecimento e das determinações governamentais para redução do consumo de combustíveis (ANP, 2020). Em 1990, contudo, foi substituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), do quadro do Ministério da Infraestrutura, cuja principal função era “orientar e fiscalizar as atividades relativas ao monopólio da União”⁶³ nas matérias ligadas a petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos.

Da análise das competências previstas no art. 222 do Decreto nº 99.244/1990, verifica-se que o DNC reunia funções normativas e de orientação, fiscalização e superintendência. Tratava-se, portanto, de entidade intermediária entre um conselho de política regulatória

⁵⁹ Lei nº 2.004/1953, Art. 1º.

⁶⁰ O CNP já havia sido criado pelo Decreto-Lei nº 395/1938: “Art. 4º Fica criado o Conselho Nacional do Petróleo, constituído de brasileiros natos, designados pelo Presidente da República, representando os Ministérios da Guerra, Marinha, Fazenda, Agricultura, Viação e Obras Públicas, Trabalho, Indústria e Comércio, assim como as organizações de classe da Indústria e do Comércio”.

⁶¹ Lei nº 2.004/1953, Art. 2º.

⁶² Lei nº 2.004/1953, Art. 3º.

⁶³ Decreto nº 99.244/1990, art. 222.

setorial e uma agência reguladora, atuando tanto no controle e coordenação da iniciativa privada, quanto na definição das diretrizes energéticas.

Posteriormente, tal estrutura foi alterada pela Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), ainda vigente, que promoveu a flexibilização do monopólio da Petrobras, estabeleceu os princípios da política energética e criou o CNPE, enquanto conselho responsável pela política energética, e a ANP, como agência reguladora autônoma, conforme apontado no primeiro capítulo.

Nos termos do art. 2º da referida lei, o CNPE é um conselho vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, que tem a função de propor ao chefe do Executivo políticas nacionais e medidas específicas destinadas a *(i)* promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos; *(ii)* rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do Brasil; *(iii)* estabelecer diretrizes para programas energéticos específicos; *(iv)* definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento; e *(v)* definir a estratégia e a política de desenvolvimento tecnológico do setor de energia elétrica.

Por sua vez, a ANP foi criada como entidade integrante da Administração Federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia e submetida ao regime de autarquia especial, como órgão regulador da indústria de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. Cabe à ANP promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas do setor, implementando a política energética nacional definida pela legislação e pelo CNPE, realizando estudos em prol das atividades de exploração, regulamentando e autorizando as atividades ligadas ao abastecimento nacional de combustíveis e estimulando a adoção de novas tecnologias relacionadas a exploração, produção, transporte, refino e processamento.

O art. 1º da Lei nº 9.479/1997 prevê dentre os objetivos da política energética nacional *(i)* preservar o interesse nacional; *(ii)* promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos; *(iii)* proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; *(iv)* proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia; *(v)* garantir o fornecimento de derivados de petróleo e biocombustíveis em todo o território nacional; *(vi)* incrementar a utilização do gás natural; *(vii)* utilizar fontes alternativas de energia; *(viii)* promover a livre concorrência; e *(ix)* atrair investimentos na produção de energia.

Da leitura dos referidos dispositivos, verifica-se o alinhamento da legislação brasileira e da política regulatória do setor de gás natural aos pressupostos da teoria social da regulação e da teoria institucional da regulação, à medida que os objetivos da regulação energética nacional não se limitam a aspectos econômicos ou de funcionamento do mercado, incluindo questões relativas à proteção de direitos fundamentais, à preservação ambiental e ao bem-estar da população.

Isso é particularmente relevante para esse trabalho porque *(i)* reforça a competência da ANP para executar as políticas definidas pelo CNPE; e *(ii)* acentua a diferença entre as funções da ANP e do CADE, tendo esse um escopo de atuação mais restrito e específico, voltado à proteção da concorrência e da ordem econômica.

CONCLUSÃO

Nos últimos anos, o Poder Público tem enfatizado a relevância do mercado de gás natural ao promover diversas iniciativas pela sua abertura, no intuito de promover o crescimento econômico do setor e desenvolver um cenário de competitividade efetiva. A partir dos debates fomentados entre agentes da indústria, órgãos governamentais, universidades e membros da sociedade civil, foram estabelecidas diretrizes para o desenho do novo mercado de gás natural, visando garantir a manutenção do funcionamento adequado do mercado no período de transição e avaliar a possibilidade de aceleração da mudança, conforme discutido no capítulo I.

Nesse contexto de abertura do mercado de gás natural, incentivada inclusive pela gestão atual da Petrobras, este trabalho buscou formular crítica à utilização de meios impróprios para tentar atingir os objetivos pretendidos, principalmente em caso de sobreposição entre as atividades antitruste e regulatória. Isso porque o TCC celebrado entre CADE e Petrobras, objeto central da análise proposta, embora tenha o potencial de estimular a concorrência no mercado, apresentou diversos problemas, particularmente *(i)* desvio de competência e *(ii)* desvio de finalidade. Nos termos do acordo, os procedimentos administrativos que deram origem à celebração do TCC não imputaram uma conduta específica à Petrobras, a signatária não reconheceu a prática de ilícito e os desinvestimentos previstos seriam voluntários por parte da Petrobras.

Conforme analisado no segundo capítulo, não há correspondência lógica e finalística entre o acordo e a suposta conduta anticompetitiva apurada. Tendo a lei definido finalidade específica para o TCC, relativa à cessação de ilícitos concorrenciais, e sendo esse um mecanismo negocial típico da atuação repressiva do CADE, é evidente sua inadequação para alinhar com empresas, de forma voluntária, estratégias de negócios alheias à proteção da concorrência e da ordem econômica. Além disso, não é função do CADE coibir o poder econômico ou o monopólio em si, mas sim reprimir eventuais infrações à ordem econômica e o abuso do poder de mercado. A partir de tais elementos, demonstrou-se que o esforço de cooperação em prol da abertura do setor de gás natural, materializado pelo acordo, não é amparado pela legislação concorrencial.

Reforça isso a ausência de competência do CADE para executar diretrizes de política regulatória setorial. Embora seja possível sua contribuição, enquanto instituição pública, para as discussões relativas à abertura do setor, evidenciou-se, no terceiro capítulo, a existência de uma estrutura regulatória complexa e bem definida no setor de gás natural, cujas principais

autoridades são a ANP e o CNPE, não havendo espaço para a apropriação de funções alheias.

Ao longo desta pesquisa, buscou-se demonstrar o escopo mais amplo da atuação regulatória, quando comparada à atividade antitruste: enquanto o CADE tem como foco a tutela da ordem econômica e a proteção à concorrência, às agências reguladoras compete não apenas intermediar conflitos de agentes privados e fiscalizar a execução de atividades econômicas relevantes, mas também fomentar o desenvolvimento econômico e a competitividade, produzir regulamentações, estabelecer soluções negociais com agentes econômicos e proteger os interesses dos consumidores, o meio ambiente e a saúde do trabalhador.

Nessa linha, embora a dimensão econômica seja relevante aos agentes reguladores, sua atuação não se encerra nela, sendo orientada inclusive para a materialização de direitos sociais, em consonância com os pressupostos das teorias substantivas da regulação. Para além dos objetivos gerais previstos em lei, a estrutura da regulação também apresenta dimensão política, consubstanciada na definição da política regulatória setorial em nível ministerial, com a participação do chefe do Executivo e do Poder Legislativo, a ser executada pela respectiva agência reguladora.

A partir desse panorama, entende-se (i) não caber ao CADE a execução da política energética setorial, o que, no mercado analisado, é de responsabilidade da ANP; (ii) haver pontos comuns, mas escopos de atuação diversos entre a autoridade antitruste e o agente regulador; e (iii) ser pouco eficiente o dissentimento e a sobreposição entre as referidas entidades, visto que isso prejudica a melhor execução de ambas as funções e a segurança jurídica do agente econômico regulado.

Considerando tais questões, abordou-se a contribuição da *Primary Jurisdiction Doctrine* enquanto mecanismo adequado de solução de conflitos entre concorrência e regulação. Em um contexto de regulação efetiva, a teoria sustenta maior deferência à agência reguladora em casos que exijam o exercício de sua discricionariedade ou o conhecimento de questões de fato mais técnicas ou específicas do setor. O objetivo não é defender a concessão de imunidade material em relação às regras da legislação concorrencial, mas garantir que isenções pontuais exigidas pela lógica e estrutura da sistemática regulatória não sejam prejudicadas pela sobreposição unilateral do direito antitruste.

Assim, embora inquestionável a autoridade do CADE para decidir sobre ilícitos anticompetitivos, discute-se se ele deveria exercê-la de plano ou após análise prévia do interesse da agência reguladora no caso concreto. A ideia é, essencialmente, ponderar o conflito de forma racional, considerando a necessidade de preservação da coesão do ordenamento jurídico: o

juiz deve determinar (i) se a intervenção antitruste, sem consulta à agência reguladora, pode ser prejudicial aos objetivos regulatórios do setor e (ii) se a autoridade reguladora está em posição mais adequada à resolução da demanda apresentada.

Considerando a análise empreendida, verificou-se que o TCC celebrado entre CADE e Petrobras não se alinhou à preocupação da *Primary Jurisdiction* em conceder segurança jurídica e previsibilidade aos agentes regulados, principalmente porque (i) o CADE não tem competência para promover reformas estruturais profundas; (ii) não há correspondência entre as obrigações previstas e as supostas condutas anticompetitivas identificadas; e (iii) as mudanças pretendidas pelo Conselho seriam melhor executadas pela ANP.

No que tange à *Primary Jurisdiction*, esta pesquisa procurou evidenciar a necessidade de aplicação de um mecanismo semelhante de solução de conflitos entre concorrência e regulação, mais amplo em relação aos atualmente utilizados pelo CADE e com ênfase na preservação da coerência do ordenamento jurídico, que não deve sujeitar o mesmo agente a comandos conflitantes.

A partir dos elementos expostos, evidenciam-se os seguintes objetivos da crítica apresentada: (i) expressar reprovação ao desvio de finalidade e competência evidenciados no acordo celebrado, bem como ao uso indiscriminado de recursos específicos da atividade antitruste; (ii) incentivar o aprimoramento jurisprudencial e institucional da autoridade da concorrência; (iii) reconhecer a importância da atividade regulatória em um contexto constitucional de primazia da atuação privada e o caráter complementar entre regulação e concorrência; (iv) ressaltar a necessidade de uma avaliação mais cautelosa em caso de sobreposição de competência, no intuito de elevar a coerência sistêmica e institucional diante das escolhas do Estado brasileiro, especialmente quanto à coexistência das atividades regulatória e antitruste; e (v) buscar, na experiência estrangeira, boas práticas para a resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, M. G. **O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais.** Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2017.
- ANP. A história do gás natural no Brasil. **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**, 2019. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/institucional/a-historia-do-gas-natural-no-brasil>>. Acesso em: 26 abril 2020.
- _____. História da ANP e do setor. **Ministério de Minas e Energia**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/acao-a-informacao/institucional/historia-anp-setor>>. Acesso em: 5 novembro 2020.
- ANP/SIM. **Nota Técnica nº 14/2018: a promoção da concorrência na indústria de gás natural.** Agência Nacional do Petróleo - Superintendência de Infraestrutura e Movimentação. Rio de Janeiro, p. 26. 2018.
- ANTONECCHIA, M. L. The Primary Jurisdiction Doctrine Looms over Litigation Concerning FAA Aircraft Certifications. **The Air & Space Lawyer**, Vol. 30, No. 4, American Bar Association, Chicago, 2017. 9-12.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório.** 5ª edição. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.
- BALDWIN, R.; MCCRUDDEN, C. **Regulation and Public Law.** Londres: Weidenfeld, 1987.
- BARROSO, L. R. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, julho/setembro 2012. 285-311.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988.
- _____. Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001. **Dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral**, Brasília, DF, 27 nov 2001.
- _____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal**, Brasília, DF, 30 nov 2011.
- BREGER, M.; EDLES, G. J. **Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics.** Oxford : Oxford University Press , 2015.

- CABRAL, M. A. M. O curioso caso do TCC da Petrobras no Cade. **JOTA**, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-curioso-caso-do-tcc-da-petrobras-no-cade-03072019>>. Acesso em: 21 junho 2020.
- CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição revista, atualizada e ampliada. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CLIFTON, J.; COMÍN, F.; DIAZ-FUENTES, D. Nationalisation, Denationalisation and European Integration: Changing Contexts, Unfinished Debates. **Enterprise and History (Entreprise et Histoire)**, Vol. 37, Paris, dezembro 2004. 24-52.
- CMGN/MME. Novo Mercado de Gás. **Ministério de Minas e Energia**, 2019. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/cmgn/novo-mercado-de-gas>>. Acesso em: 2 maio 2020.
- CRAMPTON, P. **Striking the Right Balance Between Competition and Regulation: The Key is Learning From Our Mistakes**. Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE). Co-operative Initiative on Regulatory Reform: Third Workshop. Jeju Island, Korea. 2002.
- CUNNINGHAM, A. Purpose, Prudence, and Path: Reevaluating the Primary Jurisdiction Doctrine in the Context of Opioid Litigation. **Northern Illinois University Law Review**, DeKalb, IL, novembro 2017.
- DGN/MME. Gás para Crescer. **Ministério de Minas e Energia**. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/acoes-e-programas/programas/gas-para-crescer>>. Acesso em: 1 maio 2020.
- EPE. **Balanco Energético Nacional 2018: Ano base 2017**. Rio de Janeiro: EPE, 2018.
- FGV/CPDOC. Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945). Conselho Nacional do Petróleo. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/EstadoEconomia/ConselhoPetroleo#:~:text=Conselho%20Nacional%20do%20Petr%C3%B3leo%20%7C%20CPDOC&text=A%20cria%C3%A7%C3%A3o%20do%20CNP%2C%20pelo,de%20regula%C3%A7%C3%A3o%20do%20setor%20petrol%C3%AD>>. Acesso em: 4 novembro 2020.
- FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição revista e atualizada. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GENGEL, G. P.; BROWN, K. A.; DENICOLA, R. J. Use of the Primary Jurisdiction Doctrine to Defend Litigation Involving Contaminated Sites. **In-House Counsel Committee Newsletter**, Vol. 15, No. 1, Section of Environment, Energy and Resources, American Bar Association, April 2014.
- HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2016.

- IBP. **Cartilha sobre o consumidor livre**. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis. Rio de Janeiro. 2019.
- LEVI-FAUR, D.; JORDANA, J. Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors. **International Journal of Public Administration**, No. 29, Abingdon, UK, 2006. 335-366.
- LINGWALL, J. Primary Jurisdiction and the Limits of Measurement in Mass Litigation. **Pace Law Review**, Vol. 40, Boise, julho 2020. 85-139.
- LOCKWOOD, A. J. The Primary Jurisdiction Doctrine: Competing Standards of Appellate Review. **Washington and Lee Law Review**, Vol. 64, Lexington, 1 março 2007. 708-748.
- LOSS, G. R. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- MACEWAN, A. Transitions from Authoritarian Rule. **Latin America Perspectives**, Vol. 15, No. 3, Baltimore, 1988. 115-130.
- MAJONE, G. The rise of the regulatory state in Europe. **West European Politics**, Vol. 17, No. 3, London, 1994. 77-101.
- MCCRAW, T. K. Regulation in America: A Review Article. **The Business History Review**, Vol. 49, No. 2, Cambridge, 1975. 159-183.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 21ª edição. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEHREN, R. B. V. The Antitrust Laws and Regulated Industries: The Doctrine of Primary Jurisdiction. **Harvard Law Review**, Vol. 67, No. 6, Cambridge, MA, Abril 1954. 929-966.
- MOTTA, L. G. D. Antitruste, regulação setorial e a nova política de desinvestimentos da Petrobras: instrumentos para promoção da concorrência no mercado de gás natural. **Revista do IBRAC**, Vol. 25, No. 1, São Paulo, 2020.
- NETO, C. M. D. S. P.; FILHO, J. I. F. D. A. P. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. **Revista Direito GV**, vol. 12, nº 1, São Paulo, jan-abr 2016. 13-48.
- NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. **Economics for competition lawyers**. 2ª edição. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**. OCDE. [S.l.]. 2019.
- OLIVEIRA, N. D. Para ANP, flexibilização do monopólio levou reservas de petróleo a dobrar em 15 anos. **Empresa Brasil de Comunicação**, 2013. Disponível em: <<https://www.ebc.com.br/noticias/economia/2013/05/flexibilizacao-do->

monopolio-levou-reservas-de-petroleo-do-pais-a-dobrar-em>. Acesso em: 26 abril 2020.

- PIERCE, R. J. Primary Jurisdiction: Another Victim of Reality. **GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-28**, Washington, DC, 15 abril 2017.
- REMMER, L. K. The Politics of Neoliberal Economic Reform in South America, 1980-1994. **Studies in Comparative International Development**, Vol. 33, No. 2, New York, 1998. 3-29.
- ROCHA, B. M.; MOTTA, L. G. D.; MALVAR, M. D. Mudanças no setor de refino e o risco de intervenção do Cade. **Levy & Salomão Advogados**, 2019. Disponível em: <<https://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/mudancas-no-setor-de-refino-e-o-risco-de-intervencao-do-cade>>. Acesso em: 7 julho 2020.
- SAMPAIO, P. R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTAGUIDA, B. The Primary Jurisdiction Two-Step. **University of Chicago Law Review**, Vol. 74, No. 4, Chicago, 2007. 1517-1548.
- SCHWARTZ, L. B. Legal Restriction of Competition in the Regulated Industries: An Abdication of Judicial Responsibility. **Harvard Law Review**, Vol. 67, No. 3, Cambridge, MA, janeiro 1954. 436-475.
- SCIGLIANO, R. **The Two Executives**: The President and the Supreme Court. p. 277-293. In: LAWLER, Peter, A; SCHAEFER, Robert M. (org.). Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1994. 277-293 p.
- SG/CADE. **Nota Técnica nº 26**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília. 2016.
- _____. **Nota Técnica nº 5**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília. 2018.
- SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Comentário contextual à Constituição**. 5ª edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, P. A. D. Q. D. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 1, Bahia, fev/mar/abr 2005.
- STEWART, R. B. Regulation and the Crisis of Legalisation in the United States. In: DAINTITH, T. **Law as an Instrument of Economic Policy**: Comparative and Critical Approaches. Berlin: Gruyter, 1988. p. 97-133.
- SUNSTEIN, C. R. **After the Rights Revolution**: Reconceiving the Regulatory State. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

SUNSTEIN, C. R.; PILDES, R. H. Reinventing the Regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 62, No. 1, Chicago , 1995. 3-125.

WHITEHEAD, L. State Organization in Latin America Since 1930. In: BETHELL, L. **The Cambridge History of Latin America**. Cambridge, UK: Cambridge University Press , Vol. VI, 1994. p. 3-95.

WINTERS, D. R. H. Restoring the Primary Jurisdiction Doctrine. **Ohio State Law Journal**, Vol. 78, No. 3, Columbus, OH, 2017. 541-599.

ANEXO A – VOTO RELATOR NO PA N° 08700.002600/2014-30

ANEXO B – TCC DA PETROBRAS