

O entrave constitucional do gás natural para alavancar o setor de energia elétrica brasileiro

Por: Luis Fernando Priolli*

Esse artigo nasceu da necessidade de uma análise mais profunda do artigo constitucional que rege, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o setor de gás brasileiro.

Esta fonte energética, até os presentes dias, tem uma participação ainda tímida na matriz energética brasileira, muito aquém das possibilidades que pode e deve ter, podendo propiciar crescimento econômico sustentável e duradouro, contribuindo para a redução das desigualdades econômicas regionais atuais e ainda junto ao meio ambiente, reduzindo as emissões de CO₂ na atmosfera

O gás tem enorme potencial de crescimento, nos próximos 10 anos, na esteira, principalmente, dos investimentos que estão sendo previstos oriundos das reservas de petróleo e gás descobertas no Brasil, em especial na chamada margem equatorial brasileira.

Entretanto, não se tem o condão de esgotar o assunto, e sim apenas iniciar o debate e levar o leitor à reflexão de como o preceito constitucional que rege o setor tem sido ainda pouco explorado e aplicado pelos agentes operadores do Direito, e que pode e deve ser interpretado de forma diversa ao que vem sendo feito nas últimas décadas.

Palavras Chaves: Gás Natural; Artigo Constitucional; Transição Energética, Artigo 25, Paragrafo Segundo da Constituição Federal

() Advogado com mais de 28 anos de atuação em departamentos jurídicos em grandes organizações de diferentes setores econômicos, entre eles: setor energético, infraestrutura, varejo e bancário. Sócio da área de Energia, Transição Energética, Petróleo e Gás no escritório Urbano Vitalino Advogados. Na iniciativa pública, atuou Empresa de Pesquisa Energética (EPE) do Ministério das Minas e Energia (MME) como assessor de Diretoria por mais de 3 anos. Nesta etapa ajudou a determinar o arcabouço jurídico setorial do Gás, tendo participado da Iniciativa Gás Para Crescer. Coordenador Legislativo da Comissão de Energia Elétrica da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, seccional do Rio de Janeiro. Autor do livro Gás Natural Brasileiro - Questão Constitucional (1ª edição, fevereiro de 2020) e de diversos artigos em diferentes publicações especializadas. Professor Convidado para ministrar na Universidade de Coimbra, Portugal, no VII Congresso Internacional de Direitos Humanos. Professor Universitário dos Cursos de Direito de Energia e de Direito Processual na Universidade Cândido Mendes, tendo ministrado também cursos sobre "Questões Processuais no Setor Elétrico" e "Furto, Fraude e Inadimplência no Setor Elétrico". Na Emerj – Escola de Magistratura do Rio de Janeiro ministrou seminário sobre "Varejo: Questões Controvertidas e Juizados Especiais Cíveis".*

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP realizou no dia 13/08/2025 audiência pública sobre a minuta de resolução¹ que visa definir a classificação de gasodutos de transporte, buscando, assim, estabelecer critérios técnicos para diferenciar gasodutos de transporte dos de distribuição através de critérios objetivos para caracterização de gasodutos de transporte.

Esta questão é crucial para dinamizar o setor de gás natural, que desempenha um papel relevante no mercado de energia elétrica, atuando como um combustível de transição e complementando fontes renováveis, oferecendo vantagens como menor impacto ambiental em comparação a combustíveis fósseis tradicionais e flexibilidade para atender picos de demanda, tornando-se uma opção atraente para a geração de eletricidade.

A intenção da ANP com tal Resolução é buscar a harmonização regulatória em relação ao tema, trazendo segurança jurídica às atividades de transporte de gás natural bem como de distribuição.

O desafio de regulamentar tal assunto não é pequeno e simples pois as contribuições a Consulta Pública aberta pela ANP já superam 530 contribuições², demonstrando assim a complexidade do assunto. Tal Resolução em debate visa adequar a regulação à Lei do Gás, Lei 14.134/2021, que tem como objetivo estabelecer a competência da União para regular o transporte de gás natural.

A proposta de classificação de gasodutos de transporte elaborada pela ANP e submetida aos agentes suscitou amplo debate durante a semana no próprio Congresso Nacional, pois a resolução ora proposta pela ANP, não obstante ser tal atitude bastante louvável e legítima, não resolverá a questão de forma definitiva, pois existe uma lacuna legislativa não observada pela ANP e pelos agentes do mercado, que permanece pendente de solução pelo Poder Legislativo

1

https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/2025/arquivos-consultas-audiencias-publicas-2025/cp-ap-01-2025/minutaresolucao.pdf?utm_source=newsletters+eixos&utm_campaign=9243aa30f4-EMAIL_CAMPAIGN_2025_08_15_12_26&utm_medium=email&utm_term=0_-9243aa30f4-189370377

2

<https://agenciainfra.com/blog/ninguem-vai-morrer-agarrado-a-parametros-tecnicos-para-classificacao-de-gasodutos-diz-diretora-da-anp/>

Federal, pois a própria Lei do Gás não enfrentou o assunto, já que dispôs sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata apenas o art. 177 da Constituição Federal.

Somente haverá a pacificação do assunto com a consequente harmonização regulatória pretendida entre a União e os Estados no setor de gás brasileiro quando for devidamente regulamentado o artigo 25, §2º da Constituição Federal, que disciplina que:

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

.....

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, *na forma da lei*, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”(*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995); (**o destaque não consta do original)

O artigo constitucional reclama uma regulamentação desde 1995, que até o momento não existe, já que toda a legislação que tratou do tema Gás Natural no Brasil após 1995, ou seja, 30 anos, tem tido o cuidado de explicitar que não se destina a regulamentá-lo, incluindo a própria Lei do Gás.

Além de tal lacuna ter sido ignorada até hoje pelo Congresso Nacional, quase não existe doutrina a respeito deste artigo, e muito poucos julgados abordando, ou mencionando, o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal, e fruto disso tem induzido alguns a defenderem, de forma veemente, que da leitura e interpretação deste preceito constitucional que o constituinte originário, e após (em 1995) o derivado, teriam afirmado ser a distribuição de gás competência exclusiva dos estados e enxergam nessa minuta de resolução um grave risco de judicialização no setor de gás natural brasileiro³.

Não se pretende colocar em dúvida que os destinatários da Norma Constitucional em questão são os estados membros, porém a mudança introduzida pelo constituinte derivado, através da emenda constitucional nº 05, de 1995⁴, que alterou o preceito constitucional que trata do gás,

³ <https://brasilenergia.com.br/petroleoegas/anp-cria-risco-de-judicializacao-no-setor-de-gas-natural>

⁴ A Emenda Constitucional nº 05 tramitou no Congresso Nacional como emenda constitucional nº 04, daí a dificuldade de se localizar na Câmara dos Deputados os registros do processo legislativo onde constam a *mens legis*

foi, infelizmente, parcialmente compreendida, pois ainda hoje, acredita-se que ela teve como única motivação permitir que empresas de distribuição estatais de gás canalizado fossem privatizadas.

As alterações legislativas introduzidas foram muito mais agudas e profundas, não obstante a maioria dos agentes se referirem a ela como “aquela-emenda-que-permitiu-as-privatizações”.

De fato, o constituinte derivado alterou essa parte do artigo que impossibilitava a transferência do controle acionário estatal das empresas para mãos privadas, porém não se limitou a isso.

Como a versão dos fatos por vezes é mais poderosa que os próprios fatos em si, as demais alterações não foram devidamente apreciadas e analisadas. O que se encontra são obras que dão especial ênfase à parte da emenda constitucional no seu aspecto, já mencionado, que permitiu a privatização:

“A Alteração do artigo foi outro sério erro, pois a partir da vigência do novo texto foram imediatamente iniciados, em pouco tempo concluídos, os processos de privatização nos dois estados mais desenvolvidos no setor, Rio de Janeiro (1997) e São Paulo (1999), que representavam o “filé mignon”, concentrando quase 60% de todo volume de vendas nacional de gás natural.” (Autor: Antonio Gerson Ferreira de Carvalho, Obra: “Gas Natural no Brasil – Uma História de Muitos Erros E Poucos Acertos”, 1ª. Edição, Senge- RJ, Rio de Janeiro, 2016, Página 38)

É importante ressaltar que estas modificações foram extremamente relevantes, e alcançaram a finalidade que pretendia o legislador de possibilitar que fosse franqueada para a iniciativa privada a exploração deste setor econômico, porém o legislador constituinte derivado não parou por aí as alterações constitucionais neste parágrafo. Foram incluídos os textos “*na forma da lei,*” e “*vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação*”

O impacto destes acréscimos foi ainda maior daquele produzido pelo legislador ao suprimir a (i) necessidade de ser explorado por uma estatal e (ii) retirando a exclusividade na distribuição, permitindo assim que houvesse competição no setor. O termo “*na forma da lei*” aparece 80 vezes na Constituição Federal, e mais 35 vezes como “*nos termos da Lei*”, logo, no total, o legislador, tendo incluído tal expressão 115 vezes no texto constitucional, tinha plena

consciência da consequência de sua inclusão. Tal inclusão não foi feita por acaso, ou seja, tinha a intenção que produzisse o efeito jurídico pretendido.

O impacto deste apostro (“, na forma da lei,”) ter sido inserido já foi amplamente analisado pelos juristas e tribunais de todo país, conforme exemplo a seguir:

“TJ-SP - Apelação APL 10261383920148260602 SP
1026138-39.2014.8.26.0602 (TJ-SP)

Data de publicação: 09/03/2016

Ementa: APELAÇÃO DO AUTOR –

.....

. A previsão do art. 7º, inciso XXIII, da CF não é autoaplicável, pois contém a expressão "*na forma da lei*". (o destaque não consta do original).”

“TJ-CE - Agravo AGV 00254857920088060001 CE
0025485-79.2008.8.06.0001 (TJ-CE)

Data de publicação: 26/01/2016

.....

Considera-se que o art. 40, § 21, da CF/1988 apresenta natureza de norma constitucional de eficácia limitada, tendo em vista a existência da expressão "*na forma da lei*" em seu texto.

...

Levando-se em consideração a eficácia limitada do § 21 do artigo 40 da Constituição da República e a aplicação das Lei Federais 8.112/1990, 7.713/1988 e do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Ceará (Lei Estadual 9.826/1974) ao caso,...” (o destaque não consta do original).”

O próprio STF já enfrentou essa questão:

“STF mantém aposentadoria sem descontos para portador de doença incapacitante

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ-RN), que garantiu a um auditor fiscal estadual aposentado os proventos de aposentadoria sem desconto da contribuição previdenciária, tendo em vista ser portador de doença incapacitante.

Ao conceder mandado de segurança em favor do auditor, o TJ sustentou que ele teria direito à isenção, prevista na Lei Complementar 308/05 e na Lei 8.633/05, ambas do estado, devido à sua condição de saúde. Além disso, a verba em discussão teria natureza alimentar, afirmou a corte estadual ao decidir favoravelmente ao aposentado.

O estado questionou essa decisão no Supremo, por meio da Suspensão de Segurança (SS) 3679, com a alegação de que o ato causaria grave lesão à ordem e à economia públicas. Nesse sentido, sustenta que o artigo 40, parágrafo 21, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 47/05, promulgada alguns meses depois da legislação estadual, teria tornado possível a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria de inativos portadores de doença incapacitante.

Decisão

Ao negar o pedido do estado, porém, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que a plena eficácia do dispositivo constitucional depende da edição de uma lei complementar que defina quais doenças são consideradas incapacitantes para os fins do benefício.

Além disso, a EC 47/05 criou hipótese de imunidade tributária em prol dos aposentados e pensionistas portadores das doenças incapacitantes. Por sua vez, as leis estaduais tratam de isenção, salientou Gilmar Mendes. “Os institutos da imunidade e da isenção tributária não se confundem. É perfeitamente possível ao estado conceder, mediante lei, isenção de tributo de sua competência, visto que está atuando nos limites de sua autonomia. Seguindo o mesmo raciocínio, também é possível ao ente federado revogar tal isenção”, explicou.

“Enquanto não for editada a lei a que se refere o parágrafo 21 do artigo 40 da CF/88, permanecem em vigor os diplomas estaduais que regem a matéria, que só serão suspensos se, e no que, forem contrários à lei complementar nacional (C. F. artigo 24, parágrafos 3º e 4º)”, concluiu o ministro ao negar o pedido, mantendo a decisão do TJ-RN.” (O destacado não consta do original)⁵

Ou seja, ao incluir este texto “*na forma da lei*”, o legislador tornou o dispositivo em norma de eficácia limitada não sendo mais autoaplicável.

Uma norma constitucional que possua em seu texto tal expressão, até a promulgação e publicação dessa lei, é classificada, quanto à sua aplicabilidade, como norma constitucional de eficácia contida. Neste tocante, o poder constituinte (“originário”, através da Assembleia Nacional Constituinte e posteriormente “derivado”, pelo Congresso Nacional) resolveu por bem não

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106148>

conferir eficácia plena ao referido preceito constitucional, ficando a sua regulação e, consequente aplicabilidade, condicionada à lei complementar, que até o momento não foi promulgada.

Na lição de Michel Temer, em sua obra Elementos de direito constitucional:

“...eficácia se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos.” [1] TEMER, Michel. Elementos do direito constitucional. 14ª Ed. revista e ampliada, Malheiros, 1998, pg. 23

E, ao incluir a expressão “vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”, o legislador constituinte derivado tinha a intenção de suprimir do Presidente da República a possibilidade de regulamentar tal preceito constitucional, conforme amplamente debatido e deliberado nos anais dos debates ocorridos quando da tramitação do “Projeto de Emenda Constitucional número 04”, 1995, no Congresso, que se transformou na Emenda Constitucional nº 5, de 1995. O processo legislativo relacionado a esse artigo constitucional pode ser acessado através do link http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242683&filename=Do+ssie+-PEC+4/1995

Na página 410, consta a manifestação do relator da PEC, o deputado Jorge Tadeu Mudalen, sobre a posição de manter a vedação à edição de medida provisória. Chama a atenção o final onde expressamente manifesta a intenção do Congresso regulamentar: “...e acho que é unânime o propósito de todos os Parlamentares desta Casa regulamentarem essa medida”.

Na página anterior (pg 409) menciona que:

“Este relator fez questão de incluir, no texto proposto pelo Governo, a não-edição de medida provisória para a regulamentação da PEC nº 4”. Ressalta ainda que o art. 2º colocado neste texto não é apenas de minha autoria, mas resultado de um acordo consensual da maioria das lideranças desta Casa”.

A ANP tem tentado regulamentar tal questão sem êxito, pois não lhe cabe enfrentar tal questão legislativa, que tem causado questionamentos administrativos, judicialização e insegurança. No dia 25/07/2024 a ANP decidiu negar provimento ao recurso feito pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo - Arsesp e pela Companhia de Gás de

São Paulo – Comgás que pleiteavam a reclassificação do gasoduto denominado “Subida da Serra” de gasoduto de transporte para de distribuição.

A ANP já havia classificado esse gasoduto como sendo de Transporte, porém se buscava o reenquadramento para a gasoduto de Distribuição.

A ausência de regulamentação acaba gerando, por exemplo, questionamentos como o enfrentado em grau de recurso pela ANP, quanto ao enquadramento correto dos gasodutos, o que acaba impactando adversamente a percepção de potenciais investidores no setor, pois sendo o gás natural uma indústria de rede é preciso que as atividades concorrenciais sejam bem definidas e separadas por infraestruturas, já que estas são tipicamente de monopólio natural, estando a concorrência nos mercados fortemente vinculada ao acesso à tais infraestruturas.

Nesse sentido, o domínio de tais ativos por empresas verticalmente integradas não traz incentivos corretos ao seu compartilhamento com terceiros, o que acaba por limitar a concorrência e conseqüentemente ao desenvolvimento do setor de gás brasileiro e novos investimentos.

A União Europeia já editou a Diretiva 2009/73/CE que disciplinava a separação das atividades, pois a ampliação da participação de novos agentes passa pelo acesso não discriminatório à infraestrutura, especialmente a de transporte de gás natural. Para tanto, é necessário adequar os incentivos econômicos de modo a promover a transparência, a alocação eficiente de capacidade, a redução dos custos de transação e, por fim, o acesso.

Basta analisar o desenho de mercado de gás de nossos vizinhos, como a Argentina, para perceber que a atividade de transporte do gás natural deve ser segregada das demais sob pena de se restringir o desenvolvimento do mercado.

A falta de clareza quanto as definições legislativas geram conflitos e retraem investimentos, pois é um setor que demanda bastante capital e, portanto, segurança quanto aos respectivos enquadramentos.

O legislador federal precisa, portanto, definir que a “distribuição de gás canalizado”, nos termos do artigo 25, §2º da Constituição Federal, se trata de serviço público e local de movimentação de gás natural canalizado junto aos Usuários Finais e Consumidores Livres, não abarcando, portanto, movimentação de gás para Autoprodutores e Auto importadores, nos termos

do artigo 2º da Lei nº 11.909, de 04 de março de 2009, bem como movimentação de gás natural por meio de gasoduto desde os poços produtores até instalações de processamento e tratamento ou unidades de liquefação.

O sistema de rede de gás natural precisa de regras claras!

A falta de clareza quanto a distinção dos diferentes tipos de gasodutos é que tem afastado o desenvolvimento da malha de gasodutos já que o de transporte é (i) aquele que realiza movimentação de gás natural desde instalações produção até as de tratamento ou processamento, (ii) até instalações de estocagem, (iii) os que levam até pontos de entrega aos concessionários estaduais de distribuição de gás natural e respectivas estações de compressão, de medição, de redução de pressão e pontos de entrega.

A própria celeuma acerca do gasoduto Subida da Serra não existiria se o legislador suprisse a lacuna legislativa existente, possibilitando assim serem bem definidas as características técnicas e operacionais de um duto de transporte, pois um gasoduto de alta pressão de operação e elevado diâmetro, que permite movimentar até 16 milhões de metros cúbicos por dia (MMm³/d) não se pode enquadrar em gasodutos destinados a prestação de serviço local de gás canalizado a usuários finais, beneficiando assim a sociedade brasileira que teria uma fonte energética mais barata para geração de energia elétrica.