UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

USP

Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia

PIPGE

(EP, FEA, IEE, IF)

**A REGULAÇÃO DO LIVRE ACESSO NA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL
CANALIZADO: O CASO DE SÃO PAULO.**

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

São Paulo

2006

HIRDAN KATARINA DE MEDEIROS COSTA

A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural canalizado: o caso de São Paulo.

Dissertação apresentada ao Programa Interunidades de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo (Escola Politécnica / Faculdade de Economia e Administração / Instituto de Eletrotécnica e Energia / Instituto de Física,) para a obtenção do título de Mestre em Energia.

Orientador: Prof. Dr. Célio Bermann

São Paulo

2006

**AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTES
TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO,
PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.**

FICHA CATALOGRÁFICA

Costa, Hirdan Katarina de Medeiros.

A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural canalizado : o caso de São Paulo./ Hirdan Katarina de Medeiros Costa ; orientador Célio Bermann. São Paulo, 2006.

p. 220: il.; 30cm.

Dissertação (Mestrado – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia) – EP / FEA / IEE / IF da Universidade de São Paulo.

1. Gás natural 2. Gás natural – aspecto econômico 3. Gás natural – regulação 4. Gás natural – uso industrial 5. Gás natural – São Paulo I. Título.

Dedico esse trabalho a Deus, à espiritualidade, aos meus familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a toda a espiritualidade pelo apoio durante a realização da pesquisa.

Igualmente, ao meu orientador, Prof. Célio Bermann, por toda confiança em mim depositada, bem como ao meu professor orientador da graduação Prof. Fabiano André Mendonça, pelos conselhos que me guiaram ao longo desse trabalho e os quais estarão eternamente em minha alma.

Aos professores do PIPGE, por todo o aprendizado obtido ao longo da realização das disciplinas do mestrado. À Professora Patrícia Matai pelos contatos conseguidos de algumas indústrias entrevistadas.

Aos funcionários do PIPGE e da biblioteca do IEE.

Aos professores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em especial, aos Professores Yanko Marcus Xavier, integrante da banca de defesa, e Otacílio dos Santos Silveira Neto.

Aos integrantes da minha banca de qualificação, Prof. Francisco Anuatti Neto e a Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que me brindaram com o brilhantismo de suas sugestões.

Ademais, à Agência Nacional do Petróleo, pela bolsa concedida e pelos recursos que viabilizaram o término do presente trabalho.

Ao Coordenador do PRH 04, Prof. Murilo Fagá, e ao professor visitante, Miguel Udaeta, pela compreensão, amizade e ajuda financeira sem a qual não seria possível a realização da pesquisa de campo.

Aos entrevistados, funcionários das empresas contatadas, funcionários do órgão regulador, pela disponibilidade de tempo e de paciência para responder as indagações colocadas.

Agradeço também aos meus amigos, Marilin, Mishene, Paul, Daniele Cristina, Débora, Patrícia, Alexandre, Luciano, Fábio Leite, Anderson, Fábio Romero, Wilson, Anna Lygia, Francisco, Callari, Sidney, Maria Assunção, Marcelo, Victorio, Silvio, Cácio, Celiza, Ilia, Amanda, pessoas maravilhosas que desempenharam o papel de luz durante o meu caminho na realização desse trabalho.

Agradeço a Regina Zamith e a Cláudia Peano pelas sugestões e correções.

Finalmente, a todos que colaboraram direta e indiretamente com a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

COSTA, H. K. M. A regulação do livre acesso no setor de distribuição de gás natural canalizado: o caso de São Paulo. 2006. 220 p. Dissertação de mestrado. Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia. Universidade de São Paulo.

Os serviços públicos de gás natural canalizado são de competência estadual, consoante previsão constitucional. O Estado de São Paulo destaca-se tanto pelo seu histórico de desenvolvimento de serviços de gás canalizado, quanto pela reestruturação realizada em meados da década de 90, os quais permitiram a atual expansão e o desenvolvimento do mercado de gás nesse estado. O presente trabalho ao visualizar essa realidade, examinou os contratos de concessão das três empresas distribuidoras de gás natural no Estado de São Paulo e constatou a existência de uma cláusula que prevê o livre acesso após certo lapso temporal [excluindo os usuários residenciais e comerciais] à rede de gasodutos de distribuição, desagregando a comercialização de gás ao serviço de distribuição. Diante disso, após a montagem do referencial teórico, foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com um representante do órgão regulador estadual, com funcionários das três distribuidoras locais e de grandes consumidores industriais, no sentido de averiguar como os agentes estão encarando essa cláusula e a ordem de preparativos que irão ser relevantes para a vigência dessa disposição contratual. Portanto, como resultado levantado, tem-se que os atores citados apesar de considerarem que a cláusula de livre acesso irá gerar um impacto no mercado, ainda não desenvolveram estudos nesse sentido, o que deverá ser feito a partir desse ano, visto a maior proximidade do lapso temporal. A relevância da pesquisa se circunscreve a contribuir como literatura que tratou de uma problemática ainda por vir, dentro de parâmetros fundamentados em um referencial teórico, com vistas à continuidade do desenvolvimento desse setor no Estado de São Paulo.

Palavras-chaves: regulação econômica, regulação jurídica, contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado, livre acesso, usuário industrial, Estado de São Paulo.

ABSTRACT

COSTA, H. K. M. **Regulation of open access in the sector of net natural gas distribution: the case of São Paulo.** 2006. 220 f. Work. Program of Post-Graduation in Energy, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

Public natural gas utilities [especially canalization] are under state jurisdiction, according to Brazilian constitutional provisions. The State of São Paulo is remarkable in this field for its achievements in developing and expanding the infra-structure of canalized gas services, as well as for the reorganization carried through in middle of the decade of 90, which allowed the current expansion and development of the gas market in this state. The present work, considered this context, examined multiple contracts of concession of the three natural gas companies in the State of São Paulo and evidenced the existence of a clause providing the mandatory allowance of open access [commercial by pass] after a determined period of time [excluding the residential and commercial users] to the net of distribution gas-lines, disaggregating the gas commercialization to the distribution service. In view of this, after assembling the theoretical referential, interviews half-structuralized had been carried through with state regulating agency representatives, three local enterprises and major industrial consumers, in order to access how agents are facing this clause and the safeguards, actions and provisions that will be necessary to enforce and validate this contractual disposal. Conclusively, as a obtained result it had that the cited actors however consider that a contract provision of open access will imply several impacts in the market, studies in this direction are yet to be developed, and are also yet to be defined what actions will have to be taken until the end of this year, considered the biggest proximity of the time provisions of those contracts. The relevance of the research is contributing as literature review about issues that are about to come, according to parameters based on a specific theoretical referential, with sights to the development of the State of São Paulo.

Keywords: industrial user, net natural gas of distribution concession utility contract, open access, regulation, State of Sao Paulo

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Prazos de concessão.....	24
Figura 2 Comercialização de gás natural no período de exclusividade das CDL'S e após a liberalização dos grandes consumidores.....	28
Figura 3 Crescimento de consumo de gás natural – período 2001 a 2005 (Vendas de gás das distribuidoras por segmento abril/2005).....	29
Figura 4 Relação de Efeitos Trilaterais.....	37
Figura 5 Mapa do Estado de São Paulo (três áreas de concessão).....	49
Figura 6 Média diária de venda para o segmento industrial no ano de 2003.....	52
Figura 7 Regulamentação do Preço do Monopólio Natural.....	88
Figura 8 Relações no ambiente contratual [trilateral].....	94
Figura 9 Definições de indicadores para o livre acesso.....	108
Figura 10 Problemas identificados na indústria de gás natural brasileira.....	117
Figura 11 Resumos das questões postas pelos concessionários.....	134
Figura 12 Relações de efeitos trilaterais e pressupostos de análise.....	145

LISTA DE TABELAS

Tabela 2.1 - Resumo das licitações do setor de Distribuição de GN do Estado de São Paulo.....	49
Tabela 2.2 - Perfil das áreas de concessão para distribuição de gás no Estado de São Paulo.....	49
Tabela 2.3 - Investimentos da Gás Brasileiro.....	52
Tabela 2.4 - Volume de Vendas da Empresa Gás Brasileiro.....	53
Tabela 5.1 – Participação dos segmentos de consumo no total (%).....	135
Tabela 5.2 – Consumo por segmento de usuários – média mensal de GN em 1.000 m ³	135
Tabela 5.3 – Número de consumidores por segmento no Estado de São Paulo.....	136
Tabela 5.4 – Relevância do uso do gás e energéticos substitutos.....	137
Tabela 5.5 – Grau de reversibilidade das instalações.....	138
Tabela 5.6 – Valor agregado ao produto pelo GN, frequência dos contratos e incertezas agregadas ao uso do GN.....	139
Tabela 5.7 - Pretensão de se tornar usuário livre e motivações.....	141
Tabela 5.8 – Risco Regulatório.....	144
Tabela 5.9 – Estudos de Viabilidade de se tornar usuário livre.....	145

LISTA DE SIGLAS

ANA - Agência Nacional de Águas
ACINE - Agência Nacional do Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
BG – British Gas
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAPEX – Expenditures Capital
CEG - Companhia de Energia e Gás do Rio de Janeiro
CSPE - Comissão de Serviços de Energia de São Paulo
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
ECT - Economia dos Custos de Transação
FERC - Federal Energy Regulatory Commission
FPC - Federal Power Commission
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MME - Ministério de Minas e Energia
NEI – Nova Economia Institucional
OPEX – Expendures Operations
PED – Programa Estadual de Desestatização
SERHS - Secretaria de Energia, Recursos Hídricos e Saneamento do Estado São Paulo
SCG - Superintendência de Comercialização e de Movimentação de Gás Natural
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE – Secretaria de Direito Econômico
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEADE – Secretaria de Ação e Desenvolvimento Econômico do Estado de São Paulo
TA - Teoria da Agência
TBG – Transportadora Gás Boliviana

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

1.1 A Situação Problema

1.1.1 O contexto da Pesquisa

1.1.2 Identificação da situação problema

1.2 Objetivo de Pesquisa

1.2.1 Objetivo geral

1.2.2 Objetivos específicos

1.3 Metodologia da Pesquisa

2 A DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO NO BRASIL E O CASO DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.1 Panorama geral da distribuição de gás natural canalizado no Brasil

2.2 Aspectos gerais a respeito do contrato de concessão

2.2.1 O contrato de concessão de serviços públicos na seara dos contratos administrativos

2.2.2 Os efeitos trilaterais do contrato de concessão de serviço público

2.3 Uma visão geral dos artigos dos seguintes diplomas: Lei Federal nº 8.987, de 13.02.1995, Lei do Estado de São Paulo nº 7.835, de 8.05.1992 e Decreto do Estado de São Paulo nº 43.889, de 10.03.1999.

2.3.1 As cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviços públicos

2.3.2 Poderes do Concedente

2.3.3 Direitos e deveres dos concessionários

2.3.4 Remuneração do concessionário, equilíbrio econômico-financeira e repartição dos riscos da concessão.

2.3.5 Direitos dos usuários

2.3.6 Formas de extinção da concessão e seus efeitos

2.4 Análise do mercado de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo e as disposições contratuais comuns às três concessionárias.

2.4.1 A Lei Estadual nº 9.361, de 5.07.1996: Programa Estadual de Desestatização (PED).

2.4.2 O mercado de distribuição de gás natural em São Paulo e uma visão geral das cláusulas dos contratos em foco.

3 O LIVRE ACESSO À REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO ESTADO DE SÃO PAULO E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

3.1. O livre acesso à rede de distribuição no Estado de São Paulo: previsão normativa e contratual.

3.2. Exercício da atividade de regulação: ANP e CSPE.

3.2.1 Breve visão sobre as agências reguladoras.

3.2.2. Esboço das atribuições da ANP

3.2.3. Pontos sobre as prerrogativas da CSPE.

3.3 Regulação por meio do contrato de concessão de distribuição dos serviços públicos de gás natural canalizado em São Paulo.

3.4 Relações contratuais após o período de livre acesso: a interface entre a concessão de serviços públicos na distribuição de gás natural canalizado e a atividade econômica de comercialização.

3.5 Apontamentos acerca da interação entre regulação e concorrência: as peculiaridades do caso concernente à distribuição de gás natural canalizado.

4 ASPECTOS ECONÔMICOS DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO

4.1 Características e implicações econômicas dos setores de infra-estrutura: ênfase na distribuição de gás natural canalizado.

4.2 Aspectos gerais sobre a Nova Economia Institucional e seu reflexo no âmbito contratual.

4.2.1 A Nova Economia Institucional: a Economia dos Custos de Transação e a Teoria da Agência.

4.2.1.1 Abordagem da NEI sobre as dimensões contratuais

4.2.1.2 A comercialização de gás natural canalizado e a abordagem da NEI sobre as dimensões contratuais: concessionários x usuários industriais.

4.2.2 NEI e o ambiente regulatório na distribuição de gás natural canalizado: a implementação da cláusula de livre acesso.

5 ESTUDO DE CASO DOS CONCESSIONÁRIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO E CONSUMIDORES INDUSTRIAIS

5.1 Análise da visão do órgão regulador (CSPE)

5.1.1 Preparação para o período de livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado

5.1.2 Expansões da rede de distribuição de gás natural após o período de livre acesso.

5.1.3 Impactos no equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

5.1.4 Integração Vertical

5.1.5 Problemas institucionais ligados à implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado.

5.1.6 Questões relacionadas à maturidade da indústria de gás natural que influenciam o livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado.

5.1.7 Usuários livres no setor industrial

5.1.8 Tendências da agenda regulatória para a implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado.

5.1.8.1 Definição da Tarifa de Acesso.

5.1.8.2 Modelagem da Comercialização

5.1.8.3 Atuação da Agência Reguladora

5.2 Percepção das três concessionárias do Estado de São Paulo sobre o livre acesso

5.2.1 Comgás

5.2.1.1 Quadro da companhia

5.2.1.2 Análise de discurso dos entrevistados

5.2.1.3 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

5.2.1.4 Cenários de estratégias

5.2.1.5 Visão sobre a regulação

5.2.1.6 Desenho regulatório e maturidade da indústria

5.2.2 Gás Brasileiro

5.2.2.1 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

5.2.2.2 Cenários de estratégias

5.2.2.3 Visão sobre a regulação

5.2.2.4 Arcabouço institucional e maturidade da indústria

5.2.3 Gás Natural São Paulo Sul

5.2.3.1 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

5.2.3.2 Cenários de estratégias

- 5.2.3.3 Visão sobre a regulação
- 5.2.3.4 Arcabouço institucional e maturidade da indústria
- 5.3 Entrevistas realizadas com as indústrias passíveis de se tornarem consumidores livres.
 - 5.3.1 Pretensão de se tornar consumidor livre e motivações
 - 5.3.2 Visão sobre o regulador
 - 5.3.3 Estudo de viabilidade do livre acesso e contato inicial estabelecido com comercializadores
- 5.4 Síntese dos resultados das análises dos discursos dos agentes

6. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

APÊNDICE A - O HISTÓRICO DA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL NO BRASIL E O CONTEXTO DA REFORMA DO ESTADO;

APÊNDICE B - A CADEIA DE VALOR DO GÁS NATURAL E A FUNÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO;

APÊNDICE C - EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS NA REGULAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO: Argentina, Peru, Colômbia e União Européia.

ANEXO A - QUESTIONÁRIO APLICADO AOS CONCESSIONÁRIOS;

ANEXO B - QUESTIONÁRIO APLICADO ÀS INDÚSTRIAS ENTREVISTADAS;

ANEXO C - QUESTIONÁRIO APLICADO AO ÓRGÃO REGULADOR.

1 INTRODUÇÃO

1.1 O contexto da Pesquisa

As mudanças ocorridas na indústria do gás natural a partir de 1995 e a intensificação da utilização desse energético suscitaram questões não integrantes da agenda de preocupações das instituições outrora existentes. Tal fato propõe o estudo e a reflexão sobre as mudanças impetradas e as conseqüências dessas alterações para os agentes envolvidos nesse setor, a saber, o Estado, o setor privado e a coletividade de usuários [efetivos e potenciais].

Assim, um modelo institucional¹ fortalecido, entendido como um mecanismo de atingir as metas delineadas por meio de um quadro de regras transparentes, coerentes e consistentes ao longo do tempo, passou a fazer parte do rol de objetivos dos países que programaram reformas em seu modo de atuar perante a atividade econômica.

Nesse sentido, a regulação dos setores de infra-estrutura comporta a justificativa consistente na formatação de instituições “como redutoras da incerteza inerente às relações contratuais duradouras, e como mitigadoras do risco de ajustes decorrentes de fatores imprevistos ao longo do tempo” (PEANO, 2005, p.13).

Destarte, a mudança do papel do Estado de intervenção direta sobre o domínio econômico, por meio da atuação das denominadas empresas públicas e sociedades de economia mista, para um modelo de atuação indireta através de mecanismos regulatórios,

¹ Naufel (2000, p.533) define instituição como “ato ou efeito de instituir. Instituto: aquilo que se instituiu ou se estabeleceu. Estabelecimento ou fundação de alguma coisa (...) [Dir. Civ.] Associação, corporação ou organização de fim científico, religioso, beneficente etc. [Dir. Pol.] – Pl. as leis fundamentais de um Estado. A Constituição política de uma nação. Órgãos da soberania nacional a quem cabem a administração harmônica do Estado”. Para esse autor instituto jurídico é “figura de direito criada para determinado fim de interesse coletivo ou privado, autônoma, regida por normas jurídicas criadas especialmente para discipliná-la (...)”. Destarte, no presente trabalho o termo “instituição” será tratado tanto no sentido de órgãos ou de figuras jurídicas a quem competem à aplicação de normas, quanto significando leis fundamentais de uma sociedade política.

dentre outros, foi visto como uma maneira de financiar o desenvolvimento do país a partir da década de 90 [principalmente do setor de infra-estrutura]².

Assisti-se, nesse ínterim, a criação de agências reguladoras, concomitante a um movimento contratualista baseado no fortalecimento de órgãos públicos dentro do escopo de condução do desenho reducionista ora em voga.

Salutar é a observação de Fleury (2001, p.20) quando destaca que a nova configuração institucional, após o ciclo de desestatização da década de 90, permite deduzir “que os agentes públicos ainda têm grande importância no planejamento, execução da implantação, operação e manutenção dos diversos segmentos pertencentes ao setor de infra-estrutura, porém agora de forma indireta”.

No caso da indústria do gás natural, é possível perceber que a reformulação do papel do Estado se verifica como ponto inicial para o atual desfecho das análises estruturais, haja vista a flexibilização ocorrida nas atividades constantes dos artigos 177 (incs. I a IV) e 25, § 2º, da Constituição Federal.

Em relação à distribuição de gás natural canalizado, o artigo 25 [Título III – Da Organização do Estado; Capítulo III – Dos Estados Federados], em seu § 2º prescreve que “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”.

No caso de São Paulo, o tema em foco foi previsto no art. 122, parágrafo único³, da Constituição do Estado de São Paulo, alterado pela Emenda Constitucional nº 6 de

² Segundo o Fleury (2001), dentre outras causas tão ou mais relevantes para que se tenham optado pela adoção do papel do Estado como empreendedor de atividades econômicas na implantação dos principais setores industriais, foi a grande necessidade de volumes de recursos, pois mesmo se houvesse no Brasil a poupança adequada para este financiamento, naquele momento os mecanismos de intermediação, necessários para alocação desta poupança em investimentos produtivos com o volume e padrão de coordenação requeridos, não estariam consolidados. Neste contexto, era necessária a existência de um agente centralizador que possuísse capacidade para gerir recursos e implantar cada setor de forma coordenada, não havendo alternativa senão o Estado assumir este papel. No centro do processo de implantação e financiamento dos principais projetos da área de infra-estrutura encontrava-se, invariavelmente, uma empresa estatal. O financiamento obtido por tais empresas normalmente ocorria de forma indireta, através da captação do governo estadual ou federal. Desta forma, a lógica de desenvolvimento dos principais segmentos de infra-estrutura seguia os princípios estabelecidos nas diversas esferas públicas, seja pela gerência direta do governo, seja esta através da atuação das empresas estatais.

³ A Constituição do Estado de São Paulo previa antes da Emenda nº 06, no parágrafo único do art. 122, que “Cabem à empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços de gás canalizado em todo o seu território, incluindo o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de forma que sejam atendidas as necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros.” A Lei Municipal nº 7.199, de 1968 autorizou a constituição da Companhia Municipal de Gás [Comgás] e em 1974 a Lei Municipal nº 7.987 alterou o nome dessa sociedade para Companhia de Gás de São Paulo (MELO, 2002). A redação atual desse parágrafo é a seguinte: “Cabe ao Estado explorar **diretamente, ou mediante concessão**, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte,

18.12.1998, onde, posteriormente, passou a ser disciplinado pelo Decreto Estadual nº 43.889, de 10.3.99, que aprovou o regulamento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo⁴.

Destarte, em seguida, foram pactuados os contratos de concessão da prestação do serviço público de distribuição de gás natural canalizado entre o órgão regulador estadual [Comissão de Serviços de Energia de São Paulo – CSPE] e os concessionários.

Esse contrato de concessão traz, dentre as suas diversas cláusulas, uma, pertinente à abertura da comercialização de gás natural para os usuários industriais, grandes consumidores [consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 500.000 m³] termoeletrônicos, de gás natural veicular, de cogeração [*by pass* comercial] e interruptível, a partir de doze anos contados da celebração desse contrato em se tratando da Comgás S.A.; e da data de entrada em operação da respectiva Estação de Transferência de Custódia, ou por um período de 20 [vinte] anos contados da data da assinatura deste contrato de concessão, o que ocorrer primeiro, no caso dos concessionários Gás Brasileiro Distribuidora LTDA. e Gás Natural São Paulo Sul S.A.

O significado dessa cláusula, denominada pelas práticas internacionais de *by pass* comercial, pode se dar a partir da **separação contratual das atividades de transporte, venda e compra de gás**, permitindo a entrada de outros agentes e se procedendo ao fim da verticalização contratual. Ou seja, separa-se contratualmente a atividade de distribuição e de comercialização de gás natural, porém os vendedores desse energético continuarão tendo que usar a rede de gasodutos pertencentes à distribuidora local.

A legislação do Estado de São Paulo usou a denominação de “livre acesso” para nomear a situação acima descrita [fim da exclusividade na comercialização de gás natural], por tal motivo essa expressão é utilizada no presente estudo.

Há de se registrar que esse mecanismo contratual difere do livre acesso previsto na Lei nº 9.478/97, pois esse ocorre dentro da capacidade que porventura exista no sistema de transporte de gás natural e é de competência regulatória da ANP.

de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros” [grifos acrescidos].

⁴ A legislação pertinente à matéria é a Lei Estadual nº 7.835, de 8.5.92, a qual trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos; e a Lei Estadual nº 9.361, de 5.7.96, que autoriza a divisão do Estado de São Paulo em até três áreas de concessão, além das normas federais, ou seja, a Lei nº 8.987, de 13.1.1995, que trata da concessão e permissão de serviços públicos; e a Lei nº 9.074, de 7.6.1996, a qual estabelece normas para a outorga e a prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.

Igualmente, outra figura que merece ser citada, para fins de delimitação conceitual, é o *by pass* físico, termo utilizado nos contratos internacionais que significa a comercialização do gás natural sem o uso da rede da distribuidora local de gás (STRAT, 2005a).

Após, essa delimitação conceitual, é importante frisar que o livre acesso previsto na atividade de distribuição de gás natural no Estado de São Paulo é bastante singular em comparação aos demais contratos de concessão celebrados nos outros Estados da Federação e, por isso, merece um estudo, em face das inúmeras conseqüências advindas da abertura de mercado sob os aspectos econômico e jurídico, sem olvidar a aproximação do lapso temporal que foi dado, o que demonstra por si só a razão da reflexão que se objetiva realizar.

1.2 Identificação do problema

A interação entre o mundo do “ser” e o do “dever ser⁵” permite vislumbrar que a incorporação da cláusula relacionada à abertura da comercialização do gás natural para alguns usuários [rol já elencado] no contrato de concessão de distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo traz inúmeras conseqüências a serem identificadas, analisadas, compreendidas e respondidas pelo órgão regulador.

Sem olvidar os benefícios a serem gerados quando ocorrer o advento de instrumentos que ensejam uma maior competição em mercados que são monopólios naturais, como a distribuição de gás natural canalizado, a cláusula de livre acesso merece ser discutida, a fim de que o término do lapso temporal necessário a sua existência não seja um problema, mas sim uma solução em prol dos usuários e do desenvolvimento do setor de gás natural.

Assim, a situação chave desta pesquisa se circunscreve em apontar como poderá ocorrer a preparação dos agentes envolvidos no mercado de distribuição de gás natural canalizado para o período após a efetivação do livre acesso, em especial, a partir da análise do setor industrial, o qual corresponde acerca de 78,1% do volume de vendas dos concessionários (SERHS, 2006). Igualmente, refletir sobre o papel do regulador na implementação de um novo quadro fático decorrente de uma abertura à competição, frisando o relacionamento institucional a ser constituído por oportunidade da aplicação dessa disposição contratual e a confrontando com o estágio de desenvolvimento dos demais segmentos da cadeia do gás natural.

⁵ Segundo Grau (2002) a ordem jurídica possui duas acepções, a do universo fático e a do normativo, possuindo uma interação entre ambas, nos termos em que os efeitos de uma, atingem a outra.

1.3 Objetivo de Pesquisa

1.3.1 Objetivo geral

Almeja-se analisar e compreender o alcance da cláusula de livre acesso do contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo, ao investigar a forma pela qual os agentes [regulador, concessionários e possíveis usuários livres], atualmente, a enxergam.

1.3.2 Objetivos específicos

Descrever, sucintamente, o panorama da atividade de distribuição no cenário nacional, enfatizando o modelo de São Paulo e o das demais unidades da federação no tocante à possibilidade da entrada de outros agentes privados.

Realizar uma breve revisão bibliográfica, acerca da teoria do contrato de concessão, das principais características da regulação [econômica e jurídica], das relações contratuais e institucionais a partir da Nova Economia Institucional [Economia dos Custos de Transação e da Teoria da Agência], como elemento para a análise qualitativa das informações colhidas nas entrevistas.

Verificar a preparação do órgão regulador, dos concessionários e dos usuários industriais em São Paulo para a implementação da cláusula de livre acesso, no intuito de apontar possíveis tendências de atuação desses agentes.

1.4 Estrutura da Dissertação

O Capítulo 2 trata do panorama da atividade de distribuição no cenário nacional e da estruturação teórica e prática dos contratos de concessão outorgados dentro da nova configuração institucional.

Já no capítulo 3 expõem-se as principais características do órgão regulador responsável pelo acompanhamento desses contratos de concessão, para trazer à tona a discussão pertinente à interação entre os órgãos reguladores e o Sistema Brasileiro de Defesa

da Concorrência [SBDC é integrado por esses órgãos: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, SDE – Secretaria de Direito Econômico, SEAE Secretaria de Acompanhamento Econômico] pelo fato da abertura ensejar regulação da atividade de distribuição e livre competição na comercialização de gás canalizado.

Outrossim, no capítulo 4 tem-se o intuito de mostrar as características econômicas que norteiam a distribuição de gás natural canalizado, a visão das relações contratuais a partir da corrente denominada Nova Economia Institucional [Economia dos Custos de Transação e Teoria da Agência] e da literatura consultada, de onde se retiram os pressupostos de análise das entrevistas.

O capítulo 5 traz os resultados e as discussões das entrevistas semi-estruturadas, na qual se perquiriu, dentre outras questões, sobre a preparação do órgão regulador, dos concessionários e dos usuários industriais em São Paulo, com a finalidade de apontar tendências de atuação dos agentes envolvidos, através de hipóteses [argumentos], após o período da instauração de mecanismos de ampliação da concorrência no mercado de distribuição e comercialização de gás natural em São Paulo [livre acesso].

Para, dessa forma, sugerir aos órgãos públicos medidas jurídicas que sejam transparentes, coerentes e consistentes ao longo do tempo, tanto *ante*, quanto *a posteriori* da implementação da cláusula de livre acesso, a fim de que São Paulo possa consolidar uma legislação condizente com os seguintes pontos: arcabouço institucional herdado, desenho regulatório básico, maturidade da indústria de gás natural e capacitação técnica do regulador [reputação do regulador].

No apêndice A encontra-se uma breve descrição histórica da indústria de gás natural e da mudança de enfoque do papel do Estado, com a finalidade de se mostrar elementos sobre o arcabouço institucional herdado.

No apêndice B tem-se o escopo de mostrar uma visão geral das etapas da cadeia de valor do gás natural [elucidando o grau de maturidade da indústria do gás natural], a fim de se introduzir as características pertinentes a uma indústria que mescla exploração mineral e utilização de redes de infra-estrutura, pondo em foco o papel das atividades de transporte e de distribuição de gás natural canalizado para o desenvolvimento desse setor.

Em seguida, no apêndice C delineou-se, de forma geral, a partir da escolha de determinados países [Argentina, Peru, Colômbia e União Européia], o desenrolar das reformas da indústria de gás natural, ocorridas à luz da experiência estrangeira.

1.5 Metodologia da Pesquisa

A metodologia escolhida para a realização da presente pesquisa consistiu na revisão bibliográfica, no levantamento de dados a partir de fontes secundárias e primárias [obtidos diretamente dos concessionários] e na realização de entrevistas semi-estruturadas.

As entrevistas semi-estruturadas foram feitas com um representante do órgão regulador, com funcionários dos três concessionários [aqueles que tivessem campo de atuação no setor de vendas a indústrias e integrantes do setor de planejamento estratégico das empresas ou diretores comerciais] e com oito indústrias que se encontram no setor em foco [preferencialmente grandes usuários de gás natural].

2 A DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO NO BRASIL E O CASO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Esse capítulo versa sobre o panorama da distribuição de gás natural canalizado ao longo dos Estados brasileiros, dentro de uma perspectiva geral, para, em seguida, focalizar-se o caso da concessão ocorrida no Estado de São Paulo.

No tocante à atividade de distribuição no Estado de São Paulo será feita uma exposição sobre a teoria geral dos contratos de concessão, a partir de uma visão acerca das principais cláusulas e dos efeitos provenientes dessa relação contratual firmada entre o poder concedente e o concessionário de serviço público.

2.1 Panorama geral da distribuição de gás natural canalizado no Brasil

O artigo 177 da Constituição Federal em seu parágrafo primeiro estabelece que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas, observadas as condições estabelecidas em lei, a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e de gás natural; a refinação de petróleo nacional ou importado; a importação e exportação dos produtos e derivados de petróleo e gás natural; e, o transporte marítimo ou por via duto desses energéticos.

Para regulamentar tal dispositivo, foi editada, em 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.478, que dispõe “sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do

petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”.

Por seu turno, a atividade de distribuição de gás natural canalizado é de competência dos Estados da Federação, consoante prevê o art. 25, § 2º, da Constituição Federal, sendo que a partir da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 05/95, passou a ser possível, além do seu exercício direto por empresas estatais, a outorga de concessão a companhias particulares⁶.

Diante da redação do texto constitucional infere-se que a atividade de distribuição de gás natural canalizado se enquadra no âmbito dos serviços públicos, em virtude da expressa previsão da utilização do instituto da concessão, consoante se depreende do art. 175 da CF. Nesse sentido, há de se realçar as especificidades da configuração constitucional e contratual pertinentes à prestação de serviços públicos.

Por serviços públicos se compreende a atividade realizada pelo Estado ou por delegatários do poder público em razão de amplo entendimento de que se trata de setor afeto ao interesse público, cuja fruição direta pela coletividade é encarada como fundamental para o desenvolvimento sócio-econômico [caráter distributivo] de uma sociedade.

Sem esgotar a acepção de serviços públicos, nem as correntes teóricas desenvolvidas ao longo do tempo [evolução conceitual], é relevante, no momento, visualizar as implicações da adoção do modelo de serviços públicos para a realização da atividade de distribuição de gás natural canalizado, dentre as quais, tem-se a utilização do instrumento de concessão.

Nesse desiderato, a distribuição de gás natural canalizado por ser uma das últimas etapas⁷ da cadeia de valor desse hidrocarboneto, exerce uma função primordial na integração das áreas concorrenciais [produção e comercialização] e das caracterizadas como monopólio natural [transporte e distribuição], visto conectar o usuário final à indústria de rede e à disponibilização material do bem referido.

Assim, as configurações institucional e contratual da atividade de distribuição de gás natural canalizado exercem um papel crucial na fruição da prestação desse serviço público por parte do usuário final, bem como servem como condicionantes das ações dos agentes econômicos concessionários.

⁶ Desde a década de noventa, com exceção dos Estados de São Paulo e de Rio de Janeiro (as quais já possuíam empresas de distribuição local), as demais unidades federativas passaram a instituir as suas concessionárias de gás natural. A redação original do art. 25, § 2º da CF já previa a competência dos Estados, contudo não era permitida a utilização de concessão às empresas privadas.

⁷ Utilizou-se a expressão “por ser um das últimas etapas” pelo fato de que fisicamente a distribuição é a última etapa, mas contratualmente é a penúltima (sendo a última, nesse caso, a comercialização).

Dessa forma, pode-se registrar que excetuando os concessionários do Espírito Santo⁸, de Minas Gerais⁹, do Paraná¹⁰, do Rio de Janeiro¹¹ e de São Paulo¹², os demais apresentam a seguinte configuração em termos de capital acionário [pressupostos iniciais da configuração institucional do setor]: o governo estadual controla a distribuidora com 51% de seu capital, a Petrobrás Gás S.A. [GASPETRO – subsidiária integral da Petrobrás] dispõe de 24,5% de participação e a iniciativa privada detém os 24,5% restantes (SCG, 2005).

Ressalta-se também a criação paralela das agências ou secretarias de regulação desses Estados [multisetoriais], com o intuito de exercer diversas tarefas, dentre as quais, a regulação e fiscalização da prestação desse serviço público, a execução do contrato de concessão, a fixação das tarifas do serviço bem como o exercício de monitoramento da qualidade dos serviços prestados e dos investimentos a serem realizados pelas concessionárias.

Segundo a Superintendência de Comercialização e de Movimentação de Gás Natural (SCG, 2005) da ANP, em estudo realizado a respeito dos contratos de concessão de distribuição de gás natural canalizado nos Estados brasileiros, pode-se inferir que, dentre as cláusulas desses contratos de concessão, “além do grande prazo de concessão”, tem-se (i) condições de prestação dos serviços de distribuição; (ii) metas de expansão das redes e de qualidade dos serviços prestados; (iii) investimentos a serem realizados pelos concessionários; (iv) prerrogativas e deveres dos concessionários; (v) direitos e obrigações dos usuários; (vi) metodologia de cálculo e reajuste das tarifas de distribuição; (vii) fiscalização dos serviços pelo poder concedente; (viii) penalidades aplicáveis aos concessionários; (ix) casos de intervenção e encampação dos serviços; e (x) extinção da concessão e reversão dos bens vinculados.

O quadro abaixo [Figura 1] traz os prazos de concessão dos contratos firmados pelo poder público nos Estados brasileiros. Dele pode-se depreender prazos que giram entre 25 a 50 anos. Em regra, esses prazos são longos em virtude do capital necessário para realizar a construção e a expansão da rede de infra-estrutura. Os Estados do Nordeste, por exemplo,

⁸ No caso do Espírito Santo, a concessão para a exploração do serviço público de gás canalizado foi outorgada a Petrobrás Distribuidora S. A., durante um período de 50 anos, a contar de 16 de dezembro de 1993.

⁹ Já em Minas Gerais, o controle majoritário da distribuidora local, GASMIG, pertence à Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

¹⁰ No Paraná, a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) é proprietária de 51% do capital votante da concessionária local (COMPAGÁS), possuindo a Petrobrás como acionista.

¹¹ No Rio de Janeiro as companhias CEG e CEG-Rio S.A. (RJ) foram privatizadas em julho de 1997, sendo, atualmente, controladas pela Gas Natural SDG, S.A.

¹² A privatização da COMGÁS (SP) ocorreu em abril de 1999, passando seu controle acionário às empresas BG International e Shell. Quanto às distribuidoras paulistas Gás Brasileiro (SP) e Gás Natural São Paulo Sul (SP), elas são controladas, respectivamente, pelos grupos ENI International B.V./Italgas e Gas Natural SDG S.A.

apresentam contratos com prazos de 50 anos, tal fato pode ser explicado pela incipiente infraestrutura existente que condiciona a existência de contratos com um maior prazo que garantam a construção e a expansão da rede [retorno de investimento] e uma política tarifária módica.

Distribuidora	Planos de Concessão
REGIÃO NORTE	
CIGÁS - Companhia de Gás do Amazonas (*)	30 anos a contar da data da assinatura do Contrato, podendo ser prorrogado, por igual período
RONGÁS - Companhia Rondoniense de Gás S.A. (*)	25 anos a contar da data da assinatura do Contrato, podendo ser prorrogado, por igual período
REGIÃO NORDESTE	
ALGÁS - Gás de Alagoas S.A.	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (17/09/1993)
BAHIA GÁS - Companhia de Gás da Bahia	50 anos a contar da publicação do Decreto Estadual n. 4401/91 (12/03/1991) prorrogáveis pela vontade das partes
CEGÁS - Companhia de Gás do Ceará	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (30/12/1993)
COPIERGÁS - Companhia Pernambucana de Gás	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (05/11/1992)
GASMAR - Companhia Maranhense de Gás (*)	De 02/07/2002 a 10/06/2031, podendo ser prorrogado por mais 30 anos
GASPISA - Companhia de Gás do Piauí (*)	De 26/03/2002 a 24/05/2031, podendo ser prorrogado por mais 30 anos
PBGÁS - Companhia Paraibana de Gás	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (30/12/1994)
POTIGÁS - Companhia Potiguar de Gás	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (21/12/1994)
SERGÁS - Sergipe Gás S.A.	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (27/12/1993), podendo ser prorrogado a critério do Poder Concedente
REGIÃO CENTRO-OESTE	
CEBGÁS - Companhia Brasileira de Gás (*)	De 08/05/2001 a 09/01/2030, podendo ser prorrogado por mais 30 anos
GOIÁS GÁS - Agência Goiana de Gás Canalizado (*)	De 19/09/2001 a 14/08/2030, podendo ser prorrogado por mais 30 anos
MSGÁS - Companhia de Gás do Mato Grosso do Sul	30 anos a contar da data da assinatura do Contrato (29/07/1998), podendo ser prorrogado por até igual período
REGIÃO SUDESTE	
BR Distribuidora S.A. - ES	50 anos a contar da data da assinatura do Contrato (01/12/1993), podendo ser prorrogado pela vontade das partes
CEG - Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro	30 anos a contar da data da assinatura do Contrato (21/07/1997), podendo ser prorrogado, por igual período, por uma só vez
CEG RIO S.A.	30 anos a contar da data da assinatura do Contrato (21/07/1997), podendo ser prorrogado, por igual período, por uma só vez
COMGÁS - Companhia de Gás de São Paulo	30 anos contados a partir da data da assinatura do Contrato (31/05/1999), podendo ser prorrogado, uma única vez, por 20 anos
GÁS BRASILEIRO DISTRIBUIDORA S.A.	30 anos contados a partir da data da assinatura do Contrato (10/12/1999), podendo ser prorrogado, uma única vez, por 20 anos
GASMIG - Companhia de Gás de Minas Gerais	30 anos prorrogáveis, contados a partir da publicação da Lei n.11021, de 11/01/1993
GÁS NATURAL SÃO PAULO S.A.	30 anos contados a partir da data da assinatura do Contrato (31/05/2000), podendo ser prorrogado, uma única vez, por 20 anos
REGIÃO SUL	
COMPAGÁS - Companhia Paranaense de Gás	30 anos, a contar de 06/07/1994, podendo ser prorrogado pela vontade das partes
SCGÁS - Companhia de Gás de Santa Catarina	50 anos, a contar da data de assinatura do Contrato (28/03/1994)
SULGÁS - Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul	50 anos, a contar da data de assinatura do Contrato (19/04/1994)

(*) Distribuidoras que ainda não iniciaram suas operações.

Figura 1 Prazos de concessão

Fonte: (SCG, 2005)

Apesar da referência da SCG a um “grande prazo da concessão”, deve-se salientar que a Lei nº 8.987/95 [Lei Geral das Concessões] **não prevê limite de prazo** para a concessão de serviços públicos. Daí, uma crítica ao prazo contratual merecer certas ponderações.

Os prazos de concessão, na verdade, segundo a Lei Geral de Concessões, devem ser determinados [art. 2º, II] e previstos no edital de licitação [art. 18, I] e no contrato de concessão, sendo, inclusive, uma cláusula essencial [art. 23, I].

Destarte, Di Pietro (2005, p.130) explica que:

a fixação de prazos curtos é, em regra, incompatível com a concessão de serviços públicos precedida ou não de obras públicas, uma vez que o valor da tarifa deve ser módico e razoável, de tal modo que concilie as possibilidades dos usuários com as exigências do concessionário, relativas à recuperação de seus investimentos, à manutenção de serviço adequado e à obtenção do lucro.

Nesse mesmo sentido, leciona Mello (2002) sobre a importância de ser considerado o período de amortização dos investimentos como crucial para a definição do valor de equilíbrio econômico-financeiro. Ocorre que, esse autor comunga da idéia de que pelo fato do prazo se compreender nas cláusulas regulamentares, “o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade extinguir a concessão a qualquer tempo”, sem praticar qualquer ilícito. E justifica tal posição com o entendimento de que “o serviço é prestado descentralizadamente (...), nunca deixa de ser próprio do Estado [em razão de sua natureza pública], está em seu poder retomar-lhe o exercício”. Porém, consoante esse autor deve indenizar previamente o concessionário, pelo o que receberia ao longo da extinção normal da concessão.

Há de se concordar que fica a critério do concedente a fixação do prazo da concessão, correspondendo a um valor que viabilize a atividade empresarial [atenda a certa taxa de retorno] e o qual proporcione a existência de tarifas módicas, devendo também a previsão de prorrogação constar no edital de licitação, ou pelo menos da minuta do contrato.

Contudo, a extinção da concessão a qualquer tempo, por conveniência e oportunidade, deve ser encarada com cautelas, em face da segurança das relações estabelecidas [o ponto vai além do argumento de ato jurídico perfeito] e da reputação das instituições ao longo do tempo no que diz respeito ao cumprimento de regras firmadas e amplamente conhecidas pelos agentes. Daí, atualmente, essa cláusula regulamentar apresentar um teor de maior vinculação por parte da Administração Pública.

Daí existindo na lei, hipóteses de extinção do contrato, como o inadimplemento, falta grave ou mudança na perspectiva do interesse público, a justificativa de extinção unilateral

deve ser plausível, o que será examinado no caso concreto, evitando-se o abuso de poder ou desvio de finalidade, viciadores do ato administrativo.

Não obstante a ocorrência de contratos com longos prazos de concessão, a exclusividade do concessionário pode ser contestada a partir da formatação do contrato dentro de determinada escolha de políticas públicas para o setor de acordo com as peculiaridades de cada Estado.

O desenho do setor de distribuição de gás natural, nessa perspectiva, implica a consideração de possíveis mecanismos contratuais para dinamizar a competição ou a manutenção de contratos mais fechados do ponto de vista concorrencial em face das necessidades de aporte de capital para construir uma rede num estágio muito nascente [ou praticamente inexistente].

Nesse sentido, Marques Neto (2001, p.108), ao discorrer sobre os efeitos da geração de um ambiente competitivo versus os princípios relacionados à prestação de serviços públicos, quais sejam, a universalização e a continuidade, explica que nos termos da Constituição Federal de 1988 não é possível aceitar a competição no serviço público sem considerar o objetivo da prestação de um serviço adequado, o qual atenda os princípios de universalização [inclusão social] e de continuidade.

Sobre esse assunto a SCG (2005), no que diverge em parte do autor acima, expôs que a regulação da atividade de distribuição de gás natural canalizado dentro desse novo arcabouço delineado no país deve se pautar, dentre outros, pelos seguintes princípios: (i) promoção da concorrência nos segmentos da indústria nos quais a mesma seja viável; (ii) correção das imperfeições do mercado; (iii) determinação de regras para o livre acesso às redes de distribuição de gás; (iv) garantia de modicidade tarifária; (v) estímulo à eficiência; (vi) garantia da qualidade do serviço; e (vii) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão¹³.

Apesar de alguns desses princípios serem inerentes ao instituto da concessão de serviço público, outros como “a determinação de regras para o livre acesso às redes de distribuição de gás” devem ser ponderados com a política pública mais viável para o grau de maturidade da indústria de gás natural que atenda às peculiaridades de um determinado Estado-federado.

Nesse contexto, os contratos de concessão podem ser divididos em três grupos bem nítidos. O primeiro se refere aos de elevado prazo e com a incorporação da comercialização

¹³ Vale salientar que tais setores são regidos pelos seguintes dispositivos e diplomas: artigo 175 da Constituição Federal de 1988, Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) e a Lei nº 9.074/95.

na distribuição de gás canalizado, ou seja, a maior parte dos contratos são extremamente rígidos do ponto de vista à inserção de qualquer cláusula que permita um *by pass* comercial [livre acesso] depois de determinado período. O segundo grupo agrega o contrato estabelecido pelo órgão regulador do Estado do Rio de Janeiro, que possui cláusulas mais avançadas na ótica de incremento da competição.

E, finalmente, o modelo contratual firmado em São Paulo, que é considerado o mais concatenado à idéia de desenvolvimento de mercado de gás natural delineado pela SCG, inclusive, a área desse estado foi dividido entre três concessionárias, o que denota a intenção teórica de efetivar os horizontes concorrenciais. No entanto, isso é possível dentro do Estado de São Paulo em virtude do arcabouço institucional herdado, do grau de maturidade da indústria, do desenho regulatório básico e da capacitação técnica do regulador.

Ou seja, os efeitos gerados pela competição no Estado de São Paulo podem ser diferentes [ou mesmo sem racionalidade econômica] em outros Estados da Federação com características distintas de maturidade da rede, de capacitação técnica do regulador, do arcabouço institucional herdado e do desenho regulatório e básico do setor, dentre outras questões.

Assim, há de se realçar a existência do *by pass* comercial¹⁴ [livre acesso], teoricamente, como um instrumento de incremento da competição, pois permite que um maior número de supridores forneçam o gás sem necessariamente ter que comprar da distribuidora. Destarte, adquire-se o gás diretamente do comercializador e se paga uma tarifa à distribuidora pelo uso da sua rede, conforme Figura 2, abaixo.

¹⁴ Registra-se que o *by pass* físico, “no qual o consumidor liberado opta por não utilizar os serviços e nem mesmo a rede da distribuidora, conectando-se diretamente ao sistema de transporte”, não se encontra previsto em nenhum contrato (SGC, 2005, p.21).

Figura 2 Comercialização de gás natural no período de exclusividade das CDL's e após a liberalização dos grandes consumidores

Fonte: (CSPE, 2005)

No caso do Rio de Janeiro, para usuários com um consumo acima de 100.000 m³/dia é previsto o *by pass* comercial [livre acesso] após 10 anos da vigência do contrato de concessão.

Com relação a São Paulo, foi estabelecido o prazo de doze anos, a partir da assinatura do contrato de concessão, para a efetivação do *by pass* comercial [livre acesso] [Comgás], e de doze anos a partir da operação da Estação de Transferência de Custódia ou de vinte anos da assinatura do contrato, o que vier primeiro [regra para as empresas Gás Natural SPS e Gás Brasileiro]. Os usuários residenciais e comerciais foram excluídos, permanecendo, para estes, o monopólio de distribuição e comercialização da distribuidora durante todo o período de concessão [30 anos]¹⁵.

É importante registrar que a ausência de mecanismos que permitam a entrada de agentes no mercado de distribuição de gás canalizado, na maioria dos contratos de concessão dos Estados brasileiros, não se encontra, em tese, condizente com os princípios da Ordem

¹⁵ Além dessa regra, o contrato de concessão do Estado de São Paulo prevê restrições à integração vertical, pois a concessionária é impedida de fornecer mais do que 30% do volume total de gás a empresas a ela vinculada, veda-se que a concessionária atue no setor térmico e condicionamento de exame pelo órgão regulador de contratos firmados entre a empresa concessionária e outras empresas do grupo controlador (CSPE, 2005). Para maiores detalhes, *vide*: www.cspe.gov.br.

Econômica elencados no art. 170 da Carta Magna. A depender da sistematização de outros princípios afetos à prestação do serviço público, encontrando respaldo, então para se conciliar a existência de princípios de livre concorrência com os de continuidade, universalização, de modicidade tarifária etc.

Do ponto de vista comercial, no que se refere ao volume de gás natural vendido por cada uma das distribuidoras existentes no território nacional, percebe-se um mercado ainda incipiente, com uma relevância de venda em determinados estados [Figura 3].

Figura 3 Crescimento de consumo de gás natural – período 2001 a 2005 (Vendas de gás das distribuidoras por segmento abril/2005)

Fonte: (Revista Energia Brasil, 2005)

Os Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro apresentam os maiores volumes de venda. Estados como a Bahia se mostram estagnados, muitas vezes, por falta de oferta do energético, acarretando a contenção de demanda. Já outros Estados, como o Rio Grande do Sul, viram as suas vendas caírem, tanto por questões relacionadas à volatilidade da geração térmica, quanto pela contenção da demanda em segmentos como o de gás natural veicular, por razões pertinentes à insegurança de abastecimento. No entanto, tais dados podem ser indícios de que os contratos formulados por esses estados acabaram não refletindo a dinamização desejada pelo setor.

2.2 Breves considerações sobre a aceção de serviço público

Enfrentar a definição de serviços públicos é uma tarefa bastante árdua diante das usuais mutações ocorridas na sociedade e que provocam a revisão de sua aceção, por tal motivo, esse tópico não tem o objetivo de aprofundar essa questão, mas tão-somente servir

como uma introdução ao contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás natural canalizado. Dessa maneira, há de se falar que diversas foram as correntes que objetivaram essa empreitada conceitual ao longo do tempo. Ommati (2001), por exemplo, ao discorrer sobre a evolução do conceito de serviço público elenca a concepção subjetiva ligada à prestação do serviço diretamente pelo Estado; a material referente à satisfação das necessidades coletivas; e a formal, concernente à adoção do regime jurídico consubstanciado nos ditames do Direito Administrativo. Para, posteriormente, explanar a respeito da adaptação da visão dessas correntes ao longo do tempo, implicando, por conseguinte, na reformulação dessas concepções.

Na verdade, o conceito de serviço público acompanha a evolução do papel do Estado e da histórica conquista de direitos. Nos modelos de Estado liberal a delimitação do que é serviço público é bem mais restrito do que em Estados Sociais. Essa interligação conduz, também, a maior incidência das regras de Direito Administrativo e de princípios relacionados à prestação do serviço os quais definirão o alcance dos contratos e das normas.

Para Mello (2002, p. 396) o serviço público “é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público (...)”.

Outros autores entendem que o regime aplicado aos serviços públicos pode ser parcialmente público. É nesse sentido a posição de Di Pietro (2002) quando conceitua serviço público como “atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Há de se registrar a posição de Sundfeld (2000, p.33) na perspectiva de que a Constituição não vinculou o serviço público a um regime administrativo, ficando tal escolha à livre decisão do legislativo.

Apesar das diversas posições doutrinárias sobre a acepção de serviços públicos. Bacellar Filho (2002, p.159) lembra que a Constituição de 1988 ao inaugurar um capítulo próprio ao delineamento da Administração Pública e ao elencar princípios jurídicos expressos [legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência] leva a crer na obediência dessa configuração pelos órgãos da Administração Direta, pelas entidades integrantes da Administração Indireta [autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações públicas] e pela a Administração em sentido objetivo, a qual inclui o serviço público.

Diante dessas reflexões, ao se retirar à nota em comum do entendimento de serviço público, constata-se a vinculação da sua aceção à satisfação das necessidades individuais e coletivas consubstanciadas no bem-estar social como justificadores para a adoção de um regime público ou, pelo menos, parcialmente público, além da proposição de que se trata de um conceito histórico em aberto, em razão da mutação das necessidades individuais e coletivas ao longo do tempo.

Porém, a relevância de se classificar o serviço público de uma forma ou de outra reside na maior ou menor interferência estatal sobre a atividade, implicando no desenho do regime de definição de direitos de propriedade, em determinado grau de controle das atividades do concessionário, na configuração da empresa prestadora do serviço, bem como nas suas relações com os particulares e com os usuários etc. Assim, a adoção de um regime mais flexível apontado por Di Pietro encontra respaldo na CF na medida em que não prejudica a consecução do objetivo perseguido pelo interesse público.

Ainda há autores que apontam alterações mais profundas, Aragão (2006, p.3), por exemplo, discorre que a partir da década de oitenta mudanças significativas ocorreram na seara dos serviços públicos, ocasionando o fortalecimento da concepção do serviço público como atividade econômica em virtude da percepção concorrencial dada à prestação desses serviços. Esse autor cita, como exemplo disso, a separação procedida entre a propriedade das redes de infra-estrutura e a prestação efetiva do serviço.

Na mesma linha, Moreira Neto (2006, p.07), ao contestar as mudanças ocorridas no alcance da conceituação do serviço público, assevera que o Direito Público se tornou, hodiernamente, voltado às relações “introversas” e “extroversas” da Administração Pública, “que não rege somente as relações internas entre os entes os órgãos da Administração [administração introversa], como e principalmente, as relações externas da Administração em face dos administrados [administração extroversa], com submissão aos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica”.

Esse autor, ainda, frisa a expansão do pacto administrativo em face do alargamento da participação e da consensualidade como reforços para a cooperação da atuação dos diversos atores na sociedade, entre os quais, destaca-se o Estado. Daí a utilização de contratos de concessão de serviço público, por exemplo, como mecanismo de extensão da colaboração entre o Estado e o particular.

Colocadas essas considerações doutrinárias, passa-se a tratar do contrato de concessão de serviços públicos de distribuição de gás natural para, no caso em particular,

examinar essas questões postas pelos autores acima perante o panorama da distribuição e da comercialização do gás natural.

2.3 Aspectos gerais a respeito do contrato de concessão de serviço público

Neste tópico serão analisadas as características principais do contrato de concessão perante a legislação que trata da matéria, pretende-se, a partir do delineamento de uma visão geral sobre o assunto, possibilitar um maior entendimento das análises empreendidas nos Capítulos 4 e 5. Apesar do caráter meramente descritivo, pretende-se com os aspectos abordados nesse capítulo fomentar a análise do desenho do setor de distribuição de gás natural sob o ponto de vista institucional. Em seguida, passa-se a examinar a legislação e os contratos de concessão do serviço público de distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo.

2.3.1 O contrato de concessão de serviços públicos na seara dos contratos administrativos¹⁶

As relações contratuais na área de em estudo apontam para a seara dos contratos administrativos no tocante à concessão estabelecida entre o órgão regulador estadual, o qual faz às vezes do poder concedente, e a empresa concessionária, delegada da prestação do serviço público de distribuição de gás natural canalizado.

Por ser um contrato administrativo, a concessão¹⁷ de serviços públicos apresenta características pertinentes ao direito público, em que a Administração Pública, ao buscar a consecução do interesse público delega ao particular ou outorga a ente público, devidamente constituído, atividades que estão dentro da esfera de atuação do Poder Público, mas que por conveniência, esse prefere transferir a sua execução por ato administrativo bilateral ou a sua titularidade por meio de lei, respectivamente¹⁸.

¹⁶ Há de se referenciar que ocorrem divergências doutrinárias quanto à existência de contratos administrativos, todavia, por não ser o objetivo do presente trabalho discorrer sobre tais posicionamentos, é importante deixar claro que a linha aqui escolhida se baseia na posição adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, qual seja, a que aceita a existência do contrato administrativo com o regime de direito público. Para maiores detalhes, *vide* Di Pietro (2002, p.239-41).

¹⁷ Existem, ainda, dois tipos de concessão, o de obra pública e a de uso de bem público.

¹⁸ Di Pietro (2002, p.276) entende que o contrato de concessão [e não a lei] é o meio idôneo para se conceder serviços a empresas estatais. Atualmente, o Poder Pública retomou a utilização do contrato de concessão por duas maneiras, quais sejam, pela privatização ou desestatização de empresas estatais prestadoras de serviço

Meirelles (2002, p.364) corrobora o acima exposto e assevera que a concessão da execução do serviço “sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito **a todas as imposições da Administração** necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação” [grifos acrescidos].

Nesse sentido, Di Pietro (2002, p.249) faz alusão às peculiaridades existentes nos contratos administrativos¹⁹ os quais irão possibilitar a assunção de um regime jurídico público, derogatório e exorbitante do direito privado, quais sejam, a presença da Administração Pública como Poder Público na medida em que exerce prerrogativas expressas em **cláusulas exorbitantes**²⁰; a atuação da Administração Pública deve sempre ser pautada no **interesse público**²¹; a obediência desta à **forma prescrita em lei**²² e ao **procedimento legal**²³; as naturezas de **contrato de adesão**²⁴ e de acordo *intuitu personae* dos contratos administrativos; e **mutabilidade do regime**²⁵, quando assim exigir o interesse público.

O contrato de concessão de serviço público, por ser um contrato administrativo, possui as características supracitadas e outras particularidades provenientes do fato de ele poder ser delegado à empresa privada, em que há a previsão de direitos ao concessionário [negócio jurídico], bem como por seu objeto se situar na seara de execução de serviços públicos.

público, bem como mediante celebração de licitação aberta a todos os interessados.

¹⁹ Há de se ressaltar que muitas dessas características também existem nos contratos de direito privado em que a Administração é parte, como, por exemplo, o interesse público.

²⁰ Di Pietro (2002, p.255) conceitua cláusulas exorbitantes como “aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes [a Administração] em relação à outra; **elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado**” [grifos acrescidos]. Dentre as cláusulas exorbitantes, essa mesma autora destaca a exigência de garantia por parte do Poder Público; a possibilidade de alteração unilateral das condições de serviço, visto a finalidade ser sempre a consecução do interesse público e limitado à conservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; a previsão de rescisão unilateral do contrato por parte do poder concedente; a existência das prerrogativas de fiscalização e da imposição de penalidades pelo Poder Público; a retomada do objeto do contrato pela Administração Pública; a possibilidade de anulação do contrato dentro do exercício da autotutela administrativa e a restrição ao uso da exceção do contrato não cumprido pelo concessionário em desfavor da Administração Pública.

²¹ A autora em tela deixa claro que a finalidade pública deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado. A supremacia do interesse público e a finalidade pública são usadas como sinônimos. Hodiernamente, há autores que dividem o interesse público em primário [interesse de toda a coletividade] e em secundário [interesse da Administração Pública] (Cf. ARAGÃO, 2006). A conceituação, inclusive, do interesse público para alguns autores estar, hoje, em mutação (Cf. MARQUES NETO, 2005). Todavia, para fins do presente trabalho o sentido de interesse público utilizado será o de toda a coletividade (bem estar coletivo).

²² A forma é fundamental para fins de controle de legalidade.

²³ Exemplo disso é a exigência de licitação para a outorga de concessão de serviço público (art. 175 da CF).

²⁴ Utilizando conceituação de Di Pietro (2002) são contratos em que a Administração fixa unilateralmente as condições pelas quais pretende contratar. Igualmente, entende-se como acordo *intuitu personae* aquele referente às condições pessoais do contratado que fez a Administração concluir o contrato.

²⁵ A mutabilidade do regime decorre do poder da Administração de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares da prestação do serviço e de rescindir o contrato antes do prazo previsto, bem como de outras circunstâncias que dão margem à aplicação da teoria do princípio e da imprevisão (DI PIETRO, 2002, p.262).

Essa matéria encontra respaldo no art. 175 da Constituição Federal que ao tratar da prestação de serviço público prescreve: “incumbe ao **Poder Público**, na forma da lei, **diretamente** ou sob o regime de **concessão** ou permissão, **sempre através de licitação**, a **prestação de serviços públicos**” [grifos acrescentados].

O parágrafo único²⁶ desse artigo dispôs sobre o conteúdo o qual deveria se ater à legislação a ser editada posteriormente. Para tanto, foi promulgada a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, como **norma de teor geral**, para regulamentar as concessões e permissões de serviço público²⁷. E a Lei Federal nº 9.074, de 7.07.1995, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”. Essas duas leis foram alteradas pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998.

Todavia, entende-se que cada ente federativo deve aprovar suas próprias leis sobre concessão de serviços públicos, respeitando obviamente a legislação geral (MEIRELLES, 2002). Nesse sentido, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 7.835, de 8.05.1992, que por anterior a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, só poderá se aplicar no que não contrariar as suas normas gerais.

Ao adentrar na Lei nº 8.987, de 13.02.1995, é encontrado o conceito de concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” [art. 2º, II].

Apesar de a Lei Geral de Concessões trazer um conceito para o contrato de concessão, Di Pietro (2005) aponta deficiências na definição legal consistentes na ausência da referência à natureza contratual e às formas de remuneração, bem como a formalidades desnecessárias para a configuração da concessão, como por exemplo, a modalidade de licitação indicada [concorrência]. Ademais, há de se registrar que a conceituação de institutos em textos legais não é recomendada pela hermenêutica jurídica, em virtude de ser uma função da doutrina e das mudanças ocorridas na sociedade que forcem a revisão de conceitos.

Mello (2001, p.637) também tece críticas relacionadas ao conceito legal de concessão de serviços públicos, tanto no que tange às formalidades desnecessárias, quanto à ausência da menção de que o beneficiário irá ser remunerado pela exploração do serviço.

²⁶ O parágrafo único do art. 175 da CF prevê que: “a lei disporá sobre: I - regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – obrigação de manter serviço adequado”.

²⁷ A Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, serve como norma subsidiária a Lei Geral de Concessões.

Segundo esse autor, o conceito legal deve ser ignorado e tão-somente serve como indicador de requisitos de válida formação da concessão.

Assim, segundo Di Pietro (2005, p.93) a concessão de serviços públicos é “o contrato administrativo²⁸ pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Em termos conceituais, como questões importantes para a compreensão da matéria têm-se: (i) o aspecto contratual, que dentre outras questões, traz a previsão de direitos e de obrigações para ambas partes contraentes; (ii) a transferência da execução do serviço para o particular, e não da sua titularidade; (iii) a assunção pelo concessionário dos riscos ordinários da atividade concedida; e, (iv) a forma de remuneração, a qual poderá se dar por tarifa ou por outras receitas alternativas, complementares ou acessórias em virtude da busca da modicidade tarifária e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Destarte, pelo Estado manter “sempre e permanentemente total disponibilidade sobre o serviço concedido” (MELLO, 2001, p.640) é que existem as prerrogativas que conferem determinados poderes ao Estado e as quais o particular deve se sujeitar por estar lidando com interesses públicos. Para tanto, existem as cláusulas regulamentares estabelecidas unilateralmente pelo concedente.

Por outro lado, ao se enxergar uma relação contratual, com a presença de interesses contrapostos, há cláusulas destinadas a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, consistente na manutenção das condições econômicas [dentro de uma relação de custo e benefício] inicialmente acordadas entre as partes, tendo por finalidade remunerar o particular e permitir a continuidade da prestação do serviço. Assim, estar-se diante de uma relação eminentemente antitética, vistos os interesses dissonantes do Poder Público concedente²⁹, relacionados à persecução do bem comum, e da empresa concessionária, atinente à busca do lucro.

A partir dessa idéia, Di Pietro (2005, p.94) aponta consequências concernentes à execução do serviço público, quais sejam, a existência de cláusulas regulamentares de serviço, consistentes na forma pela qual o serviço é disponibilizado para a sociedade; a outorga de

²⁸ Vale salientar que, sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público existem correntes que não o consideram contrato de direito público. Todavia, no presente trabalho adotou a corrente que o encara como contrato de direito público. Para maiores detalhes *vide*, dentre vários outros doutrinadores, Di Pietro (2002), Cretella Junior (1986), Mello (2001).

²⁹ Nos termos da Lei Geral de Concessões Poder Concedente é “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

prerrogativas públicas ao concessionário; sujeição do concessionário aos princípios de continuidade, mutabilidade e igualdade dos usuários; reconhecimento de poderes à Administração Pública concedente; a reversão dos bens do concessionário necessários à continuidade da prestação do serviço; a natureza pública dos bens afetos à prestação do serviço; a responsabilidade civil regida pelo direito público³⁰; e, os efeitos trilaterais da concessão, sobre o poder concedente, o concessionário e os usuários.

Além dessas implicações, a autora em tela, também, registra os seguintes pontos decorrentes da contradição inerente ao contrato de concessão: a natureza contratual da missiva, o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro o qual inclui a aplicação ora do direito privado, ora de direito público.

Considerando a abordagem de tais entendimentos gerais sobre o contrato de concessão, pode-se tratar nos tópicos posteriores de forma mais esmiuçada essas implicações decorrentes do duplo aspecto da concessão, qual seja, a busca do lucro pelo concessionário e o resguardo do interesse público pelo poder concedente.

2.3.2 Os efeitos trilaterais do contrato de concessão de serviço público

Dentro da metodologia escolhida para a realização desse trabalho, a compreensão dos efeitos trilaterais do contrato de concessão passa a ser relevante, em virtude de significar que, apesar de ser celebrado entre poder concedente e o concessionário do serviço público, os efeitos do contrato em tela alcançarão os usuários de serviços públicos.

Ou seja, apesar do contrato de concessão ser firmado entre poder concedente e concessionário, é importante verificar qual é a posição do usuário desse serviço público diante da relação estabelecida entre poder concedente e concessionário.

Dessa forma, para o usuário, na realidade, o concessionário exerce atividade própria e privativa do Poder Público e, que por razões de conveniência e oportunidade, esse decide transferir a sua execução para o particular.

Destarte, no que se refere às cláusulas regulamentares, isto é, a forma pela qual se dará a prestação do serviço, há de se notar que independe para o usuário se quem o realiza é o Poder Público diretamente ou um concessionário. Sendo relevante, somente que o prestador execute a atividade de forma adequada e de maneira que satisfaçam as necessidades do

³⁰Ao concessionário cabe responder pelos danos causados e pelas obrigações contraídas em relação aos terceiros. O art. 37, § 6º da Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva para os prestadores de serviço público. Ou seja, basta a comprovação do nexo causal ente a ação do concessionário e o dano sofrido por terceiro.

usuário, daí se inferir que as normas regulamentares seriam as mesmas tanto para o Poder Público, quanto para o concessionário.

Por isso surge o dever do Poder Público fiscalizar e regular a prestação do serviço concedido a uma empresa que busca, sobretudo, o lucro; e, que por muitas circunstâncias pode agir de maneira desidiosa, arbitrária, abusiva etc.

Entretanto, no que atine às cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro, constata-se um duplo aspecto, o primeiro referente à remuneração do concessionário, efetuada, em regra, pelo usuário do serviço; e o, segundo, concernente à manutenção desse equilíbrio ao longo do tempo sem prejudicar o interesse público de continuidade da prestação do serviço e de adequação ao princípio de modicidade tarifária. Porquanto, para conciliar esses aspectos, faz-se imprescindível o exercício da fiscalização e da regulação do Poder Público sobre a atuação do concessionário do serviço.

Ao tentar enxergar essa relação de efeitos trilaterais, pode-se visualizar a figura abaixo:

Figura 4 Relação de Efeitos Trilaterais

Fonte: Elaboração própria

Dessa figura, percebem-se as seguintes relações: **(A)** relação firmada entre poder concedente e concessionário por meio de um contrato de concessão de serviço público; **(B)** relação estabelecida entre concessionário e o usuário final do serviço por via contratual ou meramente regulamentar de prestação de serviço público [denominação genérica]; **(C)** relação entre poder concedente e usuário final [beneficiário de um serviço público] consistente no direito subjetivo de prestação de serviço público, conforme delineado na Constituição e na legislação subsequente [essa relação é jurídica na acepção ampla, pois previsto em norma].

Vale destacar que essa figura, apesar de piramidal, não significa a existência de uma relação vertical entre o poder público e o concessionário, o intuito foi de refletir sobre as relações contratuais.

Isto é, apesar de o usuário não ser parte na relação (A), ele é beneficiário da concessão [até porque ela só existe em função dos interesses da coletividade], as atitudes do poder concedente e do concessionário perante o contrato de concessão irão produzir reflexos na prestação do serviço e, por sua vez, atingirão os usuários finais, acarretando efeitos geradores da relação (C).

Assim, ao ocorrer a utilização real do serviço pelo usuário, estabelece-se uma relação (B), daí surgem direitos e obrigações para ambos contraentes, concessionário e usuário. E, por conseguinte, a ação do poder concedente diante da relação (A) e (C) será crucial para conciliar os princípios inerentes aos serviços públicos e os interesses do particular pela consecução do lucro.

É de se concluir que as cláusulas regulamentadoras constantes no contrato de concessão [**relação A**] deverão estar presentes no contrato firmado entre concessionário e o usuário, bem como as condições relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro [o preço público ou pelo menos uma fórmula que o defina], visto que a tarifa será paga pelo usuário [**relação B**].

Em regra, pelo fato de se estar diante de uma concessão, os prazos contratuais são longos, o que demonstra que tais avenças deverão prevê mecanismos de revisão e de reajuste das tarifas, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Por esse e outros motivos³¹, esses contratos são denominados pela doutrina econômica como **incompletos**, haja vista a impossibilidade de previsão de todas as contingências futuras no momento da formação do acordo [racionalidade limitada].

Por isso, ao se fazer um exercício lógico de aproximação, poder-se-ia considerar que a relação contratual (A) é igual à relação contratual (B) [**relação A = relação B**]. Por conseguinte, a maneira pela qual a relação (A) foi formada vai acarretar a configuração da relação (B) [**relação A => relação B**], bem como por ser o contrato da relação (A) incompleto, ele acarretará implicações na relação (C). Tais raciocínios demonstram a importância do contrato da relação (A).

O contorno que o poder concedente dará aos mecanismos de ajuste contratual ao longo da concessão, ao exercer suas prerrogativas de Poder Público dentro dos limites previstos nas cláusulas do equilíbrio econômico-financeiro e no arcabouço jurídico, vai refletir em todas as relações [(A), (B) e (C)].

³¹ Dentre outros motivos, pode ser citado o objeto de estudo da presente dissertação, qual seja, a previsão de livre acesso à rede de gasodutos do concessionário do serviço público de distribuição de gás natural canalizado.

No intuito de corroborar essa exposição, Di Pietro³² (2005, p.111) leciona que:

Com efeito, quer por força das normas regulamentadoras da concessão, quer por força das cláusulas contratuais, **o usuário assume direitos e obrigações perante as partes**. Segundo alguns, ele mantém uma relação contratual com o concessionário, por meio de um contrato de adesão; para outros, uma vez iniciada a execução do serviço, o usuário assume uma situação estatutária, porque ele passa a submeter-se às normas regulamentadoras do serviço, independentemente de qualquer relação contratual; para outros, finalmente, o usuário ora participa da relação por meio de um contrato de adesão, ora participa de uma situação estatutária. Na realidade, os efeitos do contrato sobre o usuário são também uma decorrência da duplicidade de aspectos da concessão; além do aspecto contratual propriamente dito, a concessão mantém sua natureza regulamentar no que diz respeito à prestação do serviço; sob o ponto de vista dos usuários, sua posição não se altera, seja o serviço prestado diretamente pela Administração Pública, seja prestado indiretamente pelo concessionário, já que as normas do serviço são as mesmas. [grifos acrescidos]

Conclui-se, então, que ação do poder concedente, tanto na formatação do contrato de concessão [*ex ante transaction*], quanto na sua governança *a posteriori* é de máxima importância para a persecução do interesse público, pois o concessionário detém mais informações em relação aos custos da prestação do serviço.

2.4 As cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviços públicos

Após a abordagem do conceito de concessão de serviço público e dos efeitos trilaterais dessa avença, faz-se relevante verificar os principais pontos da legislação federal e estadual, bases do contrato de concessão de serviço de distribuição de gás natural canalizado. O art. 23 da Lei nº 8.987, de 13.02.1995 trata das cláusulas ditas como essenciais para constarem do instrumento da concessão.

Além das cláusulas usualmente presentes em todos os contratos³³, há de se ressaltar a existência de previsão quanto: ao modo, forma e condições de prestação do serviço; aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e do concessionário; aos direitos e deveres dos usuários; à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; às

³² Essa autora (2005, p.112) explica que “em alguns casos é mais nítida a relação contratual entre a empresa concessionária e os usuários, como ocorre nos serviços de telefone; outras vezes, é muito menos nítida, como ocorre com o pagamento de pedágio nas estradas”. No caso do contrato de concessão de gás canalizado, esse assunto será abordado nos capítulos 4 e 5.

³³ Objeto, à área e ao prazo da concessão, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações e ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; aos casos de extinção da concessão; aos bens reversíveis; aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; às condições para prorrogação do contrato; à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária.

Quando o serviço público for precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

2.4.1 Poderes do Concedente

A existência do Poder Público em um dos pólos da relação confere a esse determinados poderes decorrentes de se estar diante de uma relação de natureza pública. Dessa maneira, o art. 29 da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, traz esses poderes como “encargos do Poder Concedente”.

Daí nota-se a presença dos seguintes poderes ou encargos: (i) poder de inspeção e fiscalização [arts., 3º, 29, I e 30, *caput* e parágrafo único]; (ii) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; (iii) poder de extinguir a concessão antes do término do prazo inicialmente estatuído; (iv) poder de intervenção; (v) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

No tocante ao poder de fiscalização e de inspeção, registra-se que o conhecimento do Poder Público sobre todos os aspectos da concessão é fundamental para que o serviço seja realizado de forma adequado, visto o poder de controle acerca da execução do serviço pelo concessionário.

Em relação ao poder de alteração das cláusulas regulamentares, o concedente pode modificar as condições de funcionamento do serviço quando assim exigir o interesse público, mas sempre respeitando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, Mello (2002, p.660) corrobora que esse encargo “trata-se de um poder e de um dever irrenunciável do Estado, uma vez que lhe compete assegurar pelo melhor modo possível a satisfação dos usuários”.

No que concerne ao poder de extinguir a concessão antes do término do prazo inicialmente estatuído, haja vista a titularidade do serviço ser do Poder Público, esse poder ocorrerá em virtude de razões de conveniência e oportunidade [encampação, art. 37] ou por inadimplência do concessionário [caducidade, art. 38].

O poder de intervenção é encontrado nos arts. 29, III e 32 a 34 [Capítulo IX]. Essa medida tem por finalidade assegurar a adequação na prestação do serviço e o cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos interesses.

Já o poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente, apesar de genericamente previsto na Lei de Concessões, não há indicação de quais seriam as sanções. Segundo Mello (2005, p.658), estas podem ser estabelecidas em regulamento anterior à concessão ou no edital do certame [anexos], pois em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente estará exposto.

2.4.2 Direitos e deveres dos concessionários

Os direitos dos concessionários de serviço público consistem, em regra, nas cláusulas de teor contratual, quais sejam, as relativas à manutenção do equilíbrio econômico financeiro, as referentes ao recebimento do pagamento pela exploração do serviço e as atinentes à inalterabilidade do objeto (DI PIETRO, 2002).

Já os encargos basicamente se concentram na exigência de desempenho adequado da atividade conforme delineado no objeto da concessão, bem como na obediência a todas as limitações constantes em lei e provenientes dos poderes do concedente.

O art. 31 da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, versa sobre esses encargos e os elenca em oito incisos, sem prejuízo de outros deveres encontrados esparsamente na lei geral, bem como em outras normas.

Como já foi referido, cuidam de forma geral das ações necessárias ao cumprimento do contrato e dos efeitos da relação estabelecida entre concessionário e concedente, como por exemplo, a obrigação daquele prestar contas a esse, o livre acesso da fiscalização às obras, às instalações, aos equipamentos e aos registros contábeis.

Inclusive, em alguns incisos do art. 31, percebe-se que uma parcela dos poderes públicos foi destinada ao concessionário. Isso acontece em razão da gestão do serviço e da

execução do objeto contratual por parte do concessionário, como por exemplo, a promoção de desapropriações e servidões autorizadas pelo poder concedente [inciso VI].

No que toca à exclusividade quanto à prestação do serviço, Mello (2002, p.659) entende que o cancelamento desta garantia, “acompanhado pela compensação econômica correspondente, salvaguarda o concessionário de qualquer alteração da equação econômica. Daí que não lhe cabe opor-se, em tais condições, à supressão da exclusividade”.

A exclusividade na prestação do serviço público não é cláusula obrigatória do contrato de concessão, nem direito adquirido do concessionário, ela só se justifica quando motivada por razões de cunho técnico e econômico e pelo tempo que o concedente considere adequado, ressalvado sempre o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

2.4.3 Remuneração do concessionário, equilíbrio econômico-financeira e repartição dos riscos da concessão

A remuneração do concessionário se dá basicamente por meio das tarifas³⁴, ocorre, entretanto, que tendo por finalidade o reforço da modicidade tarifária são possíveis outras fontes de receita alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, as quais devem constar no edital [arts. 11 e 18, VI, da Lei nº 8.987, de 13.02.1995] e ser levadas em consideração para a aferição inicial do equilíbrio econômico-financeiro [art. 13].

Na verdade, o essencial é que o pagamento seja feito em razão da exploração do serviço pelo concessionário (MELLO, 2002) (DI PIETRO, 2005).

O art. 9º versa que a tarifa é fixada pelo preço da proposta vencedora e preservada pelas regras de revisão. Os critérios de reajuste e de revisão deverão integrar o edital de licitação [art. 18, VIII], bem como o contrato de concessão [art. 23, IV].

Todavia, o art. 15 da Lei nº 8.987 estabelece sete critérios diferentes de julgamento da licitação, daí dependendo do critério de escolha, caberá ao poder concedente a fixação da tarifa (DI PIETRO, 2005).

No caso de São Paulo, o art. 40 do Decreto 43.889 determina que é a da competência da CSPE a fixação da tarifa do serviço público de gás canalizado, devendo essa refletir o

³⁴ Segundo Mello (2002, p.663), “não há impediência jurídica a que o Poder Público adote um sistema de tarifas subsidiadas, se tanto for levado para manter-lhes a necessária modicidade”. Para Di Pietro (2005, p.126) a concessão de subsídio é possível desde que previsto em lei, e que seja anterior à licitação a fim de esteja à disposição de todos os concorrentes.

preço de aquisição do gás; o custo do transporte; e a margem de distribuição. Esse órgão fixa tarifas tetos e regulamenta, também, as condições para a concessão de descontos.

O art. 43 desse decreto possibilita que a CSPE fixe tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Consoante Mello (2002, p. 662) entende-se reajuste como “hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se apenas o preço que a exprime”. Já, a revisão das tarifas é “uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos”.

Assim, no reajuste ocorre a atualização da tarifa, tendo em vista a elevação do preço dos insumos ou outros fatores relacionados à inflação anual; enquanto na revisão a tarifa efetivamente muda, em função de eventos posteriores, previstos ou não pelas partes, mas que acarretaram o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Esses eventos podem ser oriundos (a) de alteração unilateral do contrato; (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação direta com o contrato [fato do Príncipe] e que agravam a equação inicial [elevação de tributos, salvo o imposto de renda]; (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual [teoria da imprevisão e teoria das sujeições imprevistas] (MELLO, 2002).

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro é fundamental para o entendimento do instituto da concessão, especialmente, em função desses eventos que podem ensejar a revisão tarifária, bem como em razão do exercício de uma regulamentação *ex post*.

Consoante Di Pietro (2005, p.114) o equilíbrio econômico-financeiro constitui “a relação que estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”.

Meirelles (2002, p.209), também, segue essa linha, ao definir o equilíbrio econômico-financeiro como a “relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”.

Mello (2002), igualmente, possui o mesmo entendimento, contudo, lembra que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro³⁵ apesar de ser direito adquirido não é integral,

³⁵ Esse autor, após exposição acerca de como o Direito Francês trata a repartição de riscos no contrato de concessão, conclui que “no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário” (MELLO, 2002, p.667).

pois o concessionário exerce atividade em nome próprio, por sua conta e risco, e, portanto, é relevante se distinguir quais os riscos que serão cobertos pelo concedente e os que serão de responsabilidade do concessionário.

Daí surge a divisão usualmente empregada pela doutrina que consiste em classificar os riscos como os de ordem normal [álea ordinária ou empresarial³⁶], suportados pelo concessionário; e os de teor extraordinário, que se subdividem em álea administrativa [fato do Príncipe, fato da Administração³⁷ e poder de alteração unilateral] e a álea econômica [teoria da imprevisão³⁸], onde prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados pela Administração³⁹.

2.4.4 Direitos dos usuários

No tocante aos direitos e obrigações dos usuários, a Lei Geral de Concessões os preceituam no art. 7º, sem prejuízo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor [Lei n 8.078, de 11.09.1990].

Dessa maneira, os usuários têm direito à prestação de serviço adequado, consistente naquele que satisfaça “as condições de regularidade, continuidade⁴⁰, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Meirelles (2002, p.373), assim, resume essas condições:

o principio ou o requisito da generalidade significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente; o da permanência ou continuidade impõe serviço constate, na área e período de sua prestação”; o da eficiência quer dizer serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente; o da modicidade indica preços razoáveis, ao alcance de seus destinatários; o da cortesia, significa bom tratamento ao público.

³⁶ Mello (2002, p.667) entende que se exclui da álea ordinária “a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta inteligência é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º, 18, VIII, e 23, IV”.

³⁷ Fato da Administração é a ação ou omissão do Poder Público que impede ou retarda a execução do serviço pelo concessionário (ela incide no contrato) (MEIRELLES, 2002).

³⁸ Os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão se cingem a que o fato seja: imprevisível quanto à ocorrência e às conseqüências; alheio à vontade das partes; inevitável; e, causador de desequilíbrio muito grande no contrato (DI PIETRO, 2002).

³⁹ Para Mello (2002, p.667), é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro “menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos”. Esse autor forma essa idéia a partir da redação do art. 10 da Lei 8.987, em virtude do equilíbrio econômico-financeiro está vinculado às condições iniciais do contrato.

⁴⁰ O art. 6 prevê duas hipóteses de interrupção do serviço sem caracterizar descontinuidade do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: (i) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, (ii) por inadimplemento do usuário, em favor do interesse da coletividade.

O usuário tem, também, o direito de escolher os prestadores de serviços dentre os distintos concessionários, quando for o caso [art.7º, III]; de fiscalizar a prestação do serviço, levando ao conhecimento das autoridades e do concessionário qualquer irregularidade na prestação do serviço, e ademais atuando junto com o poder concedente, comunicar atos ilícitos cometidos pelos concessionários de serviço [arts. 3º, 7º, IV e V]. Os utentes têm, outrossim, o direito de ser informado a respeito da defesa de seus direitos individuais e coletivos [art.7º, II].

2.4.5 Formas de extinção da concessão e seus efeitos

As formas de extinção da concessão encontram-se disciplinados no Capítulo X da Lei 8.987. O art. 35 elenca as seguintes maneiras de extinção: (i) advento do prazo normal acordado entre as partes; (ii) encampação⁴¹; (iii) caducidade⁴²; (iv) rescisão⁴³; (v) anulação; (vi) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Ao término da concessão, a fim de assegurar à continuidade da prestação do serviço, os bens afetos à prestação serão revertidos para o poder concedente. Esse é um dos principais efeitos do fim da concessão [art. 35, § 3º].

Com o fim da concessão, faz-se necessária a avaliação se a reversão será gratuita ou onerosa para o Poder Público, a depender da ocorrência da amortização dos investimentos nos equipamentos, instalações e demais maquinários realizados pelo concessionário. Na expiração normal, o poder concedente implementará somente a parcela não amortizada.

⁴¹ O art. 37 da Lei 8.987 conceitua encampação como “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, **mediante lei autorizativa específica** e após prévio pagamento da indenização” [grifos acrescidos]. Di Pietro (2005, p.132) entende que a exigência de lei autorizativa parece de constitucionalidade duvidosa, em razão de implicar ingerência de um poder sobre outro.

⁴² O art. 38 da Lei 8.987 explica que a declaração de caducidade ocorrerá no caso de inexecução total ou parcial do contrato, a critério do poder concedente, mas dentro das hipóteses elencadas no § 1º e mediante processo administrativo que assegure a ampla defesa e o contraditório.

⁴³ A rescisão é faculdade do poder concedente, porém existe uma hipótese prevista no art. 39 da Lei de Concessões que torna possível o exercício da rescisão pelo concessionário, todavia os serviços prestados não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado [parágrafo único]. Assim dispõe o art. 39 que “o contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, **mediante ação judicial especialmente intentada** para esse fim” [grifos acrescidos].

Nos casos em que a concessão termina antes do prazo, sem culpa do concessionário [encampação ou resgate], Mello (2002) entende que a indenização dos bens revertidos compreenderá a parcela não amortizada e os lucros cessantes.

Quando houver culpa do concessionário [caducidade ou por decisão judicial que a reconheça], o poder concedente deverá pagar o equipamento revertido, “com dedução da parte já amortizada, da depreciação por desgaste ou obsolescência e dos prejuízos que haja sofrido em razão da necessidade de extinguir antecipadamente a concessão” (MELLO, 2002, p.677).

Por tudo dito, faz razão concluir consoante Di Pietro (2005, p.108) que a “reversão depende sempre de indenização”, sob pena de se caracterizar como confisco. Inclusive, na extinção da concessão pelo advento normal do prazo, dentro da parcela que ainda não foi amortizada, caberá ao poder concedente pagar o valor restante ao particular.

2.5 Análise do mercado de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo e as disposições contratuais comuns às três concessionárias

Após a exposição do arcabouço jurídico do contrato de concessão, nesse tópico além de pontuar as cláusulas dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, pretende-se analisar a Lei nº 9.361, de 5.07.1996 que criou o “Programa Estadual de Desestatização” e cuidou da “Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético”, bem como deu outras providências.

O intuito dessa meditação é proporcionar uma melhor compreensão do modelo de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado aplicado no Estado de São Paulo.

2.5.1 A Lei Estadual nº 9.361, de 5.07.1996: Programa Estadual de Desestatização (PED)

O Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo, empreendido durante a gestão do Governador Mário Covas, aponta três linhas de justificativas. A primeira corresponde à reordenação da posição do Estado na economia, ao pugnar pela transferência para a iniciativa privada, da execução de atividades econômicas, da realização de obras de infra-estrutura, bem como da prestação de serviços públicos, possibilitando a retomada de investimentos nessas áreas.

A segunda compreende ao deslocamento dos esforços e dos recursos da Administração Pública em setores em que a presença dessa se faz imprescindível para a persecução das “prioridades de governo”, especialmente, nas áreas de saúde, educação e segurança pública. Igualmente, permitir à Administração Pública “o oferecimento de serviços e equipamentos públicos com atendimento dos requisitos de modicidade, regularidade e eficiência, garantida a fiscalização pelos usuários” [art. 1º, II, b]. Por sua vez, a terceira justificativa para a implantação do PED cinge-se ao fato de contribuir para a redução da dívida pública.

Assim, após as motivações do PED, expostos como os objetivos do Programa, a Lei Estadual nº 9.361, de 5.07.1996, cuidou de toda a matéria relacionada à transferência de direitos, de ações, de empresas pertencentes ao Estado de São Paulo, e ao respectivo procedimento legal.

Há de se ressaltar o alinhamento do Estado de São Paulo com o ideais do Governo Federal, consistentes na Lei nº 8.031, de 12.4.90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização e na Lei nº 9.491, de 09.09.97, que criou o Programa Nacional de Desestatização.

No tocante à distribuição de gás natural canalizado, essa lei trouxe importantes disposições⁴⁴. O art. 10 prescreveu que a desestatização de empresa prestadora de serviço público seria acompanhada pela outorga ou prorrogação da concessão, facultado ao poder concedente a não reversão prévia dos bens afetados ao serviço público respectivo [parágrafo único do art. 12]. O § 2º do art. 10 estabelece a **divisão do território do Estado de São Paulo** em no máximo três áreas de concessão.

O art. 19 dispôs sobre a reestruturação societária e patrimonial de diversas companhias estatais, dentre elas, destaca-se a Companhia de Gás de São Paulo – Comgás. O Poder Executivo detinha a faculdade de aumentar o capital social da Comgás por meio de conversão de créditos detidos ou assumidos pelo Tesouro do Estado, bem como de propriedade do Tesouro do Estado ou de terceiros [art. 24, I e II].

O § 1º do art. 24 da Lei nº 9.491 **vedou a participação majoritária das empresas estatais federais** na Comgás e nas demais concessionárias de distribuição de gás canalizado que vierem a ser criadas no Estado de São Paulo. É clarividente, o intuito de afastar a Petrobrás do processo de reestruturação do setor de distribuição do Estado de São Paulo.

⁴⁴ O art. 7º do PED determinou que o preço mínimo de alienações das companhias estatais deveria levar em “consideração estudos elaborados com base na análise detalhada das condições de mercado, da situação econômico-financeira e das perspectivas de rentabilidade da sociedade, atividade ou bens e direitos a serem desestatizados”.

2.5.2 O mercado de distribuição de gás natural em São Paulo e um visão geral das cláusulas dos contratos em foco

O Decreto nº 44.674, de 01.02.2000⁴⁵, tratou da outorga de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, em área que compreende os municípios que atualmente integram as regiões administrativas de Sorocaba e Registro [Área Sul]. A empresa espanhola Gás Natural venceu a licitação. Ela tem atuação em países como Portugal, Espanha, Marrocos, Argentina, Colômbia e México. No Brasil está presente desde 1997 no Rio de Janeiro, como uma das acionistas da distribuidora CEG.

O Decreto nº 44.201, de 25.08.1999 dispôs sobre a outorga de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, em área que compreende os municípios que atualmente integram as regiões administrativas de Ribeirão Preto, Bauru, São José do Rio Preto [Área Noroeste]. A vencedora da licitação foi a Gás Brasileiro GBD, controlada pelas empresas ENI International B.V. e Italgas (Grupo Eni da Itália).

As companhias *British Gas* [BG International da Inglaterra] e a Shell, através de um consórcio, compraram as ações da Comgás e, por conseguinte, obtiveram a outorga do contrato de concessão da área que compreende a região metropolitana de São Paulo, Vale do Paraíba, Baixada Santista e Campinas [Decreto nº 43.888, de 10.03.1999].

Na tabela abaixo [Tabela 2.1], mostra-se um resumo do leilão de venda das ações da Comgás e das concorrências, as quais culminaram nas outorgas dos contratos de concessão para as empresas Gás Natural SPS e Gás Brasileiro. Nota-se um significativo valor de venda da Comgás. Igualmente, registre-se a expressiva percentagem de ágio sob a outorga da área Sul do Estado de São Paulo⁴⁶.

⁴⁵ O art. 1º desse decreto previu, para a outorga desse contrato, a licitação na modalidade de concorrência, do tipo maior oferta.

⁴⁶ A rede da Comgás tinha 2,4 mil quilômetros, as suas vendas eram de 3,5 milhões m³/dia de gás natural; o número dos consumidores naquele momento era de 300 mil. Essas três áreas concentram aproximadamente 34% do PIB brasileiro.

Tabela 2.1 - Resumo das licitações do setor de Distribuição de GN do Estado de São Paulo

Áreas	Data da licitação	Preço Mínimo (R\$)	Valor de Venda (R\$)	Ágio %	Empresas Controladoras
RMSP, Vale do Paraíba, Baixada					Integral
Santista, Campinas	14.04.1999	753.496.839	1.652.579.242	119,32	Holdings
Noroeste	09.11.1999	110.000.000	274.900.000,00	149,91	Gás Brasileiro
Sul	26.04.2000	95.000.000	533.800.000,00	461,89	Gás Natural SDG S.A.

Fonte: SERHS, 2006

Assim, consoante o PED, ocorreu a divisão do território do Estado de São Paulo em três áreas de concessão.

Figura 5 Mapa do Estado de São Paulo (três áreas de concessão)

Fonte: SERHS, 2006

O perfil demográfico do Estado de São Paulo demonstra as características básicas de cada área de concessão, nesse sentido, serve para melhor compreender os motivos de valorização do sul de São Paulo e das ações da Comgás [além de seu patrimônio de forma ampla]. Porquanto, esse perfil [Tabela 2.2] influi no montante de investimentos em construção e em expansão de rede, na quantidade de usuários e nos volumes consumidos, no retorno do capital, bem como nas decisões das empresas como um todo.

Tabela 2.2 - Perfil das áreas de concessão para distribuição de gás no Estado de São Paulo

Área de Concessão	População		Área		Densidade demográfica		
	(hab.mil)	(%)	(km²)	(%)	(hab.km²)	Municípios (n)	(%)
COMGÁS	29.257,10	72,4	53.771	21,6	544,1	177	27,5
GÁS							
BRASILIANO	8.143,60	20,1	141.623	57	57,5	375	58,1
GÁS NATURAL							
SPS	3.042,10	7,5	53.206	21,4	57,2	93	14,4
Estado de São Paulo	40.442,80	100	248.600	100	162,7	645	100

Dados referentes ao ano de 2005

Fontes: SEADE, IBGE (apud, SERHS, 2006)

Visualizados tais aspectos sobre as empresas concessionárias e acerca das características demográficas do Estado de São Paulo, pode-se adentrar no exame geral das cláusulas dos três contratos de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado.

Dessa forma, as cláusulas são as seguintes: (i) objeto contratual; (ii) condições de prestação do serviço; (iii) medidores de gás fornecidos aos usuários pelo concessionário; (iv) razões justificadoras de suspensão do fornecimento de gás natural; (v) prazo da concessão e condições de sua prorrogação, incluídos período de fim de exclusividade na comercialização de gás natural e previsão de posterior regulamentação do livre acesso às redes de gasodutos pela CSPE; (vi) expansão e ampliação dos sistemas de distribuição; (vii) metas; (viii) encargos e prerrogativas do concessionário; (ix) direitos e obrigações dos usuários; (x) condições das tarifas aplicadas a exploração do serviço, bem como as regras para o primeiro e segundo ciclos de revisão; (xi) fiscalização, penalidades, intervenção, encampação, extinção e reversão de bens; (xii) disposições sobre integração vertical, compromisso do controlador e garantia de cumprimento das metas; (xiii) o foro para soluções de controvérsias, bem como a publicação e o registro do contrato.

Há de se ressaltar que a maior parte das cláusulas dos três contratos é semelhante, as diferenças residem, basicamente, na previsão de metas específicas para cada concessionário, em razão das necessidades e das possibilidades do mercado dos respectivos territórios concedidos, na duração da exclusividade na atividade de comercialização e no momento do início da contagem do prazo do fim da exclusividade.

Esses contratos são complexos e longos [repleto de detalhes] como a própria atividade assim o exige, em regra, ressalvadas as peculiaridades do mercado, ele segue o disposto sobre a teoria geral dos contratos de concessão, junto com conteúdo técnico-econômico que a matéria demanda. E, também, em inúmeros dispositivos remete à regulamentação posterior a ser editada pelo poder concedente.

Além das cláusulas, vale a pena destacar a presença do Anexo II, que cuida da qualidade dos serviços de distribuição de gás canalizado, definidos em etapas de implantação [adaptação e maturidade], a fim do concessionário se adequar aos padrões do serviço e com a previsão de penalidades pelo descumprimento dos requisitos técnicos.

Nesse Anexo constam sete apêndices que tratam de: (i) procedimentos para a coleta, apuração e apresentação do indicador relativo à pressão; (ii) procedimentos para coleta, apuração e apresentação dos indicadores de tempo de atendimento de emergência e de frequência média de atendimento de emergência; (iii) procedimentos para coleta, apuração e apresentação dos indicadores índice de vazamento, concentração de odorante e porcentagem

de perdas totais de gás; (iv) procedimentos para coleta, apuração e apresentação dos indicadores poder calorífico superior e características físico-químicas do gás; (v) procedimentos para coleta, apuração e apresentação de qualidade do atendimento comercial; (vi) procedimentos para atuação em situação de emergência; e (vii) conceitos gerais de termos integrantes dos apêndices anteriores.

2.5.3 A configuração dos concessionários do Estado de São Paulo: quadro da Comgás

Os controladores da Comgás são as companhias BG e Shell. O grupo BG com sede na Inglaterra atua em mais de 20 países ao redor do mundo e em todas as etapas da cadeia de gás natural. Na Argentina, a BG controla a Metrogas, maior distribuidora da América Latina; além de participar, em consórcio, na construção do Gasoduto Gas del Sur, que liga Buenos Aires a Montevideu no Uruguai. Possui reservas de gás natural na Bolívia. No Brasil, participou da construção do Gasbol, associada à Petrobrás e arrematou alguns campos de petróleo e gás nos rounds da ANP [como não-operadora e operadora] (MORAES, 2003).

O Grupo Royal-Dutch Shell atua em mais de 100 países, controla 100% das ações da companhia Shell Brasil, dentre as inúmeras linhas de atuação, ressalta-se “varejo, indústria e transporte, lubrificante, exploração e produção, gás natural, e geração de energia elétrica, aviação, GLP e possui uma divisão química” (MORAES, 2003, p.60). Atualmente, controla 20% do mercado brasileiro de distribuição de combustíveis (MORAES, 2003).

Segundo dados da Mensagem aos Acionistas da companhia Comgás relativo ao exercício financeiro de 2004 (CVM, 2005), nota-se o crescimento de 12% no volume de gás distribuído, bem como uma receita líquida de R\$ 2,2 bilhões. Demonstraram que 89% dos consumidores estão satisfeitos com os serviços da Comgás [de acordo com pesquisa realizada pela CSPE] e deram início à estratégia de universalização dos serviços de distribuição de gás natural [cujo lema é “gás para tudo e para todos”].

O destaque de vendas segundo essa Mensagem foi o segmento industrial que ampliou para 79,9% sua participação no volume, com crescimento de 13,3% em relação a 2003 e respondeu por 74% da receita bruta da empresa (CVM, 2005).

Dentre esse volume do segmento industrial, a divisão pelo tipo de processo ocorreu em 2003 segundo a figura abaixo:

Figura 6 Média diária de venda para o segmento industrial no ano de 2003

Fonte: (COMGÁS, 2003)

Dáí é possível se notar a representatividade dos segmentos química, petroquímica, farmacêutica, papel, papelão e cerâmico [em especial a cerâmica branca]. O número atual de indústrias usuárias de gás natural na área de concessão da Comgás é de 937 [aproximadamente].

Encontram-se previstas algumas metas no contrato de concessão assinado pela empresa, quais sejam: 70 mil novos clientes nos 5 primeiros anos; 200 mil novos clientes em 10 anos; mínimo de 10 mil novos clientes por ano, com exceção do primeiro ano; 400 novos quilômetros de rede nos 5 anos iniciais.

2.5.4 Estrutura da empresa concessionária Gás Brasileiro

O concessionário da área noroeste do Estado de São Paulo é controlado pelo Grupo ENI da Itália que atua em todo o ciclo da indústria do petróleo. As suas filias operam dentre vários ângulos os referentes às atividades de refino, de distribuição de produtos petrolíferos e de gás natural, além de abastecimento e de petroquímica (MORAES, 2003).

No mercado brasileiro a empresa tem operado no engarrafamento e na distribuição de GLP e desde a flexibilização da indústria de petróleo e gás focalizou, também, o setor de exploração e produção.

Segundo Moraes (2003, p.66), pelo Grupo ENI considerar o Brasil um país estratégico “pretende operar de maneira integrada em toda a cadeia da indústria do petróleo, seus derivados e gás natural”.

Os investimentos da empresa Gás Brasileiro podem ser visualizados na Tabela 2.3, abaixo:

Tabela 2.3 - Investimentos da empresa Gás Brasileiro

Investimentos (CAPEX)	2004/2005	2005/2006	2006/2007	2007/2008	2008/2009	Total
Investimentos em rede	35.238	65.928	57.459	53.750	35.648	248.023
Outros investimentos	417	374	376	452	425	2.044
Total	35.655	66.302	57.835	54.202	36.073	250.067

Fonte: CSPE, 2005. Unidade: R\$ mil

Tais valores correspondem ao Plano de Negócios da empresa, o qual inclui as metas previstas no contrato de concessão. A saber: implantação do sistema de distribuição, com, no mínimo, 150 km de rede, excluídos ramais externos e de serviço, a partir das Estações de Transferência de Custódia [*city gates*], nas cidades de São Carlos, Araraquara e Araçatuba, em até 5 anos contados da assinatura do contrato de concessão; implementação do sistema de distribuição com, no mínimo, 70 km de redes, interligando Ribeiro Preto e região, em até 5 anos contados da data de assinatura do contrato de concessão; e, a implantação, até o décimo ano contado da assinatura do contrato de concessão, de extensões de redes, correspondentes a investimentos de R\$ 50 milhões [base setembro de 1999].

Os valores de venda de gás natural dessa empresa, constantes do respectivo Plano de Negócios, demonstram a importância do segmento industrial em termos de volume. Conforme consta da Tabela 2.4.

Tabela 2.4 - Volume de Vendas da Empresa Gás Brasileiro.

Volume	2004/2005	2005/2006	2006/2007	2007/2008	2008/2009	Total
Residencial	256	788	1.193	1.743	2.848	6.828
Comercial	443	1.118	1.485	1.916	3.200	8.162
Industrial	116.931	164.458	208.037	227.677	244.311	961.414
GNV	8.340	11.815	15.180	17.540	20.540	73.415
GNC	7.515	8.835	8.835	11.153	13.515	49.853
Cogeração	-	-	26.400	54.000	78.000	158.400
Total	133.485	187.014	261.130	314.029	362.414	1.258.400

Fonte: CSPE, 2005. Unidade: mil m³/ano

Esses números demonstram uma significativa expectativa de incremento de volume de venda no segmento industrial até 2009 [atualmente são aproximadamente 32 indústrias

usuárias de gás natural], caso isso se confirme, o fim da exclusividade na comercialização de gás natural nessa região poderá atrair muitas empresas entrantes.

2.5.5 O desenho da empresa concessionária Gás Natural São Paulo Sul

A empresa Gás Natural São Paulo Sul é controlada pela companhia espanhola, Gas Natural, que opera em diversos países, bem como já atuava no Brasil, especificamente, no estado do Rio de Janeiro (CEG).

A Gas Natural controladora, fundada em 1843, detém 85% do mercado espanhol, e ao redor do mundo possui mais de 6,3 milhões de clientes. O faturamento anual dessa multinacional é de US\$ 3 milhões, suas principais acionista são a Repsol e YPF [45% do capital] (MORAES, 2003).

Atualmente, a Gás Natural São Paulo Sul possui 180 usuários industriais, que juntos correspondem ao volume de 23.697.411,6 m³/mês e ao faturamento de R\$ 18.825.125, conforme Tabela 2.5:

Tabela 2.5 – Resultado de vendas no Segmento Industrial

CLASSES / VOLUMES		Nº de Consumid.	Volume Cobrado	fev/06	
				Faturamento - R\$ Com ICMS	Faturamento - R\$ Sem ICMS
1	ATÉ 5.000 m ³	70	135.362	234.495	206.355
2	5.001 a 50.000 m ³	62	1.413.423	1.605.723	1.413.036
3	50.001 a 300.000 m ³	35	4.041.182	3.727.234	3.279.966
4	300.001 a 500.000 m ³	7	2.633.802	2.205.275	1.940.642
5	500.001 a 1.000.000 m ³	5	3.543.050	2.772.191	2.439.528
6	1.000.001 a 3.000.000 m ³	-	-	-	-
7	Acima de 3.000.001 m ³	1	11.930.593	8.280.207	7.286.582
SUBTOTAL DAS CLASSES		180	23.697.411,60	18.825.125	16.566.110
TARIFAS COM DESCONTO					
TOTAL DO SEGMENTO		180	23.697.411,60	18.825.125	16.566.110

Fonte: CSPE, 2006

As metas previstas no contrato de concessão são: implementação do sistema de distribuição com, no mínimo, 200 km de redes, em até 5 anos, a partir de 3 Estações de Transferência de Custódia; e, a implantação de extensões de rede correspondentes a investimentos da ordem de R\$ 30 milhões, até o décimo ano a partir da assinatura da concessão.

3 O LIVRE ACESSO À REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO ESTADO DE SÃO PAULO E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Nesse capítulo serão analisadas as previsões de livre acesso à rede de distribuição de gás canalizado nas normas e nos contratos de concessão, bem como se abordará o exercício da atividade regulatória, em função da matéria em comento recomendar uma regulamentação futura.

Ademais, pretende-se ventilar questões hipotéticas [argumentos] a respeito da forma pela qual se dará a intersecção entre comercialização e distribuição de gás natural após a abertura do setor, a fim de inserir, também, esse assunto sob o ponto de vista concorrencial.

3.1 O livre acesso à rede de distribuição no Estado de São Paulo: previsão normativa e contratual

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto nº 43.889, de 10.03.1999, e dentro de uma opção política efetiva de instigar a concorrência no setor de gás natural, conforme se pôde conferir pela Lei Estadual de Concessões e pelo Programa Estadual de Desestatização, estabeleceu a possibilidade de um livre acesso à rede de distribuição de gás natural.

Dessa forma, o decreto em tela aprovou o regulamento da concessão do serviço público de gás canalizado e trouxe, dentre outros conceitos, os relacionados ao comercializador, ao distribuidor, ao livre acesso e ao usuário livre.

Nesse desiderato, o regulamento em foco define o livre acesso como o “acesso não discriminatório de terceiros ao sistema de distribuição, mediante o pagamento de tarifa pelo uso deste, **na forma da regulamentação a ser editada pela CSPE**” [art. 2º, X] [grifos acrescidos].

Sendo, inclusive, determinado como dever do concessionário, no momento oportuno [após o período do fim da exclusividade na comercialização], permitir o acesso de usuários ao seu sistema de distribuição mediante pagamento e dentro da capacidade operacional [art. 19, XI e art. 24].

O Capítulo XI, dessa norma, cuida da exclusividade durante todo o prazo contratual do concessionário na área estabelecida no contrato, em relação ao sistema de distribuição, a sua operação, bem como à recepção e à entrega do gás canalizado (art. 22). Igualmente, os

usuários dos segmentos residenciais e comerciais serão cativos até o término do prazo da concessão [art. 23]⁴⁷.

Ocorre que o § 1º do art. 23 direciona a matéria do fim da exclusividade da comercialização dos outros segmentos para o contrato de concessão e **para a regulamentação posterior da CSPE**⁴⁸.

No contrato de concessão firmado com a Comgás, a subcláusula sétima [cláusula quinta] prevê, que excluídos os usuários residenciais e comerciais, o fim da exclusividade na comercialização de gás ocorrerá doze anos, contados da celebração do contrato.

Nesse sentido, conclui-se que os segmentos de usuários que poderão se tornar livres, **a depender de regulamentação posterior da CSPE**, serão os elencados na subcláusula décima quinta [da cláusula décima primeira] do referido contrato. Ou seja, são os vigentes na data da assinatura do contrato, a saber: industriais; grandes usuários, com consumo **médio mensal** contratual equivalente a, no mínimo, 500.000 m³; termoeletrica com consumo **médio mensal** contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m³; cogeração que apresente consumo **médio mensal** contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m³; gás natural veicular; e interruptível.

No outros dois contratos de concessão celebrados entre o poder concedente e as empresas Gás Natural SPS e Gás Natural Brasileiro, vale a mesma regra exposta para a Comgás. A única diferença diz respeito ao prazo do fim da exclusividade.

Assim, tanto para a Gás Natural SPS quanto para a Gás Natural Brasileiro o prazo de fim de exclusividade será de **doze anos** para cada sistema de distribuição, **contados da data de entrada em operação da respectiva Estação de Transferência de Custódia**, ou por um período de **vinte anos**, iniciada a contagem na data da **assinatura do contrato de concessão**, o que ocorrer primeiro [subcláusulas sétimas das cláusulas quintas, dos respectivos contratos].

. Todavia, é importante refletir como se dará essa regulamentação *a posteriore* e quais os limites da CSPE em termos de órgão competente para disciplinar tal matéria. Nesse ínterim, para o delineamento futuro dessa matéria, faz-se fundamental a compreensão da extensão dos poderes da CSPE, bem como dos aspectos legais que envolvem a regulamentação desse assunto, a fim de que o processo de edição dessa norma atenda a

⁴⁷ Vale salientar que esses artigos do regulamento estão incluídos na redação do contrato de concessão.

⁴⁸ Apesar dessa previsão, entende-se que no caso da matéria inovar na ordem jurídica se faz necessária a edição de uma lei que discipline o assunto. Daí posteriormente, a CSPE poderá regular tal assunto, dentro do disposto pela lei de forma geral e abstrata [princípio da legalidade o qual diz que ninguém é obrigado a fazer algo que não esteja contido em lei].

critérios de transparência, coerência e consistência intertemporal, adequando-se ao desenho regulatório básico do setor e à herança institucional herdada.

Para fins do presente trabalho, foram utilizados os conceitos teóricos desenvolvidos por Peano (2005) em estudo sobre a regulação tarifária no setor de distribuição de energia elétrica. Nessa linha, a transparência é tida como pressuposto baseado na existência e no cumprimento dos ritos formais⁴⁹ com o intuito de se dar à devida legalidade ao processo decisório da agência (PEANO, 2006). Segundo argumentação de Taborda (2002) a transparência administrativa “constitui uma mutação fundamental no direito”. Essa autora eleva a transparência ao patamar de princípio geral do direito⁵⁰, suplantando, inclusive, o princípio da publicidade, na medida em que a transparência se torna mais profunda ao abrir a Administração Pública ao exterior. Diante desse quadro nas palavras dessa autora:

a transparência é a abertura da Administração ao administrado, e contém, pelo menos três aspectos: o primeiro, que diz respeito à publicação das decisões administrativas, responde mais às necessidades de ação do que à idéia de transparência e, nesta acepção é uma norma-regra; o segundo, que é o momento em que a Administração faz conhecer os motivos de sua ação, explica-se e diz o porquê decidiu, já é o domínio da transparência (norma-princípio); o último, e o mais importante, é o diálogo que a Administração estabelece com o cidadão, que se expressa em uma verdadeira participação do particular nas decisões administrativas. Neste caso, a transparência é um dever da Administração e um direito fundamental do cidadão (de terceira geração).

Por seu turno, a coerência consiste na adoção por parte do órgão regulador de métodos que sejam “compatíveis entre si e com outros aspectos do contrato de concessão”. Igualmente, a consistência intertemporal se dá na utilização de metodologia que acarretem a estabilidade do processo regulatório, ou melhor, possibilitem a existência de “poucas alterações e adaptações à circunstâncias exógenas a eles” (PEANO, 2005, p.13).

Essas premissas são importantes no sentido de se reforçar a confiança nas instituições que regulam determinado setor em face da assunção de um modelo de Estado com viés regulador. As negociações têm uma maior tônica de cooperação entre poder concedente e concessionário, o que se presume uma pactuação dentro de um âmbito de confiança, de boa-fé objetiva e de cumprimento das expectativas legítimas das partes envolvidas, inclusive, com

⁴⁹ Como norma básica do princípio da transparência, Taborda (2002) aponta o art. 5, incisos XXXIII, XXXIV, LXXII, os quais asseguram o direito a todos de receber informações de dados de interesses particular, coletivo ou geral de órgãos públicos e de impetrar hábeas data para assegurar informações e retificações de dados pessoais. Além disso, cita, ainda, a Lei n. 9784, de 1999, a qual dispõe sobre o procedimento administrativo e a Lei Complementar n. 101, de 2000 [Lei de Responsabilidade Fiscal] visto essa norma obrigar os administradores públicos a emitirem declaração de responsabilidade fiscal, assim como permitirem o acesso público a essas informações.

⁵⁰ Muitos escritos importantes existem sobre os princípios. De forma sucinta, pode-se entendê-los como fundamentos primeiros e básicos de qualquer sistema jurídico, o qual deve dirigir a atividade de interpretação do aplicador da norma, bem como o processo de formulação das normas.

reflexos claros na prestação do serviço público adequado ao usuário final. Daí a utilização desses parâmetros de mensuração [transparência, coerência e consistência intertemporal] da atividade do órgão regulador é um importante mecanismo na verificação da sua credibilidade.

Outros pontos citados por Peano (2005) com base em estudo realizado por Levy e Spiller (1993) dizem respeito ao arcabouço institucional herdado, ao desenho básico da regulação, à capacitação técnico-administrativa do órgão regulador e à maturidade da indústria como premissas relevantes a serem consideradas na atuação do órgão regulador dentro da perspectiva da análise de credibilidade das instituições, e, por conseguinte, na minimização das incertezas decorrentes das relações firmadas pelo concedente e pelo concessionário [relações duradouras].

No que tange à herança institucional herdada, North (*apud* Levy e Spiller, 1993), define-a a partir dos seguintes elementos: o desenho organizacional dos três Poderes do Estado [Legislativo⁵¹, Executivo e Judiciário⁵²]; a capacitação administrativa das instituições de um país; os costumes e outros mecanismos informais de limitação das ações dos indivíduos ou das instituições; a forma de contenção dos interesses dentro de uma sociedade e, por conseguinte, o modo de harmonização desses interesses, incluindo as regras de teor ideológico.

Diante desses elementos, no presente trabalho foi considerado, para efeito de análise da atuação do órgão regulador do setor de distribuição de gás natural canalizado de São Paulo, o desenho organizacional dos três Poderes, a capacitação administrativa do órgão regulador sob foco e, dentro da perspectiva de normas informais, os ângulos históricos e de maturidade da indústria de gás natural no Brasil. Esses últimos se encontram detalhados nos Apêndices A e B, respectivamente.

O desenho básico da regulação, por seu turno, conforme Peano (2005) constitui “mecanismos de resolução de conflitos e de restrição a comportamentos arbitrários”, o qual deve se encontrar adequado ao arcabouço institucional herdado. Nessa linha de raciocínio, considerou-se como desenho básico do setor de distribuição de gás natural canalizado as normas existentes no sistema jurídico brasileiro o qual possuem o condão de proporcionar a

⁵¹ Segundo esse autor, o delineamento do Legislativo e do Executivo considerado importante dentro da análise institucionalista é os mecanismos formais de eleição dos integrantes do legislativo e do Executivo, o modo de implementação das leis e das regulamentações e a relação de forças entre o Executivo e o Legislativo [esse último lembra a Teoria do *checks and balances* do Direito Constitucional que preconiza a contenção de um poder sobre o outro a partir da utilização de mecanismos de controle e de fiscalização].

⁵² Quanto ao Judiciário, esse autor aponta os mecanismos formais dos juizes, a determinação da estrutura interna do judiciário e a maneira imparcial pelo qual se dá a resolução de disputas entre os particulares e o estado.

harmonização de conflitos a partir da definição dos direitos de propriedade e das limitações postas aos agentes regulados e ao órgão regulador.

3.2 Exercício da atividade de regulação: ANP e CSPE

Nesse tópico será tratada a atividade de regulação em termos gerais e conceituais em virtude da importância de se apontar a configuração jurídica das agências reguladoras, a qual serve como base para a compreensão da extensão dos poderes, bem como dos deveres e dos direitos desses entes. Em seguida, tendo por objetivo delimitar os âmbitos de competência das agências na indústria do gás natural, mencionar-se-ão as atribuições da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis [ANP] para, posteriormente, detalhar-se as funções da CSPE.

3.2.1 Breve visão sobre as agências reguladoras: histórico e conceito de regulação

A origem das agências reguladoras remonta ao direito inglês, a partir de 1834, com a criação de entes autônomos dedicados a concretizar medidas previstas em lei. Em seguida tais instituições proliferaram-se no direito norte-americano, com o intuito de regular atividades, de impor deveres e de aplicar sanções aos agentes econômicos em determinados setores afetos às agências (GROTTI, 2004).

De acordo com Grotti (2004, p.76) o histórico das agências reguladoras norte-americanas perpassou quatro fases. A primeira ocorreu a partir de 1887 e visava ao desfecho da controvérsia entre as companhias ferroviárias e os fazendeiros do oeste, relativa à fixação do preço do transporte ferroviário, o qual culminou na criação da ICC [*Interstate Commerce Commission*] e da FDT [*Federal Trade Commission*].

A segunda fase, empreendida entre os anos de 1930 e 1945, contou com uma forte intervenção do Estado na economia, o que proporcionou a construção de uma ampla autonomia das agências reguladoras. Já a terceira fase correspondeu ao momento da edição da Lei de Procedimento Administrativo [*Administrative Procedure Act*], a qual possibilitou uma uniformidade na tomada de decisões pelas agências (GROTTI, 2004).

O quarto período foi marcado pela insurgência, nos anos de 1965-1985, de um processo de captura das agências pelos agentes do respectivo setor econômico, ou seja, um poder de pressão que determinava o conteúdo da regulação que esses agentes iriam sofrer (GROTTI, 2004).

Em 1985, então, iniciou-se uma redefinição desse modelo com a perspectiva voltada à instituição de mecanismos de controle externo imprescindíveis à real independência desses entes regulatórios. Instaurou-se com isso “a ampliação do controle judicial, com exame da matéria de fato, da motivação, da razoabilidade; a sujeição das agências à política traçada pelo Presidente da República; a exigência da demonstração da relação custo-benefício; a aprovação dos projetos pelo Executivo e pelo Congresso; e, a idéia de desregulamentação” (DI PIETRO, 2005, p.202).

Ao vislumbrar as características dos Estados Unidos da América (EUA), percebe-se que esse país construiu uma forma de orientar a economia de maneira distinta do intervencionismo direto, através de técnicas de regulação econômica, com a instituição de entes independentes. Daí, enxerga-se como é importante a existência de mecanismos de defesa contra as disfunções presentes no sistema capitalista de produção.

Assim, no direito norte-americano como ilustra Silva (2001, p.39) o conceito de agência reguladora está abarcado no gênero agência, inclusive ao grosso modo, o direito administrativo desse país é apontado como o “direito das agências”, em virtude das demais autoridades públicas, com exceção dos três Poderes do Estado, serem consideradas agências.

Nesse país as agências reguladoras possuem independência em relação ao Poder Executivo, considerando a existência de autonomia administrativa e normativa, a estabilidade e mandato fixo dos dirigentes, a ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.

Igualmente, as agências detêm nos EUA a capacidade delegada pelo Congresso de editar normas que interfiram na liberdade dos cidadãos; bem como, a prerrogativa de dirimir conflitos entre empresas e entre estas e os particulares, além de uma extensa gama de competências, visto os seus objetivos de regular determinado setor da economia (SILVA, 2001, p.40).

Dessa forma, nos Estados Unidos, a ampla autonomia das agências reguladoras que desempenham funções quase-legislativas e quase-judiciais, como se nota no parágrafo anterior, fez com que inúmeros doutrinadores se insurgissem contra esse modelo alegando a sua inconstitucionalidade por ferir a separação de poderes referendada pela Constituição brasileira. Apesar de como já foi dito, a partir de 1985, passou-se a assegurar nos EUA a real independência desses entes mediante controles externos.

Ademais, no sistema jurídico brasileiro a previsão acerca da separação de poderes faz parte das cláusulas pétreas [art. 60, §4º, CF], ou seja, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - os votos direto, secretos, universais e periódicos; III - a separação de poderes; IV - os direitos e garantias fundamentais”.

Registra-se, portanto, que a incorporação das agências reguladoras no sistema jurídico pátrio no formato do direito norte-americano requer a busca da adequação das características originárias desses entes regulatórios, tendo em vista as peculiaridades existentes do direito constitucional brasileiro.

Há também aqueles que defendam que, atualmente, o princípio da separação de poderes deve se coadunar com as mudanças sociais, econômicas e políticas da pós-modernidade, e não permanecer com a interpretação estática proveniente da sua concepção clássica. É o que se averigua, por exemplo, do art. 62 da Constituição Federal que ao prescrever a edição de medidas provisórias com força de lei pelo Presidente da República, relativiza a divisão tripartite do poder formulada por Montesquieu.

Todavia, há muito tempo os doutrinadores vêm explicando que a idéia de regulação, no sentido de função de polícia, não é de todo nova no ordenamento brasileiro, porquanto embora não ocorria a utilização do vocábulo agência, existiam órgãos e entidades com essa função de regular determinados setores, exemplificamente, o Comissariado de Alimentação Pública [1918], o Instituto de Defesa Permanente do Café [1923], o Instituto do Alcool e do Açúcar [1933], o Instituto Nacional do Sal [1940] (DI PIETRO, 2002), o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica [CADE] e as Universidades (SOUTO, 2002).

Portanto, o que se constata na verdade é um movimento internacional de incorporação, ao direito administrativo de muitos países, das agências reguladoras como símbolo da redefinição do papel do Estado. O Brasil, nessa ordem de idéias, enquadrou-se no campo da globalização econômica e ao abrir o seu mercado para a entrada de investimentos internacionais, também, passou a utilizar o vocábulo agências reguladoras.

As agências reguladoras no Brasil se enquadram como autarquias especiais, com personalidade jurídica de direito público, o que permite o exercício de seus poderes de autoridade pública.

Daí estarem submetidas ao disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, dentre outras previsões acerca da administração pública. Importante dizer que a instituição desses entes reguladores não se limitou ao âmbito dos serviços públicos privatizados, adentrando inclusive no setor de serviços públicos propriamente ditos [Agência Nacional de

Energia Elétrica - ANEEL], nas atividades econômicas em sentido estrito [ANP], no âmbito de fomento de setores culturais e de fiscalização da atividade privada [Agência Nacional do Cinema – ACINE], no domínio de uso de bem público [Agência Nacional de Águas – ANA] e nas esferas estaduais.

Almeja-se, por meio da instituição desses entes públicos, uma regulação imparcial, de teor técnico e distante de ingerências políticas em suas decisões. Tais considerações são apontadas como fundamentais para que o investidor acredite e invista nos setores onde ocorreram as privatizações e a flexibilização de monopólios públicos.

Nesse desiderato, ao se indagar o significado do vocábulo regulação, verifica-se o liame entre a ação do Estado voltado ao disciplinamento de certo setor. Como bem alvitra Dutra (2002, p.338) “regular é disciplinar por meio de regra. Em sentido largo, é o conjunto de regras editadas com o propósito de disciplinar determinada matéria, o que permite o emprego do vocábulo para referir a disciplina dos mais variados campos de incidência de normas legais”.

Marques Neto (2003, p.3) bem mais direcionado define regulação como:

a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.

Souto (1999, p.128), após apresentar inúmeros conceitos de regulação, traça o que há de comum ao entendimento da regulação, a saber, a característica de intervenção pública que afeta a operação de mercados através de comandos e controle, consistentes num marco regulatório. Consoante esse autor, o marco regulatório compreende a lei, o regulamento, o edital de licitação e o contrato firmado com o Poder Público, e ao final conclui pela não violação ao princípio da legalidade, em virtude de as agências reguladoras “terem sua função e competência definidas na lei, nada podendo exigir além dos limites que lhe são por ela autorizados” (SOUTO, 1999, p.130).

Sem esgotar os diversos conceitos de regulação dados pelos doutrinadores, pode-se retirar das acepções acima citadas e da observação cotidiana que a regulação é uma atividade empreendida pelo Estado o qual, por meio do sistema jurídico, exerce comando, editando normas, emitindo pareceres e orientações etc., em face da formulação das políticas públicas setoriais; controle, através da fiscalização e da possibilidade de impor sanções; e prevenção de conflitos em virtude do intuito de harmonização dos interesses plurais existentes em um determinado setor econômico da sociedade. Assim, esse conceito se encontra relacionado a

um significado de intervenção indireta do Estado na atividade econômica, noção ligada a atual denominação de Estado Regulador⁵³.

Como toda função estatal, a regulação deve ser vista como um instrumento de conciliação e de harmonização de conflitos no âmbito econômico, com reflexos culturais e sociais, ao se inserir na atual dimensão da ordem jurídica plural. Visando à manutenção do equilíbrio entre o poder concedente, concessionário e usuário.

Nesse sentido Garcia (2002, p.206) refere-se à função reguladora do Poder Executivo como o estabelecimento de regras, “por quaisquer de seus órgãos e pelos mais diversos meios, e não apenas à edição de regulamentos, por parte de seu chefe”. O que demonstra a diferença existente entre poder regulador e poder regulamentar, esse detido pelo Executivo e consistente na interpretação de normas por meio da edição de decretos.

Assim, a função regulatória do Estado é consubstanciada na edição de normas que sem inovar na ordem jurídica posto isso somente acontecer por meio de lei, apresenta o objetivo de disciplinar os setores da economia que exigem do governo soluções rápidas e adaptadas ao contexto da economia de mercado e da organização industrial do setor específico. Tal atividade ficou a cargo das agências reguladoras, visto a justificativa de que essas são órgãos públicos detentores de certas autonomias delineadas por suas leis instituidoras geradoras de uma credibilidade institucional necessária à entrada de investimentos privados e à realização de projetos que demandam capital intensivo.

Vale destacar que as agências reguladoras foram instituídas por meio de leis esparsas, assim, cada ente possui um modelo próprio, competências e demais características constantes das suas leis instituidoras. Contudo, reforça-se “que elas apresentam algumas semelhanças, nada impedindo que venham a adotar modelos de estruturação diversos posteriormente” (GROTTI, 2004, p. 83).

Há de ser focalizar que em razão dos encargos desempenhados pelas agências reguladoras, faz-se mister a não ingerência de pressões e de decisões externas nas suas decisões, para tanto o ordenamento pátrio tratou de caracterizá-la como uma autarquia sob o regime especial, dotada de autonomia política-administrativa, financeira e normativa.

⁵³ De acordo com Loss (2006) a Petrobrás exerce uma atividade de regulação sobre o mercado a partir do momento em que exerce, dentre outras funções, a implementação de política públicas e formadora de preços no mercado de petróleo e gás natural. Tal percepção, segundo o autor, advém da configuração histórica das Companhias Nacionais Petrolíferas e serve para justificar uma regulação paralela a do Estado, e as quais não se confundem. Nesse trabalho, comunga-se, também, desse entendimento final [pluralismo jurídico], apesar de a análise será restrita à Regulação Estatal. Contudo, discorda-se parcialmente da argumentação dada por esse autor, pois existem outras justificativas para a realização dessas funções por parte da Petrobrás, por exemplo, o poder econômico que essa empresa detém e as características econômicas próprias do setor de petróleo e de gás natural.

Nesse diapasão, Dutra (1997, p.40) leciona que a estrutura institucional das agências reguladoras pode ser analisada a partir de três pontos principais, quais sejam, o poder o qual estão investidas, as disposições de autonomia e o controle, o qual se encontram refreadas.

No que diz respeito ao poder, esse se fragmenta no poder de fiscalizar, ao reprimir condutas violadoras da ordem jurídica e ao impor sanções; e no poder de regular, ou seja, de disciplinar por meio de normas o setor econômico específico o qual exerce certa atividade.

Quanto à autonomia é prevista a hierárquica, ao não se subordinar ao titular ou ao órgão ministerial ao qual se encontra vinculada; a autonomia financeira pela previsão de recursos próprios; e a autonomia decisória, pois suas posições somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário (DUTRA, 1997).

Introduz Barroso (1999, p.78) acerca da autonomia político-administrativa, que a legislação de cada agência cuidou de enumerar formas de garantir a efetiva existência desta, com as seguintes previsões “(a) a nomeação dos diretores pelo Presidente da República com aprovação do Senado⁵⁴; (b) mandato fixo de quatro ou cinco anos; (c) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal”.

No que tange à autonomia econômico-financeira, além da disposição pertinente às dotações orçamentárias gerais, Cavalcante (2001, p.17) lembra por meio do art. 15, V, da Lei nº 9.478/97 que se procurou propiciar às agências reguladoras, nesse caso a ANP, a arrecadação de receitas próprias, como as decorrentes de taxa de fiscalização ou de participação em contratos.

O poder normativo [de regular] das agências reguladoras se cinge ao desempenho de sua função técnica, em que os debates político-partidários iriam retardar as questões regulatórias necessárias ao bom desempenho do mercado, bem como tem a característica salutar de não ultrapassar o disposto em lei, restringido o seu alcance ao constante no diploma legal, sem inovar na ordem jurídica.

Perante essa constatação Souto [2002, p.3] leciona que pelo fato da lei ser genérica e sem a especialização técnica desejada pela dinâmica econômica de certo setor, a norma regulatória passa a ser um liame entre a lei e o administrado, no sentido de proporcionar a “interpretação do conteúdo técnico da lei”. Nessa linha, o autor cita como exemplo a definição de tarifa módica, de preço abusivo e de bem essencial.

⁵⁴ Bezerra (2005, p.223) critica essa forma de indicação e de avaliação dos diretores das agências reguladoras. Segundo esse autor, dessa forma, o governo exerce as suas preferências políticas por meio desse mecanismo de indicação e de avaliação, diminuindo, portanto, o grau de independência das agências reguladoras.

Importante notar que esse autor, ao discorrer sobre regulação, relaciona-a a implementação de decisões de natureza política constantes de legislação, que no caso concreto, quando da aplicação da norma pela autoridade administrativa, ocorreria “com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada” (SOUTO, 2002, p.3). Portanto, desapegando-se do conteúdo político da norma e se submetendo ao teor técnico e econômico de determinado setor.

No âmbito do controle ao qual o órgão regulador estará submetido notam-se o político, oriundo do Poder Legislativo; o financeiro decorrente do controle externo do Tribunal de Contas da União sobre as fontes de receita; e o jurisdicional, relativo às suas decisões, inclusive, atinente à apreciação do respeito aos princípios jurídicos, como o da legalidade.

O que se percebe, então, ao examinar a estruturação das diversas agências reguladoras é a existência de elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, como as autonomias administrativa, financeira e patrimonial, a gestão de recursos humanos, autonomia nas decisões técnicas e ausência de subordinação hierárquica. Porém, constata-se que a intenção da Constituição foi a delegação de um maior grau de autonomia às agências reguladoras, por isso conservam a autonomia política-administrativa, normativa e econômico-financeira da forma supra delineada.

3.2.2. Esboço das atribuições da ANP

Conforme já foi mencionado, o art. 177, inciso III da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda nº 09/95, previu a criação de um órgão regulador para atuar junto ao setor de petróleo e gás natural. Posteriormente, editou-se a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispondo sobre a “política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo”, posteriormente, denominada de Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis [ANP], sendo esta vinculada ao Ministério de Minas e Energia [MME] .

Esse diploma legal no seu art. 1º delineia as diretrizes a serem seguidas pela política energética nacional, firmando desde logo, os seguintes objetivos: preservação do interesse nacional; promoção do desenvolvimento, bem como a ampliação do mercado de trabalho e a valorização dos recursos energéticos; proteção dos interesses dos consumidores e do meio

ambiente; o fornecimento de derivados de petróleo em todo território nacional; a maior utilização do gás natural na matriz energética do país, igualmente, de fontes alternativas de energia; a promoção da livre concorrência, com o incremento da competitividade; a atração de investimentos de capital na produção energética, entre outros.

A ANP ao possuir todas aquelas características expostas acerca das agências reguladoras assume, assim, seu desiderato de exercer o poder normativo e de polícia [fiscalizador e sancionatório] sem sofrer eventuais interferências e intervenções por parte do Poder Executivo, com a função de regular o setor de petróleo e gás natural [menos a distribuição de gás natural canalizado].

Ao tratar-se de um órgão regulador, a ANP tem a obrigação de proteger os consumidores no que tange a questão dos preços, da qualidade e da oferta dos produtos, com o intuito de impedir práticas dos agentes econômicos dissonantes com a harmonia e o equilíbrio do mercado.

Dessa forma, conforme exposição de Costa e Leite (2003, p.08) a ANP atua, portanto, em três frentes, uma pública, face à sua vinculação à Administração Indireta; outra empresarial, pois tem de tratar com um mercado altamente especializado e influente; e, finalmente, perante o consumidor, que, apesar de não ser o único, é um importante destinatário final da cadeia de comercialização dos derivados de petróleo. É entre estas três figuras que a agência deve focar seu meio de atuação, devendo, como é característico do próprio direito econômico, agir como um instrumento de equilíbrio entre o público e o privado.

Os balizamentos de atuação da ANP encontram-se insertos no art. 1º da Lei do Petróleo [Lei nº 9.478/97], o qual trata dos princípios e objetivos da política energética nacional e nos arts. 2º e 3º do Decreto 2.455/98, sendo suas atribuições elencadas no Capítulo IV, Seção I, da Lei nº 9.478/97. Nessa linha, o artigo 8º condensa no *caput* as finalidades institucionais da ANP, ao afirmar que a agência terá como escopo promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Em seguida, debruçaram-se em quinze incisos as competências desse órgão regulador, bem como nos arts. 9º e 10.

A atividade regulatória, finalidade institucional da ANP, insere-se na conjuntura de redefinição do papel do Estado, como sendo uma forma de desburocratização da atividade de intervenção direta estatal, de deslegalização, passando-se do uso das normas gerais e abstratas para o uso de comandos normativos inferiores, como portarias, circulares e resoluções. Registra-se que tais normas possuem conteúdo altamente técnico, concreto e individualizado,

rapidamente adaptáveis a novas situações, já que para intervir, mesmo que indiretamente, em uma atividade econômica, faz-se necessário uma certa mobilidade, haja vista o dinamismo das relações de mercado (COSTA e LEITE, 2003, p.08).

Dentre as diversas faculdades da ANP constantes do diploma em comento, vale destacar: a implementação da política nacional de petróleo e gás natural, conforme os ditames da política energética nacional; a promoção de estudos visando à delimitação de blocos; regulação da execução dos serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera; a elaboração de editais e a promoção da licitação para a concessão exploração, desenvolvimento e produção, celebrando, inclusive, os contratos dela decorrente e fiscalizando a sua execução; autorização das atividades de refino, processamento, transporte, importação e exportação; estabelecimento de critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário; articular-se com outros órgãos reguladores do setor energético no tocante às matérias comuns etc.

Lembra-se, ainda, a previsão de comunicação de indícios de infração à ordem econômica pela ANP ao Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico e à Secretaria de Direito Econômico [art. 10].

Outrossim, a estrutura organizacional dessa agência, constante do art. 11 da Lei Petróleo, é composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores, com mandatos de quatro anos, não coincidentes e período de quarentena de doze meses.

A Lei do Petróleo também prevê a publicidade das sessões deliberativas da diretoria da ANP “que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo”.

Igualmente, percebe-se a existência da audiência pública quando se trata de projetos de lei e de alteração de normas administrativas que impliquem na afetação dos direitos dos agentes econômicos, consumidores e demais usuários.

3.2.3 Pontos sobre as prerrogativas da CSPE

A Comissão de Serviços Públicos de Energia foi criada pela Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 43.036, de 14.04.1998. No ano seguinte foi aprovado o seu regimento interno por meio do Decreto nº 43.835, de 8.02.1999. Todos durante a gestão do então Governador Mário Covas.

A CSPE é uma autarquia estadual vinculada à Secretária de Energia do Estado de São Paulo, cuja finalidade, consoante a sua lei instituidora, é **regular, controlar e fiscalizar** a qualidade do fornecimento; bem como os preços, tarifas e demais condições de atendimento ao usuário **dos serviços públicos de energia nesse Estado**.

Nesse sentido, enxerga-se a especialidade dessa autarquia, devendo atuar dentro da finalidade para a qual foi criada, contando com um corpo de funcionários bem caracterizados à demanda técnica e econômica desse setor [servidores altamente especializados]. O que se percebe na definição da sua estrutura de seu comissariado, de grupos técnico e comercial, ou seja, as disposições sobre os diversos cargos existentes nessa autarquia [autonomia técnica].

A autonomia financeira pode ser visualizada pela previsão de receitas próprias, como por exemplo, a taxa de fiscalização do serviço a ser cobrada dos concessionários⁵⁵, regulamentada, posteriormente, e tendo como valor máximo 0,5% da receita bruta anual do titular da concessão [art. 32 do Decreto nº 43.036, de 14.04.1998].

O poder de editar normas, conferido de forma abstrata e geral na lei instituidora da CSPE, veio expresso no art. 26 do Decreto nº 43.036, de 14.04.1998, que regulamentou a matéria. Nesse artigo são citados os atos administrativos os quais poderão ser editados pela Comissão, a saber: deliberações do Conselho Deliberativo; portarias⁵⁶ do Comissário-Geral; despachos, com decisões finais ou interlocutórias, em processos de instrução da Autarquia; pareceres de caráter técnico, jurídico ou administrativo; instruções relativas a decisões de caráter interno; e, ofícios, para os demais atos administrativos.

O dever [poder]⁵⁷ de fiscalização consiste na tarefa de monitorar o cumprimento do contrato de concessão, bem como todas as questões relacionadas com a exploração do serviço

⁵⁵ A matéria se encontra no art. 5º, da referida lei complementar, *vide*: “Constituirão recursos da Comissão: I - dotações orçamentárias e créditos adicionais originários do Tesouro do Estado; II - subvenções, auxílios, doações, legados e contribuições; III - rendas resultantes da aplicação de bens e valores patrimoniais; IV - retribuição por serviços prestados conforme fixado em regulamento; V - produto da arrecadação da taxa de fiscalização; e VI - outras receitas”.

⁵⁶ As portarias foram divididas em de natureza interna com fins normativos, autorizativos e homologatórios; e as de natureza externa referente ao relacionamento com as concessionárias, permissionárias e autorizadas. Vale salientar que segundo a doutrina portaria tem acepção diferente dessa que foi dada. Para Meirelles (2002, p.180) “portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes dos órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos (...). As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam os particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública. Nesse sentido já decidiu o STF”. Por isso, a doutrina mais atualizada entende que o ato indicado é a Resolução (MENEZELLO, 2001). Inclusive, a ANP, atualmente, passou a editar Resoluções.

⁵⁷ Nessa acepção, Menezello (2001, p.71) expõe “o poder de fiscalizar está diretamente atrelado ao dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações legais e regulatórias para que os interesses da sociedade sejam preservados”.

público, consistentes na regulação editada posteriormente à edição da legislação e da assinatura do contrato de concessão.

Em relação ao controle, pode-se destacar que a Comissão se encontra submetida a controle do Tribunal de Contas do Estado, da Assembléia Legislativa, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

No que se refere ao mandato dos seus dirigentes, nota-se que não é possível a demissão⁵⁸ *ad nutum* [ou seja, de livre destituição do Chefe do Executivo]. Eles são nomeados pelo Governador do Estado; e terão mandatos de quatro anos, permitida uma única recondução [art. 9º da Lei 833] [autonomia administrativa].

No § 1º, do art. 2º, encontram-se as diretrizes pelas quais a CSPE dirigirá as suas ações. Assim, depreende-se do texto que esse ente deverá buscar durante o exercício de suas atribuições a concretização da modicidade tarifária, da continuidade e da qualidade na prestação dos serviços, da igualdade dos usuários, do amplo acesso às informações e da publicidade em relação à situação do serviço e aos critérios tarifários. Posteriormente, foi acrescido pelo regulamento o dever da Comissão de publicar e divulgar relatórios anuais sobre suas atividades.

É importante considerar que essa lei concedeu a CSPE a função de deliberar sobre controvérsias surgidas em relação ao disposto nos contratos de concessões ou no relacionamento entre concessionários ou autorizados e usuários dos serviços de distribuição de gás canalizado.

À Comissão cabem atribuições delegadas pelo Poder Concedente [o Estado de São Paulo, titular da competência constitucional para prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado] junto a outras previstas em lei, ressalta-se que o rol não é taxativo, a lei permitir outras funções ao órgão. Por tal configuração, entende-se que a CSPE se enquadra como uma agência reguladora submetida aos controles destinados a esses órgãos, dentre os quais se encontram os controles perante o judiciário, o legislativo e o direito administrativo.

Dessa forma, dentre o rol de competências se pode citar: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades

⁵⁸ Nos termos do Decreto nº 43.036, de 14.04.1998, as formas de demissão dos dirigentes [Comissários] estão elencados no art. 15, *ipsis litteris*: “Os membros do Conselho Deliberativo e do Comissariado perderão o mandato nos seguintes casos: I - condenação transitada em julgado por crime doloso; II - condenação transitada em julgado por improbidade administrativa; III - decisão contrária em julgamento de contas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, transitada em julgado; IV - ausência não justificada a 3 [três] reuniões consecutivas ou 5 [cinco] alternadas, por ano, a que devessem comparecer”. Vale salientar que não foi previsto um prazo de quarentena, nem que esses dirigentes passariam pelo crivo da Assembléia Estadual.

regulamentares e contratuais; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma da lei, deste Regulamento, das normas pertinentes e do contrato; cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados das providências tomadas; estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; incentivar a competitividade; estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

É importante frisar que a criação da CSPE é anterior a ocorrência das concessões e da venda das ações da Comgás, o que demonstra a coerência e consistência intertemporal do Governo do Estado de São Paulo, reforçando o alicerce regulatório do setor de gás natural nesse Estado.

3.2.4 Regulação por meio do contrato de concessão de distribuição dos serviços públicos de gás natural canalizado em São Paulo.

Como se percebeu as funções da CSPE além de previstas na própria legislação estadual, também, encontram-se dispostas no contrato de concessão. Esse contrato se caracteriza como do tipo incompleto, em virtude de no momento em que foi pactuado não ter sido previstas todas as contingências futuras [racionalidade limitada dos agentes].

Essa perspectiva da doutrina econômica, obviamente, guarda paralelismo no entendimento jurídico sobre o instituto, tendo em vista o contrato de concessão de serviço público pressupor a mutabilidade do regime assim que o interesse público o exigir. E, dessa maneira, tem-se uma flexibilidade contratual evidente.

Portanto, ao se conciliar tanto visões econômicas, quanto jurídicas, pode-se frisar que a regulação *a posteriori* do setor deve se coadunar com a legislação básica exposta e com as cláusulas do contrato de concessão [coerência e consistência intertemporal], todos dentro de uma interpretação sistêmica e articulada com as normas e os princípios das legislações Estaduais e Federais [desenho básico e herança institucional], além da utilização de métodos que apresentem transparência.

Dito isso e ao se adentrar no texto contratual, há de revelar diversas cláusulas que recomendam a edição posterior de normas por parte da CSPE, dentre elas, podem ser citadas as referentes às revisões tarifárias e as atinentes ao livre acesso de terceiros à rede de gasodutos de distribuição pertencente ao concessionário.

No que toca à análise do presente trabalho, faz-se importante esse segundo tipo, bem como as decorrentes de sua existência e que, igualmente, irão demandar um esforço regulatório por parte da CSPE.

A definição dos critérios do preço de acesso e de interconexão ao sistema de distribuição de gás canalizado, bem como o ajuste do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o delineamento das características dos usuários livres [seus direitos e obrigações], e os efeitos da existência desses para os usuários que continuarão cativos, a fixação de regras para a atividade de comercialização [incluindo também direitos e deveres dos comercializadores], a demarcação de atuação dos atuais concessionários no mercado e a redefinição de alguns de seus encargos, o esborço da tarifa ao usuário final [se continuarão dentro da sistemática de preço teto], dentre outras questões que poderão ser suscitadas, enquadram-se na regulamentação desejada para a vigência do livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado.

Destarte, nota-se uma ampla agenda de necessidades de regulação nesses setores [distribuição e comercialização de gás natural] e um caminho bem instigante de análise por parte da CSPE e de outros entes públicos a respeito do âmbito de competências institucionais sobre essa futura realidade, qual seja, o fim da exclusividade de comercialização dos atuais concessionários do serviço público de distribuição de gás canalizado.

Daí é importante averiguar quais serão as efetivas atribuições da CSPE nesse cenário e quais as competências de outros entes públicos. A matéria por ser vasta e por inovar na ordem jurídica [alguns pontos ensejam inovação na ordem jurídica] permite inferir a necessidade da edição de uma lei por parte da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, o qual daria, por conseguinte, o desejado âmbito de legalidade para a edição de normas infra-legais pela CSPE.

Tal argumentação condiz com o esforço de se criar um ambiente institucional fortalecido, sem contestações jurídicas posteriores que provoquem a desconfiança dos agentes econômicos e dos usuários finais sobre a legalidade, a coerência, a consistência e a transparência dos procedimentos utilizados pelos órgãos públicos na implementação da cláusula de livre acesso.

3.3 Relações contratuais após o período de livre acesso: a interface entre a concessão de serviços públicos na distribuição de gás natural canalizado e a atividade econômica de comercialização

Como já foi visto, o processo de reestruturação do mercado de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo contou com a edição de normas abarcadas nas Constituições Estadual e Federal que o sustentou.

Daí ao utilizar sua titularidade de poder concedente, o Estado de São Paulo, fez a opção de possibilitar o fim da exclusividade na comercialização de gás natural por parte do concessionário, respeitado determinado lapso temporal, dentro da perspectiva de ampliar o leque de escolhas por parte do usuário final do serviço público [ressalvados os residenciais e comerciais].

Nesse ínterim, passa a ser relevante tentar enxergar as relações contratuais após a abertura parcial do setor de distribuição de gás natural canalizado para se realizar um exercício de formulação das consequências daí resultantes, sob o ângulo jurídico.

A atividade de comercialização é tida como de livre iniciativa para os agentes, ou seja, é encarada como um segmento competitivo dessa indústria, o que a princípio não demandaria a intervenção regulatória intensivamente [ver detalhes no Apêndice B]. A interferência estatal somente se justificaria “para garantir as condições saudáveis do mercado e da concorrência, inclusive, mediante a aplicação da legislação de proteção da concorrência” (MARQUES NETO, 2003, p.2)

No caso em particular, a distribuição de gás canalizado, historicamente, acompanhou a disponibilização desse energético para os usuários finais, especialmente, os industriais [Apêndice A]. O que leva a considerar a distribuição e a comercialização de gás natural canalizado como atividades, intrinsecamente, juntas, ocasionado o fornecimento de gás natural para o usuário final.

Porém tal interpretação não pode ser estanque e determinar que dentro da Constituição Federal não foi permitida a separação das atividades de distribuição e de comercialização de gás, até porque no Título I – Dos Princípios Fundamentais, encontram-se, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sem olvidar os imprescindíveis Princípios Gerais da Atividade Econômica constantes, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, dentre os quais, lembram-se os princípios da livre concorrência e da redução das

desigualdades regionais e sociais [esse também é considerado pela Constituição como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil].

Pelo exposto, entende-se que a Constituição Federal ao prevê que a distribuição de gás natural canalizado se fará na forma da lei, determinou uma ampla liberdade para os Estados Federados legislarem sobre a matéria da maneira como melhor lhes convinhem [princípio federativo]. Todavia, como norma máxima do sistema jurídico brasileiro [*lex legum*], os princípios constitucionais devem servir como parâmetros a nortear a edição das normas inferiores, e, no momento, da aplicação desses princípios, em havendo conflitos, a harmonização por meio de métodos de interpretação deve se buscada⁵⁹.

Nesse sentido a legislação do Estado de São Paulo ao prevê a possibilidade de abertura de mercado na distribuição de gás canalizado seguiu bem de perto os princípios referentes à criação de um ambiente concorrencial. Ocorre que a concorrência não é um fim em si mesmo, ela deve ser almejada com vistas à concretização de um maior bem estar econômico para a sociedade [eficiência social e econômica], principalmente, em setores entendidos como serviços essenciais⁶⁰.

Poder-se-ia, inicialmente, dizer que as relações firmadas entre usuários livres e comercializadores seriam por eles livremente estipuladas em virtude de se encontrarem no âmbito de um segmento competitivo do mercado de gás natural. Cabendo-lhes, de acordo com esse raciocínio, convencionarem dentre outras condições, as de oferta, as de demanda e as de preço, ou seja, firmarem contratos de compra e venda de gás [ou de fornecimento de gás natural].

⁵⁹ Sobre princípios constitucionais e a interpretação da Constituição existem obras célebres como Canotilho.

⁶⁰ Segundo a Lei n. 7.783/89 os serviços ou atividades essenciais, são aqueles serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ou seja, das necessidades que coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. Essa lei elenca [rol exemplificativo] em seu artigo 10 os serviços ou as atividades consideradas essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária. Segundo Vidonho Júnior e Paiva (2005), essa lei serve não somente para os casos em que há interrupção por motivo de greve, mas também, “a quaisquer tipos de interrupção, seja por cobrança de dívidas ou por falta do próprio serviço, isto porque pela natureza essencial da prestação, presume-se o decréscimo ou ausência de qualidade de vida, de dignidade e por vezes da própria realização da cidadania, fundamentos a que se apóia a República Federativa do Brasil [artigo 1º da Constituição Federal de 1988]”. Comunga-se dessa opinião, porém há de se ressaltar a relatividade do que é essencial para cada sociedade e dessa forma sopesar as políticas públicas. Igualmente, há de se destacar a crítica quanto à leis definidores, pois tornam muitas vezes conceitos e institutos estanques, diferente das mudanças cotidianas de uma sociedade.

Sobre a experiência de separação contratual das atividades de comercialização e de distribuição, Pinto Júnior e Krause (2001, p.48) ao trazer o exemplo do caso da União Europeia expõe a seguinte opinião:

Com a desverticalização das atividades e a emergência dos agentes de comercialização, é possível identificar um mercado mais competitivo que negocia grandes volumes de GN e que envolve grandes volumes de GN e que envolve os grandes consumidores, as empresas de transporte, de distribuição e as novas companhias de comercialização. Tornam-se mais complexas as tarefas dos reguladores face ao crescimento de empresas operadoras, à multiplicação do número de contratos a serem analisados e à necessidade de assegurar um ambiente concorrencial, com a devida fiscalização das tentativas de adoção de estratégias que possam eventualmente ampliar o poder de monopólio dos operadores. Por outro lado, os pequenos consumidores constituem o “mercado cativo”, ainda atrelados às empresas distribuidoras, comportando um conjunto de características de monopólio natural, o que exige uma outra forma de regulação.

Dessa maneira, há de se redefinir com a separação das atividades de comercialização e distribuição, o modelo de intervenção Estatal a ser realizado [exemplo dessa abertura se tem no setor de energia elétrica]. O segmento sob análise pertence, atualmente, à seara de serviços públicos [fornecimento de gás natural o qual agrega distribuição e comercialização], o que exige a adequação dessa lógica de mercado a princípios de continuidade da prestação do serviço, modicidade tarifária, mutabilidade do regime e igualdade dos usuários; sem olvidar questões de ordem econômica e da estrutura do mercado de distribuição, que devem condicionar as decisões da Administração Pública [setor sob forte regulação Estatal].

Contudo, com a separação contratual dessas atividades, far-se-á necessária à definição de qual modelo de intervenção estatal será aplicado sobre tais setores. A princípio, no tocante à comercialização de gás natural existem duas configurações básicas, quais sejam: (i) o uso de autorização ou de permissão para a realização de comercialização de gás natural, o que confere uma maior intervenção do Estado, porém não tão forte quanto à cometida aos serviços públicos, em virtude da caracterização do mercado demonstrar a presença de elementos de essencialidade [condição a ser verificada pelo legislador em razão da utilidade pública envolvida ou interesse social que a atividade demonstre]; ou (ii) um modelo com menor intervenção estatal, priorizando-se a livre iniciativa dos particulares e somente ocasionando algum tipo de regulação para assegurar condições efetivas de concorrência, nesse caso, submetendo-se, o particular, à legislação antitruste.

Nesse sentido, o Decreto 43.889, em seu art. 16, prescreve que “as atividades de produção, armazenamento e comercialização de gás canalizado, correlatas aos serviços de distribuição de gás canalizado objeto da concessão, referidas neste Regulamento, requererão

para o seu exercício a prévia autorização ou registro pela CSPE, nos termos da regulamentação que for editada, respeitando a legislação pertinente”.

O que se pode perceber é que a complexidade da cláusula de livre acesso prevista no contrato de concessão de distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo demonstra a imprescindibilidade da edição de uma lei estadual que defina o modelo de comercialização de gás natural canalizado a ser escolhido, com a delimitação de direitos e obrigações dos comercializadores e usuários livres, com a fixação das diretrizes de relação entre os agentes econômicos do setor [comercializadores e distribuidores], dentre outros.

No tocante, a essas configurações acima delineadas, aponta-se o uso de autorização⁶¹ como o mais adequado à realidade local em face da organização industrial desse setor no Brasil. Daí, além desse desenho legal, recomenda-se a posterior definição contratual por parte da CSPE como uma boa solução, ou pelo menos o acompanhamento dos contratos firmados entre comercializadores, distribuidores e usuários livres. Aliás, em parte isso já vem sendo feito pela CSPE quando editou portaria com as condições contratuais as quais os concessionários devem seguir no que toca aos seus ajustes com usuários que tenham consumo inferior a 500.000 mil m³/mês.

Destarte, as regras de transição e de conformação dos setores de comercialização e de distribuição de gás natural devem comportar esses aspectos sob pena do efeito inicialmente pretendido, não ser alcançado, a saber: a ampliação da concorrência em benefício dos usuários e da sociedade. Ou seja, a regulação da comercialização se justifica por outros fatores que os não relacionados aos serviços públicos e/ou monopólios naturais [caso da distribuição], mas em primeiro lugar pelo formato inicial dado a essa comercialização, que continuará utilizando a rede de distribuição local.

Essa regulação motiva-se na medida em que os efeitos da decisão de ser um mercado “livre” ou “regulado” irá gerar efeitos em particular pelo fato de existir agentes concessionários integrando esse mercado e realizando também a atividade de comercialização, o que inclui uma forte economia de aprendizado e a diminuição dos custos de transação por parte desses agentes. Além da essencialidade que reveste a matéria do ponto de vista social.

Por tal fato, entende-se que durante um importante período é fundamental um acompanhamento constante desse mercado, se possível até o fim do prazo estabelecido para o

⁶¹ Segundo Di Pietro (2001, p.218) autorização é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse conhecimento, seriam legalmente proibidos”.

contrato de concessão, pois, nesse momento, o mercado já estará delineado, já haverá conhecimento por partes dos usuários, bem como se poderá conceder a classificação de usuários livres para os segmentos cativos [residencial e comercial] que continuarão sobre o regime de serviço público [junto com aqueles usuários que mesmo pertencentes ao rol de usuários livres fizerem a opção de continuarem cativos].

3.4 Apontamentos acerca da interação entre regulação e concorrência: as peculiaridades do caso concernente à distribuição de gás natural canalizado

A comercialização de gás natural pertence à seara de atividade econômica em sentido estrito, e a distribuição de gás natural canalizado se enquadra como serviço público, sendo composta por mecanismos de fixação de preço, de entrada e saída de agentes e de controle da qualidade⁶².

Assim, perante esses dois segmentos e diante de uma proposta de análise da interação entre regulação e concorrência, surgem três questões. A primeira é referente à possibilidade de imunidade da aplicação do direito concorrencial, quando existe uma autorização ou concessão.

A segunda é pertinente ao cabimento da aplicação das regras de direito antitruste em mercados regulados, ou seja, uma norma regulatória pode dispor de forma contrária ao direito antitruste. E a terceira é atinente às competências dos órgãos de defesa da concorrência ou do ente regulador após o fim da exclusividade dos atuais concessionários [após o livre acesso].

Em sede de **diferenças** das áreas concorrenciais e regulatórias, valem registrar que os **objetivos** da defesa da **concorrência** são mais **restritos**, em virtude da consecução da eficiência alocativa, enquanto os fins da regulação demonstram um maior conjunto de metas.

Em termos de **abrangência de atuação**, Salomão Filho (2001) explana que elas se distinguem na forma de intervenção, ou seja, **a concorrência é essencialmente passiva**, enquanto a **regulação possui uma postura ativa**. Esta deve, pois, efetivamente se preocupar com a criação de um sistema de concorrência em setores de utilidade pública.

Oliveira e Rodas (2004) afirmam que, em **termos históricos**, a **defesa da concorrência** tem caráter **mais geral** do que **a regulação**, pois vinculam essa a existência de

⁶² Pinto Júnior e Silveira (2001, p.110) consideram necessária a legislação antitruste nos setores de infraestrutura em razão da abertura desses mercados à concorrência, tanto “diretamente sobre a conduta dos agentes, caracterizando-se por práticas restritivas verticais ou horizontais, como sobre a estrutura do mercado, que seriam os atos de concentração, também verticais ou horizontais”.

falhas de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental⁶³. Eles discorrem, ainda, que a defesa da concorrência nesses setores por si só é insuficiente como política pública para fins de suprir a lacuna em mercados de monopólio natural.

Ademais, o método de trabalho da **autoridade antitruste** é caracterizado pela **utilização de mecanismos de mercado**, já a regulação procura substituí-los; no tocante ao momento de atuação, a ação antitruste em regra é posterior, sendo a regulação, por sua vez, anterior. Igualmente, a **autoridade antitruste** tem preferência por **remédios estruturais** os quais, uma vez adotados, restabeleceriam o funcionamento dos mecanismos de mercado; por seu turno, a **autoridade regulatória** teria propensão a adotar **remédios comportamentais** (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

Diante de uma interação entre entes regulatórios⁶⁴ e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência “sugere-se que uma possível configuração seja a concentração das atividades da autoridade antitruste na aplicação universal da defesa da concorrência, ficando o regulador setorial incumbido da regulação técnica e econômica” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p.131).

Dessa forma, a interação entre a defesa da concorrência e a regulação no que tange ao estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar ou, pelo menos, atenuar as falhas de mercado. Agindo de forma a estabelecer preceito que impeça o monopolista de abusar de sua posição.

Oliveira e Rodas (2004) lecionam que, tendo em vista o caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos, bem como do fato de as condições de custo, tecnologia e demanda variarem consideravelmente no tempo, os monopólios naturais ao invés de serem permanentes se configuram como temporários e, portanto, poderiam ser regidos por regras de mercado⁶⁵.

Os autores acima citados apontam que os mecanismos de interação da regulação e da concorrência são de suma importância para o processo de modernização da economia, porém a inércia e rigidez institucional, bem como os custos de coordenação [custos burocráticos de transação] são elencados como fatores que geram entraves para essa interação.

⁶³ Segundo esses autores as falhas de mercado são: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades.

⁶⁴ O desenho institucional das agências reguladoras segundo os teóricos a fim de diminuir o risco e aumentar o investimento são a independência, a transparência, delimitação precisa de competência, autonomia financeira, gerencial e excelência técnica.

⁶⁵ Nesse ponto cabe uma reflexão sobre a distribuição de gás natural, que apesar de ser predominantemente canalizando, vem cedendo espaço para os gasodutos virtuais e para os navios criogênicos [respectivamente, gás natural comprimido e liquefeito], o que de certa forma torna o monopólio natural temporário tendo em vista a capacidade de sua suplantação pelo desenvolvimento de novas tecnologias de transporte.

Quanto ao que deve ser submetido à seara do direito antitruste, ou melhor, a existência de imunidade nesse âmbito, Salomão Filho (2001, p.152) conclui que:

a não ser no caso da atividade estatal planejada e dos serviços formal e materialmente públicos, em que há uma clara intenção de substituição do sistema concorrencial, não é possível insentir do controle antitruste comportamental e estrutural qualquer tipo de atuação do Estado. Como critério para a verificação da legalidade da regulação em ambos os casos aparecem (i) a verificação da existência de poderes efetivos para regular a matéria concorrencial e (ii) a assunção efetiva da função de verificação dos aspectos concorrenciais pelo órgão governamental ou pessoa jurídica primariamente encarregada do controle respectivo. O judiciário e/ou o CADE deverão aplicar, no caso de exercício ilegal de poder regulamentar, ao Estado, e no caso de autorização para prática de atividade, ao particular – com base na ampla definição de sujeitos ativos dos delitos concorrenciais contida no art. 15 da Lei 8.884, de 1994 -, as sanções pelas ilegalidades cometidas⁶⁶.

A partir da exposição supra, esse mesmo autor nota a necessidade de manifestação da lei em substituir o regime concorrencial pelo regulamentar ou quando o Estado “cria diretamente a utilidade pública” determinando as variáveis pelas quais as empresas irão se pautar, dessa forma, inclusive se encaixa as empresas concessionárias ou delegadas de serviços públicos (SALOMÃO FILHO, 2001, p.144).

Por outro lado, Silva (2002, p.130) expõe que com “a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição, setores inteiros da economia passam a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste (...), o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado”. A questão perpassa não somente pela articulação de competências entre as agências e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas também a inserção desse na nova configuração regulatória⁶⁷.

Em relação ao setor de distribuição de gás canalizado, o art. 10 da Lei que instituiu o Programa de Estadual de Desestatização de São Paulo trouxe como competência da CSPE a implementação da defesa da concorrência e de restrições à integração vertical e horizontal dos agentes econômicos desse setor. Nesse sentido, veja a transcrição do artigo em tela:

defesa da concorrência e as restrições relativas à integração vertical e horizontal dos diversos agentes na prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, **a ser regulamentada pela CSPE**, considerarão: I - o ingresso de novos agentes, no setor de gás canalizado, em decorrência do processo de privatização do

⁶⁶ Em sentido contrário Silva (2001) apresenta a superação de dogmas como caminho a ser seguido, impondo o princípio da livre concorrência em regra e as restrições regulatórias como exceções.

⁶⁷ Na concepção desse autor, por mais que a maioria dos setores regulados seja dotada de imperfeições estruturais, os quais legitima a regulação, não pode afastar aplicação do antitruste. Nesse sentido Salomão Filho explica que a aplicação dos princípios constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa ao se tratar de setores regulados, em razão do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados. Assim, no caso da ANATEL a Lei que a criou (Lei 9472/97) atribuiu a essa agência as funções pertencentes a SDE e a SEAE, ocorrendo a nítida divisão de trabalho, em que a agência cuida da regulação técnica e econômica, enquanto o CADE cuida da defesa da concorrência por meio da aplicação da lei antitruste.

controle acionário de empresas titulares de concessão ou permissão de serviços públicos de gás canalizado, bem como do processo de licitação de novas concessões; II - a necessidade de se propiciar condições para uma efetiva concorrência entre os agentes, impedindo a concentração econômica nos serviços e atividades de serviços públicos de gás canalizado, de modo a proteger e defender os interesses do cidadão e do consumidor. Parágrafo único - Os contratos de Concessão e a regulamentação pertinente poderão conter limitações de volumes de gás canalizado a serem contratados com empresas vinculadas à concessionária, bem como as restrições societárias que caracterizem empresas a ela vinculadas e as respectivas limitações quanto a integração vertical das atividades relacionadas com as da prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado⁶⁸.

Nota-se pela previsão acima que o legislador no Estado de São Paulo, em termos de distribuição de gás canalizado, cuidou da matéria e definiu claramente como competência do regulador estadual o controle da concentração empresarial [controle de estruturas] e a defesa da concorrência como um todo [condutas e estruturas] no âmbito da atividade concedida. Essa norma reforça a opinião de Salomão Filho e demonstra sentido na medida em que além da existência de contrato de concessão, o órgão regulador tem a proximidade e a especificidade do conhecimento técnico e econômico sobre esse setor.

Assim, em sede de controle de estruturas, de forma prática as concentrações são, em regra, autorizadas pelas agências [órgãos reguladores], o que não afasta o controle posterior pelo CADE [Conselho Administrativo de Defesa Econômica]. Por sua vez, as concentrações não autorizadas pelas agências, por não estarem concretizadas no plano fático não serão sequer examinadas pelo CADE.

Outrossim, dentro de uma visão conciliadora, as condutas⁶⁹ reprimidas no âmbito regulatório podem não ensejar a repressão na seara da defesa da concorrência e vice-versa, o que ocorre inclusive em outros setores econômicos, apesar de o âmbito punitivo desses agentes econômicos não serem iguais, em virtude dos primeiros terem a liberdade de ação limitada pela regulação. Dessa forma, o antitruste pode ser aplicado na medida em que não compromete as finalidades regulatórias.

No que tange a possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção [principalmente em setores de atividade econômica estrito senso], Silva (2001) expõe que os princípios da ordem econômica alcançam tanto agentes privados quanto públicos. Portanto, a aplicação da

⁶⁸ Nessa linha a CSPE editou a seguinte Portaria n. 16, de 15-9-99 que dispõe “sobre a defesa da concorrência e restrições relativas à integração horizontal dos diversos Agentes de Distribuição na prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo”.

⁶⁹ Dentre as situações mais comuns de práticas restritivas horizontais, têm-se os cartéis e a prática de preços predatórios. Citam-se, entre as práticas restritivas mais comuns, a fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, recusa de negociação, venda casada e discriminação de preços. Para maiores detalhes, ver: Portaria Conjunta SEAE e SDE n. 50, de 2001.

Lei Antitruste irá atingir as agências reguladoras, conforme interpretação dada ao art. 7º, X, desse diploma, com a previsão de o CADE poder requisitar dos agentes públicos às medidas necessárias ao cumprimento da Lei.

Nesse sentido o conselheiro Mercio Felsky no caso da privatização da CEG [Companhia de Energia e Gás do Rio de Janeiro], pronunciou-se no sentido de que o CADE somente poderá expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei. Por outro lado, o conselheiro Gesner de Oliveira expõe um entendimento mais amplo e traz a comento que o CADE pode requisitar desses órgãos o cumprimento da Lei Antitruste.

Todavia, registra, Gesner de Oliveira, que a interpretação do art. 7º, ainda, não é pacífica na doutrina, porém “não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências” (SILVA, 2001).

Contudo, em setores referentes ao de serviço público, há de se convir a existência de rol de interesses que justifique a edição de uma norma pelo órgão regulador destinada a cumprir princípios outros que não o da livre concorrência [como a continuidade do serviço e a modicidade tarifária]. Daí comunga-se com o entendimento do conselheiro Mercio Felsky no sentido de que o CADE apenas poderá expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei Antitruste.

Uma outra questão pertinente é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares por acaso deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam risco à ordem concorrencial.

Silva (2001) ilustra que a jurisprudência do CADE tem admitido uma competência residual em matéria de regulação. Todavia, a posição de Salomão Filho (2001, p.148) é bastante elucidativa ao apontar que os atos fiscalizatórios ou normativos das agências “não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais”, esse autor pugna pela submissão de tais atos ao judiciário conforme dispõe a Constituição Federal.

Concorda-se com o entendimento do Salomão Filho em virtude da exorbitância cometida pelo órgão regulador poder ser submetida tanto ao judiciário, quanto ao legislativo em face do controle que compete ao Poder Legislativo de expurgar normas que atentem a sua função inovadora na ordem jurídica.

No tocante ao controle concorrencial dos monopólios naturais, de acordo com Silva (2001, p.150), pelo prisma constitucional e legal, o CADE deve ter uma postura mais ativa, apesar da regulamentação emitida pelas agências. Continua esse autor enfatizando que “isso não afasta a atuação do CADE, já que conflitos envolvendo compartilhamento trazem

repercussões à economia como um todo, influenciando a concorrência em diversas etapas da cadeia produtiva e afetando grande número de consumidores”.⁷⁰

No plano dos abusos que podem ser vislumbrados em se tratando de *essential facilities*, Oliveira e Rodas (2004) mostram que as condutas mais freqüentes em primeiro lugar se cingem ao **preço de acesso**, em que o órgão regulador deve defini-lo e o órgão concorrencial precisa zelar para que este valor não represente uma barreira à entrada⁷¹.

Em segundo lugar, citam-se os **preços de interconexão**, ou seja, os cobrados pelos serviços prestados intra-rede no sentido de integrar as várias partes do sistema. A terceira área de abuso ocorre pela **verticalização**, no qual o mercado de origem é o da infra-estrutura essencial, que ao se constituir como um monopólio natural, influencia o segmento de destino e gera mais barreiras à entrada.

A doutrina norte-americana ao aplicar a acepção de infra-estrutura essencial apresenta quatro elementos caracterizadores de um caso de abuso de poder de mercado por parte de uma empresa detentora da *essential facilities*, quais sejam, o controle dessa por um monopolista, a impossibilidade de duplicação da infra-estrutura, a possibilidade de oferta de serviços associados, a efetiva verificação de recusa do uso (FARACO, 2003).

Nesse desiderato, Oliveira e Rodas (2004) continuam explicando que caberá à autoridade antitruste analisar se o detentor da infra-estrutura essencial não estaria elevando artificialmente o custo do concorrente mediante discriminação de preços, recusa de negociação, exigência de venda casada, entre outras práticas restritivas. Assim, segundo esses autores, a regulação por si só não seria aplicada, contaria com a presença do órgão antitruste. Todavia, é importante notar como se consubstanciaria a presença do órgão de defesa da concorrência, ou seja, qual o modelo de interação entre as agências reguladoras e o órgão antitruste, ou melhor, ter-se-ia uma configuração de competências definidas para cada ente ou

⁷⁰ Milagres (2002, p.319) corrobora que “a competência dos entes de regulação não se confunde com aquela própria do CADE (...). Trata-se, em verdade, de competências distintas e complementares, os entes distintos do CADE, regulam as condições de concorrência no âmbito das atividades que lhe são afetas, esse ultimo, por seu turno, não regula nenhum setor da econômica, apenas julga, a teor da Lei n. 8.884/94, atos concretos de concorrência, em manifesta atividades de adjudicação”. Assim, importante realçar conforme dito por Silva (2001, p.28) que a defesa da concorrência é também um vetor da atuação das agências reguladoras, ainda que sob aspectos diferenciados em relação a atuação do CADE. Para esse autor “as agências possuem um raio de atuação autônomo, que não se confunde com a atuação do CADE, relativo à tarefa de implementar e tutelar a concorrência em setores específicos – alguns com descendência direta de monopólios naturais (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc), por meio de mecanismos regulatórios previstos em lei”.

⁷¹ Segundo o SEAE e a SDE [Portaria Conjunta n. 50, de 2001] barreira à entrada pode ser definida como “qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada: (a) custos irreversíveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados”.

ficaria a encargo da agência e se daria método de cooperação entre órgãos reguladores e de defesa da concorrência [ou vice-versa].

Há de se convir que as autoridades de regulação e de defesa da concorrência se defrontam frequentemente com decisões difíceis, pois um rigor excessivo no acesso à rede por parte de concorrentes pode desestimular o investimento e induzir uma postura oportunista por partes dos entrantes. Tal fato leva ao subinvestimento, ocasionando a inibição da concorrência no médio prazo. Se por outro lado, as autoridades não tomarem atitudes relacionadas a coibir as práticas restritivas de detentores de infra-estrutura essencial, o monopólio não será contestado, ocasionando prejuízo para o funcionamento do mercado e para o consumidor (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

No mercado em estudo é forçoso ressaltar que a maneira como serão aplicados os mecanismos de livre acesso, poderão implicar, dentre inúmeros efeitos, no desestímulo quanto à extensão da rede e a conseqüente inviabilidade do crescimento da oferta, acarretando a necessidade de uma postura adequada do órgão regulador quando for editar normas dentro de sua alçada de competência, devendo contar com alta qualificação técnica e econômica sobre a estrutura concorrencial do mercado [capacidade essa detida pelos órgãos do SBDC]. Igualmente, a estrutura pelo qual será montado o livre acesso poderá implicar o repasse de ganhos ao usuário final ou aos demais agentes do setor [distribuidor e comercializador], bem como poderá restar muito prejudicial aos segmentos que continuarão cativos [residencial e comercial]⁷². Pontos esses que estão dentro do âmbito de competência do órgão regulador estadual [CSPE].

Menezello (2001, p.148) aponta o princípio da colaboração entre os agentes regulados e os órgãos encarregados da defesa da concorrência como diretriz a ser seguida durante o processo de implantação e de vivência entre o direito da concorrência e do direito regulatório. Explica, inclusive, como fundamental a presença dos órgãos de defesa da concorrência durante as audiências e consultas públicas realizadas pelos entes reguladores. E deixa a sua posição de que as agências reguladoras pelo fato de conhecer o mercado o qual atuam são as melhores para tratar, também, sobre matéria concorrencial.

Daí comunga-se dessa idéia a partir do momento em que o período de transição de implementação da cláusula de livre acesso conta com um desenho normativo básico que

⁷² É importante ressaltar que no exemplo do transporte de gás natural apesar da ANP ser competente para regular o livre acesso, consoante se nota do art. 58 da Lei do Petróleo. O processo tem sido repleto de indefinições, inicialmente, tentou-se estabelecer a concorrência por meio da Portaria 169, que foi revogada. Depois ocorreu uma série de consultas públicas da agência que culminou na edição de três Resoluções no final de 2005. Atualmente, encontram-se, em discussão, três projetos de lei do gás no Congresso Nacional.

prioriza o órgão regulador estadual como responsável pelo exercício do mister do ponto de vista concorrencial, porém em virtude do conhecimento provenientes da experiência dos órgãos do SBDC recomenda-se uma colaboração efetiva entre esses entes em razão, também, do desenlace da distribuição e da comercialização implicar na convivência simultânea entre serviço público e atividade de econômica em sentido estrito, respectivamente.

4. ASPECTOS ECONÔMICOS DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO

O objetivo desse capítulo é discorrer sobre a caracterização econômica da atividade de distribuição de gás natural canalizado e introduzir os parâmetros pautados na Nova Economia Institucional utilizados na análise das entrevistas realizadas e discutidas no Capítulo 5.

4.1 Características e implicações econômicas dos setores de infra-estrutura: ênfase na distribuição de gás natural canalizado.

Após se ter abordado o mercado de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, as características do contrato de concessão, as funções regulatórias e as consequências advindas com o livre acesso sob o ponto de vista concorrencial e contratual, estreita-se o estudo no tocante à regulação econômica no segmento de distribuição de gás natural canalizado⁷³, com o objetivo de entender o funcionamento desse setor que enseja a função regulatória⁷⁴.

Dentre as características do gás natural apontados pela doutrina tem-se o elevado custo de transporte [incluindo a distribuição] e a existência de energéticos substitutos, os quais implicam na existência de custos rígidos ao longo da cadeia [produção, transporte, distribuição e comercialização] (CECCHI, 2001).

Nesse diapasão, a atividade do órgão regulador passa a ser “imprescindível” para organizar o ingresso de novos participantes no mercado, definir regras, regulamentos e procedimentos, a fim de zelar pela implementação da concorrência; bem como resolver conflitos entre operadores, agentes, distribuidores e consumidores, além de estimular a inovação tecnológica (CECCHI, 2001).

É oportuno assinalar que a instauração de um mercado gasífero com maior nível de competição entre os agentes é um fator de estímulo à inovação e ao incremento da qualidade, sem esquecer de que do ponto de vista ambiental, o gás natural como uma alternativa

⁷³ A necessidade de interconexão do sistema oferta, quais sejam, produção, exploração, transporte e distribuição, caracteriza o setor de gás natural como indústria de rede.

⁷⁴ Dentro do tema regulatório, refletindo na pergunta sobre qual política pública é mais adequada para determinado fato, a microeconomia expõe a análise normativa que examina questões relativas ao mundo do “seria adequado”, sendo influenciada por juízos de valor, ela põe em jogo as seguintes ponderações: equidade *versus* eficiência econômica. Interessante é o exemplo dado pelo Pindyck e Rudinfeld (2002, p.07) que comparam os efeitos de imposto sobre a gasolina e de um imposto sobre a importação de petróleo, aquele é mais fácil de ser administrado, porém teria um maior impacto sobre os consumidores de baixa renda.

energética mais viável sob o ponto de redução da emissão dos gases de efeito estufa em relação aos demais combustíveis fósseis.

Acrescentam-se outras características do crescimento do mercado de gás natural as quais dizem respeito à existência de externalidades positivas, pois a construção da rede acarreta a estruturação da economia em seu entorno e integra as relações econômicas e a organização social. Ademais, esses setores apresentam ativos indivisíveis, ou seja, se as estruturas não forem construídas como um todo, deixam de ser eficientes, tornando-se um simples desperdício de recursos (CECCHI, 2001).

Igualmente, a oferta nesses mercados deve ser capaz de responder às oscilações de demanda e ao crescimento sustentado e de longo prazo, a consequência gerada pela ausência de capacidade de atender a demanda convenientemente é a formação de gargalos de estrangulamento, ocasionando a falta de credibilidade no uso final do gás natural. Por tal fato a oferta tem que acompanhar a demanda, sob pena de gerar um desestímulo em seu consumo.

Outro fator significativo no setor de infra-estrutura aqui estudado é o elevadíssimo custo de implantação, em que o investimento inicial é significativo e com prazo de maturação bastante elevado. Somam-se, a isso, os elevados *sunk costs* [custos afundados] o que implica no aumento do risco da decisão de investir, tendo em vista a não cobertura dos custos quando a empresa decide sair do negócio. Para tanto, vale salientar que, em regra, essas estruturas mostram a forte interdependência dos agentes integrantes da cadeia (CECCHI, 2001).

Ocorre também a existência de economias de integração em que as “empresas envolvidas nessas atividades não apenas são monopolistas, como normalmente procuram integrar, dentro da firma, todas as etapas da cadeia, de forma a assegurar uma coordenação ótima entre os ativos especializados e evitar qualquer risco de ruptura do fornecimento” **[diminuição dos custos de transação]** (CECCHI, 2001, p.27).

Destacam-se, também, as economias de aprendizagem que geram o trancamento, isto é, alto grau de irreversibilidade das opções iniciais. O fornecedor e o consumidor adquirem os equipamentos e a experiência que determinem um ponto de não retorno, em função da natureza específica do investimento, dos custos das mudanças e dos benefícios já acumulados⁷⁵.

Observou-se que na indústria de infra-estrutura os rendimentos de escala não apenas eram inicialmente crescentes como também não se tornavam decrescentes jamais. O

⁷⁵ Também se pode consignar a presença de economias de densidade, ou seja, a partir do momento em que são feitos elevados investimentos na construção da infra-estrutura de rede, “a conexão de um pequeno consumidor local apresenta um custo muito baixo” (PEANO, 2005).

monopólio dá-se em função da elevada “escala mínima de eficiência” da indústria, pois o mercado não comporta mais de uma firma operando em escala e em escopo eficientes (MANKIW, 2001).

Os economistas usualmente definem essa estrutura de mercado como aquela onde há a presença de economias de escala, em que o custo de acréscimo de uma unidade do produto é decrescente, implicando na possibilidade de um baixo preço final do produto, criando barreiras à entrada de outras empresas, por que a exploração por uma única firma possui uma maior racionalidade.

Essa falha de mercado corresponde a quando “uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que o fariam duas ou mais empresas” (MANKIW, 2001, p.318). Assim, para a teoria econômica, tal figura aparece quando existe economia de escala ao longo da faixa relevante da produção, ou seja, os custos de produção de uma unidade a mais são barateados [os custos tendem a serem declinantes com o aumento da produção]. Sendo assim, quando ocorre a divisão de mercado entre mais de uma empresa num setor com características de monopólio natural, o custo total médio sobe e cada uma delas produz menos.

Diante da estruturação da indústria brasileira de gás natural, em que ocorre o predomínio da integração vertical⁷⁶, pode-se trazer para análise dois aspectos negativos ao bem-estar, quais sejam, a assimetria de informações, que permite ao monopolista distribuir entre os elos da cadeia os custos econômicos de suas atividades e a concorrência imperfeita no fim da cadeia, ocasionando o abuso de poder. Dessa forma, dentre as vantagens da verticalização, entendido como uma atitude natural da empresa, apontam-se as reduções nos custos fixos e de transação, situando as desvantagens em torno de práticas anticompetitivas (LEE e HAMILTON, 1999).

Vale destacar como bem frisa Salomão Filho (2002, p.201) que, em geral, o monopólio natural serve para justificar “o ponto de partida para a maioria das teorias que procuram explicar as razões do Estado no domínio econômico”. Esse autor enuncia um

⁷⁶ A verticalização seria uma forma de assegurar a estabilidade de suprimento dos insumos para o processo produtivo. A hierarquia organizacional é o mecanismo através do qual são obtidos os benefícios das economias de escala e escopo, como também, permite reduzir gastos excessivos com estoque. Tais argumentos são de suma importância para indústrias de infra-estrutura de rede. Assim, não apenas se deve considerar a *commodity* oferecida em determinada indústria de rede, mas também a disponibilidade do seu serviço, neste ponto se frisa o seu caráter de serviço público. Na eletricidade, por exemplo, os consumidores não pagam apenas pelo seu produto, mas pela garantia de ter o serviço a qualquer momento do dia de forma instantânea. Nos setores de rede esta questão se coloca na medida que a operação dos ativos de determinado segmento está amarrada ao demais estágios, numa forma de externalidade [de rede], no sentido que a ação de uma agente na cadeia tem reflexos sobre terceiros e sobre o sistema como um todo (SCG, 2005).

conceito mais amplo do monopólio natural, ao partir “da própria denominação utilizada”, ou seja, as características de monopólio são intrínsecas ao mercado, e não um dado criado pelos agentes econômicos.

Berg e Tschirhart (1988, p.22), partindo de estudos da doutrina norte-americana concernente a monopólio natural, afirmam que dois conceitos são fundamentais para o entendimento e delineamento da matéria, quais sejam, que o custo médio é decrescente e a existência sub-aditividade na sua função [de custos]. Sendo o significado do primeiro atinente aos custos decrescentes à medida que ocorre incremento na produção. Já no segundo, apregoam que uma empresa ao aumentar os custos de sua planta é capaz de produzir a um dado nível de custos menores do que uma empresa multiprodutora⁷⁷.

Vale salientar que o monopolista goza de poder de mercado⁷⁸, e assim, sem a devida supervisão pode não atender às necessidades da sociedade e reduzir os impactos positivos gerados pelas indústrias de infra-estrutura [externalidades de rede].

Nesse contexto, por mais que a regulação da atividade econômica seja abrangente, num regime de monopólio natural, justifica-se a sua existência por causa das seguintes características: custos irrecuperáveis elevados e circunstâncias propícias ao comportamento oportunista; necessidade de monitoramento permanente do mercado; demanda por conhecimento altamente especializado; emissão sistemática de regulamentos; e, resolução freqüente de litígios (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p.134).

Em virtude de tais fatores “a literatura tradicionalmente consagra a situação de monopólio natural como o único tipo de estrutura de mercado suscetível de justificar teoricamente a regulação pública” (POSSAS *et al.*, 2001, p.101). Por isso, esses autores corroboram no sentido de que a regulação⁷⁹ dentro desse ponto de vista passa a ser defendida como a solução para se evitar a:

⁷⁷ Oliveira e Rodas (2004, p.134) expressam esse entendimento da seguinte forma: a função custo de uma empresa MN qualquer é sub-aditiva quando o custo de produzir uma quantidade q^* é inferior a qualquer combinação de produções de outras k empresas. A fórmula que a expressa é deduzida por: $C_{mn}(q) \leq C(q_1) + C(q_2) + \dots + C(q_k)$; onde $q^* = q_i$, $i = 1, 2, \dots, k$. Assim, para esses autores que acompanham o entendimento de Berg e Tschirhart é necessária a existência de economias de escopo e de escala para que ocorra um monopólio natural, pois em uma firma multiprodutora tal condição não se verifica.

⁷⁸ Consoante a SEAE e a SDE (Portaria Conjunta 50, de 2001) o poder de mercado “consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros”.

⁷⁹ A aceção de regulação de forma ampla foi incorporada ao trabalho de Salomão Filho (2001, p.15) que englobou o termo como “toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”. No âmbito econômico a aceção gira em torno da redução da intervenção do Estado e do aumento da concentração econômica.

livre operação de uma única empresa privada que acabará por restringir a quantidade ofertada e praticar preços de monopólio; a livre operação de varias empresas privadas com escalas sub-ótimas, o que implica preços e custos elevados, embora as margens de lucro possam ser reduzidas; e a produção estatal com uma escala de produção eficiente, mas sujeita a ineficiências oriundas de uma gestão politizada ou meramente sem incentivos para buscar ganhos de produtividade e qualidade.

Não obstante essa posição, dentro da investigação sobre quais os motivos e o porquê da regulação, a partir dos anos setenta, estudos mais aprofundados demonstraram que a despeito de a regulação ser necessária em setores com características de monopólio natural e com fortes externalidades, ela se faz presente em outras áreas, o que demonstra uma falha teórica [campo limitado de abordagem] (FIANI, 2001).

As críticas a essa concepção da regulação econômica iniciaram-se nos anos sessenta, a partir da verificação da existência de falhas de governo consistentes nos conceitos de grupos de interesse e de *rent seeking*, tendo como finalidades a extração de renda econômica. Daí surgiram as preocupações teóricas que culminaram na Teoria da Captura, pela qual as agências ao disciplinarem um setor estarão agindo em prol de grupos de interesses, que lhe proporcionarão determinados benefícios⁸⁰. Nesse instante, passou-se a perceber que nem sempre o Estado, na sua atuação como regulador, irá economicamente buscar o bem público (FIANI, 2001).

Contudo, a contradição das percepções de o regulador ora como guardião do bem público, ora como captura pela indústria, empiricamente demonstrou que se pautava em uma visão generalista e superficial, visto não justificar certas atitudes dos regulados, como, por exemplo, o uso de subsídios cruzados. Assiste-se, desde então, a tendência de estudos mais voltados para a compreensão da atividade regulatória em si e para entender como o regulador passa a decidir em prol de maximizar o apoio dos setores regulados (PEANO, 2005) (FIANI, 2001).

Posteriormente, desenvolveu-se o referencial teórico denominado de Nova Economia Institucional, para o qual as relações contratuais, as firmas e os mercados são importantes instituições econômicas (WILLIAMSON, 1985).

Essa teoria integrante da Organização Industrial propõe-se complementar a teorias anteriores e frisa que a unidade básica de análise é a transação. Destaca-se a questão correspondente aos custos anteriores [custos *ex ante*] à celebração dos contratos, atinentes à

⁸⁰ Conforme Silveira e Pinto Jr. (2001, p.100-01) a captura da agência acontece quando essa “passa a identificar o bem comum com os interesses da indústria” que é por ela regulada, implicando no “esvaziamento do órgão regulador, pois este ao perder a sua credibilidade, torna-se ineficaz na execução da regulação”. Segundo esses autores, captura do regulador pode se dar por meio de grupo de interesses, pelo governo ou pelas firmas reguladas.

formação, à negociação e às garantias existentes no acordo, que por cuidar de matéria complexa não reconhece as contingências futuras [racionalidade limitada dos agentes], deixando para momento posterior a resolução de tais problemas. Tal incompletude contratual demandará das partes um esforço referente à governança da avença, ou seja, a forma pela qual irão realizar os ajustes dos problemas que porventura surjam ao longo da execução do contrato. Todavia, tal escolha acarretará um custo [é o que o autor denomina custos *ex post*]. Esses custos posteriores podem assumir diversas formas, dentre as quais, citam-se as práticas oportunistas por uma das partes no momento de adaptação do contrato (WILLIAMSON, 1985).

Além da Economia dos Custos de Transação, a NEI também abarca a Teoria da Agência a qual explica o relacionamento do tipo agente-principal. Essa teoria traz à tona a assimetria de informações, na qual o agente detém mais informações sobre as condições de demanda, de custos e de tecnologia do que o principal, bem como não estar muito interessado em repassar tais componentes para o principal, visto que pode se aproveitar dessa situação e extrair rendas de monopólio [ganhos extraordinários].

Nesse desiderato, é importante que um agente imparcial [ente regulador] influa nesse poder de mercado, proporcionando a harmonização das forças produtivas e condicionando as ações da empresa regulada. Daí o registro da tradição norte-americana⁸¹, em que as empresas privadas estavam sob fiscalização de um ente de regulação. Constatava-se, destarte, que a alocação ótima dos recursos exigia a supervisão de um ente externo, sob controle público.

O mercado de distribuição de gás natural traz a lume o dilema de conciliar os benefícios de se manter os preços ao nível de um mercado competitivo com as ineficiências

⁸¹ A regulamentação da indústria de gás natural nos Estados Unidos teve início em 1938, com a imposição de limites ao preço do gás, passando a encarar essa indústria como monopólio natural. No tocante à regulamentação do livre acesso à rede de transporte de gás natural, observa-se que nos Estados Unidos esse debate se iniciou com a *Federal Power Commission* [FPC], nos anos 30. Em 1985, com a Order 436, o tema concernente ao livre acesso foi novamente retomado, não obstante o insucesso dessa medida, tendo em vista a continuidade do exercício de poder mercado pelas companhias transportadoras.. Todavia, em 1988, editou-se a Order 497 em que se estabeleceu a uniformização das transações realizadas entre carregadores, afiliados ou não. Em seguida, foi promulgada a Order 636, em que a *Federal Energy Regulatory Commission* [FERC] visou ao cumprimento dos objetivos de efetivação do livre acesso (CECCHI, 2001). Cremer, Gasmi e Laffont (2003, p.05) apontam exatamente essa tendência de competição na indústria do gás a partir da década de oitenta, quando os países se concentram na importância da concorrência e nos benefícios desta para o consumidor, assim, dizem “the last two decades have witnessed a general trend throughout the industrialized world to promote competition in the natural gas industry. A number of countries have launched extensive programs of structural reforms aimed at introducing gas-to-gas competition which is expected to bring economic benefits to consumers. An important component of these deregulatory policies is the need to liberalize access to the networks of pipelines which, prior the reforms, were under the complete control of regional or national incumbent monopolies”. Importante, contudo, é realçar que a indústria de gás se encontra em diferentes estágios ao redor do mundo. No caso dos Estados Unidos, já se enxerga uma indústria madura, com extensa rede de gasodutos, o que é muito diferente no Brasil. Portanto, as reformas regulatórias nesse país devem levar em consideração tais fatores e verificar a situação fática para que a norma tenha eficácia e proporcione bons resultados.

relacionadas à existência de um monopólio que busca a obtenção de ganhos extraordinários. Ou seja, como deve ser o papel do agente regulador, tendo em vista a minimizar os efeitos da existência de possíveis ações voltadas ao abuso de poder econômico num setor encarado como de serviço público e outrora de competência exclusiva de empresas estatais.

Para tanto, a regulação irá agir de forma a manter a produção capitalista e a restrição da autonomia das decisões dos agentes privados, “substituindo a busca do lucro por regras administrativistas na determinação do comportamento da empresa regulada em certas áreas”. Assim, tais regras giram em torno de três categorias: “limitações quanto à entrada e à saída em um mercado; especificações quanto à qualidade dos produtos fornecidos; e fórmulas para a determinação dos preços dos produtos oferecidos” (POSSAS *et al.*, 2001, p.102).

Dentro desse quadro, uma das formas utilizadas para o controle do poder de mercado que uma empresa monopolista prestadora de serviço público detenha é a fixação do preço por um órgão governamental.

Assim, conforme explicam Pindyck e Rubinfeld (2002, p.348) utilizando a Figura 7 [abaixo], o custo marginal sempre se encontra abaixo do custo médio, pelo fato de o custo médio estar sempre declinando. Caso não ocorra a regulamentação, a empresa produziria Q_m e venderia pelo preço P_m . Assim, “em termos ideais, o órgão regulamentador estaria disposto a pressionar para baixo o preço da empresa até que atingisse o nível P_c ”. Porém, como tal prática não cobriria o custo da empresa, tornando a sua atividade inviável economicamente, a melhor alternativa é o preço P_r , onde acontece a intersecção da curva do custo médio e da curva da receita média. Finalizam expondo que agindo dessa maneira, estar-se-ia evitando o lucro de monopólio e não acarretando o fechamento da empresa.

Figura 7 Regulamentação do Preço do Monopólio Natural

Fonte: (PINDYCK e RUBINFELD, 2002, p.348)

Essa figura demonstra como a ausência de regulação pode implicar na manifestação do poder de mercado de um monopolista, diminuindo o excedente do consumidor, bem como exercendo uma pressão excludente em setores de bens essenciais. Então, uma política regulatória necessariamente deve levar em considerações tais características de mercado a fim de possuir um resultado mais equânime e, portanto, agindo ativamente.

Na verdade, cabe frisar conforme Schwyster (2001) que os preços dos energéticos e as respectivas políticas de desenvolvimento por estarem intimamente relacionados levam a compreensão de um valor final fundamentado em questões como eficiência energética e econômica, desenvolvimento das fontes de energia e viabilidade econômica a todos os agentes participantes, acrescente-se a tais aspectos a importância do acesso à energia como fator de desenvolvimento humano, principalmente, em uma sociedade urbana como a atual.

Assim, deve-se trabalhar com um valor para o gás no sentido de que o “custo econômico da mais cara fonte de suprimento não seja maior que o benefício econômico do mais baixo valor de uso para o gás” (SCHWYTER 2001, p.15).

Dentre as metodologias para determinação desse preço, tem-se a baseada na taxa de retorno, permitindo o regresso dos montantes investidos a taxas consideradas razoáveis pelos reguladores, contudo possuem inconvenientes relacionados ao repasse imediato da elevação de custos, na perda de qualidade da prestação de serviço e elevados custos para a sua administração (SCHWYTER 2001).

No mercado de distribuição de gás natural vem se adotando o mecanismo de regulação por incentivo para a fixação das tarifas, consideradas como teto [*price-cap*], acrescidos um fator de incentivo [Fator X] e pagas pelos consumidores por um determinado período⁸² [vale ressaltar que isso ocorre somente na distribuição] (SCHWYTER 2001).

⁸² De acordo com Schwyster (2001, p.25) o mecanismo de regulação por incentivo consiste em induzir a concessionária, por meio da imposição de multas ou da concessão de prêmios, na busca constante de melhoria em sua eficiência. Para tanto, criaram-se vários indicadores de desempenho, os quais as concessionárias são obrigadas a cumprir. No caso de São Paulo as tarifas são reajustadas por uma fórmula paramétrica, conhecida no exterior como RPI-X, “porque na sua formulação está incluída a utilização de um índice de preços para o cálculo do reajuste anual das tarifas, no qual se aplica um redutor de produtividade, o Fator X (...)”. Esse autor explica que a sua criação se deu no Reino Unido, na década de 80, através do relatório elaborado por Steven Littlechild, recomendando sua aplicação na privatização da British Telecom. Posteriormente, acabou sendo adotada no processo de privatização de serviços públicos regulados na Grã-Bretanha, bem como em diversas partes da Europa e Ásia. Ademais, passou a ser utilizado nos setores de distribuição de gás natural, energia elétrica e telecomunicações dos EUA. Quanto à composição do *price-cap*, expõe esse autor que a tarifa final é dividida em *pass-through*, correspondente ao custo de suprimento [valor custo da *commodity* gás natural e o seu custo de transporte] e à margem de distribuição da empresa [suficiente para cobrir os custos operacionais, remuneração dos investimentos etc.]. Faz parte da regulação econômica sobre preços, a aplicação de tarifas máximas, reajustes e revisões tarifárias, bem como o Fator X.

Viscusi, Vernon e Harrington Jr. (2000) informam que além da variável referente ao preço, o número de firmas, também, são determinantes para a alocação e a eficiência produtiva⁸³. No caso da concessão, como a exclusividade de atuação não é rígida, pode-se considerar que essa visão econômica encontra assento no ordenamento jurídico.

No que tange ao enfoque sobre a qualidade, ressalta-se a existência de fixação de indicadores de qualidade do produto e do serviço, da segurança do fornecimento e de atendimento ao usuário⁸⁴.

Diante dessas colocações sobre a teoria econômica pertinente ao monopólio natural, o qual a distribuição de gás natural canalizado se enquadra, bem como as observações expostas acerca dos mecanismos regulatórios usualmente empregados, de fato se nota que a regulação econômica e a técnica procuram minimizar os impactos dessa estrutura perante o sistema como um todo. Ou seja, instauram-se regras compulsórias no sentido de corrigir as **falhas de mercado**; sendo que a regulação de mercados tem um condão de permitir a entrada de outros agentes, visando a uma melhor alocação de recursos por meio de um ambiente mais competitivo.

Ora, importante nessa questão urge ser o grau de efetividade da atuação da regulação ao ser pautada na concessão do serviço público e no exercício do poder de polícia. Salomão Filho (2001) é da opinião de que o segundo é falho diante da atual conjuntura das modernas economias capitalistas, e de que o regime de concessão traz a incoerência de tentar enxergar o privado como percussor do interesse público⁸⁵.

Na verdade, como expõe Salomão Filho (2001), tais constatações partem da percepção de que uma política regulatória passiva, baseada no poder de polícia que, não enseja a modificação do *status quo*, não alterando as bases em si, por isso surge como um

⁸³ Viscusi, Vernon e Harrington Jr. (2000) também citam o controle da quantidade do produto a ser vendido como mecanismo de regulação, contudo explicam que no caso do gás natural não há restrições a quantidade quando ocorre regulação pelo preço, pois essa ao ser empregada controla o fluxo da oferta e da demanda. No tocante ao controle de entrada e de saída de agentes, esses autores trazem a lume o caso da regulação do mercado de telecomunicações entre as cidades, em que na oportunidade a permissão da FCC outorgou a entrada da MCI em 1969.

⁸⁴ Para maiores detalhes vê Schwyter (2001, p.83). Viscusi, Vernon e Harrington Jr. (2000, p.300) acrescentam esse mecanismo como controle de outras variáveis, onde a agência especifica padrões mínimos necessários ao funcionamento do mercado. Para tanto, dão o exemplo referente ao setor elétrico: "If an electric utility has regular blackouts, the regulatory agency is likely to intervene and require an increase in capacity in order to improve service reliability. Although product quality may also be controlled for reasons like product safety, economic regulations does not typically place serious restrictions on it".

⁸⁵ Esse autor a partir da exposição e da análise crítica dos fundamentos teóricos das escolas clássicas sobre regulação, quais sejam, Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica, traz à baila a reflexão no sentido da existência de setores não-regulamentáveis, em que o mais indicado é a prestação do serviço diretamente pelo Estado [é inútil tentar mudar a natureza do regime jurídico quando presente externalidades tais que não permitem a atuação da iniciativa privada] e setores em que a regulação e a proteção institucional se dão por meio da difusão do conhecimento econômico.

fator decisivo o exercício ativo do órgão regulador, dentro de uma visão de alteração das estruturas de mercado voltada a um efetivo desenvolvimento econômico, pondo fim às amarras do poder econômico. Daí importante se enxergar que a estrutura tanto do contrato de concessão, como da atuação da agência reguladora, em virtude de se mitigar riscos, assimetrias de maneira *ex ante* e *ex post*, bem como de se prevenir condutas e de se coibir abusos, passa a ser fundamental no panorama atual da indústria de gás brasileira⁸⁶.

4.2 Aspectos gerais sobre a Nova Economia Institucional e seu reflexo no âmbito contratual

Nesse tópico serão analisadas as teorias integrantes da Nova Economia Institucional, quais sejam, a Economia dos Custos de Transação [ECT] e a Teoria da Agência [TA] para, em seguida, desenvolver-se os parâmetros de análise do discurso dos agentes entrevistados [Capítulo 5].

4.2.1 A Nova Economia Institucional: a Economia dos Custos de Transação e a Teoria da Agência

A Nova Economia Institucional com o escopo de estruturar conceitos que envolvem os mecanismos formais e informais de relação em uma sociedade, deu tona à Economia dos Custos de Transação [ECT] que tem o objetivo de estudar as relações contratuais e institucionais entre os diferentes agentes econômicos e a Teoria da Agência [TA] com o intuito de analisar as relações do tipo agente-principal (ZAMITH, 2005).

A visão institucionista da regulação incorpora a base teórica da ECT [governança dos contratos – incompletude contratual, oportunismo e racionalidade limitada] e da TA [assimetria de informações – seleção adversa⁸⁷ e risco moral⁸⁸] (PEANO, 2005).

⁸⁶ Nesse momento é importante frisar que de forma ampla a legislação pode prevê o acesso a gasodutos de transporte e de distribuição que pode ocorrer tanto dentro da ociosidade dos dutos de transporte [competência regulatória da ANP], quanto pela separação contratual, das atividades de distribuição, venda e compra de gás, permitindo a entrada de outros agentes e se procedendo ao fim da verticalização [é exatamente nessa acepção que se encontra a cláusula do *by pass* comercial de competência regulatória dos Estados].

⁸⁷ Para Pinto Júnior e Pires (2001, p.190) a seleção adversa decorre do fato de que “a seleção do produto a ser demandado ocorre de forma ineficiente, portanto, adversa, em função da assimetria de informação entre os ofertantes e demandantes do mesmo”. Daí os mecanismos destinados a diminuir essa falha centram-se na emissão de sinais por parte do agente que o detém e na revelação de informação por iniciativa da outra parte.

⁸⁸ O risco moral concentra-se nas hipóteses em que o consumidor assume determinada conduta em razão dos

Dessa maneira, utiliza-se do referencial teórico da NEI, especificamente da ECT⁸⁹ e da TA, a fim de analisar os atributos integrantes do contrato de concessão de distribuição de gás natural canalizado de São Paulo e das relações estabelecidas entre as empresas concessionárias e os usuários industriais, a partir da formação do contrato de concessão. Não se consideraram as relações que por ventura existam entre os três concessionários.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a complexidade das relações contratuais modernas traz em si custos de transação consistentes na formação e no monitoramento de contratos. Sendo que tais custos irão influenciar, diretamente, as escolhas dos agentes econômicos e a decisão de se adotar determinadas políticas públicas.

A formulação do contrato envolve as negociações, a definição das cláusulas sobre os direitos, deveres e obrigações das partes, aporte de investimentos e recursos etc. Isto é, a elaboração de um contrato engloba custos iniciais assumidos pelas partes, bem como o compromisso de se submeter às disposições acordadas [*pacta sunt servanda*].

Em se tratando de contrato de direito público, como é o caso do contrato de concessão, a liberdade de contratar é restringida, pois existem as cláusulas regulamentares impostas unilateralmente pelo Poder Público, com natureza de contrato de adesão. No entanto, a livre negociação é retomada nas cláusulas referentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, entendidas como direito do concessionário. Dessa maneira, percebe-se que além dos custos envolvidos na formulação desse contrato, abrangendo, inclusive, os gastos oriundos do processo prévio de licitação, haverá custos também durante a sua execução.

Sendo relevante, portanto, a escolha da forma de governança do contrato como meio de estruturar a ação dos agentes durante a sua execução e, por isso tal arcabouço deve levar em conta a harmonização dos custos adicionais de transação com a eficiência econômica da transação. Vale salientar que essa hipótese é levantada pela ECT e pela TA. Ou seja, a maneira como vai ocorrer a interação entre a execução do contrato ao longo do tempo e coordenação dos investimentos pelo concessionário e da ação de fiscalizar por parte do órgão regulador é fundamental para o desenrolar da concessão e para a continuidade na prestação do serviço público.

riscos existentes no contrato, pode se dar a partir de um comportamento oportunista de uma das partes durante a execução do contrato, mas oriundo do seu processo de formação. Sendo que o monitoramento da execução do contrato, a existência de mecanismos contratuais de incentivo e a posse conjunta de ativos [*joint ventures*] têm o condão de solucionar o risco moral (PINTO JÚNIOR e PIRES, 2001, p. 192).

⁸⁹ Uma das contribuições dessa corrente deve-se a delimitação dos direitos de propriedade. Diante desse assunto, os custos de transação dirigem-se a forma pela qual as transações econômicas são processadas (PINTO JÚNIOR e PIRES, 2001, p. 195).

Igualmente, deve-se considerar que se trata de celebração de contratos incompletos, em virtude da existência da racionalidade limitada dos agentes, decorrente da impossibilidade de se prever todas as contingências futuras. Por sua vez, esses contratos por serem incompletos podem abrir caminho para o comportamento oportunista dos agentes.

No caso de uma concessão, além do contrato não poder prever todos os eventos futuros, existem os interesses conflitantes, quais sejam, o do Poder Concedente em prestar o serviço público dentro de princípios relativos à modicidade tarifária e à continuidade, consoante o interesse público; e o do concessionário de serviço que por ser uma empresa capitalista tem o objetivo de buscar o lucro e retirar o maior proveito econômico possível da atividade concedida.

Daí para se evitar que os agentes concessionários ajam em proveito próprio e prejudiquem a persecução do interesse público na prestação do serviço concedido, a execução do contrato fica sobre o controle da Administração Pública, estabelecendo uma relação do tipo agente-principal.

Portanto, além da preocupação com a formulação do contrato, visto a necessidade de alinhar interesses, o regulador ao fazer às vezes do Poder Concedente, deve durante a execução do contrato, ao editar normas, criar mecanismos que motivem o concessionário a exercer as suas funções da melhor forma possível.

Assim, tem-se o intuito de se reduzir a assimetria de informações, possibilitando que o concessionário ceda as informações necessárias ao exercício da regulação por parte da agência e que os custos envolvidos no monitoramento não superem a eficiência gerada pela fiscalização.

4.2.1.1 Abordagem da NEI sobre as dimensões contratuais

As principais dimensões dos contratos discutidas na NEI são: especificidade dos ativos, risco e frequência (VICCHINI, 2005) (WILLIAMSON, 1985).

A especificidade dos ativos sugere que as estruturas da atividade sob análise não são reempregáveis, por exemplo, ativos específicos, como gasodutos de distribuição de gás natural, são construídos para o desenvolvimento do objeto contratual firmado entre as partes; o uso alternativo, caso exista, terá baixo valor [será acompanhado de perdas].

Ademais, esses ativos também são dedicados, tendo em vista a sua existência ser fundamental para o desenvolvimento das atividades à jusante, sem a infra-estrutura de

escoamento que leve o gás natural para o usuário final não faz sentido se realizar investimentos em exploração e produção, após a declaração de comercialidade (e vice-versa)⁹⁰.

De acordo com Pinto Júnior e Pires (2001, p.196) a presença de ativos específicos torna:

importante a questão do tempo e da identidade dos parceiros, em função da continuidade da transação (...). os agentes envolvidos na transação passam a ter um relacionamento semelhante a de um monopólio bilateral, no qual ambas as partes possuem um determinado poder de barganha e se utilizam do mesmo a fim de buscar para si uma maior participação na 'renda' gerada por este ativo específico.

Dentre as incertezas citadas pelos teóricos da NEI e importantes de serem mencionadas para o presente trabalho, tem-se: o risco de mercado, inerente a todas as atividades e consistente na incerteza no nível de custos e variações de mercado; riscos regulatórios que comprometem a competitividade dos ativos dedicados ou conduzem a atrasos que causam custos de transação; e o risco político associado a ações arbitrárias do governo e à falta de confiança na manutenção das regras estabelecidas (ZAMITH, 2005).

Tais incertezas são diretamente proporcionais aos custos, o que implica, também, no sub-investimento visto a desconfiança dos agentes privados quando estão diante de um ambiente institucional com regras instáveis.

E, finalmente, a frequência consistente na periodicidade de realização de transações pelas partes que ocasiona uma boa reputação, confiabilidade e diminuição dos custos de transação.

No contrato de concessão de distribuição de gás natural canalizado em São Paulo, a cláusula de livre acesso [ou do fim da exclusividade de comercialização] engloba a separação entre a atividade de comercialização [contrato de compra e venda de gás natural] e a de prestação do serviço de distribuição [ativos de distribuição consistente em rede de gasodutos, estação de descompressão etc.]. Dessa forma, outras empresas poderão vender gás natural, desde que utilizando a rede de distribuição do concessionário, que continua o detentor dos ativos referentes aos gasodutos.

Assim, além da dimensão contrato de comercialização, ou seja, da relação entre empresa concessionária e consumidores classificados como livres, um outro efeito dessa cláusula passa a ser a atitude do órgão regulador perante esse contexto que está por vir, isto é, como se dará a continuidade da concessão no tocante ao estabelecimento de regras de entrada de agente [normas sobre a conexão no sistema, regulação da tarifa de acesso etc.].

⁹⁰ O progresso técnico tende a reduzir essa rigidez e permitir uma maior flexibilidade entre contratos e ativos específicos (PINTO JÚNIOR e PIRES, 2001).

Está-se diante de uma relação trilateral, aonde existem contratos de comercialização e um contrato de concessão da atividade de distribuição estabelecido entre poder concedente e concessionário, esse por ser o único agente atualmente na respectiva área de concessão é o único que distribui e vende gás natural [possuidor de exclusividade].

Figura 8 Relações no ambiente contratual [trilateral]

Fonte: Elaboração própria

Dessa forma, retomando o esquema utilizado no Capítulo 2, além dos efeitos no ambiente de contratação privada, tem-se a ação regulatória do Poder Concedente como fundamental para uma transição do monopólio sobre a comercialização para o livre mercado, tanto decorrente da relação (A), quanto (B) e (C).

Portanto, para a relação (B) os parâmetros de análise serão os referentes à especificidade dos ativos, incerteza e frequência. Já para a relação (A), em virtude da transição para o período após efetivação da cláusula de livre acesso [fim da exclusividade na comercialização de gás natural] as ferramentas de análise [atinente ao comportamento do regulador] se cingirão ao arcabouço institucional, ao desenho básico existente, à adoção de um processo pautado nos aspectos de transparência, coerência e consistência intertemporal⁹¹ (PEANO, 2005).

Para fins de análise qualitativa nesse presente trabalho serão consideradas as relações contratuais (A) e (B), bem como o impacto da ação normativa do órgão regulador sobre os pontos (A) e (C).

⁹¹ A conceituação dessas ferramentas encontra-se no Capítulo 3.

4.2.1.2 A comercialização de gás natural canalizado e a abordagem da NEI sobre as dimensões contratuais: concessionários x usuários industriais

Nesse subtópico serão levantadas determinadas hipóteses [argumentos] que sofrerão análise no capítulo 5, baseadas nos parâmetros de análise expostos no subtópico anterior, bem como na doutrina consultada sobre a matéria em foco.

A cadeia do gás natural possui ativos altamente específicos, tendo em vista a rede de gasodutos que se faz necessária para o seu escoamento, inclusive, por demandar investimentos significativos para a sua construção e por atender a usuários com instalações específicas para receber esse energético [o que é variada de acordo com a planta industrial].

Os usuários industriais, por exemplo, ao utilizar gás natural deverão equipar sua unidade de produção com um maquinário próprio e específico, o que demonstra a preocupação com o fornecimento desse insumo.

Tais especificidades podem equivaler ao estabelecimento de contratos de longo prazo. Daí o consumidor poderá escolher outros energéticos ao constatar alguns riscos oriundos de contratos que obriguem a determinado consumo mínimo e que afete a competitividade frente a seus concorrentes pelo uso de outros produtos substitutos mais baratos.

De acordo com Vicchini (2005) a frequência [repetição] desses contratos pode ser considerada baixa, haja vista envolver obrigações ao longo prazo, exatamente, pelo fato de englobar essas especificidades que acarretam contratos que assegurem a demanda e a oferta de gás. Contudo, é importante verificar a efetividade dessa afirmação, pois a frequência pode variar, dentre outros fatores, em decorrência do poder de barganha do usuário final [no caso em tela, o industrial].

Quanto ao vetor incerteza⁹², Vicchini (2005), igualmente, mencionar que existe descompasso de prazos no contrato *take or pay* firmado entre a distribuidora COMGÁS e o carregador [até 2019] com o período de fim da exclusividade, da comercialização [2011], o que ocasiona a tendência da formatação de contratos *take or pay* entre a distribuidora e os

⁹² Outros fatores de incerteza que Vicchini (2005) cita são o de fornecimento do gás, uma vez que a utilização de ativos específicos passa a gerar a dependência da planta industrial por esse energético; a precificação da tarifa de transporte que é relevante no preço final do gás natural; a escassa malha da rede de transporte; a tributação; o papel da Petrobrás por essa ser o principal *player* do setor de gás no Brasil e pelo fato dela ser uma sociedade de economia mista muitas vezes fica à mercê de uma gestão politizada. No presente trabalho somente serão considerados para efeito de análise os riscos de demanda e de fornecimento de gás natural [risco de mercado consistente na variação dos custos e do mercado], bem como o risco regulatório pertinente à credibilidade do regulador perante os regulados.

usuários industriais, visto aquela querer repassar o risco de demanda para esses. Novamente, é importante indagar se essa afirmação condiz com a realidade, e no caso negativo, quais seriam os fatores que relativizam tal constatação assinalada por Vicchini.

Esse autor ao balizar essa opinião corrobora que esse tipo de contrato é mais rígido, daí a não flexibilidade de suas cláusulas afetar diretamente os custos do usuário industrial e indiretamente a sua rentabilidade, o que gera um impacto negativo sobre o consumidor na sua opção de utilizar o gás natural por mais que esse seja competitivo e eficiente frente aos energéticos substitutos (VECCHINI, 2005).

Portanto, a escolha do usuário industrial de se tornar usuário livre, do que se depreende do estudo desse autor, dependerá de inúmeros fatores que ainda não estão definidos, mas que pelo lapso temporal restante estarão na pauta de análise do órgão regulador, com vistas a gerar o efeito inicialmente almejado, qual seja, o de se criar uma maior competição nesse setor por meio da separação entre distribuição e comercialização. Daí a proposta das entrevistas realizadas e analisadas no Capítulo 5, também, relaciona-se a traçar o perfil desses atributos teóricos de forma empírica no setor de distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo.

4.2.2 NEI e o ambiente regulatório na distribuição de gás natural canalizado: a implementação da cláusula de livre acesso

Os objetivos da regulação de utilidades públicas circunscrevem-se a encorajar investimentos, por proporcionar regras que são amplamente entendidas como justas, que permitam o retorno do investimento e que inspirem confiança na estabilidade do ambiente de negócios (SPILLER e LEVY, 1993).

Ou seja, as instituições regulatórias são vistas, nessa dinâmica, como meios de redução das incertezas inerentes às relações contratuais de longo prazo, haja vista possibilitar a adequação dos contratos às contingências que possam surgir posteriormente à sua assinatura. Assim elas servem como instrumentos de redução do potencial de comportamentos oportunistas, ao dar segurança jurídica à realização de investimentos [transações] e ao impor a observância de obrigações, sob pena de cominar punições.

Para que essas instituições cumpram verdadeiramente as suas funções, ou seja, para que inspirem confiança e possibilitem a realização dos investimentos e a alocação da eficiência esperada [atuação do regulador como forma de reduzir os custos de transação], faz-

se necessário que a atuação do regulador e que a política delineada para o setor sejam baseadas em premissas de sustentação do modelo regulatório escolhido, dentro de determinados parâmetros.

Assim, segundo estudo de Spiller e Levy (1993) o **detalhamento regulatório** deve pautar-se no **desenho básico** e na **herança institucional do setor**. Dessa maneira, os casos estudados pelos autores no setor de telecomunicações [Argentina, Chile, Jamaica, Filipinas e Reino Unido] revelaram que cada país é um caso em particular visto as diferenças culturais, históricas, políticas, econômicas etc. e que a não observância desses aspectos acarretam a ineficiência do modelo regulatório. Nesse sentido, esses autores ressaltam que o sucesso ou o fracasso da privatização se deve a excelência do ajuste regulatório com cada instituição política e jurídica desses países.

Por isso a análise do comportamento do regulador e da escolha regulatória passa a ser importante para a compreensão do *trade off* entre a flexibilidade contratual e o comprometimento regulatório [o respeito às regras estabelecidas].

Assim, além do desenho básico e da herança institucional, outros parâmetros devem nortear a atuação do regulador a fim de se criar um ambiente confiável, quais sejam, a sua **capacitação técnico-administrativa**, o **grau de maturidade da indústria no país**, a **consistência intertemporal das intervenções**, a **coerência das decisões do regulador** com a construção de uma doutrina regulatória; e a **transparência** com que são executados os processos regulatórios (PEANO, 2005). A existência desses atributos na atuação do órgão regulador permite o alcance de sua credibilidade como árbitro de conflitos (PINTO JR. e PIRES, 2001).

O **arcabouço institucional** herdado da indústria de gás natural demonstra a atuação vertical e horizontal da Petrobrás [ausência de custos de transação e internalização das relações contratuais], que priorizou nos primórdios da atividade de comercialização de gás natural o segmento industrial, em razão das economias de escalas que proporcionavam o rápido retorno do investimento.

Igualmente, verifica-se a existência de determinados entes com funções de regulação como o Conselho Nacional do Petróleo [CNP], sem olvidar o Ministério de Minas e Energia com os seus planos setoriais de tentativas de instigar a criação de um mercado de gás; o Departamento Nacional de Estoques de Combustíveis [DNC]; bem como uma legislação incipiente [Portaria nº 1.061, de 08 de agosto de 1986, do Ministério de Minas e Energia, que dispôs sobre a produção, transporte, distribuição, consumo, importação e exportação de gás natural]. Tais instituições e normas ao final dos anos oitenta **não tinham contribuído de**

forma efetiva para o desenvolvimento de uma indústria nacional de gás no Brasil [grau de maturidade da indústria no país], o que se nota dos meros 2,1% de participação do gás natural na matriz energética nacional em 2001.

Especificamente no Estado de São Paulo, a herança institucional envolve períodos em que a distribuidora local teve experiências como empresa privada e outras como empresa pública, bem como períodos históricos que contribuíram para **um bom patamar de maturidade da indústria de gás natural local, apesar da percentagem de participação de gás na matriz energética estadual em 1995 corresponder a apenas 1,3% [gás natural + gás de nafta]** (GOMES, 1996, p.127). Ou seja, a utilização do gás manufatura do carvão para a iluminação, dentre outros fatos históricos, inseriu uma faísca de cultura de consumo local do gás natural [Cf. Apêndice A].

Como já foi dito, em se tratando de indústria de gás natural, constitucionalmente, o art. 177 prevê a cadeia do gás natural como de monopólio da União, excetuando-se a distribuição de gás natural que é de alçada dos Estados [art. 25, parágrafo segundo]. Tais dispositivos como também já foi lembrado, foram modificados ao longo da década de noventa, alterando de forma normativa o modelo institucional anterior.

No que tange ao mundo dos fatos, a literatura consultada registra que Petrobrás continuou fornecendo gás diretamente ao setor industrial [exceção São Paulo], todavia, esse quadro permaneceu somente até por volta dos anos 1996 e 1997, momento em que os Estados-federados começaram a estruturar suas empresas concessionárias locais e que a Petrobrás passou a ser acionista [junto com o governo dos Estados] em quase todas essas distribuidoras locais.

Já no caso de São Paulo, a herança institucional e o desenho básico, a partir de 1996, aportam um Programa Estadual de Desestatização, que, aos poucos, alterou a estrutura das companhias públicas e dos órgãos estatais, especificamente, do setor de energia elétrica e de gás natural canalizado; posteriormente, em 1998 instituiu-se um órgão regulador vinculado a Secretaria de Energia para cuidar desse setor. Constata-se, ainda, que esse Estado se antecipou a legislação geral de concessões de 1995 e editou norma nesse sentido em 1992. No que toca a distribuição de gás canalizado as concessões foram regulamentadas em 1998 por meio de um decreto consubstanciado na Lei Estadual de Desestatização e na Lei Estadual de Concessões.

Ocorreram, então, as concessões de prestação dos serviços públicos de gás canalizado em São Paulo sob uma base bem estruturada em termos normativos. Ou seja, criaram-se

mecanismos prévios de fiscalização, controle e regulação pautados em um arcabouço com competências bem definidas, legítimas e de acordo com o princípio da legalidade.

O PED determinou a divisão do Estado em três áreas de concessão, o que foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 44.399/98. As três empresas concessionárias são Companhia de Gás de São Paulo [COMGÁS], Gás Natural São Paulo Sul e a Gás Natural Brasileiro⁹³ [Cf. Capítulo 2]. Essas empresas são multinacionais com ampla experiência internacional no setor de petróleo e gás natural. Participam em quase todos os elos da cadeia desses energéticos (integradas verticalmente e horizontalmente) ao redor do mundo. O órgão regulador é a CSPE que tem as funções de fiscalizar o cumprimento do contrato de concessão, das atividades das distribuidoras locais, editar normas, dentre outras [Cf. Capítulo 3].

No tocante à configuração jurídica do órgão regulador [sob o regime de Direito Público, sendo uma autarquia estadual sob regime especial], a herança institucional tem como base, também e dentre outros aspectos, o controle legislativo, o do Tribunal de Contas do Estado; o do judiciário, haja vista qualquer lesão a direito ser passível de intermediação desse órgão; o do Ministério Público; além do controle popular, por meio da participação em audiências e consultas públicas, dentre outros, como a possibilidade de interposição de ação popular. Ademais, destacam-se as características jurídicas das agências consistentes nas seguintes autonomias: **administrava, política, financeira, de gestão de recursos humanos e técnica** como reforços à credibilidade das agências e, em particular, da CSPE.

Igualmente, o poder normativo desses órgãos se baseia na flexibilidade necessária ao processo de regulação técnica, econômica e jurídica [discricionariedade técnica e especialidade] desse setor, visto a adequação das contingências que possam advir após o firmamento dos contratos de concessão, porém ficam restritos ao que estiver disposto em lei, o que confere, a princípio, estabilidade [segurança jurídica], consistência intertemporal e coerência às normas a serem emitidas.

Por ser órgão público, a CSPE, deve ter suas ações pautadas na transparência e na publicidade de seus atos [autarquia submetida ao Direito Público], agindo dentro de um procedimento administrativo, inclusive, com a previsão do contraditório, da ampla defesa e motivação das suas decisões, bem como segundo a sua **capacitação técnico-administrativa, ao bem de exercer as suas funções públicas de persecução do interesse coletivo**.

Em relação ao desenho básico do setor de gás natural, tem-se que nas atividades de pesquisa e produção, o regime jurídico de concessão de uso de bem público; e, nos segmentos

⁹³ Essas empresas foram detalhadas no Capítulo 2.

de transporte, importação e exportação, o de autorização, tais segmentos são disciplinados pela Lei Federal 9.478/97 [Lei do Petróleo], são consideradas atividades econômicas e têm como órgão regulador a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis [ANP].

Por sua vez, os **serviços públicos de distribuição de gás canalizado** são de competência dos Estados-Federados, são regidos pelas Leis Federais 8.987/95 e 9.074/95, pela legislação suplementar do respectivo Ente Político prestador do serviço público e, por conseguinte, esses serviços devem atender, dentre outros, aos princípios da continuidade, igualdade dos usuários, mutabilidade do regime e modicidade tarifária. Assim, como desenho básico do setor de distribuição, têm-se as Constituições Federal e Estadual, legislações federal e estadual, os contratos de concessão e as demais normas emitidas pelo órgão regulador.

Com relação ao fim do período de exclusividade no fornecimento e na movimentação do gás natural, percebe-se que no desempenho de suas funções regulatórias, a CSPE deverá se basear nos aspectos acima delineados, reforçando-se os parâmetros de **transparência, coerência, consistência intertemporal**, sem esquecer o **arcabouço institucional** e o **desenho básico do setor**.

Esse órgão, ainda, deve considerar a **maturidade da indústria** e, nesse caso em particular, impõe-se enxergar a cadeia de gás natural e visualizar questões como: suas deficiências concorrenciais na indústria gasífera [como: quantidade de agentes no *upstream* e no *downstream*, restrições verticais e subsídios cruzados existentes etc.], o comportamento dos produtos substitutos, o poder econômico detido pelos agentes atuantes nessa indústria, a implementação do livre acesso no transporte, a atuação normativa da ANP no que toca à criação de um ambiente competitivo, o impacto desses fatores nos segmentos de distribuição e de comercialização etc.

Dessa forma, o rol de tarefas normativas [da CSPE e da Assembléia Legislativa] com o fim do período de exclusividade da comercialização será, dentre vários pontos, a definição da **tarifa de acesso e de interconexão** à rede de distribuição, visto as empresas locais de distribuição continuarem responsáveis pelo recebimento, movimentação e entrega do gás através das suas redes de gasodutos; não esquecendo da **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro** e da **modicidade tarifária**; a forma **como ocorrerá a entrada de firmas na atividade de comercialização** e se haverá **liberdade de preços** ou se **continuará existindo tarifas reguladas** para os usuários livres; a **construção de uma doutrina regulatória sobre o livre acesso à rede de distribuição**; o **monitoramento do mercado de**

comercialização, a definição dos direitos e das obrigações dos agentes comercializadores, dos consumidores livres e das distribuidoras locais etc.

Esse quadro concorrencial traz em si algumas vantagens, como a liberdade de escolha do fornecedor e busca da melhor proposta por **parte do usuário livre**, sendo preponderante o preço final do gás natural para fins de aquisição e de utilização; além de outros benefícios consistentes em uma maior quantidade de agentes participando do mercado e incrementando oferta.

Por outro lado, as desvantagens se cingem à necessidade de rigoroso controle sobre os fornecedores e às incertezas, de certa forma pontual, quanto aos preços (hoje tarifados pela CSPE); a outros detalhes regulatórios sobre o livre acesso à rede de distribuição, visto a ausência de uma maior experiência regulatória a respeito desse assunto no país gerar cautela a respeito de qual será a melhor conformidade normativa a ser dada à matéria. Tais fatos demandam um custo regulatório e um custo social, na medida em que os setores que vão continuar como cativos poderão ser esquecidos do processo.

Daí a alta sensibilidade do período de transição para o fim da exclusividade da comercialização levar a crer na importância da atuação do regulador dentre os parâmetros aqui apontados, igualmente, na edição de uma lei estadual que ao inovar na ordem jurídica permita a atividade normativa do regulador, sem descuidar da preponderância do interesse público sobre o particular, dentre os fatores que deverão influenciar em suas escolhas regulatórias [discricionariedade técnica e especialidade].

5. ESTUDO DE CASO DOS CONCESSIONÁRIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO E CONSUMIDORES INDUSTRIAIS

Nesse capítulo são apresentados os resultados das entrevistas com representantes do órgão regulador, dos três concessionários e dos usuários industriais⁹⁴. O objetivo da realização dessas entrevistas foi verificar como esses agentes estão se preparando para a implantação do livre acesso à rede de distribuição, bem como extrair elementos de análise dentro dos parâmetros explanados no Capítulo 4.

Nos Capítulos 2 e 4 através de uma pirâmide relacional foi possível demonstrar os efeitos trilaterais do contrato de concessão, em que se buscou corroborar hipóteses extraídas das consultas à literatura sobre os atributos dos contratos perante a Economia dos Custos de Transação, bem como os parâmetros aplicados à montagem de uma boa reputação do regulador diante dos problemas apontados na Teoria da Agência.

A metodologia empregada na construção das entrevistas consistiu na utilização desse referencial teórico para se direcionar as questões feitas aos agentes [regulador, concessionários e usuários industriais], além de como os agentes estão se preparando para o livre acesso, e, no caso dos usuários industriais, se eles enxergam benefícios e quais as possíveis motivações de se tornarem usuários livres. As entrevistas mesclaram tanto essas perguntas abertas, quanto outras que, paulatinamente, surgiam com vistas a alguns esclarecimentos sobre esses questionamentos.

O exame dessas entrevistas abarcará o método de análise de discurso, para se extrair as tendências, captar e avaliar as reais intenções dos agentes, proceder à comparação das afirmações dos agentes com os dados da realidade, enfim procurar o sentido das respostas e selecioná-las dentro dos parâmetros apontados pelo referencial teórico.

Dessa forma, a análise feita é do tipo qualitativa e se baseou nas hipóteses [argumentos] levantadas nos capítulos anteriores e de uma grade aberta, pretende-se extrair dos discursos dos entrevistados um quadro de tendências para a futura composição da regulação do livre acesso no setor de distribuição de gás natural canalizado.

Os trechos destacados são orações extraídas dos discursos dos entrevistados. O negrito foi utilizado para destacar palavras-chaves. Foram feitos cortes identificados por esse símbolo (...), mas é importante salientar que se tentou reproduzir *ipsis litteris* as opiniões dos

⁹⁴ Quanto aos usuários industriais, a amostra de entrevistados foi oito. Não foi possível realizar as entrevistas pessoalmente. Não se tem o propósito de generalizar as tendências aqui expostas.

entrevistados. A não identificação dos entrevistados foi uma escolha da autora, a fim de direcionar os comentários de forma impessoal.

5.1 Análise da visão do órgão regulador [CSPE]: preparação para o período de livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado

A entrevista realizada com um representante do regulador demonstrou que, ainda, não existe um estudo formal sobre a forma de implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás canalizado. Na verdade, existe **um aprendizado proveniente do setor elétrico**, mas no que se refere ao setor de gás natural os estudos somente começarão esse ano, apesar de já existir uma noção do que deve ser definido. Para tanto, o representante acredita que o regulador pretende utilizar experiências de outros países, a contratação de consultorias e a realização de estudos internos ao órgão.

Sobre o momento de definição da metodologia de aplicação da tarifa de uso do sistema de distribuição, pode-se extrair o seguinte trecho da entrevista:

A idéia é que a metodologia esteja completa por ocasião da segunda revisão tarifária, que se dará no décimo ano da concessão, como o livre acesso é a partir do décimo segundo ano da concessão, então as regras estão prontas nesse período, ou seja, esse se dará dois anos após a revisão tarifária, o que acredito ser bastante tempo para os agentes se adaptarem a essas novas mudanças.

Observa-se que o regulador pretende realizar a análise da definição da tarifa de uso da rede de distribuição de gás canalizado, efetivamente, a partir da segunda revisão tarifária da Comgás que ocorrerá em 2009. Como o livre acesso está previsto, nesse caso, para acontecer a partir de 2011, haverá tempo para os agentes se adaptarem, o que não impede a construção de elementos anteriores de aferição de um modelo de regulação do livre acesso que considere as características do mercado de gás natural no Brasil. Isso é um importante indicador de que o regulador prevê a necessidade de um período adequado de transição de regras, em que se fará necessário o esclarecimento dos efeitos da abertura aos agentes [direitos e garantias de propriedade, deveres dos comercializadores etc.].

A edição de uma lei estadual que trate da comercialização de gás natural canalizado também há de ser cogitada para 2010, ou seja, após a segunda revisão tarifária da Comgás, momento esse em que os estudos, as análises e as constatações já feitas pelo órgão regulador deverão servir como fundamento para dirigir o conteúdo dessa lei, bem como antes do ano

eleitoral 2010 que demandará a eminência de outras urgências para o legislador. A partir daí o marco regulatório inicial para a atividade de comercialização de gás natural já estará delineado e proporcionará a devidamente legalidade dos procedimentos seguintes realizados por parte do órgão regulador. Essa argumentação demanda a participação de alguns legisladores estaduais pertencentes a uma comissão especial sobre a matéria em comento [ou dentro de outro procedimento que seja crível respeito o Processo Legislativo Estadual], o que permite inferir a necessidade de uma articulação anterior do órgão setorial com o Poder Legislativo Estadual para a construção e a edição dessa lei em virtude do conhecimento adquirido pelo órgão regulador acerca do funcionamento do mercado de gás natural, sobretudo, do comportamento dos agentes econômicos ao longo do tempo.

Essa atitude trará a vantagem de permitir a existência de uma lei estadual que reflita a necessidade real de concorrência para o mercado de gás natural canalizado em São Paulo, o que melhora a percepção de aplicabilidade da lei e de minimização do custo regulatório, ou seja, a lei já estará dentro do aprendizado regulatório da CSPE, não necessitará de grandes modificações nos procedimentos desse órgão, isso também é uma sinalização favorável para o mercado [agentes econômicos e usuários que desejam ser livres].

Por outro lado esse modelo poderá trazer a desvantagem de uma lei com conteúdo eminentemente favorável aos agentes regulados e desfavoráveis aos usuários livres [ou vice-versa] ou ainda desfavoráveis aos entrantes [futuros comercializadores] e favoráveis ao atual concessionário [ou vice-versa], porém isso pode ser aferido pelo legislador estadual a partir do exame da atuação do órgão regulador [CSPE] ao longo do tempo e durante a elaboração da norma no processo de composição de interesses dos diversos agentes econômicos e dos usuários. Daí a participação de representantes dos usuários que desejam se tornarem livres, dos atuais concessionários, dos entrantes [futuros comercializadores], de representantes que continuarão cativos, do Ministério Público [na defesa dos interesses difusos dos consumidores de gás natural no Estado de São Paulo], de outros órgãos públicos, em especial do SBDC, e de outros representantes desses grupos citados, poderá minimizar esse efeito negativo por conter uma diversidade de pressões que deverão se ajustar.

Há de se lembrar que, pela lei ser geral e abstrata, o conteúdo de uma lei estadual de comercialização de gás natural se cingirá a determinados pontos que traga inovação na matéria e de uma forma que permita a atuação posterior do órgão regulador dentro de suas funções delineadas na legislação atual. Por exemplo, um artigo que determine a remuneração da rede de gasodutos do concessionário de distribuição local por meio de um preço de acesso pago pelo comercializador, deverá conter um comando que permita a edição de norma

posterior por parte do órgão regulador onde esteja de forma transparente a fórmula com todos os indicadores, integrantes do preço de acesso, definidos, a fim de que esse exerça as suas funções dentro de premissas posteriores que sejam plausíveis [preço de acesso regulado].

Ademais, a presença dos órgãos pertencentes ao SBDC durante a audiência pública de revisão tarifária da Comgás, bem como anterior a esse ano [2009], com o intuito de colaborar na construção do modelo de regulação do livre acesso que agregue o aprendizado do SBDC sobre as estruturas e as condutas previstas na legislação antitruste com o conhecimento da CSPE sobre o comportamento do mercado local de gás natural canalizado, permitirá que o modelo de regulação da atividade de comercialização e de distribuição após o livre acesso não reste frustrado por práticas anticoncorrenciais como, por exemplo, o uso do preço predatório⁹⁵ por parte do atual agente econômico.

Na figura 9 [abaixo], encontram-se os pontos citados pelo entrevistado que deverão ser levados em consideração para a modelagem da regulação do livre acesso e que sinalizam o conteúdo da legislação a ser editada [formando o desenho básico da comercialização e dentro do desenho básico da distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo]. Onde deve se retirar uma clareza a respeito da estrutura do comercializador e dos direitos do distribuidor, bem como algumas questões que devem estar contidas em lei para posterior regulação por meio de normas editadas pela CSPE [resoluções].

a) Figura do comercializador delineado com uma estrutura leve, ou seja, sem possuir ativos de distribuição de gás natural canalizado;b) Tarifa de uso do sistema de distribuição que reflitam os custos de operação, manutenção, amortização e remuneração pelos investimentos desse sistema;c) Não está definido se a tarifa será postal ou por trecho, bem como de que forma se aplicaria, se seria única na área de concessão;d) Disciplina do uso da rede, o sistema possui capilaridade que favorece os excedentes de capacidade [para questões de pico, valoriza-se o uso mais homogêneo da rede];e) Obrigações no âmbito do contrato de concessão permanecem.

Figura 9 Definições de indicadores para o livre acesso

Fonte: Elaboração própria a partir de entrevista realizada ao representante do regulador

Os pontos (a), (b) e (e) demonstram uma correlação entre a modelagem do livre acesso [fim da exclusividade da distribuidora na atividade de comercialização] com o ajustado no contrato de concessão de distribuição de gás natural canalizado e com a legislação

⁹⁵ Segundo a Portaria SEAE n. 70, de 2002, preço predatório “se verifica quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo”.

referente ao setor de distribuição de gás natural canalizado, o que infere uma sinalização por parte da agência de que a regulação a ser editada irá seguir uma coerência e consistência intertemporal. Contudo, para que os métodos empregados sejam compatíveis entre si e com os aspectos existentes no contrato de concessão [coerência], os quais representam restrições ao modelamento do livre acesso, será necessária, como já se frisou, a promulgação de uma lei que trate da estrutura geral da atividade de comercialização, formando o desenho básico desse segmento.

Igualmente, para que a metodologia de regulação do livre acesso empregada ocasione a estabilidade do processo regulatório [consistência intertemporal] é importante a conciliação de uma flexibilidade inerente às condições do mercado de gás natural e o respeito às regras estabelecidas, por isso que a formatação de uma lei generalista e a, posterior, edição de normas infralegais acompanhadora da evolução desse mercado permitem concluir positivamente pela boa credibilidade do regulador, inclusive, não acarretando a posterior contestação perante o legislativo e o judiciário.

Para tanto, far-se-á imprescindível a utilização de mecanismos que diminuam a assimetria de informações. Nesse sentido, o modelo de São Paulo ao prever três empresas concessionárias apresenta a vantagem de possibilitar a comparação dos resultados dessas empresas, além dos acompanhamentos econômico-financeiros, contratuais e de mercado já feitos pela CSPE ao longo desses anos.

No que tange à transparência, a utilização do segundo ciclo de revisão tarifária da Comgás [momento inicial que deve se colocar em pauta a harmonização da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão com as regras do livre acesso] para se abordar o tema de remuneração do concessionário por possíveis terceiros interessados em utilizar a rede de distribuição é uma boa sinalização por parte do órgão regulador que irá agregar a definição da tarifa dos diversos usuários, inclusive, dos setores que continuarão cativos com a configuração inicial do livre acesso.

Por isso a discussão dos parâmetros que farão parte do preço de acesso, de interconexão e demais nuances do processo de regulação tarifária do livre acesso para o ano de 2011 já deverá ser levantada na ocasião do segundo ciclo de revisão tarifária da Comgás [tópico (c) da Figura 9], porém no tocante ao uso da rede, acredita-se que o momento oportuno para se definir esse sistema será antes de 2011 [tópico (d) da Figura 9]. Vale ressaltar que nesse trabalho foi considerada a adoção do modelo de acesso regulado como diretriz a ser seguida pela CSPE, diferente do acesso negociado [Cf. Apêndice C].

Todavia, uma boa dose de prudência será necessária em razão dessa sinalização do regulador poder causar retração dos investimentos na construção e na expansão da rede de distribuição, bem como de a empresa atualmente concessionária poder tentar maximizar suas rendas de monopolista e criar enormes barreiras à entrada, a partir da demonstração de um maior custo de remuneração do acesso à rede de distribuição [do que o realmente existente].

Diante desses argumentos, é recomendável que durante a definição do segundo ciclo tarifário da Comgás, o regulador já tenha a sinalização dos usuários que pretendem se tornar livres para ter uma noção aproximada do impacto econômico-financeiro para compor a sua manutenção e não prejudicar os setores que continuarão cativos e os quais as características de serviço público se manterão intactas.

5.2 Análise da visão da CSPE: expansões da rede de distribuição de gás natural após o período de livre acesso

No tocante às obrigações do concessionário, durante a entrevista o representante do regulador frisou o dever desse agente proceder às extensões de rede quando assim o exigir a demanda pela prestação do serviço de distribuição, por exemplo, a solicitação de um consumidor. Nesse sentido, *ipsis litteris*:

A concessionária tem a obrigação de expandir a rede física sempre que houver demanda para isso, e não seria diferente no caso da comercialização, se uma rede estiver saturada, ela deverá construir outra, ampliar, essa obrigação permanece no âmbito do contrato de concessão (...). Se em alguma ocasião tiver demanda para um consumidor de gás e ocorrer a restrição ao acesso, será exigido que o concessionário construa. A não ser que aquele trecho não tenha rentabilidade (...). A tarifa de distribuição deve ser suficiente para remunerar a concessionária.

As expansões de rede estão previstas no contrato de concessão [cláusula sexta]. Ocorre possibilidade de negativa da expansão quando essa se mostrar economicamente inviável, o que deverá ser comprovado pelo concessionário [e atinja, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato]. Sendo, inclusive, permitida a participação econômica de terceiro na expansão da rede, que no caso não entraria para fins de indenização ao término da concessão. A definição de direitos e de obrigações é importante cláusula contratual e que deve ser respeitada pelas partes, o que proporciona uma visão de coerência por parte do discurso do agente regulador.

Ademais, ao se focalizar o setor em comento como de serviços públicos, pela matéria ser afeta ao Direito Público, a princípio, o poder concedente pode rever a equação de equilíbrio econômico-financeiro em benefício da disponibilidade do serviço a um maior número de consumidores. Há de se frisar que o descumprimento de cláusulas contratuais poderá ensejar a caducidade da concessão e a retomada da prestação do serviço por parte do Poder Público. Entretanto, o concessionário detém os conhecimentos sobre os custos de sua atividade e como a negativa da expansão de rede ocorrerá quando essa se mostrar economicamente inviável, há uma possibilidade do concessionário criar justificativa de inviabilidade econômica a partir de informações errôneas [assimetria de informações]. Essa atitude afastará o inadimplemento contratual e causará o sub-investimento do setor de distribuição de gás natural canalizado.

Em estudo sobre o preço de acesso, Kerkis (2004) explica que a ampliação da rede de distribuição está diretamente relacionada à existência de regras que garantam a amortização do investimento. Nessa linha e dentro de uma perspectiva de uma Administração Pública consensual, portanto, faz-se relevante o estabelecimento de um preço de acesso e de interconexão que possibilite a construção e a ampliação do sistema de distribuição, sob pena do sub-investimento do setor.

Quanto à manutenção das condições do equilíbrio econômico-financeiro, inicialmente estipulado pelas partes, o entrevistado deu a entender que essa cláusula estará imaculada, visto o concessionário vir a ser remunerado pela prestação de atividade de distribuição. Ou seja, a parcela referente ao valor de venda do bem energético não prejudicará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o qual será mantido por meio de remuneração pelo uso da rede [o preço de acesso e de interconexão deverão guardar uma relação direta com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão].

Do ponto de vista estritamente econômico para a concessionária, pelo menos do ponto de vista teórico, deveria ser neutro o *by pass*, pois as redes vão ser remuneradas, se ela não tem interesse no gás, se outro comercializa o gás e ela tem uma margem justa e correta, não há problema.

A receita do concessionário no cenário de livre acesso, além da comercialização realizada nos segmentos cativos e outros que não se declarem livres, virá da tarifa de uso da rede de distribuição por parte de terceiro interessado e devidamente definida pela CSPE e, portanto, esse valor de acesso⁹⁶ e o faturamento proveniente dos setores cativos [dentre outros

⁹⁶ Nesse trabalho valor de acesso equivale aos custos de terceiro se interconectar ao sistema de distribuição [preço de uso da rede de distribuição incluindo o preço de interconexão].

usuários] devem ser calculados a fim de verificar a sua adequação às condições de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. No período de transição e após, possivelmente, os concessionários continuarão no negócio de comercialização. O faturamento e a atual posição deles no mercado de comercialização levam a crer isso, o que coloca o valor do acesso como ponto crucial no processo de regulação do livre acesso e de formatação de um ambiente mais competitivo em virtude do atual poder de monopólio detido pelos concessionários.

5.3 Análise da visão da CSPE: integração vertical

Em relação à integração vertical, o representante do órgão regulador entrevistado identificou problemas atinentes à maturidade da indústria de gás natural no Brasil e ao arcabouço institucional herdado, esse contando com a forte presença da Petrobrás. Porém, ressalta-se que, nesse momento, o entrevistado não fez referência a nenhuma empresa concessionária especificamente, mas somente à Petrobrás⁹⁷. No trecho abaixo é possível visualizar que o entrevistado percebe a dificuldade de inserção da concorrência no setor de distribuição de gás natural visto ser tratar de uma indústria de rede com atividades anteriores interligadas e dificuldades de implantação de um livre acesso no transporte [etapa anterior à distribuição – Cf. Apêndice B].

O problema ocorre quando você tem uma companhia muito integrada para fazer o *by pass*, ela mesma que vende o gás para ela mesma, e que revende, ela certamente quando tem um *by pass*, estou supondo que tenha livre acesso no transporte, é possível que o cliente venha a comprar o gás de outro. Aí a companhia que não é distribuidora, mas é do mesmo grupo, vai deixar de vender gás. No conjunto aquele grupo econômico vai acabar tendo ter redução de receita, aí é mais complicado, mas de qualquer forma é a competição possível no sistema de distribuição já que a rede é monopólio natural. É uma medida que incentiva buscar preços menores e o consumidor só pode ser beneficiado.

A integração vertical ao acarretar a minimização dos custos de transação pela empresa produtora, bem como por fornecer garantias totais de fornecimento de gás, pode levar o concessionário a continuar firmemente na atividade de comercialização de gás natural. Além disso, as empresas que atuam como concessionárias no Estado de São Paulo possuem ativos em exploração e produção [Cf. Capítulo 2], bem como têm, ao redor do mundo,

⁹⁷ É importante refletir sobre qual o papel da Petrobrás no setor de gás natural [bem como de energia como um todo], pois apesar das reformas constitucionais terem transformado-a em mais um agente econômico do mercado de petróleo e de gás natural, percebeu-se ao longo dos anos posteriores a tais reformas, que a Petrobrás exerce funções que vão além do papel de uma empresa privada, ora pelo poder econômico que detém, ora por causa da sua utilização como política de governo [por ser sociedade de economia mista].

experiências de integração vertical. Isso permite inferir que durante a formatação do modelo de livre acesso é fundamental enxergar as barreiras à entrada criadas pelos próprios concessionários atuais.

5.4 Análise da visão da CSPE: problemas institucionais ligados à implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado

No que diz respeito à análise do arcabouço institucional da indústria de gás natural no Brasil, o entrevistado da CSPE focalizou o enfraquecimento da ANP como um ponto a ser considerado. No trecho a seguir vislumbra-se a opinião desse agente em relação à legislação federal do mercado de petróleo e de gás natural, qual seja, a Lei nº 9.478, de 1998, igualmente uma visão geral da distribuição de gás natural ao longo dos Estados brasileiros.

Do ponto de vista federal, a legislação é fraca, a ANP tem pouca estrutura, poucos recursos, é um sistema que vai indo, mas está longe de uma situação ideal, onde teve desenvolvimento de gás de fato, São Paulo e Rio de Janeiro, onde as concessões são privadas, uma expansão enorme, companhias saudáveis, com capacidade de investimento, alavancar recursos, fazer redes.

Em seu discurso o entrevistado ressalta o desenvolvimento dos mercados de gás natural em São Paulo e no Rio de Janeiro como uma decorrência do modelo utilizado nesses estados, qual seja, a concessão a empresas privadas, teoricamente, saudáveis e com capacidade de disponibilizar recursos financeiros para a expansão do sistema de distribuição.

Todavia, esse argumento deve ser visto com ressalva, em função da herança institucional, da maturidade de rede existente nesses estados, do mercado de consumo, dentre outros fatores de cunho político, histórico, cultural e econômico. O Estado de São Paulo, assim como o Rio de Janeiro, possuem histórico no uso do gás natural, o que proporcionou uma certa densidade de rede, experiência das instituições em relação ao mercado, que, por conseguinte, auxiliou a montagem do aparato legislativo com a previsão de livre acesso que desembocou no conteúdo competitivo da regulação atual do setor nesses estados, especialmente, em São Paulo.

Dáí considerar que os demais Estados da Federação não obtiveram êxito em decorrência da presença de capital público no arranjo societário das empresas concessionárias deve ser relativizado, ou seja, existem outros fatores determinantes para o não desenvolvimento do mercado de gás natural no nível de São Paulo em outros estados brasileiros que não somente o arranjo institucional das empresas concessionárias. O consumo

de gás natural em São Paulo está ancorado no parque industrial, no desenvolvimento econômico desse estado que não pode ser suplantado para outros estados brasileiros. O modelo de São Paulo reflete as condições econômicas, políticas, sociais, históricas e culturais desse estado. O sucesso desse modelo se deve a essas condições e não a concessões privadas. Na verdade essas concessões são decorrências desses fatores de desenvolvimento do mercado de gás natural nesse estado.

Em relação a ANP, a visão do entrevistado deve ser ponderada por duas linhas, a primeira consistente de que a ANP é entidade autárquica especial e que possui autonomia financeira. Assim, além de dotações orçamentárias próprias, esse ente conta com recursos provenientes de fiscalização, bem como de outras fontes de receitas. O que em tese demonstra uma estrutura, porém, atualmente, em virtude da política governamental para o setor de petróleo e de gás natural, a ANP tem sido enfraquecida, dentre outros fatores, pelo contingenciamento de recursos.

Contudo, tem-se um segundo ponto, a saber, o arcabouço institucional herdado pelo país no tocante a forte presença da Petrobrás durante décadas exige um período de transição e de revisão de paradigmas; e, a experiência demonstrou que não seria por meio de uma reforma normativa, nem em uma década, que isso mudaria.

Além disso, o Estado brasileiro ao realizar as reformas ao longo da década de noventa não percebeu o custo regulatório como um fator decisivo a ser considerado na abertura do setor, nem deu o grau de importância necessário à montagem dos alicerces do processo de regulação no país. A reforma foi imposta sem a menor discussão da sua viabilidade.

Em relação à Lei do Petróleo, essa cuida da cadeia do gás natural excetuando a distribuição de gás canalizado. No que diz respeito à compreensão do setor de gás natural como uma indústria de rede essa lei é fraca, no entanto no que se refere à indústria minerária que compreende exploração, desenvolvimento e produção, encontra-se de acordo com as práticas usuais da indústria internacional [Cf. Apêndice A].

No que atine ao livre acesso no transporte, o entrevistado, no trecho abaixo, aborda ser a lei o instrumento mais indicado para cuidar da matéria, haja vista os atos administrativos não conterem um efeito vinculativo que o setor necessita. Igualmente, que a concessão é a ferramenta a ser utilizada pela agência reguladora, ao invés da autorização que por apresentar teor precário, acarreta o sub-investimento; e, que o livre acesso no transporte é uma “pré-condição” para o êxito do livre acesso na distribuição [modelo São Paulo].

Aliás, perante uma indústria de rede, essa afirmação de livre acesso no transporte como pré-condição do livre acesso na distribuição deve ser considerada como diretriz para a implantação de uma legislação federal e estadual coerente como um todo. Por isso, a maior parte dos Estados brasileiros que não contam com essa previsão de livre acesso na distribuição guarda uma incoerência com a legislação federal, o que prejudica o desenvolvimento do mercado de gás natural ao médio e ao longo prazo⁹⁸.

(...)é preciso o livre acesso, que agora foi até publicado, mas que seja estabelecido por lei, pois os regulamentos já se viram no passado que não funcionam, funcionam precariamente, mas é uma abertura, espero que no futuro seja concessão, para ter mais força, os ativos de gasodutos, pois o sistema de autorizativo não dá grandes poderes à agência reguladora para dirimir e resolver questões, com força de agência reguladora, como é na distribuição, quando o regulador decide alguma coisa decide pra valer e não ficam quatro anos, em processo de retira, coloca, leva para audiência, e depois não acontece nada. Então é importante que a agência realmente tenha poder de resolver essas questões. (..) é uma pré-condição, quando a gente estabeleceu um livre acesso na distribuição, a Lei do Petróleo já previa o livre acesso no transporte, então, é um conjunto coerente. Agora, está estabelecido o livre acesso no transporte espero que se efetive, espero que tenha uma perenidade através de uma Lei do gás, porque aí se pode assegurar a condição de livre acesso, se isso não ocorrer será muito prejudicado o livre acesso na distribuição, não que ele não possa ocorrer, mas vai ser um falso livre acesso, porque o gás será comprado pelo consumidor final ou da Petrobrás ou da COMGÁS que comprou gás da Petrobrás.

Há de se concordar que a existência de uma lei do gás é importante para definir determinados pontos que não encontram assento em legislação com *status* de lei ordinária, inclusive, o livre acesso no transporte previsto na Lei do Petróleo é demasiadamente geral, não há artigos que disciplinem as conseqüências e outros fatores decorrentes da aplicação desse livre acesso. Nesse sentido, encontram-se, em discussão, no Congresso Nacional três projetos de lei que cuidam da matéria ao nível federal, com especial atenção à definição de normas sobre o transporte de gás natural⁹⁹.

Isso de certa forma atende a demanda da indústria do gás natural de uma lei para o setor. Contudo, a lei para efetivamente ter eficácia deverá levar em consideração, dentre vários aspectos, todos os mencionados ao longo desse trabalho, caso contrário a sua observância pelos agentes será precária, ocasionando um elevado custo de aplicação pelo governo, bem como não trazendo benefícios imediatos ao consumidor. Daí acredita-se que até 2009 já estará em vigor uma Lei Federal do Gás Natural e que, assim, o legislador e o

⁹⁸ Inclusive, de acordo com Loss (2006) muitos dos contratos de concessão de alguns estados brasileiros ferem a Constituição Federal. Para maiores detalhes cf. (LOSS, 2006).

⁹⁹ Para maiores detalhes, confira (COSTA, FERREIRA e UDAETA, 2006).

regulador do Estado de São Paulo terão subsídios suficientes para verificar a inserção bem mais coerente do modelo de São Paulo ao nacional.

A concessão, realmente, é um instrumento bem melhor de tratar questões realizadas no âmbito de setores de capital intensivo, já que necessita de um longo prazo para o retorno de investimentos, é vinculativa e exige, também, por parte do governo, o respeito do acordado entre as partes. Resta saber qual será a modalidade utilizada, pois o transporte é atividade econômica, ou se a legislação irá conformá-lo como serviço público. Menezello (2005) aponta concessão de atividade detalhada em lei específica. Por não ser o objeto dessa dissertação, recomenda-se o estudo desse tema para trabalhos futuros.

5.5 Questões relacionadas à maturidade da indústria de gás natural que influenciam o livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado

Sobre a maturidade da indústria de gás natural brasileira, o entrevistado reforça a atual oferta de gás e do serviço de transporte por um único agente como entraves a uma maior concorrência na indústria do gás natural. No trecho, a seguir transcrito, constata-se que o entrevistado ver os problemas basilares na atual configuração da indústria brasileira de gás natural.

O sistema tem pouca alternativa de oferta tanto de gás quanto de transporte. (...) As condições não são definidas pelo mercado e sim pelo agente que detém o poder, isso inibe de certa forma os investimentos e dificulta as negociações.

Isso, realmente, acontece. A Petrobrás, por meio da Transpetro [subsidiária integral] é a principal acionista da TBG [proprietária do GASBOL], que traz o gás natural boliviano, também, essa empresa possui campos de produção de gás na Bolívia a pelo menos uma década. Porém, a BG, Shell e outras grandes do setor também começaram a produzir gás na Bolívia. Portanto, a questão desloca-se para o transporte. Nesse diapasão, há de se registrar que a ANP resolveu um conflito entre a BG [carregadora de gás natural] e a TBG [transportista] sobre carga de capacidade de transporte. A agência determinou que uma parcela de capacidade ociosa fosse destinada a BG, para o transporte de seu gás natural. Assim, esse conflito demonstra que há uma deficiência no livre acesso no transporte de gás natural no Brasil e que a criação de incentivos para a construção e ampliação de redes de

transporte pelos agentes privados perpassa pela configuração institucional e legal, mas não se resume a isso.

O entrevistado cita como uma possível alternativa a esse cenário, as novas descobertas e os investimentos em produção do gás natural da bacia de Santos por diversos agentes econômicos.

(...) Se nessas águas profundas de Santos entrar outros agentes e até 2011 acharem gás em boas, excelentes quantidades e quiserem investir, de repente esse cenário fica melhor, quanto mais gás se achar, mesmo que seja a própria Petrobrás, melhora a competição, você tem uma capacidade de produção de 200 milhões e um mercado de 100 milhões, certamente vai valer a pena reduzir um pouco o preço e ajudar as concessionárias a ficarem mais competitivas frente aos outros combustíveis, como uma forma de desovar aquele gás.

Contudo, vale lembrar que a etapa de pesquisa e desenvolvimento, em regra, demora sete anos, envolve enorme montante de capital e risco. Portanto, esse cenário deve ser pensado ao longo prazo e ser trabalhado pela ANP para estimular a entrada de diversos agentes. Porém, a decisão final caberá às empresas petrolíferas e gasíferas. O atual patamar do preço do barril do petróleo [aproximadamente US\$ 77.00] favorece as pesquisas e desenvolvimentos desses campos. A sétima rodada de licitação da ANP, ocorrida em outubro de 2005, mostrou um significativo número de empresas vencedoras [Tabela 1, ANEXO A]. Essa agência está preparando uma nova rodada de licitações e com isso os sinais de entrada de agentes econômicos nas atividades de exploração e produção ficarão mais claros.

A Figura 10, abaixo, resume os problemas identificados, supracitados e comentados acima, que foram apontados pelo entrevistado representante do órgão regulador como entraves a serem considerados quando da implementação do livre acesso à rede de distribuição de gás natural do Estado de São Paulo.

a) Forte Integração Vertical na cadeia de gás natural;b) Oferta de gás e de transporte por um único agente;c) Ausência de Lei Federal sobre o Gás Natural;d) A ANP, atualmente, sofre contingenciamento de recursos financeiros, acarretando a flexibilização de sua autonomia;e) Marco regulatório sobre livre acesso a gasodutos de transporte é fraco, pois baseado, em sua grande parte, em normas infralegais;f) O uso da autorização na outorga da atividade de transporte ocasiona uma percepção de risco jurídico em razão da precariedade desse instrumento.

Figura 10 Problemas identificados na indústria de gás natural brasileira

Fonte: Elaboração própria a partir de entrevista realizada ao representante do regulador

Essa figura acima demonstra que a regulação do livre acesso à rede de distribuição para ter o resultado desejado de maior concorrência através da separação das atividades de distribuição e de comercialização depende de fatores exógenos à legislação e à regulação estaduais. Essa constatação permite concluir que se faz necessária uma colaboração efetiva¹⁰⁰ entre a ANP, a CSPE e o SBDC, bem como demais órgãos políticos do país [Congresso Nacional e Assembléia Legislativa Estadual] para se criar condições reais e imprescindíveis ao modelo concorrencial delineado nas reformas constitucionais ao longo da década de noventa.

5.6 Análise da visão da CSPE: usuários livres no setor industrial

As perguntas em relação aos usuários livres foram direcionadas para o segmento industrial em razão do corte metodológico do presente trabalho, bem como se centraram no impacto e na tendência de livre acesso nesse segmento. O trecho abaixo sinaliza a percepção do entrevistado no que diz respeito à tendência de um cenário concorrencial mantido via redução da margem de ganho da distribuidora por meio da concessão de descontos aos seus atuais clientes industriais.

‘
Aqui vai ser uma competição interessante, pois a concessionária também tem um mecanismo, como as nossas tarifas do setor industrial são tarifas máximas, é possível que a concessionária resolva reduzir a sua margem para manter o cliente. (...) Temos acesso a todas as informações da distribuidora, nem todas são públicas. (...) Nós estabelecemos uma tarifa, se ela dá descontos são por liberalidade delas. (...) os descontos estão sendo regularmente acompanhados.

Quanto ao impacto da concessão de descontos da tarifa dos clientes industriais no faturamento do concessionário, o entrevistado não quis entrar em detalhes, porém se mostrou conhecedor desses valores, o que sinaliza uma diminuição da assimetria de informações [acompanhamento dos custos do concessionário] quando por oportunidade da definição do valor de acesso ao sistema de distribuição de gás natural canalizado. Já em relação à concessão de descontos, dentro do valor máximo da tarifa teto [regulada], é importante

¹⁰⁰ Reconhece-se a existência de um custo burocrático na interlocução desses diversos atores, contudo, é o preço que se paga pela atual configuração da indústria de gás natural brasileira. Daí por não se acreditar factível a modificação constitucional, recomenda-se a criação de comissões internas e comuns a todos esses órgãos [incluindo os políticos] que possibilitem essa interlocução [não se tem conhecimento da existência dessas comissões, somente se tem conhecimento da assinatura de alguns convênios entre ANP e SBDC; entre CSPE e SBDC; e entre CSPE e ANP].

verificar até que ponto eles não consistirão em barreiras à entrada de outros agentes econômicos [comercializadores] no momento da implementação do livre acesso.

Na verdade, os concessionários concedem descontos para o usuário industrial com vias de possibilitar a competição do gás natural frente aos outros energéticos substitutos, mas isso não deixa de ser uma forma de fidelizar o cliente, o que deverá ser levado em consideração no momento da discussão legislativa e regulatória sobre a implementação do livre acesso.

Ainda no que diz respeito à tendência de livre acesso no segmento industrial, o entrevistado expõe a seguinte opinião:

A lógica é econômica, baixar o preço para o consumidor final, o industrial está pagando preço do gás, transporte e a margem da distribuição, que pode ser com desconto ou não, ficando livre vai buscar ou de um carregador ou ele mesmo buscar o gás diretamente, ele virar o carregador. Pagar pelo gás, pelo sistema de transporte e de distribuição, e aí se com tudo isso ficar mais barato do que a tarifa da concessionária, ele fecha esse contrato, senão ficar mais barato, para quê?

Esse trecho demonstra um fator crucial para a escolha de um industrial se tornar usuário livre. A saber: o ganho econômico que será proporcionado. Dentro dessa hipótese, no subitem 5.9.1 serão detalhadas as motivações apontadas pelos entrevistados do setor industrial.

Entretanto, um comentário importante de ser deixado nesse item é o do conhecimento do regulador sobre tais questões, derivado da fiscalização e do controle constantemente realizados sobre as atividades do concessionário, como um fator que diminuirá a assimetria de informações e proporcionará uma tendência de edição de um marco regulatório da comercialização e do acesso à rede de distribuição coerente e consistente ao longo do tempo, sinalizando positivamente à construção de uma boa reputação do órgão regulador nesse desafio de implementar a cláusula de livre acesso em foco.

5.7 Tendências da agenda regulatória para a implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado

Dentro de uma agenda de regulação para o período de implementação do livre acesso no Estado de São Paulo, além dos indicadores constantes da Figura 1, pelo grau de relevância podem-se extrair mais trechos sobre as seguintes tendências: (i) Definição da Tarifa de Acesso; (ii) Modelagem da Comercialização; (iii) Atuação da Agência Reguladora.

5.7.1 Definição da Tarifa de Acesso

A tarifa de acesso ao sistema, pelo que se consta do discurso do entrevistado, deverá ser consentânea à margem de distribuição¹⁰¹. Essa margem consiste na remuneração dos investimentos e dos custos que envolvem a atividade de distribuição. Os custos normalmente são os referentes à operação e à manutenção, além dos investimentos concernentes à expansão da rede, à instalação de estações de transferências de custódia etc. *In verbis*:

A margem é composta por todos os investimentos dela que deve merecer uma remuneração e os custos operacionais, que vão desde as equipes que fazem inspeção na rede, a odorização do gás que ela precisa fazer, operar o sistema de válvula, redução de pressão, equipamentos e custos de manutenção, então tudo isso é rede, fora isso tem os custos de comercialização, essa separação deveremos completar por ocasião da segunda revisão tarifaria no décimo ano. É uma metodologia para separação desses custos. Nós temos acompanhado já essa separação, pois a gente já tem nos planos de contas das distribuidoras as informações sobre esses custos, que vamos aprimorando até o décimo ano, e ter condições de separar para calcular a tarifa de distribuição.(...) a concessionária pelas regras da concessão não ganha nem perde na *commodity* e no transporte.

Nesse sentido, enxerga-se o procedimento a ser, inicialmente, realizado, consistente na separação dos custos de operação, manutenção e dos investimentos [OPEX e CAPEX], dos custos de comercialização. Outrossim, concorda-se que o acompanhamento constante, conforme dito pelo entrevistado, desde o início da concessão, favorece a definição da margem da distribuidora, pelo fato do regulador deter informações históricas sobre esses custos [fluxos de caixa, taxa de desconto usada, custo de oportunidade etc].

Ademais, o discurso do entrevistado também realça “uma tarifa justa”, exatamente, na medida que remunere a prestadora do serviço pelos seus custos. Igualmente, demonstra ciência das pressões que porventura surjam para a extração de rendas extraordinárias durante esse processo de definição. *Vide*:

Ela pode tentar, no processo de definição do custo de distribuição obter o máximo valor para o sistema de distribuição, mas é a regra do jogo, cabe ao regulador saber fazer o que é justo.

¹⁰¹ O trabalho de Kerkis (2004) traz considerações sobre o preço de acesso. Assim, para maiores detalhes sobre a doutrina de regulação econômica sobre o preço de acesso *vide*: (KERKIS, 2004).

Diante disso, far-se-ão necessárias amplas fiscalizações e controle de contas dos concessionários, previsão de problemáticas que podem surgir em termos de aporte de dados e de valores e uma extensa reflexão, interna e externamente ao regulador, dos impactos da abertura sobre os agentes do setor [concessionários, usuários livres, entrantes], das motivações desses agentes, do que pode ser cometido em termos de abuso e como prevenir tais abusos, dentre outras questões.

O assunto é complexo e demandará custos para o regulador, daí agir com a maior antecipação possível poderá resultar na diminuição de efeitos negativos durante o processo de implementação do livre acesso pelos benefícios posteriormente auferidos.

5.7.2 Modelagem da Comercialização

Perguntado sobre como o regulador irá tratar o cenário de abertura [comercialização] e a prestação de serviços públicos, ou seja, como ocorrerá a convivência de livre mercado e regulação, o entrevistado se manifestou dessa forma:

Vamos registrar o contrato de comercialização, nós vamos acompanhar tudo, o preço é livre na comercialização, nós vamos acompanhar o mercado, continua sendo gás distribuído em rede, tudo que diz respeito a isso é atividade é regulada, mesmo a atividade livre é regulada, nós fixamos custos do sistema de distribuição, aquele gás terá que ter a mesma qualidade que o gás distribuído em rede, obedecer à portaria da ANP, obedecer as nossas restrições de qualidade, terá que ser entregue a consumidor nas condições de pressão por nós estabelecidos, sujeitos à multa, à penalização.

Nesse fragmento é possível se extrair que existirão controles sobre a atividade do comercializador. Esse poderá vender gás natural aos usuários livres, dentro de um preço livremente pactuado pelas partes, no mais, tudo será regulado. Daí os contratos de compra e venda de gás natural deverão ser acompanhados, além da qualidade, das condições técnicas do produto e a definição da tarifa de acesso.

Essa visão do entrevistado encontra respaldo também no fato de a matéria ser afeta à prestação de serviços públicos. No entanto, é importante verificar até que ponto a liberalização dos preços irá ser módico para o consumidor. A princípio, a dinâmica do mercado fornece elementos para se argumentar que o preço livre será menor que o hoje praticado, por causa de uma maior quantidade de ofertantes, contudo, a maneira pela qual a margem da distribuidora será definida irá ser fundamental para a entrada de terceiros e para a decisão do usuário se tornar livre.

Ou seja, a margem pode assumir tal valor que desestimule os usuários a se tornarem livres, daí o atual concessionário poderá ditar um preço para o gás (*commodity*) que ultrapasse o preço praticado hoje, mas que mesmo assim se mantenha num patamar que impossibilite a entrada de terceiros.

5.7.3 Atuação da Agência Reguladora

Com relação à atuação do regulador, o entrevistado, ao longo de seu discurso, demonstrou a assunção de posturas voltadas à transparência¹⁰², à coerência e à consistência intertemporal. No entanto, deixou claro que existem fatores exógenos que influenciam negativamente a implementação do livre acesso, mas que se esses forem revertidos até 2011, o resultado pode ser benéfico para o consumidor. Sobre de que forma a agência pode inserir uma maior concorrência, a resposta foi essa:

A agência reguladora dá as condições para que isso de fato ocorra, mas o mercado é imperfeito, teoricamente, se você tiver super oferta na Bolívia, em Santos, várias pessoas com gás querendo vender, em baixo da terra e não consegue monetizar aquilo lá, com dutos imensos, capacidade de transporte ociosa, teoricamente o consumidor faria um leilão inverso, “estou disposto a comprar 100 mil m³/mês, qual a melhor oferta de todos vocês que têm gás disponível?” Aí, Eu vendo por 10% do que você paga hoje em dia, aí depois ia negociar a tarifa de transporte, livre acesso é perfeito, a ANP regula que é uma maravilha, aí ele negocia a tarifa de transporte. Aí tudo que fazemos do ponto de vista nosso, é fixarmos a tarifa de distribuição, no nosso pedaço a gente faz o que é possível, mas a efetividade dessa medida depende de todas essas circunstâncias, quanto mais fechado for o *upstream* menor será o benefício do livre acesso, quanto mais aberto, competitivo for, melhor será esse benefício. Porém são questões que não estão no nosso poder de definição, é uma cadeia integrada.

Nesse sentido, deduz-se que pela indústria do gás natural se caracterizar como uma cadeia integrada, a decisão do regulador sobre o modelo de implantação do livre acesso levará em consideração as suas peculiaridades de indústria de rede e grau de maturidade. Dadas circunstâncias do mercado ao longo dos próximos anos irão influenciar o desenho básico do livre acesso, por enquanto, apesar de existirem diretrizes que foram sinalizadas, não há pensamentos fechados, o que foi amplamente reforçado pelo entrevistado.

Todavia, a atuação do regulador, dentro da transparência, coerência, consistência intertemporal até o momento, bem como outros determinantes podem favorecer o

¹⁰² Kerkis (2004) concluiu que o primeiro ciclo de revisão tarifária da Comgás foi transparente permitindo, inclusive, a possibilidade de reprodução da metodologia utilizada por parte dos agentes econômicos e usuários. Isso permitir inferir como tendência de atuação da CSPE.

delineamento de certas tendências. Para tanto, nos próximos itens serão expostos os discursos dos demais agentes entrevistados.

5.8 Percepção das três concessionárias do Estado de São Paulo sobre o livre acesso

Nesse item serão tratadas as entrevistas realizadas nos três concessionários de distribuição de gás natural do Estado de São Paulo. Um breve relato da estruturação de cada companhia se encontra no Capítulo 2. Vale salientar que todas as perguntas foram iguais, visto o objetivo de padronização da análise.

5.8.1 Análise de discurso dos entrevistados: COMGÁS

Realizaram-se duas séries de entrevistas na Comgás. A primeira ocorreu em meados de 2005; e, a segunda em meados de março de 2006. As áreas privilegiadas para se fazer as entrevistas foram setor de vendas industrial e planejamento estratégico da companhia. Os resultados seguem a mesma linha e serão aqui expostos.

5.8.1.1 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

No que diz respeito à preparação da companhia, foi destacada a oportunidade do segundo ciclo de revisão tarifária em 2009, com vistas à definição de como o regulador irá delinear o livre acesso. No entanto, por enquanto ainda não tem nenhum estudo muito embasado, o que deverá ser feito a partir desse ano, em virtude da companhia trabalhar com planos quinquenais.

(...) a COMGÁS não tem estudo que possa ser considerado, já bem suportado, porém já consideramos em nossos cenários de risco que isso já é fator importante para se começar a administrar, e se preparar com antecedência bastante grande. A COMGÁS já começa a ter não necessariamente uma preocupação, mas uma preparação de como agir num mercado de competição livre.

Os entrevistados frisaram que apesar de existir um fator de risco a ser administrada pela companhia no que se refere à comercialização, ela detém a concessão de distribuição de gás. Dessa forma, o risco somente se relaciona à parcela de comercialização do gás natural.

5.8.1.2 Cenários de estratégias

No tocante aos cenários de estratégias a serem tomados pelo concessionário, os entrevistados discorreram sobre a possibilidade de criação de uma comercializadora de gás natural paralela à empresa de distribuição, consoante o setor elétrico, com a função de distribuir os riscos entre as duas companhias. No trecho abaixo transcrito é possível enxergar essa previsão, a depender das escolhas dos grupos que controlam a Comgás, quais sejam, BG e Shell.

As concessionárias de energia elétrica (distribuidoras), quase todas têm uma comercializadora associada ou coligada, o que tem uma diversificação do risco, com a distribuidora e a comercializadora, pode ser um caminho que a COMGÁS ou o grupo econômico que comanda a COMGÁS possa tomar também, de eles terem uma comercializadora de gás, então até lá, também, isso terá que ser sinalizado, porque essas comercializadoras precisam ser autorizadas pela CSPE. Tudo isso ainda está em estudo de cenários, tanto na BG quanto na Shell, o cenário está ficando interessante, a coisa vai ter que ser bem estrutura, a partir do próximo ano ou do outro teremos mais definições, pois leva um tempo para cenarizar, se resolver montar uma comercializadora e ter mais opções de gás então, porque hoje somente se compra da Petrobrás.

Em outro trecho observa-se a concessão de descontos dentro de um preço de equilíbrio ditado pelos energéticos substitutos e regulado pela CSPE. Isso também é feito a fim de captar e fidelizar clientela, principalmente, em setores com grande volume consumidor.

Nota-se ciência de que os grandes consumidores poderão se utilizar um “poder de barganha” para negociar as condições de preço do gás após a liberalização. Importante ressaltar que o representante do órgão regulador também tocou nesse ponto, isso sinaliza de que tais informações procedem e de que o regulador tem conhecimento real sobre as práticas comerciais dos concessionários.

A empresa tem competição séria entre energéticos, com óleos, energia elétrica, lenha, a gente tem vários energéticos que determinam o preço de equilíbrio, (...) o desconto é regulado pelo órgão regulador, a gente só pode dar desconto. (...) A possibilidade de migração fica para grandes consumidores, caso a distribuidora deixe de dar desconto.

Sobre a competição de possíveis comercializadores, os entrevistados expõem o seguinte:

Certamente vamos montar cenários, competição regional, dentro da cidade de São Paulo, não terá. Nossa rede não vai ter ociosidade (...).

Nesse fragmento verifica-se uma tendência de sub-investimento em expansão de rede a partir do livre acesso, para fins de impedir a entrada de concorrentes ou a priorização de expansões de rede nos segmentos que vão permanecer cativos [residencial e comercial], o que asseguraria a fatia de mercado da empresa. Contudo, como já foi analisado no item 5.2, o concessionário continua com a obrigação de expansão de rede e de atendimento aos usuários que solicitarem a prestação do serviço. Daí recomendável que o desenho básico do setor de comercialização e de livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado sinalizem a garantia de amortização dos investimentos a serem realizados em construção e em ampliação de rede, sob pena do sub-investimento do setor a partir de informações assimétricas entre regulador e regulado.

5.8.1.3 Visão sobre o regulador

Nesse ponto constata-se uma tendência de enxergar a atuação do órgão regulador como transparente, coerente e consistente ao longo do tempo, além de possuidor de capacidade técnica e de conhecimento sobre o mercado, atributos esses considerados como relevantes na boa reputação do regulador, o que proporciona credibilidade e diminuição de um risco regulatório. Veja:

A COMGÁS tem um ótimo relacionamento com o regulador, ele conhece e entende o negócio de gás, independente do governo que venha, continue a mesma postura, não tem queixas. A estrutura da CSPE foi bem pensada. (...) CSPE é encarada como modelo de aspecto técnico, coerente nas suas decisões, um exemplo foi o processo de revisão tarifária. A comissão é muito justa, as regras são transparentes, real possibilidade de diálogo, não cede a pressões políticas. Até hoje, as pessoas que fazem parte são oriundas do mercado.

No que se refere ao período do livre acesso, consistente no que se espera de ação do regulador, foram focalizados aspectos concernentes ao procedimento administrativo a ser adotado, qual seja, as audiências públicas como mecanismo de discussão sobre os inúmeros pontos a serem definidos e esclarecidos. *In verbis*:

Precisa preparar a regulação do mercado livre, mas quando chegar a hora esperamos que tenha discussão, **audiência pública**, a gente tem a convicção de que se coisa continuar dessa forma será benéfica.

Essas questões são relevantes na medida em que demonstram uma confiabilidade dos agentes econômicos quanto às regras que irão ser editadas, bem como os caminhos a serem seguidos pelo regulador no que diz respeito ao procedimento e à montagem de referencial teórico de mudanças que esclareça as dúvidas dos agentes econômicos antes e durante o período de transição do modelo de exclusividade na comercialização para o de livre acesso.

No trecho final do discurso do agente entrevistado é importante notar que a continuidade referida se relaciona à participação dos agentes econômicos na construção do modelo regulatório do setor de gás natural. Daí o órgão regulador também deve retirar a lição de que sofrerá inúmeras pressões, bem como deverá primar pela pluralidade de opiniões, mas exercendo suas funções dentro de uma linha que confira transparência, coerência e consistência intertemporal às suas ações e decisões.

5.8.1.4 Desenho regulatório e maturidade da indústria

O histórico do modelo de concessão do Estado de São Paulo foi tocado por um dos entrevistados da empresa Comgás, que deu enfoque à escolha pela concorrência, após um certo período de retorno do capital investido por parte do concessionário. Daí averiguam-se, além da evocação do modelo regulatório da distribuição de gás natural canalizado, a referência ao contrato de concessão como determinante dessa opção.

a partir de 2011 inicia na área da Comgás que aqui em São Paulo é a área mais importante, o período de consumidores livres na compra da commodity, isso é uma forma de abrir a competição, esse foi o princípio que na época o governador de São Paulo, Mario Covas, definiu no contrato de concessão, ele queria que houvesse concorrência entre distribuidoras do estado, a partir de um determinado período, após a maturação dos mercados, entrasse a figura do consumidor livre.

Sobre a divisão do Estado em três áreas de concessão, os entrevistados da Comgás consideraram-na positiva, dentre vários argumentos, por permitir focos claros para cada empresa concessionária e, também, pelo desenvolvimento de uma rede em todo o território do estado comportar áreas que demandam elevados investimentos.

Positiva. Mario Covas decidiu isso, que queria ter competição. A reunião foi em meados de 1998, a COMGÁS foi privatizada, em um ano se partiu da idéia a efetivação do contrato de concessão, houve decreto dividindo as áreas, as regras da privatização da COMGÁS e da licitação das outras áreas de concessão.

Na verdade, há de se reforçar que a concessão foi muito positiva para esse concessionário, que pagou um significativo valor por isso e que ficou com a Região Metropolitana de São Paulo, Campinas, Baixada Santista e Vale do Paraíba responsáveis pela maior concentração populacional e industrial. Isso admite a construção e ampliação de uma rede de distribuição para os segmentos que continuarão cativos [residencial e comercial], depois de ganhos econômicos extraordinários no segmento industrial. Inclusive, no Plano de Negócios da Comgás existe a meta de universalização do uso do gás natural para os segmentos residenciais e comerciais, o que é muito bom, porém o órgão regulador deverá ficar atento para a tendência de exercício de poder monopolístico nesses segmentos.

Quanto à maturidade da indústria de gás natural, os assuntos mais enfatizados foram a pouca oferta de transporte e de gás natural, bem como a imposição de preço por parte da Petrobrás. Porém, é importante deixar claro uma tendência de integração vertical por parte também dos controladores da Comgás.

O cenário hoje é de que não tem muito gás, nem muita fonte, nem muito transporte, com certeza a COMGÁS não vai ficar sentada achando que a situação vai permanecer para sempre, certamente iremos discutir essas alternativas. A sétima rodada de licitação mostra a existência de produção nacional, possibilidade de ampliação de gasodutos e sempre existe a possibilidade de utilização de GNL. (...) onde a gente tem mais dificuldade é no upstream, pois a Petrobrás tem grande poder de mercado, hoje pagamos o preço cobrado pela Petrobrás. A COMGÁS não pode participar da produção, mas o grupo BG já tem reservas, entrou nos leilões, a Shell entrou também, fez até um swap na bacia de Santos, trocou com a Petrobrás.

Assim, no momento da definição do desenho básico do setor de comercialização de gás natural é relevante considerar os efeitos da integração vertical dos controladores da Comgás no mercado sob o ponto de vista concorrencial e sopesar os objetivos da regulação inserindo restrições a práticas anticoncorrenciais com os investimentos que ainda são necessários no setor de distribuição de gás natural canalizado.

5.8.2 Análise da entrevista realizada com funcionários da empresa concessionária Gás Brasileiro

Nesse tópico serão expostas as entrevistas realizadas com funcionários da empresa Gás Brasileiro, além de perguntas a respeito da preparação desse concessionário para a

implantação do livre acesso, do cenário de estratégias e da visão acerca do regulador, abordaram-se a maturidade da indústria e o desenho básico do setor de distribuição.

5.8.3.1 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

Em relação ao processo de preparação da empresa para o fim da exclusividade da comercialização, o entrevistado explicou que a empresa trabalha com cenários de estratégias os quais avaliam a sensibilidade da parcela de mercado da companhia perante o poder de clientes e de fornecedores, a ameaça de novas firmas entrantes e produtos substitutos. Porém no que toca à preparação específica para o livre acesso não entrou em detalhes. Veja:

A empresa Gás Brasileiro desenvolve as suas ações dentro de planos quinquenais, dessa forma, existem estudos gerais sobre o processo de abertura, porém sem profundidade, por causa do lapso temporal ainda existente.

Esse trecho demonstra de certa forma o quanto o tema é delicado e como as empresas de certa forma não estão dispostas a ceder informações estratégicas.

5.8.3.2 Cenários de estratégias

No tocante aos cenários de estratégias, os entrevistados não entraram em detalhes. Utilizaram as forças de Potter para explicar sobre o grau de sensibilidade da companhia a fatores internos e externos de competitividade. Em resumo, consideram de alto impacto o poder dos clientes, pois não existe controle sobre as suas decisões de consumo [a sensibilidade na venda se dá em função do processo industrial]; de baixo impacto os novos entrantes, em razão do pagamento do acesso, da economia de aprendizagem, da necessidade de domínio da tecnologia, dentre outros; de alto impacto o poder do fornecedor, em virtude da alta dependência do energético, do elevado grau de integração vertical etc.; médio impacto dos combustíveis substitutos, por causa da facilidade de substituição e da não necessidade de estocagem do gás natural, dentre outros.

5.8.3.3 Visão sobre o regulador

O entrevistado afirmou que a CSPE encontra-se bem estruturada e tem sido um órgão transparente, coerente e consistente ao longo do tempo na realização de suas atribuições regulatórias.

A CSPE é bem estruturada, o usuário se sente confortável com sua ação. (...) um bom trabalho regulatório tem sido feito.

5.8.3.4 Desenho regulatório e maturidade da indústria

No que tange à divisão do Estado de São Paulo em três áreas de concessão, o entrevistado considera muito alto os investimentos que a empresa se obrigou a cumprir perante a CSPE, bem como aponta a área da Comgás como a mais privilegiada.

Ou seja, a opinião do entrevistado é se a área de concessão da Comgás não tivesse incluído a cidade de Campinas, e por outro lado estivesse na área da empresa Gás Brasileiro, essa empresa já teria realizado investimentos nessa cidade, haja vista o incipiente potencial de mercado lá existente. Contudo, acrescenta que, pelo processo de privatização ocorrido, a Comgás pagou o preço dessa determinada área.

Segundo o entrevistado, no trecho abaixo transcrito, a divisão do estado de São Paulo em três áreas de concessão foi benéfica para o regulador, por permitir, guardadas certas proporções, a comparação do mercado de cada concessionário. Isso, realmente, permite de certa forma a diminuição da assimetria de informações em virtude da comparação de custos de cada companhia.

Do ponto de vista do regulador foi uma boa decisão, pois permite a realização de um benchmarking.

O entrevistado também apontou que pelo fato do território delimitado pela concessão ser grande, a empresa tem que investir vultuosos recursos na construção de gasodutos, acarretando, por exemplo, em estruturas contratuais mais rígidas sob o ponto de vista de

realização de descontos para o setor industrial. Caso ocorra a pactuação de descontos, esse terá por base uma margem média feita a partir de considerações sobre energéticos substitutos e o preço teto dado pelo órgão regulador.

5.8.4 Análise da entrevista realizada na empresa Gás Natural São Paulo Sul

No caso das entrevistas realizadas na Gás Natural SPS, ocorreram repostas um pouco distintas, para tanto, serão utilizadas as denominações: entrevistado (1) e entrevistado (2).

5.8.4.1 Preparação da empresa para a implantação do livre acesso

O entrevistado (1) expôs que no momento a empresa não está desenvolvendo estudos sobre o período do fim da exclusividade. Veja:

A empresa não está preocupada momentaneamente com o livre comércio do gás através de gasodutos, porque nosso contrato ainda está para início de distribuição de gás para um trecho novo, que é Porto Feliz, Boituva, Tietê, Sequilho, Laranjal Paulista onde você começa a contar os doze anos a partir do funcionamento do *city gate*, então, o *city gate* mais velho aqui seria o de Itu, que começou em novembro de 2003, então tudo é muito recente, e somente começa a contar a partir do funcionamento do *city gate*, não do fechamento do contrato de concessão da Gás Natural.

Todavia, vale lembrar que o prazo para o livre acesso é de 12 anos contados da instalação da Estação de Transferência de Custódia (*city gate*) ou 20 anos a contar da assinatura do contrato de concessão, o que ocorrer primeiro. Essa regra é favorável na medida que estimula a realização dos investimentos até 2008, pois o contrato foi assinado em 2000.

Após 2008 é indiferente que o prazo para o livre acesso seja de 12 anos contados da instalação da Estação de Transferência de Custódia (*city gate*) ou 20 anos a contar da assinatura do contrato de concessão, porque somente restará 12 anos para a entrada em vigor da cláusula de livre acesso em toda a área de concessão da empresa Gás Natural São Paulo Sul [esse raciocínio também vale para a empresa Gás Brasileiro].

O entrevistado (2), a respeito da preparação da empresa para o livre acesso, seguiu uma linha voltada à visão internacional da empresa, que demonstra fortes experiências em mercados abertos e, também, reforça a fidelização de clientes.

A empresa pertence a um grupo espanhol, com experiência de mais de 10 anos. Atua também na Itália, Espanha, Portugal, América do Sul. Em países da América do Sul onde a estrutura logística de gás natural está madura, como na Argentina, onde o livre acesso é comum. Diante disso, todo o corporativo da empresa está preparado para momento que acontecer isso.

5.8.4.2 Cenários de estratégias

O entrevistado (1) explica que, especificamente, sobre o livre acesso não há estratégias, em decorrência do prazo de exclusividade que a empresa ainda possui para comercializar. O trecho abaixo demonstra uma maior preocupação da empresa com questões de curto prazo.

Na verdade não existem cenários de estratégias para esse período, a nossa preocupação é com o que vai acontecer no próximo ano, ano seguinte, porque as coisas já estão pouco complicadas, inclusive, a preocupação é ao curto prazo.

Sobre os investimentos da empresa, o entrevistado (1) frisa o cumprimento do que foi assumido pela empresa no momento da assinatura do contrato de concessão. Ressalta, também, que o concessionário vem se preocupando com desenvolvimento do mercado de gás na região que atua, na medida em que realiza com avidez os investimentos objetivando ter o retorno do capital investido rapidamente.

A Gás Natural São Paulo Sul vem investindo bastante, se você analisar bem, o potencial que a COMGÁS tem e a Gás Brasileiro, que não foi para frente, que não decolou, a única que está atendendo as expectativas da CSPE, tem sido elogiada pela CSPE, inclusive, é a Gás Natural, nesse sentido, de estar realmente cumprindo o contrato de concessão. Não que a COMGÁS não esteja cumprindo o contrato de concessão, ela já cumpriu, já fez o que deveria, a COMGÁS tem um mercado enorme para explorar, mas ela explora em um ritmo muito mais lento, tranquilo, suave. Agora a Gás Natural, pelo fato de ter um mercado mais limitado em termos de volume, de rentabilidade, e tudo mais, tem que fazer acontecer muito rápido, fazer o retorno do investimento todo, e isso é uma pauta, que a gente consiga logo pelo menos o lucro operacional.

Já o entrevistado (2) aborda que a estratégia para o período de implantação do livre acesso não será diferente de distribuir gás natural, pois a tarifa de acesso, apesar de ser um negócio “marginal”, é rentável. O caminho, segundo esse entrevistado, é manter clientes industriais e expandir os residenciais, que possuem uma margem boa. Veja:

O grande negócio é manter quantidade de clientes industriais estáveis, pois quando atingir esse momento, o mercado residencial vai estar rentável (100 mil clientes),

com margem boa. É muito difícil outra empresa entrar, a grande estratégia é um lastro de empresas que sustente o negócio.

Nesse sentido, a empresa utiliza a concessão de desconto dentro de uma cesta de energéticos substitutos para possibilitar que o usuário migre para o gás natural e passe a ser seu cliente¹⁰³. Segundo o entrevistado (1) o mecanismo de desconto ocorre da seguinte forma:

É um desconto baseado nos preços do mercado, em cima dos seus concorrentes, por exemplo, com a tarifa teto, eu não condições de competir com óleo combustível, então, eu faço um preço tal que eu tenha condições de competir com o óleo combustível. Não existe negociação com o cliente, se faz uma coisa padronizada, escalonamos os clientes de óleo combustível, escalonamos os descontos nas faixas, todos os clientes de óleo combustível usam aquela tarifa de óleo combustível, não tem tarifa diferenciada, estão todos padronizados.

E, finalmente, o entrevistado (2) corrobora sobre ação da empresa, nessa linha:

Nesse momento, o conhecimento da empresa no mercado (detalhes da carteira de clientes), pode fixar o foco nos melhores clientes, deixar que os outros peguem parcela menos atrativa.

Essas posições dos entrevistados permitem deduzir que a empresa vai tentar preservar ao máximo o monopólio atual sobre a atividade de comercialização após a implementação da cláusula de livre acesso. As entrantes deverão possuir uma eficiência tal que consiga ultrapassar esses obstáculos à entrada no mercado. A tendência de maiores investimentos nos setores que serão cativos até o final total do prazo de concessão pertence à estratégia de todas as empresas, mantendo, ainda, a maior parte de clientes industriais que garantam a rentabilidade e o alto faturamento dessas empresas.

Daí há de se concluir que durante a implementação da cláusula de livre acesso o órgão regulador ao atentar sobre tais aspectos deverá verificar se é necessária a criação de ferramentas que diminuam as barreiras à entrada de agentes comercializadores. Inclusive, recomenda-se um estudo acerca de empresas entrantes e seu rol de estratégias.

¹⁰³ Não foi possível obter esses valores de descontos praticados pelas três empresas concessionárias do Estado de São Paulo. Porém, para maiores detalhes, sobre o preço do gás natural diante de uma cesta de energéticos substitutos, veja (GOMES, 1996).

5.8.4.4 Visão sobre o regulador

Os dois entrevistados comungaram da mesma opinião a respeito da atuação do órgão regulador do Estado de São Paulo. Constataram que a CSPE antevê problemas como o da regulação do GNC, editando norma nesse sentido. Igualmente, mostra-se um órgão atuante, transparente, coerente e consistente ao longo do tempo. Nas palavras do entrevistado (1) e (2), respectivamente:

A CSPE tem dado apoio a todas as questões que temos dúvidas, nós consultamos a CSPE. Ela tem feito todas as verificações, através de inspeção ou auditorias, com relação a tarifas, parte técnica, é um órgão bem atuante, o usuário do gás natural tem um grande aliado, pois ela é atuante. Nós já estamos acostumados com órgão público que é meio lento, mas a CSPE funciona muito bem. Às vezes, nos deparamos com coisas novas, por exemplo, gás natural comprimido (GNC), não havia norma, mas a CSPE criou uma regra para isso, com tabela de preço e tudo.

Desde que surgiu a CSPE, a partir, do início da concessão de gás, o que se viu e que fica no mercado, que as suas ações são muito coesas, não há discrepância entre as suas ações, não existindo contradição. A CSPE mantém linha de direcionamento, missão e valores, além de preservar os direitos. A consistência da CSPE é nítida pelo relacionamento e pela edição das normas, conhece o mercado, atua com bom senso, equilíbrio sempre que surgem dualidades. A CSPE tem a transparência como um ponto forte, realiza auditorias, vê as necessidades do mercado, realizou audiência pública de revisão tarifária. A coerência da CSPE se manifesta desde o contrato de concessão até as últimas portarias editadas.

Essas respostas sinalizam que o órgão regula atua.

5.8.4.5 Desenho regulatório e maturidade da indústria

No que diz respeito ao modelo de concessão do Estado de São Paulo repartido em três áreas, o entrevistado (1) posicionou-se assim:

(...) a área da COMGAS é a mais rica, são algumas diferenças aonde você pega São Paulo, Vale do Paraíba, Campinas, são regiões muito ricas, com um grande número de indústrias. A região Sul é uma região industrial, mas com um poderio muito aquém em relação à área da Comgas, (...) a partir de 2006 não vamos fazer mais nenhum novo trecho, não levamos mais para nenhuma cidade, vamos ficar em saturação, em 2007 vamos levar gás para Itapetininga e Adanhatuba. A partir daí as nossas distâncias começam a ficar muito longe, e a coisa começa a se dificultar muito, no nosso planejamento estratégico temos que ir até Boitucatu, mas isso está totalmente indefinido, se vai mesmo ou não, pois são quase cem quilômetros de Laranjal até lá.

O entrevistado (2) considerou que a divisão do estado de São Paulo em três áreas da forma com que foi feita deve ser criticada e gera problemas decorrentes da má distribuição. Para ele, a concentração de 29% do PIB brasileiro nas mãos da Comgás e apenas 4% nas da Gás Natural SPS e Gás Brasileiro demonstra uma relação muito estreita com uma menor escala de investimento em expansão de rede, e como poder de barganha perante o fornecedor e diante do regulador.

Em termos de maturidade da indústria de gás natural, o entrevistado (2) aborda o alto custo no retorno dos investimentos no transporte e na distribuição, que inviabiliza a interiorização do gás natural no Brasil. Ademais, frisa que a Repsol tem interesse no livre acesso por ter campos de gás natural na Bolívia. Veja o trecho abaixo transcrito:

Hoje o custo de transporte é 45% do preço de venda da Petrobrás, isso demonstra que o transporte é caro, para barateá-lo é necessário o refinanciamento pela Petrobrás. (...) Para custo do gás natural no Brasil o ponto chave é o livre acesso.

A Figura 11 abaixo traz um resumo desses aspectos atuais e tendenciais acima citados pelos concessionários de distribuição de gás natural canalizado do Estado de São Paulo.

a) Concessão de descontos a clientes industriais;b) Fidelização de clientes industriais;c) Clientes industriais como sustento do negócio;d) CSPE – atuação transparente, coerente e consistente ao longo do tempo;e) Pouca oferta atual de gás natural e de transporte;f) Experiência das controladoras dos concessionários internacional – possibilidade de integração vertical;g) Conhecem o livre acesso em outros países;h) Disposição em vender gás continuará – margem de distribuição e preço <i>commodity</i>;i) Aprendizagem do negócio por parte do atual concessionário.

Figura 11 Resumos das questões postas pelos concessionários

Fonte: Elaboração própria a partir de entrevista realizada aos funcionários das três empresas concessionárias do serviço público de distribuição de gás natural canalizado.

O conteúdo dessa figura já foi abordado ao longo dos tópicos acima e demonstra que o regulador deverá estar ciente da dinâmica do comportamento dos concessionários do Estado de São Paulo quando da implementação da cláusula de livre acesso a fim de verificar possíveis condutas tendenciosas à preservação do poder de monopolista e de criação de barreiras à entrada.

5.9 Entrevistas realizadas com as indústrias passíveis de se tornarem consumidores livres

A indústria brasileira apresenta-se como uma importante participante no consumo final total de energia. Conforme esboça Bermann (2003, p.38) o setor industrial “responde por 34% do consumo final de energia”.

No que se refere ao mercado de gás natural no Estado de São Paulo, o segmento industrial destaca-se como o maior consumidor desse energético. Em 2005, por exemplo, a indústria apresentou 78,1% de participação no consumo de gás natural perante os demais segmentos (Tabela 5.1).

Tabela 5.1 – Participação dos segmentos de consumo no total (%)

Discriminação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006*
Residencial	4,5	3,3	2,8	2,7	2,6	2,3	1,9
Comercial	3,5	2,8	2,4	2,3	2,3	2,1	1,9
Industrial	82,5	74,7	73,3	78,8	80,6	78,1	80,2
Automotivo	3,9	5,1	6,8	9,2	10	10,2	9,8
Cogeração	2,6	4,1	3,5	3,2	2,7	4,2	4,1
Termogeração	3	10	11,2	3,8	1,8	3,1	2,1

(*) Até o mês de fevereiro.

Fonte: SERHS, 2006.

Esse percentual, em termos de volume de consumo de gás natural, equivale a uma média mensal de consumo de GN de aproximadamente 560 milhões de m³. Na Tabela 5.2, abaixo, pode-se verificar que os volumes foram crescentes de 2000 a 2004 e, posteriormente, sofreu uma queda em 2005. Tem-se também uma percepção da relação entre os volumes consumidos para cada segmento de usuários.

Tabela 5.2 – Consumo por segmento de usuários – média mensal de GN em 1.000 m³.

Discriminação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006*
Residencial	19,7	18,7	19,2	20	20,5	19,3	15,4
Industrial	219.021,40	237.259,20	270.498,00	290.225,00	290.806,90	286.153,30	281.994,30
Comercial	676	725,6	799	870,1	932,7	945,1	834,4
Automotivo	259.741,90	286.010,20	155.640,10	141.757,60	139.113,00	128.641,80	112.543,90
Cogeração	1.582.407,40	2.038.386,40	1.917.611,1	1.828.516,10	1.593.014,70	1.388.722,20	1.243.730,80
Termogeração	9.856.600,00	11.622.368,4	13.783.792	5.546.708,30	3.107.166,70	5.988.666,70	4.255.000,00
Total	424,00	543,30	679,30	776,50	773,50	812,60	786,50

(*) Até o mês de fevereiro

Fonte: SERHS, 2006.

Essas tabelas explicitam o desenvolvimento industrial no Estado de São Paulo, que concentra, aproximadamente, 34% do PIB brasileiro. Nesse setor, o uso do gás natural se dá

em indústrias química, papel, têxtil, vidros, bebidas, alimentos, cerâmica, dentre outros¹⁰⁴. O gás é bastante indicado para aquelas plantas industriais que utilizam calor de processo.

A Tabela 5.3 apresenta o número de consumidores por segmento de usuários no Estado de São Paulo. Ao se cruzar os dados dessa tabela com a Tabela 5.2, tem-se uma dimensão do comportamento econômico desse mercado. Ou seja, ao se tomar como exemplo uma comparação entre segmento residencial [cativo até o término da concessão] e industrial [usuário livre depois de determinado lapso temporal], percebe-se como o volume consumido poderá influenciar o desempenho do concessionário e o poder de barganha do consumidor final isoladamente.

Tabela 5.3 – Número de consumidores por segmento no Estado de São Paulo

Discriminação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006*
Residencial	321.281	337.441	370.695	449.601	495.894	495.894	498.904
Industrial	539	619	718	878	1.019	1.124	1.149
Comercial	7.082	7.276	7.693	8.143	8.615	8.896	8.903
Automotivo	21	51	151	218	268	346	349
Cogeração	3	4	6	5	9	13	13
Termogeração	1	2	2	2	2	2	2
Total	328.927	345.393	379.265	418.440	459.514	506.275	509.320

(*) Até o mês de fevereiro

Fonte: SERHS, 2006.

Em virtude do significado desses valores perante a implantação do livre acesso, as entrevistas realizadas focalizaram as motivações que levariam determinadas indústrias a se tornarem usuárias livres, bem como outros atributos influenciadores na decisão dos agentes.

Assim, as perguntas centraram-se nos parâmetros de análise citados no Capítulo 4, quais sejam, as principais dimensões dos contratos discutidas na NEI, especificidade dos ativos¹⁰⁵, incerteza e frequência dos contratos¹⁰⁶; bem como a visão dos entrevistados sobre a atuação do regulador, dentro da transparência, coerência e consistência intertemporal. Além da intenção de se tornar usuário livre e o porquê dessa decisão.

Foram oito as empresas entrevistadas¹⁰⁷ e essas se cingiram aos segmentos química e petroquímica, vidros, mineração e de bebidas¹⁰⁸. Alguns resultados foram tabulados para

¹⁰⁴ Para uma noção dos detalhes técnicos de cada um desses segmentos, vê (GOMES, 1996).

¹⁰⁵ Sobre a percepção de um dos entrevistados (empresa F) a especificidade dos ativos pode se visualizada da seguinte forma: *O prazo depende do interesse do consumidor e do custo das instalações (tubulação) que levará o GN ao consumidor, se for linha específica.* Nesse sentido, ocorreria uma interação entre frequência, incerteza e especificidade dos ativos.

¹⁰⁶ Tentou-se obter mais informações sobre as cláusulas contratuais, o que não foi possível.

¹⁰⁷ Desse número, quatro entrevistas foram realizadas por e-mail e os restantes pessoalmente. As primeiras foram realizadas dessa forma por as pessoas entrevistadas terem assim solicitado. Todavia, ressalta-se que se entrou em contato com tais pessoas por telefone. O que se notou foi que nem sempre existe disponibilidade de ceder

serem, posteriormente, discutidos de forma conjunta. Outras respostas foram analisadas separadamente, tendo em vista o maior aprofundamento dado pelos entrevistados a essas determinadas questões.

A Tabela 5.4 traz os resultados das perguntas referentes à importância que a empresa enxerga do gás natural como insumo no processo produtivo e aos energéticos que a indústria pode utilizar substituindo o gás natural. Sobre essa primeira questão, como a entrevista semi-estrutura dá abertura aos entrevistados, um deles respondeu que a importância é “muito alta”, e o outro “muito grande”. Os demais ligaram a pergunta ao uso do gás natural no processo, seja em caldeiras para geração de vapor, seja em fornos para a queima direta.

Tabela 5.4 – Relevância do uso do gás e energéticos substitutos

Indústrias	Uso do gás	Enérgeticos substitutos
Empresa A (petroquímica)	Queima em caldeiras	Gás residual ou de refinaria
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Queima em caldeiras (muito alta)	Óleo combustível
Empresa C (vidro)	Forno	Óleo combustível, GLP
Empresa D (bebidas)	Queima em caldeiras	Óleo combustível, bagaço
Empresa E (vidro)	Forno (muito grande)	GLP
Empresa F (gasquímica)	Queima em caldeira e matéria-prima	Óleo combustível no processo
Empresa G (mineração)	Forno e caldeira	Óleo combustível
Empresa H (vidro)	Forno	Óleo combustível, GLP

Segundo Gomes (1996, p.42) “o **uso do gás natural é otimizado** nos processos que utilizam **fornos, secadores e aquecedores**, onde os produtos entram em estreito contato com a chama ou com os gases resultantes da combustão” [grifos acrescentados].

Dessa forma, pode-se depreender que o uso do gás natural otimiza os processos nas indústrias que foram entrevistadas. Diante dessa premissa técnica, sem levar em consideração outros fatores, conclui-se pela alta importância do gás natural para essas firmas.

No que toca ao uso dos combustíveis substitutos¹⁰⁹, percebe-se a preponderância dos óleos combustíveis, seguidos, respectivamente, pelo Gás Liquefeito de Petróleo [GLP], pelo gás residual ou de refinaria e pelo bagaço [esse se dá concomitante ao uso do gás natural].

informações, principalmente, quando não se terão vantagens. Segundo alguns entrevistados, as perguntas para serem respondidas tiveram que passar pelas diretorias das empresas. Inclusive, buscou-se entrevistar o total de 22 indústrias. Algumas nem sequer retornaram as ligações.

¹⁰⁸ Esse universo se deve ao fato que somente essas indústrias foram as que se conseguiu entrar em contato e se conseguiu respostas. Inclusive, não se conseguiu entrevistar nenhuma indústria na área de concessão da Gás Natural São Paulo Sul. O processo de contato e de resposta foi bastante demorado, tendo em vista primeiro a distância das indústrias, segundo a falta de disponibilidade de dar informações, e terceiro, o receio de como essas seriam utilizadas apesar de todo cuidado formal tomado. Para se chegar até as indústrias, além das informações do órgão regulador, foi utilizado o anuário do setor industrial do Estado de São Paulo e, também, entrou-se em contato com pessoas indicadas pela Professora Patrícia Mattai e pela doutoranda Marilyn Mariano.

¹⁰⁹ A pergunta foi direcionada para a substituição de energéticos, e não para a matriz energética da indústria.

Esses energéticos substitutos apresentam vantagens e desvantagens perante o gás natural¹¹⁰. Em regra, ao longo do discurso dos entrevistados, a decisão inicial de substituição dos energéticos citados pelo gás natural, em suas plantas, foi motivada, primordialmente, pelos ganhos econômicos existentes no uso do gás natural em comparação aos outros energéticos.

Na Tabela 5.5 será mostrado o grau de reversibilidade das instalações no tocante aos energéticos substitutos. Essa tabela está relacionada ao uso de energéticos substitutos, devendo entender a palavra reversibilidade no sentido de adaptação da unidade de produção movida a gás natural ao uso de outros energéticos.

Tabela 5.5 – Grau de reversibilidade das instalações

Indústrias	Reversibilidade das instalações	Volume mensal em m ³
Empresa A (petroquímica)	Total	SR
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Total	19.000.000
Empresa C (vidro)	Total	108.000
Empresa D (bebidas)	Total	3.000.000,00
Empresa E (vidro)	Total	118.972,20
Empresa F (gasquímica)	Total	46.000.000,00
Empresa G (mineração)	Parcial	260.000
Empresa H (vidro)	Total	900.000

(SR) sem resposta

Há de se destacar que as indústrias fazem investimentos para adaptar a sua unidade de produção para o uso do gás natural [especificidade de ativos], no entanto, em regra, continuam tanto com o sistema anterior em paralelo, quanto com outros já existentes que servem de *backup*¹¹¹ para o atual sistema [o que diminui o grau de especificidade dos ativos].

Tais configurações decorrem da importância da segurança operacional dentro da indústria, bem como de outras relacionadas à suspensão ou à interrupção de fornecimento [segurança de abastecimento]¹¹².

Vale salientar que para se reverter as instalações, mesmo que seja total, haverá custos tanto em adaptação de queimados no caso de óleo combustível, quanto no custo atinente ao energético substituto, caso seja superior ao preço do gás natural.

Há de se ressaltar, também, que os preços de certos energéticos como GLP e óleo combustível são fixados pela lei de mercado, enquanto o de gás natural por ser regulado,

¹¹⁰ A maioria dos entrevistados apontou a vantagem ambiental do gás natural em relação aos energéticos substitutos. Outras vantagens citadas foram: não deixa resíduo na queima; injeção direta e fácil mistura para combustão; melhores manuseio e operabilidade.

¹¹¹ Esse sistema é extremamente custoso para a indústria.

¹¹² Geralmente, nos contratos existem garantias contratuais e previsões de penalidades pelo descumprimento. (Teoria Geral dos Contratos e o Código Civil). Infelizmente, os entrevistados não disponibilizaram essas informações.

acaba gerando um impacto positivo no fator incerteza referente ao preço de insumos para a produção industrial.

No que diz respeito às questões consentâneas ao valor agregado dado ao produto pelo uso do gás natural, à frequência dos contratos de fornecimento de gás natural firmados com o distribuidor e às incertezas relacionadas ao uso de gás natural visualizados pelos entrevistados os resultados podem ser vistos na Tabela 5.6.

Tabela 5.6 – Valor agregado ao produto pelo GN, frequência dos contratos e incertezas agregados ao uso do GN.

Indústrias	Valor Agregado ao Produto	Frequência (anual)	Incertezas
Empresa A (petroquímica)	Não	1, take-or-pay*	Não
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Sim	10	Sim [fornecimento]
Empresa C (vidro para engarrafamento)	Não	5, take-or-pay*	Sim [fornecimento]
Empresa D (bebidas)	Não	1	Não
Empresa E (vidro)	Sim	SR	SR
Empresa F (gasquímica)	Sim	1, take-or-pay*	Não
Empresa G (mineração)	Não	3, take-or-pay*	SR
Empresa H (vidro para montagem de televisores)	Não	SR	SR

(SR) Sem Resposta.

(*) Souberam informar que o contrato tem condições mínimas de consumo [*take-or-pay*].

Com relação ao valor agregado dado ao produto pelo uso do gás natural, sabe-se que, em regra, a queima direta da matéria-prima pelo gás natural aumenta o valor agregado do produto final, devido a menor existência de contaminantes, sem esquecer quando o próprio gás natural é a matéria-prima da planta. No primeiro caso, presta-se como exemplo a indústria de cerâmica branca e no segundo, as indústrias gasquímicas.

As respostas que variaram dessa perspectiva, ocorreram por falta de entendimento claro pelo entrevistado, ou para a finalidade específica do mesmo produto, caso do vidro que para engarrafamento não é um produto final tão bem trabalhado quanto para a montagem de televisores.

No tocante à frequência das transações firmadas entre os agentes, há de se registrar que as respostas mostraram uma certa diversidade, demonstrando contratos de longo, médio e de curto prazos. Verifica-se, então, que nem sempre o concessionário, detentor de um contrato de *take-or-pay* com o carregador, repassa o risco de demanda para o usuário final industrial, pois dependendo do poder de barganha desse nas negociações o contrato será equânime para ambas partes.

Igualmente, constata-se que os investimentos¹¹³ realizados por parte do industrial para adaptar a planta ao uso do gás natural e por parte do concessionário para expandir a rede não se encontram tão atrelados à frequência das relações, apesar dos entrevistados com prazos contratuais de médio e de curto prazo terem demonstrado que a renovação dos contratos é a regra, na verdade, firmam esses prazos mais curtos para se buscar a diminuição do preço do gás natural [ou melhores condições contratuais futuras].

No que se refere às incertezas agregadas ao uso do gás natural, os entrevistados que responderam à questão, destacaram o de fornecimento. Àqueles que não responderam, percebeu-se ora falta de entendimento sobre o assunto, ora impossibilidade de falar sobre esse tema.

Nesse sentido, os entrevistados que apontaram incertezas no fornecimento relacionaram essa pergunta à oferta do gás natural boliviano. Outros entrevistados quando instigados a falar sobre isso, atribuíram também um certo teor de incertezas referentes ao gás boliviano, por causa das questões políticas vivenciadas pelo país. Contudo, apesar de existir esse cenário, há de se lembrar que apesar da instabilidade política da Bolívia, a riqueza gerada pela indústria do gás natural nesse país, leva a crer que os anúncios de interrupção de fornecimento de gás natural são mais característicos de mecanismos de pressão para a maior repartição da riqueza gerada.

Ademais, em entrevista ao Vice-Ministro de Hidrocarburos do Governo Boliviano, bem como a um representante da YPFB constatou-se que essa incerteza não encontra assento no discurso desses agentes em virtude das relações contratuais de fornecimento de gás natural não guardar qualquer histórico de interrupção apesar de outras crises e instabilidades vivenciadas tanto pela Bolívia quanto pelo Brasil ao longo do tempo.

Em relação às demais perguntas feitas aos entrevistados, além do tabelamento das respostas, a partir desse momento, utilizar-se-á os argumentos, *ipsis litteris*, para, posterior, análise.

¹¹³ Na verdade, o fluxo de caixa do projeto de conversão da planta da indústria que utilizava outro energético que não o gás natural, não coloca o gás natural no cálculo, especificamente, mas, implicitamente, o assume pelos ganhos que serão auferidos. Assim, ao se afirmar que os investimentos dos contraentes não estão tão ligados à frequência dos contratos, quer se dizer de forma explícita pelos agentes, mas, obviamente, o distribuidor sabe que o industrial está amarrado àquele contrato por muito mais tempo, pois precisa do energético para produzir auferindo X valores. E como, a depender da reversibilidade das instalações, o industrial pode utilizar outros energéticos substitutos, então, esse pode usar tal possibilidade como mecanismo de pressão competitiva.

5.9.1 Pretensão de se tornar consumidor livre e motivações

A Tabela 5.7 apresenta o resumo das respostas dos entrevistados concernentes à pretensão de se tornar usuário livre de gás natural e quais seriam as suas motivações.

Tabela 5.7 - Pretensão de se tornar usuário livre e motivações

Indústrias	Pretensão de se tornar usuário livre e motivações
Empresa A (petroquímica)	Não entrou em estudo
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Deverá ser avaliado
Empresa C (vidro para engarrafamento)	Sim, caso tenha vantagem econômica e segurança de fornecimento
Empresa D (bebidas)	Depende, caso tenha retorno financeiro e sem a previsão de consumo mínimo
Empresa E (vidro)	Não
Empresa F (gasquímica)	SR
Empresa G (mineração)	Sim, poder negociar preço
Empresa H (vidro)	SR

(SR) sem resposta

Em termos de resposta com um maior conteúdo, o entrevistado da empresa B respondeu a pergunta sobre a pretensão de se tornar usuário livre e suas motivações da seguinte forma:

Ainda não é possível regulatoriamente sermos livres para esta compra, existe um contrato a ser firmado com a Distribuidora que tem a concessão. Contudo, quando pudermos, certamente este assunto será avaliado. Ainda não avaliamos, contudo, acreditamos que poderemos nos beneficiar a exemplo da energia elétrica atualmente.

Pode-se afirmar que o entrevistado tem o conhecimento sobre as regras do livre acesso, bem como deve atuar no mercado livre do setor elétrico, visto a comparação de benefícios que poderão existir. No caso, essa empresa deverá avaliar todos os mecanismos econômicos que possibilite auferir ganhos com o modelo de livre acesso na distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo.

Já o entrevistado da empresa D colocou mais algumas questões interessantes, veja:

No caso do setor de energia elétrica, é obrigado a pagar a linha sem usar, se o gás for igual ao setor elétrico, terá que ter parcerias(...) A flexibilidade contratual é relevante para a indústria. O mercado livre do gás natural é moderno, mas se vier coisa maluca, não dá. (...) Será viável se tiver retorno financeiro, caso diga que deverá ter garantia mínima de consumo, não dá.

A comparação com o modelo do setor elétrico se fez bem presente no discurso desse entrevistado, o que demonstra certo aprendizado com modelos de usuários livres. Fazem-se

significativos, também, os fatores de flexibilidade no consumo de gás natural e de retorno econômico para o entrevistado em comento.

Por sua vez, o entrevistado da empresa F aponta a pouca oferta de gás natural como um futuro entrave, bem como a disponibilidade de capacidade nos gasodutos das distribuidoras. Em outro trecho, o entrevistado aponta a ausência de livre acesso no transporte como algum que pode inviabilizar o uso de gás natural comprado por outras fontes de fornecimento que não sejam a atual distribuidora ou a Petrobrás, *in verbis*:

Primeiro deveria haver a disponibilidade de GN de fontes livres e a dificuldade será como levar o GN até o consumidor, porque como no caso da energia elétrica, será necessário usar a tubulação de distribuição existente e pagar pelo uso, caso exista disponibilidade. A construção de gasodutos específicos pode inviabilizar o negócio. Como no caso da energia elétrica poderia comprar GN direto das fontes, como no caso da Bolívia, mas novamente surge o problema do transporte. Construir-se novo gasoduto pode ser muito caro e usar o atual, a Petrobrás pode alegar que não existe mais capacidade de transporte.

Em primeiro lugar, há de se frisar que somente ocorrerá livre acesso a partir da utilização da rede de distribuição do concessionário local de gás natural canalizado, não será permitido à construção de outra rede por terceiro, somente o concessionário é quem poderá construir rede. Sendo possível a participação de terceiros na construção, mas o ativo será afeto à prestação do serviço público de distribuição de gás natural canalizado.

O ponto sobre a oferta de gás natural deverá ser um obstáculo menos concreto do que o citado pelo entrevistado em virtude de outras empresas já estarem presentes no setor de pesquisa, desenvolvimento e produção boliviano e brasileiro. E, em relação ao livre acesso no GASBOL, acredita-se que os impasses ocorridos nos últimos anos deverão estar mais amenos [ou pelo menos mais claro] quando da fixação das regras do livre acesso na distribuição de gás natural.

Novamente, ressalta-se a referência ao modelo de livre acesso do setor elétrico, como uma constante no discurso da maioria dos entrevistados. Ocorre que apesar de os setores de distribuição de gás natural e de energia elétrica serem indústrias de rede, com características econômicas e jurídicas semelhantes [economias de escalas, serviço público etc.], é imprescindível enxergar que o grau de maturidade e o arcabouço institucional herdados, dentre outros fatores de análise, são diferentes. O que leva a crê a necessidade de cautela quanto à procedência de uma regulação similar, sem considerar o que distingue o setor de distribuição de gás natural.

5.9.2 Visão sobre o regulador

No que diz respeito à opinião dos entrevistados sobre a ação do órgão regulador, no sentido de um possível risco regulatório, ou seja, de não existir transparência, coerência, consistência intertemporal na atuação do regulador que afete a tomada de decisão da empresa, seguiu três caminhos, nem todos responderam, outros responderam que não tiveram nenhum problema com o órgão regulador até o momento, e outros apresentaram respostas a seguir analisadas.

As respostas vão desde as mais simplórias, como a do entrevistado da empresa F, *ipsis litteris*:

CSPE é o órgão responsável pelo controle das distribuidoras, da definição das tarifas e de seus reajustes. Ele estabelece tipos de GN disponíveis, tais como GNV, Cogeração, combustível. Estabelece as normas que devem ser obedecidas pelos distribuidores e pelos consumidores.

Até respostas mais complexas, como as dos entrevistados das empresas C e G, respectivamente, *in verbis*:

Existe incerteza quanto à seriedade de cumprimento anual do preço, a Portaria 401 da CSPE alterou o preço do gás natural, que é normalmente anual, foi de três meses, por causa do concessionário somente ser conectado ao GASBOL. (...) Não é lei de mercado, você está interligado à rede e não tem mobilidade, o consumidor fica exposto.

A Portaria 401 da CSPE foi uma surpresa desagradável.

A Portaria a qual os entrevistados se referem determina a atualização da tarifa praticada pelo concessionário da área noroeste do Estado de São Paulo. Nos considerandos da Portaria, a CSPE expõe os motivos pelos quais ocorreu o reajuste da tarifa, quais sejam, “as modificações das alíquotas e forma de apuração das contribuições: “Programas de Integração Social – PIS e Programa de formação do Patrimônio do Servidos Público – PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS”.

No entanto, essa alteração na tarifa é prevista na Lei Geral de Concessões (art. 9º, § 3º), bem como em toda a legislação estadual e no contrato de concessão (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão). A CSPE procedeu de forma correta, coerente e transparente.

A Tabela 5.8 mostra o resumo das respostas dos entrevistados sobre a visualização de alguma incerteza proveniente da regulação do mercado de gás natural.

Tabela 5.8 – Risco Regulatório.

Indústrias	Risco Regulatório
Empresa A (petroquímica)	Não tivemos até o momento nenhum problema
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Não
Empresa C (vidro)	Sim, Portaria 401
Empresa D (bebidas)	SR
Empresa E (vidro)	SR
Empresa F (gasquímica)	Resposta genérica
Empresa G (mineração)	Sim, Portaria 401
Empresa H (vidro)	Não conhece a CSPE

(SR) Sem Resposta.

5.9.3 Estudo de viabilidade do livre acesso e contato inicial estabelecido com comercializadores

Perguntados sobre a existência de algum estudo sobre a viabilidade da empresa se tornar consumidora livre os entrevistados responderam de acordo com a Tabela 5.9.

Tabela 5.9 – Estudos de Viabilidade de se tornar usuário livre

Indústrias	Estudou viabilidade do livre acesso
Empresa A (petroquímica)	Não
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Não
Empresa C (vidro)	Não
Empresa D (bebidas)	Não
Empresa E (vidro)	Não
Empresa F (gasquímica)	SR
Empresa G (mineração)	Não
Empresa H (vidro)	SR

Essa pergunta teve o objetivo de averiguar até que ponto as indústrias estão preocupadas com esse processo de liberalização do mercado, no entanto, há de se ressaltar que quase sempre, os entrevistados não passam assuntos confidenciais da companhia para terceiros.

No tocante ao questionamento sobre algum contato inicial entre indústria e possível comercializador, todos os entrevistados responderam que não havia até o momento nenhum contato prévio. Somente o entrevistado da empresa F respondeu o seguinte:

Sim. Os fabricantes de vidro tentaram este tipo de negócio direto, mas a dificuldade de transporte até as indústrias inviabilizou o fechamento do negócio.

Tal trecho leva a perceber que, na verdade, as empresas podem estar atentas ou não às mudanças que as favoreçam, mas de qualquer forma, possuem estratégias que as levam a segurar informações.

5.10 Síntese dos resultados das análises dos discursos dos agentes

Essa Figura 12 representa as relações aqui estudadas e os parâmetros que pautaram as análises dos discursos dos entrevistados, dela se podem retirar os seguintes pontos em resumo:

Figura 12 Relações de efeitos trilaterais e pressupostos de análise

Fonte: Elaboração Própria

Nas relações (A) e (C) foi constatado que o órgão regulador tem agido de forma a consolidar uma boa reputação, ocasionando a confiabilidade dos agentes no desempenho de sua função como regulador do mercado de distribuição de gás natural canalizado, o que possibilita a edição de normas sobre o período do fim de exclusividade com uma tendência menos conflituosa e com uma maior participação dos agentes. Ou seja, as tendências de edição das normas serão: transparência, coerência, consistência intertemporal, respeito à herança institucional herdada, ao modelo regulatório básico da distribuição de gás natural canalizado e à maturidade da indústria nacional. No que toca à maturidade da indústria nacional existem questões exógenas que deverão ser consideradas no momento oportuno, mas que agora estão em vias de definição.

Na relação (B), perceberam-se inúmeros fatores a condicionarem as relações ao longo prazo dos agentes. Na formatação dos contratos, os investimentos a serem realizados pelos agentes [expansão da rede e mudança na planta industrial] serão considerados pelos agentes ao longo do tempo no retorno do capital investido. Mas, além disso, a dimensão do volume [correspondente ao maior faturamento, apesar da menor margem] consumido pelo industrial será significativa para a negociação do valor do desconto, em cima da tarifa teto.

Assim, em regra, a maior especificidade de ativos conduz a uma menor flexibilidade contratual; porém a presença de combustíveis substitutos acarreta um maior poder de barganha do usuário final [menor preço do gás natural através dos descontos]. Acrescenta-se a isso o volume consumidor pelo usuário que lhe dará também um maior poder de barganha durante as negociações.

A maior frequência ocasiona três principais efeitos: a flexibilidade contratual, um maior poder de barganha do usuário [menor preço do gás natural através dos descontos, negociados periodicamente] e menor repasse de risco de demanda do concessionário para o usuário.

Apesar de os agentes entrevistados não terem frisados as incertezas, ter-se-ão menores a flexibilidade contratual e o poder de barganha do usuário [maior preço do gás natural, sem dos descontos] quando maior a incerteza, em virtude dos concessionários, em regra, repassarem certos riscos para o cliente [por exemplo, descompassos de prazo de contratos *take-or-pay* ao longo da cadeia contratual]. Porém no caso do industrial, possuidor de uma planta apta a funcionar com outros combustíveis, os poderes de negociações das condições contratuais poderão ser focalizadas e privilegiar bem mais o usuário.

A tendência de conduta por parte dos atuais concessionários será continuar no mercado de comercialização e, no momento, ao concederem descontos em cima da tarifa teto, além de buscarem o consumo de gás natural no lugar de outros energéticos estão realizando a fidelização de clientes. Já a tendência do usuário livre será buscar melhores condições contratuais no que tange ao preço final do gás natural, visto a diminuição do custo da energia no processo industrial.

6. CONCLUSÃO

O setor de distribuição de gás natural canalizado no Brasil se insere dentro do rol de competências constitucionais dos Estados Federados, nesse sentido, o presente trabalho concentrou esforços em verificar a configuração dada a esse segmento, bem como suas implicações, sob a ótica de mecanismos instigadores de um ambiente concorrencial a partir da supressão de algumas barreiras à entrada, no Estado de São Paulo.

O modelo de distribuição de gás natural canalizado do Estado de São Paulo conta com um desenho que favorece o acesso de terceiros ao setor de comercialização de gás natural a partir de determinado prazo temporal estabelecido nos contratos de concessão firmados entre os atuais concessionários e o Estado de São Paulo, representado pelo órgão regulador, CSPE.

Diante da proximidade desse fato e da ausência de experiência similar no segmento de distribuição de gás natural canalizado no Brasil, constatou-se que o desenvolvimento de um estudo colocando em pauta determinadas questões suscitadas a partir de pesquisa bibliográfica e de entrevistas realizadas com os agentes econômicos [distribuidores e usuários industriais] poderia contribuir como uma literatura para a atividade de regulação a ser executada pelos órgãos competentes para tanto.

Nesse ínterim, averiguou-se que a previsão de um livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo é generalista e não conta, ainda, com um desenho normativo básico, isso demanda a edição não somente de resoluções por parte da CSPE, mas também, a promulgação de uma lei que discipline a atividade de comercialização de gás natural canalizado.

Assim, para a abertura do mercado de comercialização no Estado de São Paulo indica-se como arcabouço normativo a edição de uma Lei Estadual e, posteriormente, o exercício da regulação pela CSPE, por meio de resoluções. Sendo que dentre as opções de previsões normativas deverão estar precisos pontos atinentes: aos direitos e deveres dos comercializadores, dos usuários livres e dos distribuidores, à garantia de livre acesso; de tratamento não discriminatório; possibilidade de escolha do produtor pelo usuário; separações contábeis, jurídicas e societárias das empresas comercializadoras e distribuidoras.

Dentro das hipóteses [argumentos] trabalhados nessa dissertação é possível perceber que a política regulatória para surtir efeito positivo precisa enxergar a cadeia do gás natural como um todo, inclusive, o desenvolvimento da indústria de gás natural ao longo dos

próximos anos será determinante para o modelo de São Paulo [grau de maturidade da indústria do gás natural no Brasil dimensiona um caminho bastante longo para o fortalecimento institucional], por isso é recomendável uma interlocução, cotidiana, entre órgãos públicos atuantes na cadeia do gás natural e entes políticos responsáveis pelo delineamento de políticas públicas para esse setor.

O mercado de gás natural brasileiro apresenta características marcantes relacionadas, principalmente, à forte presença e ao poder de mercado da Petrobrás, que é a principal financiadora de projetos em infra-estrutura de transporte [herança institucional]. Daí os entraves apontados pelos entrevistados [poucos ofertantes de gás natural e de transporte] são significativos, o que demanda um maior tempo para serem revertidos. Entretanto, acredita-se que nos próximos cinco ou seis anos os setores de produção e de transporte contarão com uma maior quantidade de agentes econômicos.

No que diz respeito ao órgão regulador estadual foi possível perceber uma boa capacitação técnica que reforça a sua boa reputação e a credibilidade dos agentes econômicos e dos usuários industriais em relação a sua atuação. A CSPE tem atuado de forma transparente, coerente e consistente ao longo do tempo, o que sinaliza a tendência de seu êxito na edição do desenho básico do livre acesso.

A utilização da experiência de livre acesso no setor elétrico poderá ser muito útil, mas deverá ser vista com cautela, em virtude dos diferentes graus de maturidade dos setores de energia elétrica e de gás natural, considera-se importante a realização de um estudo comparativo.

No que tange ao procedimento de discussão sobre a regulação do livre acesso, é relevante que antes da realização de audiências públicas especificamente as do assunto em foco o regulador defina os parâmetros do livre acesso [preço de acesso, preço de interconexão, grau permitido de integração vertical], a fim de os agentes opinem dentro de diretrizes esboçadas pelo órgão público.

Enxergou-se, igualmente, que a participação dos órgãos federais [ANP e SBDC] durante a discussão das regras regulatórias, em procedimentos como audiências públicas, será fundamental para um livre acesso na distribuição de gás natural canalizado que reflita a maturidade da indústria de gás natural, o desenho básico existente, a legislação antitruste e o arcabouço institucional herdado.

O órgão regulador deverá ter ciência que os atuais concessionários possuem experiências internacionais em questões relacionadas ao livre acesso na distribuição de gás natural, o que dá uma vantagem comparativa a esses agentes privados no que toca ao

aprendizado adquirido sobre como se comportar em um mercado aberto e manter o seu poder econômico, impedindo a entrada de terceiros.

Examinou-se que há uma tendência dos atuais concessionários criarem fortes barreiras à entrada para se manterem monopolistas no mercado, daí ser recomendável um maior controle por parte do órgão regulador pelo menos durante um período de transição que permita a entrada de terceiros, a contestação de monopólios e benefícios para todos os usuários de gás natural, nesses últimos, principalmente, em razão de os cativos correrem o risco de arcarem com as vantagens auferidas pelos livres.

Percebeu-se, também, a tendência dos atuais concessionários continuarem no mercado de comercialização, além da distribuição. E, no momento, ao concederem descontos em cima da tarifa teto, além de buscarem o consumo de gás natural no lugar de outros energéticos estão realizando a fidelização de clientes. Inferiu-se, a partir da presente análise, que os concessionários buscarão investir mais nos setores que continuaram como mercados cativos [residencial e comercial] com o intuito de se firmar definitivamente no mercado e auferir ganhos certos no decorrer da concessão.

Ademais, apreendeu-se que existe uma alta probabilidade de integração vertical por parte dos grupos controladores das companhias concessionárias. Isso demonstra a tendência de conter informações e de proceder de forma oportunista, o que deverá dificultar a concorrência no curto prazo. Contudo, as normas a serem expedidas podem restringir isso a partir da utilização das informações sobre os custos dos concessionários atuais detidas pela CSPE ao longo desses anos e caso ocorra uma sinergia entre órgãos públicos e agentes políticos para a elaboração de um desenho normativo básico coerente e consistente ao longo do tempo. As experiências internacionais [Apêndice C] demonstraram que as mudanças são graduais, requerem acompanhamento constante e um bom aparato regulatório; o estudo de tais experiências será proveitoso para o caso de São Paulo, mas deverá considerar o arcabouço institucional herdado, o desenho regulatório básico já existente e a maturidade da indústria brasileira de gás natural para a construção do modelo de livre acesso que seja factível no Estado de São Paulo [e dentro da configuração da cadeia de gás natural no Brasil].

Quanto aos consumidores industriais, pôde-se visualizar que a decisão de ser usuário livre ou não, dar-se-á pelas condições contratuais e regulatórias a serem colocadas durante o processo normativo, e deverão fundamentalmente girar em torno de duas tendências: preço final do energético em foco e segurança em seu fornecimento.

O ano de 2009, apontado pelo regulador como o início das discussões públicas sobre o assunto, é um bom prazo, tendo em vista que os usuários industriais deverão sinalizar dois anos antes de 2011 se desejarem ser livres [área de concessão da Comgás].

Em relação às relações contratuais de fornecimento de gás natural, firmadas entre concessionário e indústrias, notou-se que a maior especificidade de ativos conduz a uma menor flexibilidade contratual. Outrossim, na presença de combustíveis substitutos o usuário final tem um maior poder de barganha, o que proporciona um menor preço do gás natural através do uso de descontos por parte dos concessionários. A maior frequência [repetição do contrato] traz flexibilidade contratual que favorece o maior poder de barganha do usuário e, por conseguinte, ocasiona um menor preço do gás natural através da concessão de descontos por parte do distribuidor. Em se tratando de maiores incertezas, a flexibilidade contratual e o poder de barganha do usuário final serão menores [maior preço do gás natural, sem dos descontos]. Portanto, a utilização de descontos pelo distribuidor de gás natural canalizado, atualmente, representa um mecanismo de competição entre energético, por outro lado, ao médio e ao longo prazos constituem em instrumento de fidelização de clientes, acarretando mais barreiras à entrada no setor de distribuição de gás natural canalizado.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional do Petróleo – ANP (2004). Boletim mensal do gás natural: setembro de 2004. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de dezembro de 2004.

_____. Contratos das Distribuidoras de Gás. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado: em 03 de maio de 2005.

ALMEIDA, Edmar de. Políticas macro-econômicas e seus impactos para o desenvolvimento da indústria de gás natural. Apresentação realizada no Evento Gás Summit, São Paulo, In: <http://www.ibcbrasil.com.br>. Acesso em: julho de 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho-agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2005.

ANUATTI NETO, Francisco, FERREIRA, Denílson, PEANO, Claudia De Rosa, SANTOS, Edmilson Moutinho. Consolidação dos *Rounds* de licitação da ANP (1º ao 7º). Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia e Administração, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. Revista do Direito da Energia. São Paulo, n. 02, 2004, p.144-201.

_____. Serviços Públicos e Concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

_____. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2005.

BALANÇO ENERGÉTICO NACIONAL – BEN. Disponível em: http://www.mme.gov.br/site/menu/select_main_menu_item.do?channelId=1432, Ministério de Minas e Energia, Acessado em: agosto de 2005.

BARBOSA, Alfredo Ruy. A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 389, 31 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5521>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica – regime jurídico das sociedades de economia mista – inocorrência de abuso do poder econômico. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 94, v. 343, p. 293-312, jul./set. 1998.

_____. Natureza jurídica e funções das Agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.25, 1999.

BECERRA, Ángel. Energía para el desarrollo de América del Sur: Perú. Organizador: Ericson de Paula. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 279-304.

BERG, Sanford V., TSCHIRHART, John. Natural monopoly regulation: principles and practice. New York: Cambridge, 1988.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Agências de Regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CAVALCANTE, Amanda Barcellos. A independência das agências reguladoras e sua adequação ao Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, a. 07, n. 12, p. 119-130, jan./dez. 2001.

CAVALCANTI, José Roberto P. C. Faveret. Limites da competência estadual em matéria de gás. In: VALOIS, Paulo. *Temas de direito do petróleo e do gás natural*. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CECCHI, José Cesário. Indústria Brasileira de gás natural: regulação atual e desafios. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

CREMER, Helmuth, GASMI, Farid, LAFFONT, Jean-Jacques. Access to pipelines in competitive gas markets. *Journal of Regulatory Economics*. 24:1, p.5-33, 2003.

COLLETTE, Martin, LEITZINGER, Jeffrey. A retrospective look wholesale gas: industry restructuring. *Journal of Regulatory Economics*. 21: 1, 79-101, 2002.

COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA (CSPE). Legislação. Contrato de Concessão. Dados do Setor de Gás Natural Canalizado. In: <http://www.cspe.sp.gov.br>. Acessado em: 10 de abril de 2005.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGIA Y GAS (CREG). Marco regulatorio para el servicio publico de gas combustible por red y para sus actividades complementarias. Disponível em: <http://www.creg.gov.co>. Acessado em: 15 de agosto de 2005.

COSTA, Heloíse Helena Lopes Maia da. A regulação da indústria do gás natural no Brasil: fatos e desafios. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. O âmbito de responsabilidade do operador *em joint venture* na indústria do petróleo e gás. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2004.

_____. LEITE, Fábio Augusto C. Castro. Montanha. Mudança paradigmática da ordem econômica estatal e o novo modelo regulatório da indústria petrolífera. Anais do IX Seminário de Pesquisa do Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Natal, UFRN, 2003, p.01-11. DADOS DO SETOR DE GÁS. Revista Brasil Energia, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIRECTIVA 98/30/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 22 de Junho de 1998. Relativa a regras comuns para o mercado do gás natural. L 204/2 PT, Jornal Oficial das Comunidades Européias, 21.7.98.

DIRECTIVA /30/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 22 de Junho de 1998. Relativa a regras comuns para o mercado do gás natural. L 204/2 PT, Jornal Oficial das Comunidades Européias, 21.7.98.

DUBROVSKY, Hilda. Energía para el desarrollo de América del Sur: Argentina. Organizador: Ericson de Paula. Sao Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 25-61.

DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 229, p.335-354, jul./set. 2002.

_____. Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. Revista do IBRAC, São Paulo, p. 37-50, março de 1997.

EKSTERMAN, Patricia. Gás Natural Liquefeito (GNL) abre mercados. In:<http://www.gasenergia.com.br> (Portal GásEnergia). Acesso: 15 de maio de 2004.

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS). Marco Legal. Disponível em: <http://www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/indice.php>. Acessado em: 13 de junho de 2005.

FAGÁ, Murilo W. Termelétricas ignoram a Segunda Lei. Jornal Correio da Cidadania, Edição Especial, a. VIII, n. 452, semana de 11 a 18 de junho de 2005, p. 13.

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FRAJA, Gianni De. Entry, prices and investment in regulated industry. Journal of Regulatory Economics.11, p. 257-270, 1997.

FERNANDES, Eliane. Regulação do Gás Natural: competição e perspectivas para uma nova Lei do Gás. ANP, IN: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

FLEURY, Fernando Leme. O processo decisório na avaliação de Project Finance: um estudo de caso em um projeto de infra-estrutura. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo. Maio de 2001.

FIANI, Ronaldo. Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas futuras. In : http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Acesso em 08 de agosto de 2005.

_____, Tendências da Regulação Econômica no Caso Brasileiro: uma reflexão a partir do Debate Internacional. In: http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sti/publicacoes/futAmaDilOportunidades/rev20010424_06.pdf. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Acesso em 08 de agosto de 2005.

GARCIA, Mônica. A função reguladora do Poder Executivo. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a. 10, n. 38, p. 205-233, jan./mar 2002.

GIRALDO, Adriana Elvira Barrios. Energía para el desarrollo de América del Sur: Colombia. Organizador: Ericson de Paula. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 167-97.

GÓIS, Luciana Figueiras de. A gênese do princípio do "open access" a gasodutos no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 765, 8 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7123>>. Acesso em: 02 set. 2005.

GOMES, Ieda. LNG: Market Overview and Regulation. Apresentação realizada no 3º Congresso de Direito da Energia, realizado no auditório da FIESP, São Paulo, 2005.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2005.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a.12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004

HAMILTON, Jonathan H., LEE, Sang Hyup. Using market structure to regulate a vertically integrated monopolist. Journal of Regulatory Economics. 15, p. 223-248, 1999.

HOLLAS, Daniel R. Gas utility prices in a restructured industry. Journal of Regulatory Economics. 16, p.167-185, 1999.

HUNGER, David. Analyzing gas and electric convergence mergers: a supply curve is worth a thousand words. *Journal of Regulatory Economics*. 24:2, p.161-173, 2003.

LAUREANO, Fernanda Helena Garcia Cobas. A indústria do gás natural e as relações contratuais: uma análise do caso brasileiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

LAVILLE, Christian, DIONNE, Jean. A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 1999.

LESSA, Daniela. GNV: expansão subsidiada. *Revista Brasileira de Tecnologia e Negócios de Petróleo, Gás, Petroquímica, Química Fina e Indústria do Plástico*. Ano VII, n. 36, maio/junho 2004, p. 28-34.

KLEIT, Andrew N. Did open access integrate gas natural market. An arbitrage cost approach. *Journal of Regulatory Economics*. 14, p.19-33, 1999.

MANKIWI, N. G. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 4, 2001, p. 95-122.

_____. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

_____. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Importância do Direito Administrativo comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5619>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

MEDEIROS, Gilson. Fundamentos do Gás Natural. Centro de Tecnologia do Gás (CTgas). Notas de aula, Natal, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de novembro de 2005.

MELO, Josué Pereira. Cenários do Gás canalizado no Estado de São Paulo. São Paulo: Artliber Editora, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 305-321, 2002.

MORAES, Alexandre de. Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2426>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

MORAES, Suzy Elaine Gasparini de. O mercado de gás natural no Estado de São Paulo: histórico, cenário, perspectivas e identificação de barreiras. (On-line Site-BT IEE-USP), 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo Novas Considerações (Avaliação e Controle das Transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

NEVES, Rodrigo Santos. O Estado Regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a. 11, n. 44, p.209-233, jul./set. 2003.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA (OSINERG). Normas Legais, dados e informação institucional. Disponível em: <http://www.osinerg.gob.pe>. Acessado em: 15 de novembro de 2005.

OLIVEIRA, Gesner, RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Escorço histórico do contrato administrativo . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2647>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

PAULA, Ericson (organizador). Energía para el desarrollo de América del Sur. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

PEANO, Claudia De Rosa. Regulação Tarifária do Setor de Distribuição de Energia Elétrica no Brasil: uma análise da metodologia de revisão tarifária adotada pela ANEEL (Orientador: Francisco Anuatti Neto). São Paulo, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aspectos concorrenciais do gás natural. Revista do Direito da Energia, n. 01, 2004.

PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel. Microeconomia. 5 ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. Estabilidade Jurídica da Ação Regulatória. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br>. Acessado em: 10 de novembro de 2005.

PIRES, Paulo Valois. A evolução do monopólio estatal do petróleo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge, PONDÉ, João Luiz. Defesa da Concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 8, n. 8, p. 99-121, 2001.

QUIVY, Raymond, CAMPENHOUDT, Luc Van. Manual de Investigação em Ciências Sociais. São Paulo:Gradiva, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a 11, n. 43, p. 49-56, abr./jun. 2003.

RECHELO NETO, Carlos Alberto. GNL para suprimento interno e exportação versus gasodutos: oportunidades, ameaças e mitos. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

REPARTIÇÃO DAS RENDAS ECONÔMICAS NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DO GÁS. Projeto Grupo de Energia/Instituto de Economia/UFRJ – Agência Nacional do Petróleo Natural. Coordenação: Prof. Helder Queiroz Pinto Jr., fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de novembro de 2005.

RIBEIRO, Suzana Kahn. Estudo das Vantagens Ambientais do Gás Natural Veicular: o caso do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Interpretação dos contratos administrativos . Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=458>. Acesso em: 25 nov. 2005.

_____. Reajuste dos contratos administrativos e os programas de estabilização da economia . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3411>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de outubro de 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de outubro de 2005.

_____. Ordem Econômica na Constituição. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n. 32, p.165-176, maio/jun. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo Malheiros, 2001.

SANTOS, Edmilson Moutinho dos (coord.). Gás Natural: estratégias para uma energia nova no Brasil. São Paulo: Annablume, FAPESP, Petrobrás, 2002.

SCHWYTER, Anton A. SAUER, Ildo Luís. A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios (On-line Site-BT IEE-USP), 2001.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Nova era da defesa da concorrência: o Direito antitruste e os mercados regulados. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 127-153, 2002.

_____. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 08, n.02, p.27-46, 2001.

_____. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2005.

SILVEIRA, Janildo Jovino da. O contrato de concessão da Eletrosul: aspectos relevantes. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 641, 10 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6470>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

SORIO, Washington. O que é *benchmarking*? Disponível em: <http://www.guiarh.com.br/z59.htm>. Acessado em: 26 de novembro de 2005.

SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP. Participações cruzadas na indústria brasileira de gás natural. In: <http://www.anp.gov.br>, Acesso em: 11 de junho de 2005.

STRAT, Consulting, A Reforma da Indústria de Gás na Argentina. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de agosto de 2005a.

_____, A Reforma da Indústria de Gás na Colômbia. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de agosto de 2005b.

_____, A Reforma da Indústria de Gás no Peru. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de agosto de 2005c.

_____, A Reforma da Indústria de Gás na União Européia. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acessado em: 03 de agosto de 2005d.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem Econômica na Constituição. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n. 32, p.165-176, maio/jun. 2000.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S. GARCIA; Manuel E. Fundamentos de Economia. São Paulo: Saraiva, 2002.

VICCHINI, Rafael Judar. Determinantes da competitividade na indústria do gás natural: uma abordagem neoinstitucional, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP, Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, Salvador, 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral; TABORDA, Mônica Oldani. As prerrogativas da Administração nos contratos administrativos. As chamadas cláusulas exorbitantes. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3699>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

VISCUSI, W. Kip.; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. Economics of regulation and antitrust. 3 ed. Cambridge, Massachusetts, 2000.

ULEN, Thomas S. Rational choice theory in law and economics. Encyclopedia of Law and Economics. <http://encyclo.findlaw.com>. Acessado em: 26 de outubro de 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Governance. University of California, Berkeley, January 2005

APÊNDICE A – O HISTÓRICO DA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL NO BRASIL E O CONTEXTO DA REFORMA DO ESTADO.

1.1 A indústria de gás natural e a mudança do papel do Estado: as implicações na ordem jurídica brasileira.

1.1.1 Esboço da indústria do gás natural: da Constituição de 1891 até a década de 70.

1.1.2 A indústria do gás natural nos anos seguintes a 1980

1.1.3 As transformações ocorridas ao longo da década de 90 e a indústria do gás natural

1.1.4 A Ordem Econômica e a atividade de distribuição de gás canalizado

1.2 Contexto da indústria de gás natural sob o ângulo legal.

1 O HISTÓRICO DA INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL NO BRASIL E O CONTEXTO DA REFORMA DO ESTADO.

A indústria de gás natural no Brasil sofreu inúmeras alterações ao longo da década de 90, sobretudo, decorrentes do contexto advindo à adoção de paradigmas de reformulação do papel do Estado.

Não obstante tais transformações, a história dessa indústria mostra bem de perto a sua forte interação com o crescimento e com o desenvolvimento da indústria petrolífera e, por conseguinte, com os novos rumos do consumo da energia no mundo.

Dessa maneira, a proposta desse capítulo, dentro da exposição de uma linha do tempo, é discorrer sobre como a função assumida pelo Estado ao longo da história influenciou a utilização do gás natural na matriz energética nacional, bem como fazer considerações acerca do quadro de sua utilização no Estado de São Paulo.

Além disso, a fim de se situar a problemática, serão referenciadas as mudanças constitucionais e legais que aconteceram sob a égide de permitir a flexibilização de monopólios estatais e a criação de instituições garantidoras da ordem jurídica proveniente dessa nova realidade¹¹⁴.

¹¹⁴ Esses aspectos serão tratados em virtude da importância de se compreender como a história determinou o atual estágio de desenvolvimento do mercado de gás natural. Para tanto, a visão esboçada enfocará desde a descoberta, passando pela produção até a distribuição de gás natural. Pretende-se com isso permitir uma reflexão de como se estruturou a atividade de distribuição e de como a cláusula de livre acesso no contrato de concessão de São Paulo pode contribuir para uma maior competição nessa indústria, desde que ao ser implementada leve em consideração características sobre a herança institucional e o panorama nacional.

1.1 A indústria de gás natural e a mudança do papel do Estado: as implicações na ordem jurídica brasileira.

O evoluir histórico do Estado permite vislumbrar a interface do ente público, o qual ora se imiscui e intervém na atividade da iniciativa privada, ora se abstém e deixa o mercado livre à concorrência, o que não foi diferente com a indústria de gás natural.

Dessa forma, a compreensão do processo histórico dentro da dinâmica atual permite inferir quais os melhores caminhos a seguir e quais as políticas de desenvolvimento são mais propícias a surtirem efeitos, a partir da constatação de como as diferenças existentes nos diversos estágios da indústria do gás no Brasil podem influenciar a tomada de decisão dos agentes atuantes nesse setor.

O objetivo desse capítulo é introduzir elementos necessários a uma reflexão sobre o panorama o qual se depara o contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás natural canalizado do estado de São Paulo e, por conseguinte, a cláusula de livre acesso, objeto de estudo do presente trabalho.

1.1.1 Esboço da indústria do gás natural: da Constituição de 1891 até a década de 70.

As Constituições contemporâneas refletem aspectos concernentes ao papel do Estado na ordem econômica, apesar da existência de pouquíssimas disposições atinentes à economia nas respectivas Cartas Magnas dos Estados Liberais (pré-modernidade), pois o pensamento predominante era que “a ameaça à liberdade individual provinha apenas do poder político do Estado jamais do poder econômico dos particulares” (RAMOS, 2003, p.50).

No sentido liberal, a Constituição Brasileira de 1891 estabeleceu que as minas¹¹⁵ pertenciam ao proprietário do solo, salvo a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, com prévia indenização (PIRES, 1999)¹¹⁶. Esse sistema era denominado de acessionista ou fundiário¹¹⁷.

¹¹⁵ É importante frisar que nesses períodos iniciais da história brasileira, a legislação tratou do tema minérios de forma ampla, ou seja, não cuidou do petróleo e do gás natural especificamente. Até porque nessa época os empreendimentos estiveram voltados à exploração do ouro, da prata e diamantes.

¹¹⁶ Esse era o sistema que vigorava nos Estados Unidos. No Brasil, apesar da ausência de uma política sobre minério, recursos federais foram direcionados para o Serviço Geológico e Mineralógico do Ministério da Agricultura, órgão responsável por coordenar as atividades minerárias no país.

¹¹⁷ No período colonial, época das ordenações Manuelinas, a propriedade do subsolo pertencia a Coroa Portuguesa, sendo que os recursos geológicos eram por ela explorados diretamente ou por meio de terceiros. A Constituição do Império de 1824 também adotou esse modelo. O explorador da mina pagava uma contraprestação ao poder concedente, esse no período da colônia era a Coroa, enquanto no Brasil Império era o Estado. Esse sistema perdurou até a proclamação da República (PIRES, 1999).

Registra-se, um pouco antes desse período, mais especificamente em 1872, a edição do Decreto nº 5.071, o qual autorizava a empresa inglesa *San Paulo Gas Company* a operar o serviço de distribuição de gás canalizado manufaturado a partir de carvão mineral no estado de São Paulo¹¹⁸ (RECHELO NETO, 2005).

No entanto, a partir da aquisição das empresas estaduais de gás canalizado por companhias de energia elétrica, o uso do gás teve um declínio que se manteve até 1967, persistindo as operações das distribuidoras locais de gás tão-somente nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo (RECHELO NETO, 2005).

No caso de São Paulo, o sistema de distribuição de gás canalizado se destinava, sobretudo, para a iluminação pública, sendo que a partir de 1935 esses serviços locais foram transferidos do Estado para o Município.

Paralelo a isso, a Constituição de 1934 inaugurou o sistema dominial¹¹⁹, em que as propriedades do solo e do subsolo eram diferentes¹²⁰, bem como limitou o investimento estrangeiro ao determinar que as empresas fossem constituídas sob as leis brasileiras (PIRES, 1999). A União, nesse caso, passou a ser a detentora da propriedade do subsolo, o que denota a ênfase da participação do Estado na exploração minerária através do instituto da concessão.

No sentido de desenvolvimento das atividades minerárias no país, o governo Getulista procedeu à criação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), em 1934 (PIRES, 1999). Nessa época se pode inferir a intenção de generalizar a atividade minerária, não especificando, em si, as searas pertencentes ao petróleo ou ao gás natural.

Com a decretação do Estado Novo, a Constituição de 1937 reforçou a limitação do capital estrangeiro nas atividades minerárias, ao exigir que nas sociedades os sócios e acionistas fossem de nacionalidade brasileira¹²¹ (PIRES, 1999).

O Conselho Nacional de Petróleo (CNP) foi instituído em 1938, por meio do Decreto-lei nº 395. O CNP inicialmente estava subordinado à Presidência da República, porém, em seguida, foi vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Esse conselho significou o início da história das instituições referentes ao petróleo e ao gás natural (“gases naturais”) no Brasil,

¹¹⁸ Em 1912 a Light obteve o controle acionário da *San Paulo Gas Co. Ltda.* A partir de 1918 a fabricação de gás se deu com hulha e água carburada, visto a Primeira Guerra ter prejudicado a importação de carvão (MELO, 2002).

¹¹⁹ Ribeiro (2004, p.299) utiliza como sinônimo do sistema regaliano, porém ressalta que para alguns autores os sistemas de propriedade dominial e regaliano são distintos.

¹²⁰ O primeiro Código de Minas foi publicado em 1934 por meio do Decreto nº 24.642. Por sua vez, o Decreto-lei nº 395, de 29.04.1938 foi a primeira norma reguladora da indústria do petróleo, focalizando a expressão “declaração de utilidade pública”, bem como instituindo o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), órgão autônomo e subordinado, inicialmente, ao Presidente da República.

¹²¹ Nessa linha, foi editado, em 1941, o Decreto-lei nº 3.236 (MENEZELLO, 2000).

sendo o responsável pela regulação e implementação das atividades desses hidrocarbonetos (PIRES, 1999).

O Decreto-lei nº 366/38 foi o primeiro diploma a regular a exploração de petróleo e de “gases naturais” (nomenclatura utilizada pelos redatores). Em seguida, foi editado o Código do Petróleo de 1941¹²² que previa a necessidade de autorização para o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e “gases naturais” (PIRES, 1999)¹²³. Esses diplomas tiveram o condão de trazer à tona um regime jurídico próprio para as atividades de petróleo e de “gases naturais”, desvinculando-os dos demais minérios.

Sob a égide Constituição de 1946¹²⁴, foi implantado, em 1953, o monopólio estatal das atividades de petróleo e gás por meio da Lei nº 2.004, de 3.10.1953, sendo sua executora a sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobrás)¹²⁵.

Essa lei versou sobre o âmbito do monopólio da União sobre a pesquisa e lavra de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e “gases raros”, o refino e o transporte, a ser complementada pelos atos normativos dos órgãos regulamentadores (RIBEIRO, 2004, p.296). A distribuição de combustíveis foi excluída, haja vista a finalidade de suprimento de derivados em todo o território nacional¹²⁶.

Pelo que se nota, a política inicialmente delineada primou em enfatizar o petróleo, o que é explicado pela grande importância assumida por este desde períodos anteriores à Primeira Guerra Mundial. Além do mais, a descoberta tardia de gás natural no Brasil fez com que o seu uso se transformasse em uma prática recente (CECCHI, 2001), diminuindo a sua

¹²² O Código do Petróleo de 1941 também previa que se durante a lavra fosse descoberta a presença de hélio ou de outros gases raros misturados com hidrocarburetos gasosos o permissonário deveria separá-los e entregar os primeiros ao Governo federal. Pires (1999, p.56) nota, também, que esse diploma fez confusão terminológica, pois em determinados momentos falou de autorização, e em outros fez referência à permissão.

¹²³ Segundo Pires (1999) essas autorizações eram conferidas aos interessados por decreto transcrito em livro do CNP. Elas eram personalíssimas, tinham prazo de validade de dois anos e poderiam ser transmitidas a herdeiros necessários, cônjuge sobrevivente, ou por sucessão comercial.

¹²⁴ Essa Constituição continuou adotando o sistema dominial de propriedade do subsolo, bem como eliminou a norma constante na Constituição de 1937, pela qual somente, as sociedades constituídas por acionistas brasileiros poderiam explorar as atividades minerárias (PIRES, 1999). Importante salientar, que as principais alterações viriam com a Lei n. 2004/53, visto os diversos fatores, como o insucesso da atividade petrolífera no Brasil, que culminava no alto percentual de importação de petróleo, terem contribuído para a forte intervenção do estado brasileiro por meio da declaração de monopólio sob o petróleo e os “gases naturais”. Nesse período foi travado um interesse debate, intensificado pelos setores militares (em especial o exército), sobre os rumos da atividade petrolífera no Brasil, o qual acarretou a eclosão da campanha “O Petróleo é Nosso” finalizando na instituição da Petrobrás. Essa como se nota, foi concebida de forma verticalizada, na medida em que suas atividades se davam desde o início até o fim da cadeia do petróleo e do gás.

¹²⁵ A essa época existia a acusação das empresas estrangeiras investirem tão-somente nas atividades de refino e distribuição, preterindo-se a exploração e a produção (MENEZELLO, 2000).

¹²⁶ Essa lei foi revogada, contudo, a redação do seu art. 1º dizia: “Art. 1º Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem”.

relevância nos anos anteriores a década de 70 e circunscrevendo o uso do gás canalizado aos manufaturados de carvão mineral, hulha e nafta em cidades que apresentavam sistemas de gasodutos de distribuição, como São Paulo e o Rio de Janeiro.

Segundo Cecchi (2001, p.35) “somente nos últimos 20 anos, a produção e a oferta interna de gás natural vêm apresentando um crescimento significativo, em boa parte, por conta da exploração da Bacia de Campos”.

O crescimento da oferta de gás natural de certa forma foi ditado pela produção do petróleo, em virtude da preponderância dada pela política energética nacional a esse, apesar da expansão inicial daquele ter se apoiado na produção associado ao petróleo. Daí a existência de um paradoxo em razão do desperdício que ocorria pela queima do gás em *flares*¹²⁷.

Dessa forma, a produção de gás natural teve início no estado da Bahia por volta dos anos 50. Em 1959, verificou-se uma produção de 1 milhão de m³/dia e, já uma década após, esse número saltou para 3,3 milhões de m³/dia. Em meados de 1970, nos demais estados nordestinos, como Alagoas e Sergipe, a produção de gás natural também foi impulsionada (CECCHI, 2001).

Em seguida, foi também construído o gasoduto para levar o gás natural de Sergipe até a Bahia, qual seja, o GASEB (Gasoduto Sergipe-Bahia) com extensão de 230 km que permitia o escoamento de gás para o Pólo Petroquímico de Camaçari na Bahia. **O consumo de gás natural se assentou, sobretudo, no usuário industrial**, haja vista esse setor funcionar como âncora no sentido de possibilitar o retorno mais rápido do investimento da construção da rede (RECHELO NETO, 2005).

Destaca-se, também, que a ditadura militar por meio da Constituição de 1967¹²⁸ enquadrou a atividade de pesquisa e lavra de petróleo entre as pertencentes ao monopólio estatal, elevando-o, assim, a nível constitucional. A pesquisa e lavra de “gases raros”, refino de petróleo nacional e estrangeiro, transporte marítimo de petróleo bruto e seus derivados de

¹²⁷ Gás perdido é a diferença entre a produção e a oferta desse energético. O gás pode ser “consumido no campo, para geração de calor e eletricidade, ou rejeitado no poço, para recuperação de petróleo, ou simplesmente queimado, por não ter como ser escoado até os centros de consumo e transformação” (CECCHI, 2001). Entre o período 1977/1981, o desperdício de gás natural alcançou o patamar aproximado de 50% do total produzido nas plataformas (RECHELO NETO, 2005). Considerando a importância de reverter esse quadro, a Petrobrás lançou em 1998 o “Plano Queima Zero” e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) passou a monitorar tais índices de perdas.

¹²⁸ “A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69, apenas havia alçado à categoria constitucional as atividades de ‘pesquisa e lavra petrolíferas’. O monopólio sobre as demais atividades encontrava-se disciplinado pela Lei nº 2.004/53 e, no caso da importação, pelos Decretos nº 53.337/63 e nº 53.982/64” (PIRES, 1999).

origem nacional, além do transporte por meio de condutos de petróleo, derivados e “gases raros” continuaram a ser regidos pela Lei nº 2.004/53 (PIRES, 1999)¹²⁹.

Em São Paulo, após a nacionalização da sociedade *San Paulo Gás Co. LTDA.* (Decreto Federal nº 46.216, de 1959), foi autorizada, em 1968, a constituição da Companhia Municipal de Gás – Comgás (Lei Municipal nº 7.199), posteriormente, chamada de Companhia de Gás de São Paulo (Lei Municipal nº 7.987, de 18/12/1973).

Essa empresa, em 1972, inaugurou a Usina Massinet Sorcinelli (UMS), onde era produzido gás a partir de nafta (derivado de petróleo) e, também, iniciou a construção do sistema de distribuição e armazenagem de gás a alta pressão, a chamada Rede Tubular de Alta Pressão – Retap¹³⁰ (MELO, 2002).

A partir de 1973, com o primeiro choque do petróleo, determinado pela súbita elevação no preço do barril de petróleo, decorrente da política da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de restringir a oferta de petróleo no mercado, empreendem-se novos rumos na atividade petrolífera brasileira. Como o país era um grande importador de petróleo, nota-se o rápido aumento da dívida externa brasileira, oriundo de empréstimos para conter o déficit da balança comercial e a rápida perda de divisas (COSTA, 2004).

Em seguida, com o segundo choque do petróleo em 1979, tal quadro ficou insustentável, contribuindo, dentre outras medidas, para a realização dos contratos de riscos¹³¹ pela Petrobrás e para o desenvolvimento de outros tipos de energia, além de um maior aproveitamento do gás natural. Essas decisões decorreram da necessidade de se diminuir a dependência o país em relação ao petróleo (COSTA, 2004).

1.1.2 A indústria do gás natural nos anos seguintes a 1980

A partir de 1980, vivencia-se uma segunda fase da história da indústria do gás natural no Brasil, com as grandes descobertas da Bacia de Campos no Rio de Janeiro, a produção de

¹²⁹ Pelo fato da lei ter usado a expressão “gases raros”, para alguns autores, o monopólio sobre as atividades da indústria do gás natural não existia, afinal os primeiros são os gases conhecidos como nobres (hélio, neônio, argônio, xenônio e o radônio); já o segundo é uma mistura de hidrocarbonetos leves. Portanto, a Petrobrás se utilizou uma interpretação extensiva do art. 2º, da Lei nº 2.004/53 para exercer o monopólio (PIRES, 1999).

¹³⁰ A rede inclui os municípios de São Paulo, Diadema, Mauá e região do ABC (MELO, 2002).

¹³¹ Esses contratos foram uma forma híbrida de permitir a terceiros a exploração, mas não a produção. Dessa forma, conciliando os nacionalistas, estabeleceu-se esses contratos com as características de assunção de riscos pelo concessionário, “sendo reembolsado, sem juros, dos custos da exploração e do desenvolvimento dos campos pesquisados e tendo, ainda, o direito de adquirir uma certa quantidade do petróleo ou do gás descoberto, a preços internacionais, até o limite máximo correspondente ao valor da sua remuneração” (BARBOSA, 2002, p.06). No entanto, a Constituição Federal de 1988 não aceitou em seu texto esses tipos de contratos, expurgando-os do ordenamento jurídico brasileiro (COSTA, 2004).

gás natural foi, paulatinamente, crescendo, e saltou de uma média de 5% ao ano na década de 70, para uma média de crescimento de 19,5% ao ano entre 1980 e 1985 (CECCHI, 2001).

Na seara jurídica, a Portaria nº 1.061, de 08 de agosto de 1986, do Ministério de Minas e Energia, que dispôs sobre a produção, transporte, distribuição, consumo, importação e exportação de gás natural¹³², surgiu exatamente da necessidade de uma norma própria, para dar pleno aproveitamento às reservas e para regulamentar o transporte, a distribuição e o consumo desse energético para fins residenciais, comerciais, industriais etc.

Essa portaria consistia num primeiro passo para a fixação de uma política para o gás natural no país e definiu, dentre várias questões, que a Petrobrás deveria acelerar estudos e atividades de pesquisa e lavra, com vistas a aumentar a sua disponibilidade; e, que o transporte de gás natural, por todos os meios, bem como a competência de construí-los eram de exclusividade da Petrobrás (arts. 1º, 2º e 3º).

No tocante à distribuição, essa portaria especificou que essa atividade se faz de forma canalizada e através de empresas de âmbito regional, estadual ou municipal. Ela entendeu que esse segmento consiste em fornecer por meio da empresa distribuidora o gás natural e gases combustíveis de qualquer natureza aos diversos consumidores¹³³ (residenciais, comerciais, industriais e outros)¹³⁴ (art. 4º).

Em relação aos consumidores industriais, essa portaria prescreveu que nas áreas em que ainda não houvesse redes de empresas regionais, estaduais ou municipais de distribuição de gás combustível canalizado¹³⁵ e/ou enquanto essas não estivessem habilitadas a atenderem esses consumidores, seja por falta de rede ou pela pequena dimensão do sistema, a Petrobrás, a critério do CNP, poderia fornecer diretamente gás natural às indústrias situadas ao longo dos

¹³² O art. 10 dessa Portaria estabeleceu que a importação e exportação de gás natural deveriam ser promovidas pelo Governo Federal e realizadas pela Petrobrás, sob supervisão do CNP.

¹³³ O art. 9º arrolou, em diversos incisos, as prioridades para as quais o gás natural se destinava, *in verbis*: “I – reinjeção em poços de petróleo, produção de GLP e de gasolina natural; II – substituição de GLP de uso residencial, comercial, industrial e outros; III – utilização, como matéria-prima, na indústria petroquímica e de fertilizantes; IV – substituição de óleo diesel nas frotas de ônibus urbanos e interurbanos, em frotas cativas de serviços públicos, e em veículos de transporte de cargas, observado o disposto no artigo 15, ‘in fine’; V substituição e derivados de petróleo na indústria; VI – outros usos, a critério do CNP”. O parágrafo único flexibiliza esse elenco ao anunciar que devem ser levados em consideração aspectos sócio-econômicos, regionais, ambientais, de localização industrial, de criação de emprego e outros de interesse público.

¹³⁴ Interessante notar que o art. 5º rezava que as empresas de distribuição ao incluírem os consumidores industriais em seus sistemas, estariam obrigadas a expandir suas redes para atendimento dos demais consumidores residenciais, comerciais e outros, de forma proporcional ao volume distribuído ao setor industrial, conforme definição do CNP com base em estudos técnico-econômicos do projeto.

¹³⁵ Segundo o art. 11 da Portaria em comento, a estrutura do capital dessas companhias de distribuição de gás canalizado deveria ser formada a partir da participação dos seguintes atores: I – Estados-Membros, Municípios e entidades sob seu controle; II – a Petrobrás e suas subsidiárias, de maneira minoritária; III – empresas estatais, nacionais, estaduais e municipais; IV – organizações nacionais de fomento; V – empresas privadas de capital nacional; VI – empresas brasileiras com participação de capital estrangeiro, desde que comporte a maioria de capital nacional.

gasodutos de transporte. Já no que se refere à indústria petroquímica e de fertilizantes, a previsão era de suprimento de gás natural diretamente pela Petrobrás, desde que mediante autorização do CNP (art. 6º, parágrafo único, arts. 7º e 8º).

Em 1987 o governo federal instituiu o chamado Plano Nacional do Gás Natural (PNGN), tendo como objetivo elevar a restrita participação do gás natural na matriz energética. Em 1991, novos estudos foram conduzidos em âmbito federal, os quais resultaram na formalização da meta governamental de aumentar a participação do gás natural na matriz energética para 12% até 2010, em virtude de atenuar a excessiva dependência do país em relação aos derivados de petróleo e à energia elétrica de origem hídrica.

No Estado de São Paulo, a construção de um gasoduto de 435 km de extensão, em 1988, possibilitou o escoamento de gás natural proveniente da Bacia de Campos, no Rio de Janeiro (MELO, 2002).

Em termos constitucionais, a Carta Magna de 1988 alçou, o setor *upstream*¹³⁶ e o *downstream*¹³⁷ (menos a distribuição de derivados de petróleo), a monopólio da União a ser exercido pela Petrobrás, consoante redação original do art. 177. E dispôs que a distribuição de gás canalizado era monopólio dos Estados da federação¹³⁸.

Contudo, à medida que o tempo transcorreu a percepção era de que o Estado tinha crescido muito, acarretando a sua própria ineficiência. Daí, idéias pós-modernas fundamentaram propostas de modelos reducionistas de Estado, sendo vetores de discussões sobre o papel desse ente, bem como do seu alto custo, de suas finalidades e das tarefas que deveria desempenhar¹³⁹. A partir desse instante, percebe-se uma tendência de reduzir a

¹³⁶ UPSTREAM – Termo empregado para definir as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. In: <http://www.petrobras.com.br>.

¹³⁷ DOWNSTREAM - Termo usado para definir, essencialmente, as atividades de refino do petróleo bruto, e também o tratamento do gás natural, o transporte e a comercialização/distribuição de derivados. In: <http://www.petrobras.com.br>.

¹³⁸ Com a Constituição de 1988 estava proibida à Petrobrás a negociação de contratos diretamente com os consumidores. Porém, a estatal já detinha o mercado de fato. Com exceção do Rio de Janeiro e de São Paulo, nos demais estados a rede existente era destinada a usos próprios da Petrobrás. Além disso “os governos locais não tinham condições (e provavelmente interesse) de desenvolver o mercado de gás natural, dificultando, assim, a expansão da indústria gasífera brasileira fora dos grandes centros consumidores”. Daí “a Petrobrás (através da BR) promoveu a constituição de 13 distribuidoras estaduais ao longo da década de 90, período em que o volume de gás natural comercializado no Brasil saltou de 7,8 milhões de m³/dia para 17,4 milhões de m³/dia” (RECHELO NETO, 2005, p.17).

¹³⁹ Conforme Di Pietro (2005, p.29) “verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços”. Essa autora frisa que a ineficiência da prestação de serviços públicos se agravava com a crise financeira na América Latina e o volume de atividades assumidas pelo Estado. Igualmente, destaca a afetação do princípio da legalidade e do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, os quais não conseguiram acompanhar a “evolução e o crescimento da função administrativa”.

intervenção do Estado na economia e a busca de mais eficiência em áreas que sua atuação fosse mais relevante.

Segundo Silva (2002, p.29) as “concepções neoliberais ganharam destaque com a crise¹⁴⁰ econômica do início dos anos 70, que produziu uma grande recessão, com estagnação econômica e as altas taxas de inflação”. Em seguida, com o declínio dos países do leste europeu e a crise do Estado de Bem-estar Social, os ideais neoliberalistas alçaram maior espaço e mais reforço para as suas implementações.

Outrossim, o mundo, após o contexto histórico do término da guerra fria, passou por um processo de intensificação das relações transnacionais, desvinculando, mormente o poder do Estado-nação e fortalecendo o processo de globalização da economia. A doutrina do petróleo como um recurso estratégico, também, foi mitigada, pois esse passou a ser visto como uma *commodity*.

Assim, o neoliberalismo retoma a concepção de que o Estado deve se abster de intervir na ordem econômica. No entanto, as constantes crises das economias nacionais, regionais e globais fizeram seus defensores admitirem a atividade regulatória, o planejamento¹⁴¹ e o fomento de atividades econômicas privadas em certas ocasiões (RAMOS, 2003, p.52).

Nesse desiderato, desenvolveu-se em diversos países que adotaram essa agenda de reformas o processo de agencificação, a partir da visão de necessidade da existência de órgãos reguladores responsáveis pela fiscalização e normatização dos setores privatizados.

Portanto, como bem lembra Camargo (2000, p.25), verifica-se o processo de redefinição do papel do Estado na economia, “porquanto o Poder Público ainda precisa de uma grande estrutura para sustentar o modelo privatizador”.

E, assim, percebe-se como as agências montadas passaram a assegurar a continuidade do modelo adotado e implementar as reformas. Para tanto, fez-se necessário o fortalecimento institucional, com a previsão de prerrogativas, de autonomia, dentre outras características a serem referenciadas no momento oportuno.

Esse histórico demonstra como o movimento de revisão da função do papel do Estado atingiu o Brasil e introduziu o debate de como a Constituição atual tratou a matéria.

¹⁴⁰ Destacam-se a primeira e a segunda crise do petróleo, que levaram muitos países a procurarem alternativas ao uso dos derivados desse energético, como é o caso da Inglaterra e da Argentina que investiram na indústria do gás natural.

¹⁴¹ No que toca ao entendimento de planejamento, importante ressaltar que não se trata de uma modalidade de intervenção, todavia a qualifica, pois como método prévio de exercício da intervenção sobre e no domínio econômico irá fazer com esse tenha um aspecto mais sistematizado e racional (GRAU, 2002).

Dessa maneira, em se tratando do caso brasileiro, consoante Barroso (1991, p.323), a opção legislativa do constituinte abordada na Constituição Federal de 1988 possibilitou uma clarividente adoção do modelo de Estado intervencionista, de Bem-estar Social, com a adoção de atividades monopolizadas pelo Estado diante do “relevante interesse social” e “do imperativo de segurança nacional”, além do previsto no artigo 174¹⁴².

Nessa esteira de raciocínio, o constituinte originário dispôs que as atividades decorrentes da Indústria do Petróleo, o qual se inclui o gás natural, estariam vinculadas a esse “imperativo de segurança nacional” e, assim, tratou da matéria como monopólio estatal.

Outrossim, há de se ressaltar que o legislador pretendeu a harmonização de princípios atinentes à ordem econômica, porque ao mesmo tempo em que apregoeou o princípio da livre concorrência e da garantia da propriedade privada, referenciou o princípio de função social da propriedade e de defesa do consumidor.

1.1.3 As transformações ocorridas ao longo da década de 90 e a indústria do gás natural

Na década de 90, a produção de gás natural se estendeu a outras regiões além da Bacia de Campos e do Recôncavo Baiano, quais sejam, litorais de São Paulo e do Paraná, na Amazônia, na costa do Ceará e ao sul do Espírito Santos (CECCHI, 2001).

Todavia, a maioria das reservas de gás natural se encontra no mar, o que reflete o alto custo de acesso à reserva, principalmente, quando ela somente é composta de gás natural, elevado gasto com a construção da infra-estrutura de escoamento e, no caso de reservas associadas, a produção acaba sendo ditada pela extração de petróleo. Isso implicou no atraso do aumento de oferta interna de gás natural e na ausência de um histórico de demanda por esse energético (CECCHI, 2001).

Ao mesmo tempo, na ordem política com o ciclo mundial da concepção neoliberalista, a Constituição Federal de 1988 passou por diversas Emendas que alteraram substancialmente os artigos referentes à ordem econômica, efetivadas posteriormente pela Lei Nacional de Privatizações¹⁴³.

¹⁴² Segundo Di Pietro (2005, p.44) essa visão da Constituição de 1988 implica um retrocesso, pois na Constituição anterior o art. 170, consagrava expressamente o princípio da subsidiariedade ao determinar que somente em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado poderia atuar. No caso da Constituição atual “a idéia de subsidiariedade está muito menos clara”, haja vista esses dois fundamentos de “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” serem vagos e imprecisos, “que deixam grande margem de discricionariedade para o legislador”.

¹⁴³ Dentre as medidas utilizadas com o objetivo de empreender a diminuição do papel do Estado, Di Pietro (2005, p.26) aponta: a desregulação, desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos e os *contracting out*. A seguir essa autora leciona que a privatização é um

Então o legislador iniciou, principalmente no governo Collor, a adequação do Estado brasileiro ao contexto da globalização econômica, diminuindo o seu tamanho, enxugando-o por meios de ajustes fiscais e de outras medidas com vistas ao fim do déficit público existente à época, ou seja, incorporaram-se alguns dos ideais neoliberais¹⁴⁴.

No caminho de reformas à Constituição Federal de 1988, o legislador percorreu os projetos de desestatização e privatização, adicionou as suas novas diretrizes, a flexibilização dos monopólios estatais nos chamados serviços públicos (ou atividades econômicas em sentido amplo) e em determinadas atividades econômicas em sentido estrito¹⁴⁵.

Ou seja, passa-se a abranger efetivamente o princípio da subsidiariedade¹⁴⁶, a partir da adoção de um viés de atuação do Estado voltado à promoção, ao estímulo e à criação de condições para que o indivíduo se desenvolva por sua própria iniciativa; ao não exercício de atividades que os indivíduos tem plena condições de fazê-la; e no sentido de parceria entre público e privado, no intuito de subsidiar a iniciativa privada quando essa for deficiente (DI PIETRO, 2005, p.34)¹⁴⁷.

Assim, com a edição das Emendas Constitucionais, após as de revisão ao texto constitucional, empreendeu-se, em 1995, a possibilidade de entrada de empresas privadas nacionais e estrangeiras em setores outrora de cunho exploratório tão-somente estatal.

Para tanto, foram promulgadas algumas Emendas Constitucionais, entre as primeiras destacam-se a de nº 06, de 15 de agosto de 1995, que pôs fim a determinadas restrições a entrada de capital internacional, suprimindo o art. 171, que conceituava empresa brasileira de

processo em aberto, “que pode assumir diferentes formas, todas se amoldando ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. Em seguida, a autora ventila que a Lei nº 9.491, de 9.9.97, referiu-se a um modelo de privatização mais restrito, qual seja, a desestatização.

¹⁴⁴ O Consenso de Washington foi um dos principais incentivadores a essa ordem de idéias. Para aprofundar esse assunto, dentre muitos escritos, confira: CHONG, Alberto. LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio. *The truth about privatization in Latin America*. Inter-American Development Bank, Washington, 2003.

¹⁴⁵ Os objetivos de Reforma do Estado podem se encontrados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE).

¹⁴⁶ Conforme Di Pietro (2005, p.38) são claras as diferenças entre Estado Subsidiário e o Estado Mínimo, pois neste o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando todas as demais para desempenho da esfera privada; por sua vez, naquele, “o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento”.

¹⁴⁷ Essa autora aponta várias tendências no sentido de se visualizar as formas em que o princípio da subsidiariedade passou a ser aplicado: a utilização de um instrumental concernente à privatização, movida por fatores de ordem financeira, jurídica e política; o pluralismo da sociedade com a extensão da acepção de interesse público e quebra da visão de que o Estado é titular exclusivo desse interesse público; conseqüentemente, o uso da técnica de fomento e de parcerias do setor público com o privado; a desregulamentação de diversos setores, aonde havia um excesso de normas; e, finalmente, a mudança da noção de interesse público, “já que a expressão passa a ser entendida como se referindo aos interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não aos interesses da máquina administrativa (interesse público secundário)” (DI PIETRO, 2005, p.39).

capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção, benefícios especiais e preferências (COSTA, 2004).

Igualmente, a Emenda nº 06/95 alterou a redação do art. 176, *caput* e, assim, permitiu que a pesquisa e lavra de recursos minerais, bem como o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fosse concedido ou autorizado a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional (COSTA, 2004).

Posteriormente, a Emenda nº 07, de 15.8.95, modificou o artigo 178, na mesma diretriz da Emenda nº 6/95, dispondo sobre a abertura ao capital estrangeiro na navegação de cabotagem (COSTA, 2004).

A segunda linha de reformas deu-se com a flexibilização de monopólios estatais. Primeiro com a Emenda nº 05, de 15.8.95, que alterou o § 2º do artigo 25 e abriu à iniciativa privada a concessão pelos Estados-membros da exploração do serviço de distribuição de gás canalizado; e depois com a Emenda nº 08, de 15.8.95, a qual tratou da abertura de mercado dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, outrora de concessão tão-somente a empresas estatais.

E finalmente, a Emenda nº 09, de 9.11.1995, que flexibilizou o setor de petróleo e gás no país, ao estabelecer a faculdade da União contratar com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte de produtos e derivados básicos de petróleo.

A terceira alteração macro-econômica diz respeito aos rumos da política de privatização operada por meio da Lei nº 8.031, de 12.4.90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização (BARROSO, 1998).

Posteriormente, reformulada pela Lei nº 9.491, de 09.09.97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, procedendo a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. No Estado de São Paulo, o Programa Estadual de Desestatização foi instituído por meio da Lei nº 9.361, de 05.07.96.

Com a reforma intentada pelo legislador alterou-se o modelo de intervencionismo direto, no qual o Estado executava tal atividade por meio de sua empresa estatal, para, então, permitir a realização por empresas privadas, porém sob a fiscalização das chamadas agências reguladoras, com funções normativas, sancionadoras, fomentadores e fiscalizadoras¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Nesse desiderato, importante é registrar que o modelo de agências de inspiração norte-americana vem sendo utilizado amplamente no Brasil, como também outros instrumentos alienígenas, porém, há de se lembrar que o direito administrativo brasileiro é baseado no sistema europeu-continental, fortemente arraigado à lei; já, o

No tocante à Emenda Constitucional nº 09, de 9.11.1995, editou-se a Lei nº 9.478/97 referente à política de petróleo e gás natural no país, tendo como princípios, dentre outros, a implementação de um modelo competitivo e o incremento do uso econômico do gás natural na matriz energética brasileira.

O crescimento da indústria de energia no Brasil foi marcado, conforme já dito, pela disposição do Governo em investir grande montante de capital na criação de uma infraestrutura necessária para o desenvolvimento econômico do país, adotando uma posição de empreendedor de projetos energéticos, participou de forma direta, por meio de empresas estatais, da montagem da indústria de petróleo, gás natural e hidroeletricidade.

A Petrobrás no início da década de noventa começou as negociações com a Bolívia¹⁴⁹, a fim de assegurar o fornecimento do gás natural e, por conseguinte, alavancar a demanda desse produto no Brasil. Para tanto, foi firmado um contrato *take-or-pay* entre a Petrobrás e a *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos* para a compra e venda de gás natural boliviano (RECHELO NETO, 2005).

A construção do gasoduto Bolívia-Brasil (GASBOL) ficou a cargo da Petrobrás, tendo em contrapartida, a exclusividade na operação do trecho brasileiro e a preferência em relação a exercer a opção de ampliar a capacidade de carregamento para 30 milhões de m³/dia (RECHELO NETO, 2005). O GASBOL é atualmente o responsável pelo abastecimento de gás natural no estado de São Paulo.

A atividade de distribuição de gás canalizado se encontra previsto no art. 122, parágrafo único¹⁵⁰, da Constituição do Estado de São Paulo, alterado pela Emenda Constitucional nº 6 de 18.12.1998. Para, posteriormente, ser disciplinado pelo Decreto

direito norte-americano pertence ao sistema anglo-saxão (*common law*), em que a jurisprudência tem um relevante papel de criação do direito. Por tal razão Di Pietro (2005, p.47) alerta que “o direito administrativo está passando na frente do direito constitucional. A administração pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa a aplicá-lo, muitas vezes com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem)”. Em seguida, essa autora também ilustra que a imensa quantidade “de resoluções, portarias e outros atos normativos baixados por órgãos públicos e entidades da Administração indireta, com inobservância do princípio da legalidade e criando uma miscelânea legislativa difícil, senão impossível de ser conhecida e cumprida pelos destinatários das normas”.

¹⁴⁹ Segundo alguns historiadores isso se deu bem antes desse período. Colocar referencia.

¹⁵⁰ A Constituição do Estado de São Paulo previa antes da Emenda nº 06, no parágrafo único do art. 122, que “Cabem à empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços de gás canalizado em todo o seu território, incluindo o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de forma que sejam atendidas as necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros.” A Lei Municipal nº 7.199, de 1968 autorizou a constituição da Companhia Municipal de Gás (Comgás) e em 1974 a Lei Municipal nº 7.987 alterou o nome dessa sociedade para Companhia de Gás de São Paulo (MELO, 2002). A redação atual desse parágrafo é a seguinte: “Cabe ao Estado explorar **diretamente, ou mediante concessão**, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros” (grifos acrescidos).

Estadual nº 43.889, de 10.3.99, que aprova o regulamento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

A legislação pertinente à matéria é a Lei Estadual nº 7.835, de 8.5.92, o qual trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos; e a Lei Estadual nº 9.361, de 5.7.96, o qual autoriza a divisão do Estado de São Paulo em até três áreas de concessão, além das normas federais¹⁵¹. No tocante à prestação de serviços públicos, vale cita o art. 175 da Constituição Federal, que prevê a competência do Poder Público de exercer essa atividade, de forma direta ou por meio do uso da concessão ou permissão, sempre através de licitação.

1.1.4 A Ordem Econômica e a atividade de distribuição de gás canalizado

Assim, ao proceder um profundo exame no Capítulo sobre a Ordem Econômica, Grau (2002, p.130) explica um dos efeitos apontado no tocante às transformações do direito quando da atuação do Estado em atividade econômica em sentido estrito, foi a referente ao regime contratual. Por exemplo, na atividade de exploração e produção de gás natural o Estado impõe um padrão contratual a ser seguido com o estabelecimento de normas de forma unilateral, visando à obtenção de rendas e à utilização dos recursos minerais da melhor forma possível.

Ademais, no contrato de distribuição de gás canalizado se vislumbra o exemplo dado por Grau (2002, p.134), qual seja, “a fixação de preços pelo Estado gera a obrigação, para o agente econômico, de praticá-lo no limite fixado”, o que origina dois direitos distintos e paralelos, o primeiro é o público, do Estado, de ver cumprido sua determinação; e segundo é o privado, da parte adversa de ver satisfeito o seu interesse pessoal, de não receber menos do que estabelecido no texto normativo. Destarte, surge a ordenação da atividade econômica que traz à baila inclusive a obrigatoriedade de contratar dos concessionários de serviço público.

Portanto, dentro da mudança de paradigmas ao longo da década de noventa com a adoção de uma postura voltada à privatização, reformou-se a concepção de intervenção do Estado *no domínio econômico por absorção*, passando-se às modalidades de intervenção por participação e intervenção sobre o domínio econômico por direção e por indução, conforme nomenclatura utilizada por Grau (2002).

Esse autor explana que no caso da intervenção no domínio econômico por participação, o “Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em

¹⁵¹ Ou seja, a Lei nº 8.987, de 13.1.1995 que trata da concessão e permissão de serviços públicos; e a Lei nº 9.074, de 7.6.1996, a qual estabelece normas para a outorga e a prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.

determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse setor” (GRAU, 2002, p.175).

Por sua vez, as normas de intervenção *sobre o domínio econômico por direção* utilizam comandos imperativos, dotados de cogência, “impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram” (GRAU, 2002, p.176). E as *normas por indução* são concernentes àquelas destinadas a motivar o agente econômico a adotar certo comportamento pelo benefício a ser auferido ou pela sanção a ser aplicada.

Nesse âmbito, enquadram-se as atividades econômicas em sentido estrito da indústria do gás, quais sejam, a exploração e a produção, o transporte e a comercialização, visto as mudanças constitucionais terem flexibilizado a regra de intervenção no domínio econômico por absorção.

Igualmente no exemplo da distribuição, apesar da Constituição ter a enquadrado no âmbito de serviços públicos estaduais, o arcabouço teórico permite todos esses três últimos tipos de intervenções ventiladas por Grau (2002), sendo que o instrumento jurídico será a delegação quando se tratar de empresas estatais; e, a concessão no caso de empresas privadas, essa será frisada no presente trabalho.

1.2 Contexto da indústria de gás natural sob o ângulo legal.

Conforme já foi explicada, a flexibilização ocorrida no setor de petróleo e gás natural no Brasil foi regulamentada pela Lei nº 9.478, de 6.08.1997.

No entanto, uma análise preliminar permite inferir que o tratamento dado por essa lei ao setor de gás natural foi bastante precário, sem olvidar que os aspectos relacionados à criação de um ambiente mais competitivo no tocante à indústria de rede, por meio de instrumentos legais de mitigação do poder econômico, também não foram aprofundados.

Assim, relevante entender que o setor de gás natural, consoante a área petrolífera, apresenta características referentes à indústria minerária, na medida em que a exploração e produção oferecem riscos próprios a essas atividades, conduzem ao esgotamento da jazida, bem como proporcionam rendas econômicas superiores ao nível de lucro normal da atividade industrial.

Igualmente, do ponto de vista geológico, o reservatório de gás natural, que pode ser associado ou não ao petróleo, possui, em regra, características semelhantes aos depósitos

desse hidrocarboneto, o que tornam semelhantes a pesquisa, o desenvolvimento e a produção desses dois energéticos.

Portanto, parece acertado o espírito da lei ao prevê inúmeros dispositivos que agregam a exploração, o desenvolvimento e a produção do petróleo e do gás natural, como por exemplo, as definições técnicas comuns (Capítulo III – Seção II, art. 6º); às regras gerais sobre a exploração, o desenvolvimento e a produção, bem como o edital de licitação prévio à assinatura do contrato de concessão de uso de bem público dominical e as respectivas participações governamentais, constantes no Capítulo V (arts. 21 e seguintes).

Ressalta-se, ainda, que a “descoberta tardia de reservas em território nacional fez do uso de gás natural uma prática bem recente no Brasil”; junto à natureza de gás associado das reservas, que fica a mercê da produção em primeiro lugar de petróleo e à ausência de infraestrutura de escoamento acabaram dando ao gás um papel secundário diante do petróleo (CECCHI, 2001, p.35).

Não obstante, tais fatos, os dispositivos desse diploma que trata o setor de gás natural como acessório ao de petróleo, dando pouca importância à regulamentação daquele energético, devem ser criticados, pois desde o início dispôs sobre “a política energética nacional, as atividades relativas ao **monopólio do petróleo** e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências” (grifo acrescido).

Todavia, ao mesmo tempo, em que a cadeia do gás natural possui características de indústria minerária nos segmentos acima referenciados, após a sua extração do poço apresenta peculiaridades existentes em indústrias de rede¹⁵², haja vista o fato de que ele necessariamente precisar de estruturas físicas que detenha a volatilidade própria dos gases.

Igualmente, o atual nível tecnológico permite uma maior escala econômica do uso do gás natural quando o meio de transporte se dá por gasodutos, o que ocasiona também o aspecto regional desse mercado, a forte interdependência entre os elos da cadeia, a presença de altos custos de transação etc. (LAUREANO, 2005).

Contudo, exatamente as características do gás que lhe são próprias é que não foram tão bem tratadas pela Lei nº 9.478/97, bem como as pertinentes à criação de mecanismos voltados a uma maior competição na indústria do gás natural.

Assim, o art. 56, *caput*, desse diploma, prevê que a ANP irá outorgar a qualquer empresa ou consórcio de empresas a autorização para construir instalações e efetuar qualquer

¹⁵² As características da indústria de rede serão aprofundadas no Capítulo 7.

modalidade de **transporte de** petróleo, seus derivados e **gás natural**, seja para suprimento interno ou para importação e exportação.

O parágrafo único desse artigo permite a transferência da titularidade da autorização mediante prévia e expressa aprovação da ANP; e, o art. 57, como dispositivo de transição, prevê que a ANP tem 180 dias para expedir a autorização dos dutos já existentes.

Por seu turno, o artigo 58 faculta o acesso de terceiros a instalações já existentes por meio de uma tarifa adequada e acordada entre as partes (§ 1º) e o artigo 59 possibilita a reclassificação pela ANP dos dutos de transferência como de transporte.

Em seguida, o artigo 65 diz que a Petrobrás deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural. Ou seja, mera separação jurídica, pois a subsidiária continua sendo integrante do mesmo grupo econômico.

O que se visualiza desses artigos, porém, é que não existiu a preocupação em se tomar medidas com força de lei, destinadas a proibir a integração vertical e a horizontal. Também não se realizou a separação das atividades de maneira contábil e de outras formas mais eficazes do que a mera constituição de subsidiária, por exemplo, não consta previsão de percentagem máxima de participação de cada pessoa jurídica nos respectivos segmentos da cadeia (o produtor não poder participar com mais de 20% de ativos de transporte).

A Lei nº 9.478/97 também não tratou de reger as atividades de gás natural liquefeito (GNL) e de gás natural comprimido (GNC)¹⁵³.

A implementação do livre acesso, previsto no artigo 58, foi deixada à atividade regulatória da agência, ocasionando a demora na edição de normas, conforme se referencia no capítulo seguinte. Igualmente, não foi fixado como competência da ANP a regulação do preço de acesso à rede pelo terceiro, sendo deixada à livre negociação das partes o valor do acesso, o que constitui certo contra-senso pelo fato da malha de transporte de gás não ser densa, por essa atividade ser um típico exemplo de monopólio natural e pela herança institucional herdada (Petrobrás era único empreendedor desde 1953).

Ou seja, para cada segmento da cadeia de gás natural deveriam ter sido definidas normas específicas, aproveitando-se as normas comuns concernentes à exploração, ao desenvolvimento e à produção do setor de petróleo, com o escopo de promover efetivamente a

¹⁵³ O que foi feito posteriormente pelas respectivas portarias: Portaria ANP nº 118 de 11.7.2000 que regulamenta as atividades de distribuição de gás natural liquefeito (GNL) a granel e de construção, ampliação e operação das centrais de distribuição de GNL; e a Portaria ANP nº 243 de 18.10.2000 que regulamenta as atividades de distribuição e comercialização de gás natural comprimido (GNC) a granel e a construção, ampliação e operação de Unidades de Compressão e Distribuição de GNC.

realização de investimento, a eficiência, a concorrência (aonde e na forma possíveis) e evitar a integração vertical e horizontal. Além da necessidade de um tratamento legal para as atividades de GNL e de GNC

No tocante à atividade de distribuição de gás natural, a configuração dada pela Constituição Federal possibilita duas visões; a primeira diz respeito, ao esforço do constituinte em realmente efetivar o princípio federativo e a gestão local da coisa pública, bem como seguir a linha histórica e a característica mais regional desse segmento da cadeia do gás natural. Por outro lado, criou-se uma multiplicidade de órgãos estatais que nem sempre trabalham de forma coordenada em termos de ações e de normas, o que demanda um maior custo de organização.

Bem, explicando melhor, no Capítulo IV da Lei nº 9.478/97 encontram-se as disposições sobre a instituição, as atribuições e a estrutura organizacional da Agência Nacional do Petróleo (ANP), bem como das receitas, do acervo e do processo decisório a qual a ANP deverá observar. Esse ente é integrante da Administração Federal indireta, submetido ao regime autárquico especial e vinculado ao Ministério de Minas e Energia, sendo o órgão responsável pela regulação, fiscalização e monitoramento das atividades de importação, exportação, exploração, desenvolvimento, produção, processamento, estocagem, transporte da indústria do gás natural.

Porém, como já foi dito, o art. 25, § 2º da CF prevê que é da competência dos Estados federais a concessão, mediante terceiros ou diretamente, dos serviços locais de gás canalizado, assim, vários órgãos ficaram também encarregados de fiscalizar, regular e monitorar a distribuição local de gás canalizado. O que é positivo em virtude da proximidade entre o órgão regulador e o agente regulado, mas negativo sob o ângulo de que nem sempre as políticas são coerentes ao longo da cadeia do energético em tela.

Assim, além da ANP, existem mais 16 órgãos responsáveis¹⁵⁴ pela regulação da atividade de distribuição de gás natural canalizado, sem esquecer o Conselho Nacional de Política Energética¹⁵⁵ e o Ministério de Minas e Energia.

¹⁵⁴ ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas Amazonas; ARSAM – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Amazonas; AGERBA – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia; Ceará ARCE – Agência de Regulação do Ceará; ADERES – Agência de Desenvolvimento em Rede do Espírito Santo; AGR – Agência Goiânia de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos; AGER/MT – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso; AGEPAN – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul; ARCON – Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Pará; AGEEL – Agência Estadual de Energia da Paraíba; ARPE – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Pernambuco; ASEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro; ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte; AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS; CSPE – Comissão de Serviços Públicos

Tal multiplicidade de organismos junto a uma ausência de legislação precisa e clara sobre a indústria do gás acarreta inúmeras incoerências, dentre as quais, destaca-se, rapidamente, que dentre os objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento nacional das fontes de energia, encontra-se o incremento, em bases econômicas, da utilização do gás natural e a promoção da livre concorrência (artigo 1º, incisos VI e IX, da Lei nº 9478/97). Todavia, ao se vislumbrar a forma com que ocorreram as concessões ao longo dos Estados da federação se percebem contratos rígidos e fechados para qualquer tipo de incremento da concorrência.

Daí repensar todos esses fatores se torna crucial para o desenvolvimento de uma legislação geral coerente de gás natural no Brasil. Faz-se necessário uma maior inclusão do debate da regulação da distribuição de gás natural canalizado na agenda nacional de desenvolvimento da indústria gasífera (um maior diálogo entre a agência nacional e as estaduais, por meio da vivência de um pacto federativo para o setor de gás natural).

de Energia (São Paulo); ASES – Agência Reguladora dos Serviços Concedidos do Estado de Sergipe.

¹⁵⁵ Foi prevista a criação do Conselho Nacional de Política Energética (Capítulo II da Lei nº 9.478/97) com a competência de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas constantes de vários incisos, dentre as quais, destacam-se as destinadas a estabelecer diretrizes para programas específicos como os de uso do gás natural e estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender as necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado (...).

APÊNDICE B - A CADEIA DE VALOR DO GÁS NATURAL E A FUNÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO.

2.1 Visão geral das etapas da cadeia de gás natural.

2.1.1 Exploração e produção

2.1.2 Processamento

2.1.3 Transporte

2.1.4 Distribuição

2.1.5 Comercialização

2.2 Panorama da indústria de gás no Brasil em termos de indústria mineral e de rede: função da distribuição de gás natural canalizado.

2 A CADEIA DE VALOR DO GÁS NATURAL E A FUNÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO.

Nesse capítulo mostra-se uma visão geral, nos sentidos técnico e regulatório, sobre as etapas da cadeia desse energético, para, em seguida, enfatizar-se a importância assumida pela distribuição de gás natural canalizado no mercado brasileiro.

2.1 Visão geral das etapas da cadeia de gás natural.

O estudo da cadeia do gás natural, formada pela exploração e produção, pela importação e exportação, pelo processamento, pelo transporte, pela comercialização e pela distribuição, permite entender o porquê de estruturas que admitem um grau mais elevado de livre concorrência e de outras as quais sob o regime de monopólio natural ensejam a regulação de forma mais intensa¹⁵⁶.

Além disso, esse mercado possui características que tornam a verticalização uma boa opção do ponto de vista econômico, haja vista a possibilidade de redução de custos de transações e da existência de economias de escala e de escopo, o que em última análise admite o financiamento de uma determinada etapa por outra¹⁵⁷.

Há de se ressaltar que ações voltadas à implementação de um ambiente competitivo, como a figura do livre acesso no contrato de concessão de distribuição de gás canalizado de

¹⁵⁶ Com fins de possibilitar uma visão geral e de forma sintética, a importação e exportação serão tratadas no tópico sobre exploração e produção; o processamento será visto resumidamente e não será abordado o armanejamento. Ou seja, não se pretende desprivilegiar essas atividades, mas tão-somente tornar o texto mais dinâmico e direcionado. Portanto, para aprofundamento dessas questões, conferir os autores citados ao longo da dissertação.

¹⁵⁷ Soma-se, a esses, o fator histórico, conforme foi explicado no capítulo anterior.

São Paulo, devem considerar todos os segmentos da cadeia, sob pena da criação de incoerências que acarretem ineficiências na consecução dos objetivos relacionados aos benefícios originalmente pretendidos.

Assim, empreende-se nesse tópico uma análise geral da cadeia, bem como à descrição do atual estágio regulatório dessa indústria no Brasil.

2.1.1 Exploração e produção

A indústria de gás natural por possuir setores eminentemente competitivos e segmentos com características de monopólio natural permite agregar desregulamentação¹⁵⁸ e regulação, em virtude da flexibilização do monopólio da União (exploração, produção, importação, exportação e transporte) e dos Estados (distribuição). Daí se destacar a atuação de três esferas de poderes, quais sejam, a agência federal, o órgão regulador estadual e o sistema de defesa da concorrência, com o intuito de verificar as condutas e as atividades das empresas integrantes dessa indústria, a fim de fomentar um ambiente competitivo.

As primeiras etapas a se considerar são as de exploração e produção de gás natural, as quais incluem as fases de desenvolvimento e de declaração de comercialidade de determinado poço. A exploração corresponde ao “reconhecimento e estudo das estruturas propícias ao acúmulo de petróleo e/ou gás natural¹⁵⁹” (SANTOS *et al.*, 2002, p.80).

Esses segmentos possuem um risco¹⁶⁰ bastante elevado, visto que a comprovação da existência de gás natural em determinado poço, apesar do trabalho de sísmica e a análise de material coletado, somente será assegurada com a perfuração. E, assim, não sendo encontrado gás, nem óleo nos poços pioneiros, os investimentos realizados não serão recuperados (*sunk costs*).

Além disso, após a perfuração, ao se ter contato com uma formação de gás natural produtiva, é importante “testar a formação para determinar se a companhia poderá lucrar pela extração desse bem” (MEDEIROS, 2000, p.19).

¹⁵⁸ Consoante entendimento de Silva (2001, p.30) desregulamentação consiste no esforço do Estado em mitigar a ingerência de regulamentações sobre o âmbito do setor privado, ou seja, a substituição de regras rígidas por normas mais flexíveis, dentro de um contexto mais dinâmico que a globalização sugere. Por outro lado, desregular significa o deixar de orientar ou de ordenar a economia por meio do Estado.

¹⁵⁹ O gás natural é um combustível fóssil que pode ser encontrado ou não associado ao petróleo, decorrente da decomposição de matéria orgânica de forma anaeróbica (ABREU e MARTINEZ, 2003, p.13).

¹⁶⁰ Vale ressaltar que o risco se divide em três espécies: o geológico, atinente às incertezas quanto às estimativas de reserva e de desempenho de produção; aos contratuais, referente às incertezas quanto à aplicabilidade e eficácia nos contratos de fornecimento; e os comerciais, relacionados ao acesso de mercados potenciais e ao êxito da exploração desses (SCHWYTER, 2001).

Depois de averiguada essa viabilidade, desenvolve-se o campo e se adiciona a esse a infra-estrutura necessária ao escoamento do gás natural. Em seguida, o gás poderá ser utilizado no processo de geração de energia nas unidades produtoras, na reinjeção dos campos e se faculta destinar parte para a Unidade de Processamento de Gás Natural (UPGN), onde ele será desidrato e fracionado, objetivando atender os requisitos mínimos para os diversos usos finais (SANTOS, *et al.*, 2002).

Com a flexibilização do monopólio da União sobre essa indústria, em especial nesse segmento, foi possibilitado a outras empresas além da Petrobrás o exercício dessas atividades, o que a princípio demonstrou o objetivo de ampliar a concorrência, aumentar e atrair investimentos para esse setor.

Dessa maneira, passou a ser importante a definição, dentro da cadeia em comento, dos setores que poderiam ser desregulamentados e quais ainda estariam sob o crivo da regulação, até porque a “teoria econômica a muito já constatou que determinadas fases de uma cadeia não são concebidas de forma concorrencial” (SCG-ANP, 2005, p.02).

Nesse sentido, o segmento de exploração e produção foi concebido de maneira a que a competição¹⁶¹ fosse implementada por meio de licitações promovidas pela ANP¹⁶², órgão competente para a administração dos direitos de exploração e produção de gás natural pertencentes à União, conforme definido na Lei nº 9.478/97 (art. 21). Isso vem acontecendo desde 1999, com a primeira rodada de licitações. Antes disso, a ANP tinha assinado 397 contratos de concessão com a Petrobrás, evento, esse, denominado rodada zero.

A ANP nesse segmento exerce, dentre várias atribuições¹⁶³, a fiscalização da execução do contrato de concessão firmado com a concessionária ou consórcio vencedor do processo licitatório.

No que tange a participação da Petrobrás nesse elo da cadeia, registra-se que ela é a principal vencedora nas licitações ocorridas, bem como nos consórcios de empresa, ela é preferencialmente a empresa líder (operadora). Segundo o levantamento dos dados dos blocos

¹⁶¹ Nesse sentido também se manifesta Pfeiffer (2004, p.73) que explica ser este segmento capaz de funcionar dentro do modelo de concorrência, haja vista a publicação de editais de licitação para a exploração e produção, porém, acrescenta que medidas regulatórias adicionais são importantes para estimular maior concorrência neste setor.

¹⁶² Esse ano a ANP realizou, em meados de outubro, a sétima Rodada de Licitações. Os resultados no tocante ao número de concessões são os seguintes: primeira Rodada de Licitações (1999) – 12 blocos concedidos; segunda Rodada de Licitações (2000) – 21 blocos concedidos; terceira Rodada de Licitações (2001) – 34 blocos concedidos; quarta Rodada de Licitações (2002) – 21 blocos concedidos; quinta Rodada de Licitações (2003) – 101 blocos concedidos; sexta Rodada de Licitações (2004) – 154 blocos concedidos. Nas seis rodadas realizadas até este momento no Brasil, foram concedidos 343 blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, totalizando 239 mil quilômetros quadrados (ANP, 2005).

¹⁶³ O art. 8º da Lei do Petróleo e o Decreto nº 2.455, de 14.01.1998, definem as funções da ANP, essas atribuições serão comentadas no Capítulo 7 dessa dissertação.

concedidos, a Petrobrás atua como operadora em 206 e como não-operadora em 25, de um total de 343 blocos¹⁶⁴ (Cf. Tabela 01 em anexo, ANUATTI NETO *et al.*, 2005).

No que se refere à importação de gás natural, em termos de arcabouço regulatório, a ANP autoriza a realização dessa atividade dentro de certos requisitos técnicos estabelecidos pela Portaria nº 43/98. Os preços praticados e outros aspectos concernentes aos contratos são acordados entre as partes, a autonomia da vontade prevalece.

2.1.2 Processamento

A unidade de processamento de gás natural é responsável pela separação¹⁶⁵ dos elementos mais pesados ou ricos (propano) componentes do gás natural úmido, gerando o gás seco ou pobre com características mais leves (metano e etano)¹⁶⁶ e uma corrente de líquidos de gás natural (LGN). Sendo que o LGN é composto pelas frações mais pesadas que o propano, quais sejam, o gás liquefeito de petróleo (GLP) e a gasolina natural (ANP, 2005).

De forma simplificada, o processo pode ser demonstrado conforme o esquema abaixo:

Esquema 01 – Processamento de Gás Natural.

Fonte: ANP, 2005.

¹⁶⁴ Não foi considerada, para efeito de análise, a sétima rodada de licitação ocorrida em meados de outubro de 2005 (Cf. Tabela 02 em anexo, ANUATTI NETO *et al.*, 2005).

¹⁶⁵ A UPGN realiza as separações por meio de uma sequência de operações, que pode incluir tratamento, compressão, absorção e resfriamento, dependendo do tipo de processo a ser utilizado. “Os hidrocarbonetos recuperados podem ser estabilizados e separados por fracionamento, para obtenção dos produtos desejados, na própria UPGN ou em outras unidades específicas, tais como as Unidades de Fracionamento de Líquidos (UFL) e de Processamento de Condensado de Gás Natural (UPCGN)” (ANP, 2005).

¹⁶⁶ A proporção de metano é, normalmente, de 80% a 95% (ABREU e MARTINEZ, 2003, p.16) Consoante esses mesmos autores, o poder calorífico superior do gás natural seco é bastante alto, entre 8.000 e 10.000 kcal/m³(ABREU e MARTINEZ, 2003, p.18). Segundo entendimento da ANP (2005) o gás rico significa que ele possui compostos mais pesados que o propano (maior quantidade de carbono - C), constituído pelas frações de GLP e gasolina natural. Dessa maneira, “quando se diz que uma determinada corrente de gás natural úmido ou rico apresenta riqueza de 6%, isso significa que aquela corrente é constituída de 6% de GLP e gasolina natural e 94% de gás natural propriamente dito”. Sendo que esta parcela de 94% constituirá, após tratamento e processamento em uma UPGN, a corrente de gás natural seco ou pobre (gás natural processado ou residual). Importante registrar que os principais tipos de processos aplicáveis a uma UPGN são a refrigeração simples, a absorção refrigerada, a expansão Joule-Thompson e o turbo-expansão (ANP, 2005).

A maior presença de elementos pesados no gás natural faz com que esse tenha considerável valor energético e seja empregado melhor em plantas petroquímicas e gasquímicas. Porém o aumento do poder calorífico do gás faz com que ele perca o poder detonador, sendo, assim, para determinados usos, como o veicular, por exemplo, faz necessário um grande rigor na composição desse energético (SANTOS *et al*, 2003).

Dessa maneira, a função primordial da UPGN consiste em tornar o gás natural adequado para os diversos usos, além de permitir a limpeza desse energético, como, por exemplo, a captura de enxofre e de hidrogênio, tornando-o mais confiável para o usuário e assegurando a confiabilidade do produto final, além de permitir que seja evitada a corrosão do sistema de transporte e de distribuição (gasodutos)¹⁶⁷.

Tal aspecto tornou-se bastante relevante nesses últimos anos, haja vista o consumidor do gás natural estar mais exigente quanto à qualidade desse produto, sem olvidar as ações da ANP que publicou a Portaria nº 104, de 08.07.2002, estabelecendo as especificações “do gás natural, de origem nacional ou importada, a ser comercializada em todo o território nacional”.

Por sua vez, a construção, ampliação e operação de uma UPGN, segundo a Portaria nº 28, de 1999, são realizadas mediante autorização da ANP, com a possibilidade de a transferência de titularidade, desde que o pedido seja previamente submetido a essa agência.

2.1.3 Transporte

Para o uso final do gás natural se faz imperativo o seu escoamento por meio da construção de uma rede de infra-estrutura (gasodutos¹⁶⁸), através do transporte de cilindros em alta pressão (GNC), ou a modificação de seu estado físico para a sua condução em navios criogênicos (GNL).

No caso de modificação de seu estado físico, o gás natural torna-se liquefeito (GNL) a partir da redução de seu volume em 600 vezes, para ser, em seguida, transportado em navios com temperatura de -160° C. É necessária a existência de equipamentos para, posteriormente, “revaporizá-lo” (SANTOS *et al*, 2002).

¹⁶⁷ As impurezas mais comuns encontradas no petróleo e no gás natural, segundo Abreu e Martinez (2003, p.14), são “água salgada, compostos de enxofre (gás sulfídrico e outros compostos sulfurados), de oxigênio (gás carbônico), de nitrogênio e de metais diversos”.

¹⁶⁸ Segundo Medeiros (2000, p.27) “a maioria dos gasodutos, que são de aço, medem em geral de 10 a 32 polegadas de diâmetro. Quando o gás natural é transportado por um gasoduto, é transferido a pressões muito altas (15 a 100 kgf/cm²) para se reduzir o volume do gás e prover uma força suficiente para empurrar o gás pelo tubo. Para manter o nível de pressão exigido a fim de mover grandes volumes de gás por um gasoduto, o gás precisa ser comprimido periodicamente. Isto exige a instalação de compressores estacionários a cada 80 a 160 km ao longo do gasoduto”. Abreu e Martinez (2003, p.19) dizem que “nos dutos de transporte de longa distância, as pressões usuais podem atingir de 100 a 150 kgf/cm² logo após a estação de compressão, caindo, ao longo do duto, até cerca de 30 a 40 kgf/cm², quando haverá uma outra estação de compressão”.

Santos *et al.* (2002, p.85) inclusive apregoa que o transporte de gás natural pode ser visto de forma mais abrangente, englobando o transporte como eletricidade e como produtos líquidos e/ou sólidos sintetizados¹⁶⁹.

Por esse segmento ser atividade econômica, e ter características de monopólio natural, constituindo uma típica *essential facility*, coube a ANP estabelecer regras, que garantissem o livre acesso de terceiros às instalações de transporte, bem como resolver possíveis conflitos, conforme dispõe o art. 58 da Lei do Petróleo¹⁷⁰.

No tocante ao livre acesso, a ANP editou a Portaria 169/98 a qual regulamentava a matéria, contudo essa foi revogada em abril de 2001. A partir de então, iniciou-se um processo de ampla discussão entre a ANP e os agentes integrantes do setor (além da participação dos cidadãos), o qual culminou em cinco diplomas normativos, são eles: (i) resolução de livre acesso às instalações de transporte de gás natural¹⁷¹; (ii) portaria que regulamenta o processo de resolução de conflito; (iii) portaria de informações a serem enviadas pelos transportadores e carregadores de gás natural a ANP, ao mercado e aos carregadores; (iv) resolução de cessão de capacidade de transporte de gás natural¹⁷²; e (v) resolução de critérios tarifários¹⁷³.

Vale ressaltar a importância de tais medidas, tendo em vista a criação de um acesso não discriminatório aos empreendedores situados no *upstream* e no *downstream*, possibilitar a venda e a compra do gás natural de forma direta pelos produtores, distribuidores e grandes consumidores, respectivamente. Dessa maneira, objetiva-se assegurar uma maior concorrência no setor, reduzir o poder de mercado dos transportadores e aumentar a atratividade dos investimentos na exploração e produção (CECCHI, 2001)¹⁷⁴.

¹⁶⁹ No tocante à eletricidade, a escolha será produzir a eletricidade próxima ao campo de gás natural e transportá-la em linhas de transmissão, ou carregar o gás (com gasodutos ou GNL) até próximo dos mercados consumidores e então transformá-lo em eletricidade para conectá-los às redes de distribuição de energia elétrica. Além disso, registram-se as formas sintéticas de transportar o gás natural através da alteração do gás em produtos sólidos na indústria gasquímica. Ademais, tem-se resgatado e desenvolvido tecnologia da produção de combustíveis sintéticos a partir do gás natural (*Gas to liquid* – GTL em inglês, traduzindo-se em Líquidos Sintéticos de Gás Natural) (SANTOS, 2002).

¹⁷⁰ O art. 8º, inciso VI, desse diploma legal prescreve que “é atribuição da ANP estabelecer os critérios para o cálculo das tarifas de transporte”; somando ao art. 58 e seus parágrafos se entende que o valor da tarifa em caso de conflito deverá ser fixado pela ANP; já em caso de acordo, a ANP deve verificar se o valor é compatível com o mercado.

¹⁷¹ A Resolução nº 27, 14.10.2005, em seu artigo 1º, anuncia que irá regulamentar o uso das instalações de transporte dutoviário de gás natural, mediante remuneração adequada ao Transportador.

¹⁷² A Resolução nº 28, de 14.10.2005, regulamenta, conforme prescreve o seu artigo 1º, a cessão de capacidade contratada de transporte dutoviário de gás natural.

¹⁷³ A Resolução nº 29, de 14.10.2005, estabelece, consoante seu artigo 1º, critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural.

¹⁷⁴ Há de se registrar, também, o Projeto de Lei nº 226/2005, que “dispõe sobre a importação, exportação, processamento, transporte, armazenagem, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural”, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho, e que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados

2.1.4 Distribuição

A atividade de distribuição de gás natural¹⁷⁵ dar-se a partir da estação de entrega (Estação de Transferência de Custódia), conhecida por *city gate*. A concessionária local é a empresa competente para levar o gás natural até o consumidor final, em virtude da competência constitucional dos Estados sobre essa matéria (art. 25, § 2º da CF). Os usos finais podem ser residenciais, comerciais, industriais e automotivos.

A distribuição é a etapa final da cadeia, em termos físicos, e ocorre, em regra, por meio de gasodutos de ferro fundido, aço ou polietileno, em baixa ou média pressão (entre 4 a 20 atm) (SANTOS *et al.*, 2002).

Nesse segmento o gás deve atender aos padrões especificados em Portaria da ANP, bem como conter odorante, a fim de identificar facilmente qualquer tipo de vazamento. Santos *et al.* (2002) sugere que nos locais em que ainda não existe infra-estrutura de rede se pode antecipar a chegada do gás natural por meio de distribuição a granel de GNL, ou até mesmo por GNC, conhecido como gasoduto virtual.

Medeiros (2000) acrescenta que esses gasodutos precisam ser monitorados 24 horas por dia durante todo o ano¹⁷⁶. Para tanto, as empresas transportadoras e distribuidoras mantêm supervisores que controlam o sistema de aquisição de dados, os quais são sistemas computadorizados que permitem a aquisição de informações e o controle do fluxo de gás ao longo da rede por meio da leitura de satélites ou sistemas de comunicação por telefone¹⁷⁷. Isso permite a confiabilidade do suprimento, além da segurança de operação do sistema.

Os custos na atividade de distribuição são elevados e o prazo para se obter o retorno do capital investido é longo. Daí, a integração vertical da cadeia pode ser enxergada pelo

para apreciação.

¹⁷⁵ Segundo Abreu e Martinez (2003, p.19), “nas redes de distribuição para consumo urbano, visando à segurança das comunidades, a pressão é reduzida para 5 a 6 kgf-cm² nos ramais principais e, nas unidades de consumo, para 15 a 30 centímetros de coluna d’água”. Sobre o custo do duto, consoante esses autores, é usual se referir como o produto do comprimento da tubulação (expresso em metros lineares) pelo seu diâmetro (expresso em polegadas), sendo uma boa referencia, atualmente, um valor de US\$ 15 a 25 por metropol, ou seja, o custo por metro do duto é de US\$ 15 a US\$ 25 multiplicado pelo número de polegadas de seu diâmetro nominal”.

¹⁷⁶ Segundo Medeiros (2000), o transporte e a distribuição de gás natural canalizado é uma das formas mais seguras de transporte de energia, para tanto, apresenta dados do Departamento Norte-americano de Transporte (dados de fins da década de noventa), em que a corrente elétrica é responsável por mais de 100 mortes por ano, durante a transmissão e distribuição; já no mesmo ano foram registrados 14 fatalidades de acidente em gasodutos.

¹⁷⁷ Outro método citado pelo autor é o de PIGs inteligentes, que são dispositivos de inspeção robotizados, usados na inspeção das paredes interiores dos gasodutos para medir a corrosão, defeitos, o diâmetro interior de uma seção do tubo e remover material acumulado ao longo de suas seções.

empreendedor como uma forma de se fortalecer no mercado, bem como de ter capital suficiente para se expandir, além de assegurar o consumo final do seu produto.

Ademais ao se integrar verticalmente, o agente econômico proporciona segurança de fornecimento para o seu cliente e pode almejar uma compensação de fluxos de caixa em atividades não tão lucrativas que sejam importantes para o uso final do seu gás obtido por meio de um contrato de *take-or-pay*, por exemplo.

Por isso Santos (2002, p.185) leciona que a indústria do gás natural continua constrangida por sua rigidez inerente, principalmente nos sistemas de transporte e distribuição, pois “a volatilidade própria dos gases e a sua baixa densidade energética em comparação com o petróleo e o carvão tornam muito mais complexos e caros o transporte e a distribuição dos hidrocarbonetos gasosos”.

Nessa perspectiva, urge a relevância da criação de um ambiente propício ao incremento da infra-estrutura imprescindível para o crescimento do uso racional do gás na matriz energética brasileira, seja pela interação entre a oferta e a demanda e pela adoção de uma política governamental transparente e coerente, seja pelo uso de mecanismos instigadores de um ambiente mais competitivo.

2.1.5 Comercialização

A comercialização de gás natural não necessita de autorização de quaisquer órgãos públicos. Ela pode ser livremente exercida por agentes interessados e constituídos segundo as leis brasileiras (CECCHI, 2001).

Assim, as empresas de comercialização compram o gás e, em seguida, o vendem para as companhias distribuidoras ou para os próprios usuários finais, nesse último caso devem contratar o serviço de distribuição para entregá-lo (esse último caso não ocorre atualmente no Brasil). Importante destacar, conforme entendimento de Pfeiffer (2004), que se faz necessária edição de normas por meio dos Estados da Federação para regular tal matéria.

Dessa maneira, a relevância da atividade de comercialização seria a de transformar o detentor da rede de infra-estrutura somente em um prestador de serviço (ou pelo menos em sua maior parte), engendrando a concorrência pela possibilidade dos consumidores poderem comprar o produto a diversos comerciantes de gás natural.

Contudo, ocorre que na maior parte dos Estados brasileiros não se verifica tal previsão em seus contratos de concessão, conforme estudo da SCG-ANP, somente há cláusulas nesse sentido nos estados de São Paulo (Comissão de Serviços Públicos de Energia -

CSPE) e a do Rio de Janeiro (Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP) (SCG, 2005).

No Esquema 02, abaixo, é possível visualizar a cadeia do gás natural, nas suas esferas físicas e contratuais, bem como no âmbito de atuação das agências reguladoras.

Esquema 02 - Estrutura do Mercado: A cadeia do Gás Natural. Fonte: Adaptações feitas pela autora a partir de (PFEIFFER, 2004, p.78).

2.2 Panorama da indústria de gás no Brasil em termos de indústria mineral e de rede: função da distribuição de gás natural canalizado.

A implementação de políticas públicas na área de gás natural perpassa questões ligadas à oferta e à demanda do uso do energético, bem como à maturidade da rede de infraestrutura. Assim, consoante a construção de uma política pública voltada ao planejamento do uso do gás natural, implicando na intervenção do Estado *sobre e no* domínio econômico, esse produto passou a ser tido como uma das melhores alternativas para ampliar a matriz

energética brasileira, o que demonstra as metas integrantes do Plano Plurianual do Governo Federal em expandir os 3% da participação do GN para 12% em 2010 (RIBEIRO, 2001)¹⁷⁸.

Dessa maneira, aspectos relacionados ao fornecimento do gás natural passam a serem preponderantes na criação de uma demanda sustentável que justifiquem o investimento na construção de ativos específicos e indivisíveis. Assim, a maior disponibilidade de gás natural no país é decorrente da associação das reservas nacionais (Figura 01) com as provenientes da importação dos países do Conesul, principalmente Bolívia¹⁷⁹ e Argentina, através dos gasodutos Brasil-Bolívia e o *Aldea Brasileira*-Uruguaiana, respectivamente.

Figura 01- Panorama das Reservas Provadas

Fonte: ANP, 2005.

Somam-se, ao quadro de reservas, o expressivo crescimento dos investimentos nas atividades de produção e de exploração nacional, bem como a perspectiva de um grande potencial de exploração no país (Figura 02), em especial no estado de São Paulo, haja vista as recentes descobertas em Santos e o incremento da demanda local, além da possibilidade da diversificação de empresas ofertantes de gás natural no setor *upstream*.

Figura 02 - Produção de gás natural por Estado.

Fonte: ANP, 2005.

¹⁷⁸ Segundo o Balanço Energético Nacional de 2004, o gás natural já representa 6,0% na matriz energética brasileira (BEN, 2004).

¹⁷⁹ As reservas provadas de gás natural na Bolívia são da ordem de 0,81 trilhão de m³. As reservas provadas de gás natural no Brasil estão na ordem de 745,1 bilhões de m³, já incluída a descoberta ocorrida em Santos que a princípio se situa na ordem de 419 bilhões de m³ (ANP, 2005, vê Tabela 1).

No tocante à construção e à ampliação da rede de infra-estrutura de transporte e de distribuição, atualmente, a malha de gasodutos que escoia gás natural de origem nacional e importado, totaliza 5.407,0 km de rede de transporte, com capacidade de 71,1 milhões m³/dia de GN. Já a extensão da rede de transferência é da ordem de 2.232,8 km (ANP, 2004).

No Estado de São Paulo a extensão da rede de distribuição que em junho de 1999 era de 1.877,0 km, em novembro de 2003 já se encontrava em 3.505,0 km. Igualmente, após a implantação do Gasoduto Bolívia-Brasil (Gasbol), de julho de 1999 a novembro de 2002, constatou-se que o crescimento das vendas de gás natural em metros cúbicos foi de 153,08% (CSPE, 2004).

Apesar desses números, a rede de dutos brasileira ainda é muito incipiente em comparação a de outros países, por exemplo, da América Latina (Figura 03), colocada de lado as opções inicialmente feitas por cada país, além das dimensões geográficas, o Brasil possui uma extensão de gasodutos cerca dez vezes menor que o da Argentina, o que demonstra um imenso potencial de recursos a ser investido e de rede a ser construída.

Figura 03 – Extensão da rede de transporte e de distribuição na América Latina (Km)

Fonte: ALMEIDA, 2005.

Apesar da implementação paulatina do gás natural, a geração de energia elétrica no Brasil continuou predominantemente proveniente de hidroelétricas (90%), que possuem os inconvenientes de se encontrarem distantes dos grandes centros consumidores, condicionando à transmissão¹⁸⁰ a custos determinantes, tendo em vista as extensões que a rede percorre entre os centros de carga e de consumo, além de perdas significantes.

Dessa forma, a demanda do gás natural no Brasil a partir de 2001 foi ancorada na geração de eletricidade em termoeletricas¹⁸¹, com os benefícios de possibilitar a implantação

¹⁸⁰ Bermann (2003, p.32) leciona que, segundo os dados da Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Energia Elétrica (ABRADEE) em 1998, as perdas técnica em todo o Sistema Elétrico Brasileiro é da ordem de 15%.

¹⁸¹ Destaca-se a criação do Programa Prioritário de Termoeletricidade (PPT) em 2000, com previsão da

de um sistema de geração distribuída, mais próxima dos centros consumidores e com custos decrescentes ao longo prazo. Porém, dentro de um âmbito técnico, o mais indicado pela Segunda Lei da Termodinâmica¹⁸² é a utilização do gás em substituição à eletricidade, e não o uso de gás para gerar eletricidade.

Todavia, registra-se que a demanda do uso de gás natural tem se mostrado crescente em setores como o industrial, onde em muitos casos esse energético agrega valor ao produto final, bem como proporciona um maior aproveitamento energético por meio da cogeração (Figura 04).

Figura 04 - Consumo por segmento (2005)

Fonte: Dados da Revista Brasil Energia, 2005.

Ao se analisar o crescimento global por setor no período 2001-2005 (Figura 05), percebe-se o quanto foi significativo o uso final automotivo, em que se destacam fatores como o barateamento de instalações para a utilização do gás natural veicular (GNV) e o preço final praticado.

Assim, o mercado de gás natural para veículos leves, o qual “vem crescendo a uma média de 20% ao ano desde 1998, período que absorveu cerca de R\$ 2,5 bilhões em investimentos em postos de abastecimento e em kits de conversão” (LESSA, 2004, p.28), ocasionou o barateamento de instalações (infra-estrutura) e de compressores para abastecimento também no pertinente ao GNV para veículos pesados, como os ônibus urbanos.

construção de 49 termoeletricas a gás natural. No entanto, passados cinco anos, as térmicas construídas (apenas 17, segundo a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL) estão ociosas durante a maior parte do ano, haja vista o excedente de energia elétrica oriunda dos reservatórios. O que demonstra como o planejamento estatal atua sobre a oferta de determinado produto no mercado, levando uma empresa estatal a financiar a sua intervenção por participação.

¹⁸² “Não é possível transformar integralmente uma quantidade de calor em trabalho. A segunda lei da termodinâmica ensina que parte do calor deve ser rejeitada, como a que é rejeitada pelo escapamento de um carro, sendo essa quantidade rejeitada ainda maior devido a limitações tecnológicas” (FAGÁ, 2005, p.13).

Há de se ressaltar, também, a construção de uma “cultura de uso do gás” ligado ao incentivo do emprego residencial e comercial para aquecimento direto, cocção e demais usos finais foram diretamente responsáveis pelo crescimento significativo. Ou seja, incentivou-se o crescimento da oferta do produto e o paulatino incremento de demanda.

Figura 05 - Crescimento global de consumo de gás natural por segmento (2001-2005).

Fonte: Dados da Revista Brasil Energia, 2005.

Contudo, há de se lembrar que a utilização do gás natural no Brasil foi bastante tardia (CECCHI, 2001), tendo em vista diversos fatores, dentre os quais se citam, a característica de maior parte das bacias brasileiras serem de gás associado, isto é, poços onde se encontra o gás junto com petróleo e água, o que proporcionou o uso do gás para o reaproveitamento do poço através da rejeição ou a sua queima em *flares*; a maturação do mercado em torno dos combustíveis derivados de petróleo, desestimulando a construção de infra-estrutura de escoamento do gás natural; e a concentração da matriz energética brasileira na hidroeleticidade; como entraves a substituição de energéticos.

A evolução do mercado de gás natural se restringia bastante aos países produtores, em que os óbices ao uso do gás natural foram mais facilmente transponíveis.

No entanto, nota-se que, a partir da década de 90, a indústria do gás natural cresceu nos países em desenvolvimento, tendo em vista os fatores já apontados, agregados à idéia de energéticos substitutos ao petróleo, tanto por questões de ordem ambiental, tanto pelo fato de diminuir a dependência desses países às pressões decorrentes do poder econômico em torno do petróleo, bem como a descobertas de gás natural comerciáveis. Daí se situa a importância da construção de infra-estrutura necessária à expansão da cadeia produtiva do gás, como a de transporte e a de distribuição.

Verifica-se no plano de negócios da Petrobrás para o período 2004-2010, com visão estratégica até 2015, a previsão que o crescimento da demanda nacional de gás natural de

14,2% ao ano, acarretando que o consumo atual, de 30,7 milhões m³/dia, salte para 77,6 milhões m³/dia em 2010 (LESSA, 2004).

O investimento da Petrobrás no setor está calculado em cerca de US\$ 6 bilhões. Segundo Lessa (2004), o diretor da área de Gás e Energia da Petrobrás, Ildo Sauer, prevê que o campo gigante de Mexilhão, na Bacia de Santos, deverá começar a operar em 2009, ampliando a capacidade de oferta nacional para 100 milhões m³/dia de GN, incluídos os 30 milhões de m³ contratados com a Bolívia.

O potencial de reservas para 2010 é da ordem de 600 bilhões de m³, dentre quais já foram descobertos 429 bilhões de m³ de gás, dos quais 78 bilhões estão confirmados e 341 bilhões em avaliação (LESSA, 2004).

O desenvolvimento da Bacia de Santos, inclusive, faz com que o Brasil fique menos dependente do gás natural importado, sendo relevante para que a demanda e os investidores não fiquem “travados” diante das crises políticas dos países produtores, além de possibilitar ao Brasil um maior “poder de barganha” durante negociações futuras de compra do gás importado.

Ademais, constata-se o crescimento de projetos para a utilização do GNL e também de GNC com o intuito de disponibilizar gás natural em mercados que não contam ou não estão interligados a redes de gasodutos, pretendendo massificar, assim, o uso do gás. Para tanto, destaca-se a construção da planta de GNL, localizada na cidade de Paulínia em São Paulo, a cargo da White Martins, subsidiária da americana Praxair, cujo fornecimento do gás natural será garantido pela Petrobrás. “A nova parceria tem como objetivo exclusivo a distribuição e comercialização do GNL, incluindo a instalação dos tanques e regaseificadores nos clientes” (EKSTERMAN, 2004, p.01). Nesse caso, o investimento inicial gira em torno de R\$ 38 milhões, sendo 40% de participação da Petrobrás e 60% da White Martins¹⁸³.

A cadeia produtiva pelo que novamente se averigua inclui agentes que estão integralizados verticalmente, possibilitando por um lado o desenvolvimento do setor, pois assumem os altos riscos na exploração e produção, bem como os altos investimentos na construção da rede. Por outra via, intensificam barreiras à entrada de outros atores; além da perspectiva de atos de cooperação ou concentração de empresas também implicarem limitações à concorrência. Por isso, mais um ponto determinante para que regulação paute suas ações na criação de um ambiente que beneficie o consumidor final.

¹⁸³ A respeito desse assunto, encontra-se uma ação no Supremo Tribunal Federal, em que se discute, dentre várias matérias, se a competência para regular esse mercado é da ANP ou da CSPE.

Como bem diz Salomão Filho (2001, p.14) a teoria da regulação quando aplicada corretamente pode:

representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para a sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.

Assim não se pode olvidar que a atuação estatal perpassa por enxergar que certos setores mesclam ambientes nitidamente competitivos e segmentos com características monopolísticas, exigindo uma dupla atuação estatal imparcial e pautada nos princípios constitucionais, a depender de fatores decorrentes das características do mercado específico e do poder econômico detido pelos agentes.

Outrossim, constata-se que, apesar da existência de incoerências, as agências surgidas durante esse período de transição econômica no Brasil, tiveram, por oportuno, um marcante papel na organização dos setores privatizados, as quais se incluem nessa nova configuração paradigmática do Estado brasileiro¹⁸⁴.

¹⁸⁴ O processo de regulação inclusive passou a ser visto como fator determinante à atração de investimento privado estrangeiro ou nacional, desde que o empreendedor visualize um ambiente pautado em regras claras, precisas e voltado à segurança jurídica das relações.

APÊNDICE C - EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS NA REGULAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO

3.1 O caso da Argentina

3.1.1 O período pós-reforma na indústria do gás da Argentina

3.1.1.1 A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural

3.2 As experiências do setor de gás da Colômbia

3.2.1 Organização institucional e o período pós-reforma

3.2.1.1 A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural

3.3 O mercado de gás no Peru

3.3.1 Organização institucional e o período pós-reforma

3.3.1.1 A previsão do livre acesso na distribuição de gás natural

3.4 Regulação aplicada na União Européia.

3.4.1 O quadro institucional e os resultados da Diretiva (98/30/CE)

3.4.1.2 A Diretiva do Gás de 2003 e o acesso à rede de distribuição de gás natural

3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS NA REGULAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO

Os estágios de evolução da regulação da indústria do gás natural podem ser divididos em quatro fases. A primeira delas é denominada de emergente ou nascente, dentro do qual se encontram países como Peru e Vietnã, com destaque para uma infra-estrutura incipiente, um mercado de gás pouco desenvolvido, apresentando alto risco político e com predomínio de empresas estatais (GOMES, 2005).

Em seguida, encontram-se mercados em desenvolvimento, como são os casos da China, da Índia e do Brasil, em virtude da atual infra-estrutura existente, do número crescente de participantes e de uma regulamentação nascente (GOMES, 2005).

Numa terceira fase se enquadram, por exemplo, países como a Espanha, a Coreia e a Argentina, os quais mostram uma infra-estrutura desenvolvida, com a presença de diversos participantes e nos quais a competição começa a se estabelecer, visto a existência de acesso à capacidade de transporte, diversos fornecedores, mecanismos de abertura no *downstream* e uma agência reguladora bastante consolidada (GOMES, 2005).

E, finalmente, um mercado maduro, consoante um quarto estágio de desenvolvimento, englobando países como Estados Unidos da América e Inglaterra, no qual há um elevado nível de competição, com a existência da separação de atividades na cadeia (*unbundling*),

onde o consumidor pode escolher o supridor, destacando-se, ainda, preços e tarifas transparentes (GOMES, 2005).

Dentro dessa idéia, o presente capítulo se desenvolve na perspectiva de verificar, a partir desse cenário, as experiências da indústria do gás no Peru, na Colômbia, na Argentina e na União Européia, com o intuito de verificar a maneira pelo qual tais experiências podem contribuir para a regulação do livre acesso na atividade de distribuição de gás natural no Estado de São Paulo.

Essa escolha deveu-se ao fato de que os países da América do Sul vivenciaram um processo de reforma semelhante ao ocorrido no Brasil, por meio da revisão do papel do Estado, e da relevância de se averiguar os diferentes estágios de desenvolvimento dessa indústria no Cone Sul.

Quanto à União Européia, pretendem-se focar a experiência desse bloco econômico, tanto pela diversidade de desenvolvimento da indústria do gás nos países membros, como pela integração e pela complexidade normativa existente nas relações entre esses países.

3.1 O caso da Argentina

A indústria do gás natural na Argentina é desenvolvida, com um amplo histórico de utilização desse energético em sua matriz energética¹⁸⁵ e a maior rede de gasodutos¹⁸⁶ da América Latina.

O período anterior às reformas na Argentina se caracterizava pela forte presença estatal, por meio das empresas *Yacimientos Petrolíferos Fiscales* (YPF), que atuava no *upstream* e a *Gas del Estado*, responsável pelas etapas à jusante da cadeia do gás natural. A participação da iniciativa privada, na verdade, somente representava suporte ao desenvolvimento das atividades dessas duas empresas, através de contratos de empreitada (STRAT, 2005a).

¹⁸⁵ A participação do gás natural como energia primária é de 50%, já em relação à geração elétrica, a potência instalada é de 55% com base na utilização de gás natural. A Argentina conta com 11% do total das reservas da América do Sul. De toda sua produção 86% se destina ao consumo interno, enquanto o restante é exportado (Chile 85%, Brasil 14%, Uruguai 1%). As principais reservas da Argentina são: Neuquina 55%, Austral 22% e Noroeste 20%. O nível atual das reservas é da ordem de 664 bilhões de m³ e a sua produção anual é de 45,8 bilhões de m³. Dentre a demanda interna vale destacar a seguinte divisão: indústrias 35%; centrais elétricas 22%, residências 24%; GNC 7%; comerciais 3,5% (STRAT, 2005a).

¹⁸⁶ A capacidade agregada de transporte de gás natural na Argentina é de 120,8 milhões de m³/dia. Já a capacidade de exportação é de 40 milhões de m³/dia. A extensão da infra-estrutura de transporte interno é um pouco mais de 12.773 km e a de distribuição é de 110.000 km, sendo que essa abarca nove áreas de consumo e seis milhões de usuários (STRAT, 2005a).

Nesse contexto, as relações nesse setor se pautavam na Lei de Hidrocarbonetos nº 17.319, de 1967, sendo a Secretaria de Energia o órgão responsável de comandar o setor. A produção de petróleo e gás natural era conduzida pela YPF e por empreiteiros.

O petróleo produzido era administrado pelo Estado, que distribuía entre a YPF e as refinarias do setor privado. Registra-se que o gás natural não representava o mesmo interesse comercial em relação ao petróleo. O gás era transferido sem contrato para a *Gas del Estado*, monopolista e monopsonista, única fornecedora e reguladora das condições pelas quais prestava o serviço de transporte e distribuição (STRAT, 2005a). A infra-estrutura de transporte e de distribuição se encontrava fechada. Nessa época, esses segmentos mostravam-se integrados verticalmente pela empresa *Gas Del Estado*.

As tarifas de gás eram determinadas pelo Ministério de Obras e Serviços Públicos e a *Gas del Estado* era tomadora de preços. Essas tarifas eram instrumentos de distribuição de renda e tinha teor antiinflacionário, não refletindo os custos da prestação do serviço¹⁸⁷ (STRAT, 2005a).

3.1.1 O período pós-reforma na indústria do gás da Argentina

Com a Reforma do papel do Estado que ocorreu na Argentina, empreendeu-se a privatização das empresas YPF¹⁸⁸ e *Gas del Estado*. No caso dessa última, criaram-se duas transportadoras¹⁸⁹ e nove distribuidoras¹⁹⁰.

¹⁸⁷ As tarifas não refletiam adequadamente as diferentes variáveis dos custos. “As tarifas médias dos grandes usuários, por exemplo, eram superiores às tarifas dos usuários residenciais”. Quando as variáveis de custos do serviço não se refletem na estrutura tarifária, as modalidades das tarifas – ou seja, as categorias, os níveis e a importância dos encargos – geram dificuldades no que se refere ao cumprimento de objetivos de eficiência: as tarifas se diferenciavam segundo o destino do gás, não havia diferenciação segundo o tipo de serviço prestado, as tarifas refletiam apenas volume de gás transportados, sem encargos pela demanda de capacidade, a tarifa paga pelo usuário final aparecia como um valor fechado, sem a separação dos custos de cada um dos serviços e produtos nele contidos (como preço do gás na boca do poço e custos do transporte e da distribuição). Tal prática dava origem a uma falta de transparência nos custos de *Gas del Estado* (STRAT, 2005a).

¹⁸⁸ Apesar das mudanças a YPF (1991-1993: reestruturação e privatização da YPF) continuou sendo a maior empresa no *upstream*, sendo que o nível de concentração se manteve alto, apesar de menor em relação ao período anterior (STRAT, 2005a). Todavia, o intuito da reforma era incentivar novos empreendimentos em exploração e produção.

¹⁸⁹ Dos cinco sistemas de transporte de alta pressão, três saem da Bacia de Neuquina (Centro Oeste), Neuba I, Neuba II, uma parte da Bacia de Austral (San Martín) e o quinto se inicia na Bacia Noroeste (Norte). As Duas empresas transportadoras privadas são: Transportadora da Gas Del Norte S. A. (TGN), que atende a região norte e centro do país, capacidade de transporte de 54,4 MM m³/dia e extensão de aproximadamente 5.400 km; e a Transportadora da Gas Del Sur S. A. (TGS), a qual atende o Centro e o Sul do país (Neuba I e II, San Martín), capacidade de 66,4 MM m³/dia, e extensão de aproximadamente 7400 km. O Sistema de Distribuição é formado por nove empresas: *Metrogas*, *Gas Natural Ban*, *Camuzzi Gas Pampeana*, *Litoral Gas S. A.*, *Camuzzi Gas Sur*, *Distribuidora de Gas del Centro S A*, *Distribuidora de Cuyana*, *Gasnor*, *Gasnea*. A extensão da rede de distribuição que era 67.412 km (1993) passou para 111.766 (2002), crescimento em torno de 66%, sofrendo uma diminuição com a crise macro (STRAT, 2005a).

¹⁹⁰ No processo de privatização a Gas Del Estado foi dividida em dez unidades de negócios, duas transportadoras e oito distribuidoras. Todavia, em meados de 1997, concedeu-se uma nova área de distribuição, na “única região do país sem infra-estrutura nem prestadora encarregada” (STRAT, 2005a, p.32).

A Lei de Hidrocarbonetos da Argentina nº 17.319, de 1967, continuou a reger as relações nos segmentos de exploração, produção e processamento de petróleo e gás natural¹⁹¹. Já os demais segmentos passaram a ser disciplinados pela Lei Argentina nº 24.076/92, o qual em seu art. 1º dispõe que essa lei regula as atividades de transporte e distribuição, classificando-os como serviços públicos.

Por meio da Lei Argentina nº 24.076/92, introduziu-se a concorrência no segmento de comercialização a grandes usuários, inaugurou-se um regime de acesso aberto regulado no tocante ao transporte e à distribuição e se implementou restrições às integrações verticais¹⁹², dentre outros tipos de limitações ditados no Capítulo VIII dessa lei, em seus arts. 33 ao 36.

O contexto institucional montado abarca a existente de três órgãos atuantes nessa indústria, quais sejam, o *Poder Ejecutivo Nacional* (PEN)¹⁹³, o *Ministerio de Planificación Federal, Inversion Pública y Servicios*¹⁹⁴, e o órgão regulador *Ente Nacional Regulador Del Gas* (ENARGAS).

No tocante às atividades de transporte e de distribuição, merecem destaque dentre os objetivos do ENARGAS¹⁹⁵ previstos no art. 2º da Lei nº 24.076/92¹⁹⁶, a regulação do livre acesso e da não-discriminação do uso dos serviços e instalações desses segmentos do *downstream*.¹⁹⁷

¹⁹¹ Essa lei poderá ser aplicada às etapas de distribuição e de transporte quando a Lei nº 24.076 se referir expressamente a essa possibilidade (2ª Parte do art. 1º da Lei nº 24.076).

¹⁹² Sobre esse assunto, relevantes são as observações de Laureano (2005, p.81) no sentido de que essa lei pretendeu “potencializar a ação competitiva e menos conflitante entre os agentes”, como também a separação do transporte do gás permitiu inferir a vedação de possíveis participações cruzadas entre transportadores e distribuidores.

¹⁹³ Esse órgão constitui o Poder Concedente responsável pela outorga de concessões ou licenças aos agentes da indústria de gás (LAUREANO, 2005).

¹⁹⁴ Esse ente, em especial a Secretaria de Energia é responsável, com auxílio do ENARGAS, pela promulgação de políticas energéticas, pela regulamentação e controle do *upstream* e pela tomada de medidas para se evitar situações de crise de abastecimento de gás natural (LAUREANO, 2005).

¹⁹⁵ Autarquia que goza de plena capacidade para atuar nos âmbitos do direito público e privado, com o patrimônio constituído de bens transferidos e os adquiridos no futuro a qualquer título (art. 51).

¹⁹⁶ Assim como a atividade de transporte, o segmento de distribuição por redes constitui um serviço público regulado e as empresas licenciadas ficam sob tutela do ente regulador. O ENARGAS tem como principais objetivos: a proteção adequada dos direitos dos consumidores, a promoção da competição nos mercados de oferta e demanda de gás natural, bem como exigir investimentos para assegurar o fornecimento ao longo prazo. Igualmente esse órgão se inclina a fiscalizar a operação, a confiabilidade, a igualdade, o livre acesso, a não discriminação e o uso generalizado dos serviços e instalações de transporte e gás natural. Regula, também, as atividades assegurando que as tarifas sejam justas, razoáveis e permitam a expansão e a confiabilidade do fornecimento (Art. 2º da Lei nº 24.076) (ENARGAS, 2005).

¹⁹⁷ Contudo, atualmente, essa agência em decorrência das crises macroeconômicas e da Lei de Emergência Econômica se tornou mais burocrática, menos transparente e mais dependentes das decisões políticas da Argentina (STRAT, 2005a).

3.1.1.1 A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural

A privatização da *Gas del Estado* ocorrida no final de 1992, por meio da Lei nº 24.076/92, regulamentada pelo Decreto nº 1.738/92 representou o marco regulatório dos segmentos de transporte e de distribuição. Posteriormente, tal marco foi sendo complementado com as Regras Básicas (licenças) e o Regulamento do Serviço, que determinavam os direitos e obrigações das transportadoras e distribuidoras¹⁹⁸ junto ao governo e aos usuários (ENARGAS, 2005).

O art. 13 da Lei nº 24.076/92 dispõe, que sem prejuízo dos direitos dos distribuidores¹⁹⁹, qualquer consumidor²⁰⁰ poderá comprar gás natural diretamente a produtores e a comercializadores, acordando livremente as condições das transações²⁰¹.

Todavia, essa ampliação da concorrência restringiu-se à liberação de uma faixa de usuários finais com um consumo superior a 10.000 m³/dia (para serviço firme) ou 3.000.000 m³/ano (para interruptível). Ficando por incumbência do regulador diminuir essa faixa, quando possível, para acelerar a concorrência no setor. O que ocorreu a partir de 1997, com a diminuição desse limite para 5.000 m³/dia (STRAT, 2005a). Daí, os consumidores abaixo desse limite continuariam cativos à distribuidora local.

Ademais, o art. 26 da Lei Argentina citada estabelece que os transportadores e distribuidores estão obrigados a permitir o acesso não-discriminatório de terceiros as suas respectivas capacidades na medida do volume que não estiverem comprometidas a abastecer demanda já contratada.

Para tanto, poderão livremente convencionar as condições contratuais, desde que não afronte a lei em comento e as regulamentações afins. Caso a parte que queira utilizar a rede de gasodutos não chegue a um acordo com os transportadores e/ou distribuidores, poderá solicitar a intervenção do ENARGAS, o qual promoverá audiência pública em quinze dias

¹⁹⁸ Existe a figura do sub-distribuidor que, em regra, é um operador de menor escala prestador do serviço de distribuição de gás natural a um grupo de usuários de uma determinada área, com autorização do ENARGAS e tomando o gás geralmente de um distribuidor. O distribuidor tem a prioridade no serviço, mas não a exclusividade (STRAT, 2005a, p.43).

¹⁹⁹ A licença de operação dos sistemas de transporte e de distribuição é de 35 anos, mas o Governo pode renová-la por mais dez anos, baseando-se na avaliação da performance da empresa e diante de recomendação do ENARGAS (OCDE, 1999).

²⁰⁰ Verificar se existe alguma limitação, pois Laureano (2005, p.84) afirma que isso é assegurado a grandes consumidores, ou seja, 5.000 m³/dia.

²⁰¹ Redação original do art. 13 da Lei Argentina nº 24.076/92: “Sin perjuicio de los derechos otorgados a los distribuidores por su habilitación, cualquier consumidor podrá convenir la compra de gas natural directamente con los productores o comercializadores, pactando libremente las condiciones de transacción”.

com vistas a dá ampla oitiva aos agentes, devendo decidir em sessenta dias sobre o pedido desse terceiro após a realização da audiência²⁰².

O art. 49 do referido diploma legal permite inferir que os consumidores que tenham adquirido gás conforme preceito do art. 13, ou seja, diretamente de comercializadores ou produtores, deverão pagar pelo uso das instalações da empresa distribuidora (*by pass* comercial). Isso não ocorrerá, caso o consumidor não utilize a rede do distribuidor, inclusive, é possível que esse usuário construa ramais próprios de alimentação para satisfazer suas necessidades, conectando-se diretamente ao duto de transporte (*by pass* físico).

Nessa nova dinâmica, o nível e a estrutura tarifária foram modificados, a fim de refletir custos totais e relativos entre os serviços. No tocante à tarifa de distribuição, o art. 37, (3), do Decreto nº 1.738/92, a conceitua como a remuneração do serviço do distribuidor, e no caso de o gás ser comprado do usuário ao distribuidor, será incluída a tarifa final do gás ao usuário; porém, se o gás comprado for de propriedade de terceiro, a remuneração somente será o carregamento em separado do gás.

Como um quadro geral, na distribuição de gás natural **o acesso aberto, as tarifas máximas reguladas e a escolha do serviço pelo cliente** marcaram o contexto de reformas do setor de gás argentino, o que a princípio alavancaram os investimentos entre 1992 e 1998. Importante considerar que a tarifa do setor residencial teve um aumento de 27% em termos reais no período março de 1991 a janeiro de 1999, enquanto o segmento de grandes consumidores experimentou um efeito reverso²⁰³ (DUBR OVSKY, 2002, p.38).

Nesse sentido, Laureano (2005, p.84) indica que:

entre 1993 e 2002 foi notório o aumento da contratação direta por parte dos grandes consumidores, utilizando os direitos de *by pass* comercial²⁰⁴ (...) garantidos pela legislação, elevando-se do patamar de 1,5% do total comercializado para 34,1% em 2002. Com relação ao *by pass* físico²⁰⁵ (...), este também aumentou passando de 0,8% para 10% do total, no mesmo período.

Segundo a OCDE (1999), em estudo sobre a reforma da indústria de energia na Argentina, as experiências de reforma do setor de gás natural em diversos países demonstram que não existe um modelo pronto e acabado. Na verdade, os responsáveis por políticas públicas e regulatórias devem considerar as circunstâncias nacionais específicas, incluindo as

²⁰² O art. 27 proíbe vantagens ou preferências a terceiros no acesso às redes de transportadores e distribuidores,, salvo as diferenças concretas que a ENARGAS possa determinar.

²⁰³ O marco regulatório estabelece que “a estrutura tarifária deve refletir os custos relativos entre os serviços. Neste sentido, menciona-se, expressamente, que ‘em nenhuma hipótese, os custos atribuíveis ao serviço prestado a um consumidor ou a um grupo de consumidores, poderão ser recuperados através de tarifas cobradas de outros consumidores’” (STRAT, 2005a, p.32).

²⁰⁴ Compra direta de gás do produtor/comercializador, contratação dos serviços de distribuição e eventualmente contratação do serviço de transporte.

²⁰⁵ Conexão direta com o gasoduto de transporte.

características físicas dos gasodutos e a infra-estrutura no *upstream*, a estrutura de propriedade da indústria, a tendência do mercado, bem como o arcabouço institucional do país.

A reforma e a reestruturação ocorrida na Argentina assemelharam-se bastante ao acontecido no Reino Unido, em que a indústria do petróleo e gás natural em primeiro lugar foi privatizada, porém diferente desse país, a Argentina realizou a separação das etapas de transporte e de distribuição (OCDE, 1999).

Os êxitos de tais reformas foram considerados significantes pela OCDE (1999), dentre outros fatores, em virtude do aumento de investimentos e da diminuição dos custos nas atividades de transporte e de distribuição. Contudo, em sede de desafios, encontra-se, dentre outros, a efetividade e a consistência regulatória no *downstream*, a definição clara das responsabilidades regulatórias e a transparência nos termos e nas condições de acesso de terceiros aos gasodutos, estimulando a exploração e a produção de gás, bem como a integração do mercado regional (Mercosul).

Destarte, apesar dessas medidas, que de forma mediata ou imediata, foram favoráveis ao incremento da competição, a Strat (2005a) observou que no segmento de distribuição, o acesso à capacidade gerou conflitos na medida em que o conhecimento dos usuários acerca da possibilidade do livre acesso na distribuição e da falta de clareza na interpretação das regras tarifárias ocasionou prejuízos às distribuidoras. Daí a necessidade de uma reavaliação constante para melhorar a regulação da distribuição de gás no mercado Argentino²⁰⁶.

Contudo, desde as crises macroeconômicas acontecidas nesse país a indústria do gás tem visto o seu paulatino enfraquecimento, visto o poder de concessão e as renegociações das condições de prestação dos serviços de transporte e de distribuição ao se encontrarem no âmbito de competência do Estado terem experimentado decisões políticas que geraram impactos negativos na expansão dos investimentos²⁰⁷.

²⁰⁶ A OCDE (1999, p.69) também se posicionou nesse sentido, senão vejamos: “another negative factor is the negotiated-access regime in the distribution sector. Regulation of distribution tariffs, as for transmission tariffs, may encourage more end users to seek direct purchases of gas (by pass) and broaden the scope for short-term gas trading. Experience in other countries-notably North America and the United Kingdom – suggests that a shortterm surplus of gas putting downward pressure on prices may be necessary to kick-start the growth of short-term trading”.

²⁰⁷ Com a crise macroeconômica o setor sofreu uma estagnação, assim a partir do fim da conversibilidade (2001), as tarifas foram fixadas em pesos, medida a qual acarretou um aumento considerável dos custos de investimento e operação, acarretando uma série de dificuldades tais como: repasse das variações do preço do gás na boca do poço aos elos a jusante da cadeia de valor desse energético; no cumprimento de obrigações no exterior pelas empresas atuantes nos segmentos de transporte e de distribuição; na grave insegurança jurídica e na falta de acesso aos mercados de capitais. Tais pontos levaram os investimentos em expansão a cessarem (STRAT, 2005a).

3.2 As experiências do setor de gás da Colômbia

O setor de gás²⁰⁸ colombiano se caracterizava por uma forte presença estatal, em todos os elos da cadeia e de forma integrada. Assim, a empresa estatal Ecopetrol (Empresa Colombiana de Petróleo)²⁰⁹ era o agente monopolista por meio do qual o Estado desenvolvia as atividades integrantes da indústria do gás natural²¹⁰. A participação da iniciativa privada era limitada a associações com essa companhia no tocante à produção²¹¹ e à distribuição local de gás natural (STRAT, 2005b).

Dentro de uma agenda de reformas para a América Latina, ao longo da década de 90, permitiu-se a entrada efetiva de empresas privadas no mercado colombiano e se deu início a um novo marco regulatório, dentro do contexto de uma legislação própria e de uma regulação coerente ao quadro sócio-econômico, com a participação de empresas públicas, privadas, nacionais e estrangeiras²¹² (STRAT, 2005b).

Merece destaque o “Plano de Massificação do Consumo do Gás Natural” de 1991 que com o intuito de levar esse hidrocarboneto para o interior do país e possibilitar a substituição de outros energéticos com custo mais elevado por gás natural, permitiu a expansão da rede de gasodutos com a construção de 2.800 km em cinco anos (período entre 1993 e 1997)²¹³.

Nesse sentido, é relevante verificar o arcabouço institucional montando, a fim de sustentar essas mudanças, bem como averiguar o desenvolvimento da rede de gasodutos, especificamente, do mercado de distribuição de gás natural no que diz respeito à existência de abertura da comercialização a terceiros e, caso sim, de que forma essa se encontra prevista.

²⁰⁸ A participação do gás natural como energia primária é de 10% da matriz energética colombiana (STRAT, 2005b).

²⁰⁹ Essa empresa continuou estatal e sendo investidora no mercado de gás. Em junho de 2003, o Decreto nº 1.760 dividiu a Ecopetrol (modificou a estrutura orgânica), criou a *Agencia Nacional de Hidrocarburos* e a *Sociedad Promotora de Energía da Colombia*. A Ecopetrol foi inicialmente estruturada como empresa industrial e comercial da nação colombiana, esse Decreto a transformou em sociedade pública por ações, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. A *Sociedad Promotora de Energía da Colombia* (sociedade colombiana por ações – Título III do Decreto nº 1.760) foi instituída com o objetivo principal de participar e de investir em empresas, cujo objeto social se relacione com atividades do setor energético ou com similares, conexas ou complementares.

²¹⁰ O mercado do gás apresenta alta concentração: a Ecopetrol detém 60% da produção total, em seguida vêm a Chevron e Texaco com 20%.

²¹¹ São seis as bacias sedimentares da Colômbia, sendo as principais jazidas, as bacias de Guajira e Llanos Orientais, estimadas em 193 bilhões de m³ de gás natural.

²¹² Os entraves à concorrência desse setor na Colômbia se situam na pouca alternativa existente na produção de gás natural, visto a posição dominante da Ecopetrol; à volatilidade do mercado de gás, pois a destinação de grandes volumes às térmicas, em determinados períodos, convive com momentos em há uma pouca destinação de gás, haja vista a existência de potencial hídrico (STRAT, 2005b).

²¹³ Investimento total de US\$ 921 milhões, dos quais US\$ 644 milhões foram investidos pelo setor privado e o restante pela Ecopetrol (US\$ 277 milhões).

3.2.1 Organização institucional e o período pós-reforma

Com o intuito de conduzir as reformas macroeconômicas, o Governo Colombiano traçou a competência de órgãos já existentes e criou outras instituições capazes de exercer a regulação do mercado de gás natural.

Dentro do quadro institucional, encontra-se o Ministério de Minas e Energia, ente máximo do setor, e responsável pela formulação da política e pela regulação técnica e econômica do aproveitamento das reservas (STRAT, 2005b).

Posteriormente, em junho de 2003, o Decreto nº 1760, institui a *Agencia Nacional de Hidrocarburos* (ANH), pessoa jurídica vinculado ao MME, com autonomias administrativa, financeira e patrimonial. Esse decreto, no art. 4º, versa sobre o objetivo da ANH, qual seja, a administração integral das reservas de hidrocarbonetos de propriedade da nação colombiana.

Ao longo dessa norma, percebe-se que a competência dessa agência se restringiu ao setor de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cuidando de toda matéria afeta a esse segmento, como a repartição e a administração das receitas provenientes da produção e a atividade de levantamento de informações geofísicas, dentre inúmeras outras atribuições (art. 5º do Decreto nº 1.760).

A Lei nº 142, de 1994 (*Ley de Servicios Públicos Domiciliarios*), e a Resolução CREG 057/96, dentre outras normas regulamentares, estabelece o marco regulatório do setor de gás (CREG, 2005). Destarte, o art. 69 dessa lei, criou a Comissão de Regulação de Energia e Gás (CREG), vinculada ao MME, como unidade administrativa especial, para exercer às vezes de órgão regulador²¹⁴, com autonomia administrativa, técnica e patrimonial²¹⁵.

A CREG tem como função regular os monopólios na prestação dos serviços públicos de gás e energia e promover a livre concorrência quando possível, dentro do escopo da qualidade na prestação desses serviços (art. 73 da Lei nº 142, de 1994).

Esse ente, dentre outras competências, também, deve coibir abusos de poder econômico, promover o uso eficiente da energia e do gás, estabelecer o regulamento de operação do sistema interligado nesses setores, regular o mercado atacadista, definir tarifas de gás e eletricidade para os consumidores finais (CREG, 2005).

²¹⁴ O art. 70, dessa lei, prevê a estrutura orgânica das comissões de serviços públicos a qual a norma se reporta. Nesse sentido, vale a pena a transcrição *ipsis litteris*: (...) “las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta ley. 70.1. Comisión de Regulación a.) Comité de Expertos Comisionados 70.2. Coordinación General a.) Coordinación Ejecutiva b.) Coordinación Administrativa 70.3. Areas Ejecutoras a.) Oficina de regulación y políticas de competencia b.) Oficina Técnica c.) Oficina Jurídica”.

²¹⁵ O inciso I, do art. 56 da Constituição Política da Colômbia considera o transporte e a distribuição de gás natural como serviços públicos essenciais.

Outro órgão criado pela Lei nº 142, de 1994 foi a Superintendência de Serviços Públicos Domiciliares, como organismo de caráter técnico ligado ao Ministério de Desenvolvimento Econômico e dotado de personalidade jurídica (art. 76). Caracteriza-se por sua autonomia administrativa e patrimonial e pelo controle das empresas que prestam serviço público domiciliares. Assim, dentre as suas atribuições previstas na lei em comento, percebe-se o exercício da atividade de fiscalização e o poder de impor sanções.

Dessa forma, a lei colombiana segregou as atividades de regulação e fiscalização em órgãos diferentes, e previu em caso de conflitos de competência entre esses agentes a solicitação de esclarecimentos diretamente ao Presidente da República²¹⁶ (art. 83).

A Lei 401, de 1997, instituiu também uma entidade responsável pela administração do sistema de transporte e de comercialização do gás, com participação do setor privado²¹⁷ (Empresa Colombiana de Gás - ECOGAS) e vinculada ao Ministério de Minas e Energia (STRAT, 2005b).

Em relação ao transporte de gás natural, a abertura é mista, visto a iniciativa privada poder construir gasodutos. Atualmente, são oito as transportadoras, destacando-se a Empresa pública Colombiana de Gás (ECOGAS) e a privada Promingas S. A, essa localizada na Costa do Atlântico. O interior e o centro possuem um serviço recente, com menos de dez anos, levando a implicações no dimensionamento do sistema e nos períodos de recuperação do investimento (STRAT, 2005b).

3.2.1.1 A regulação do livre acesso na distribuição de gás natural

A existência de um Plano de Massificação do uso do gás natural, iniciado em 1991, foi significativa na medida em que permitiu a expansão da rede de infra-estrutura colombiana de transporte e de distribuição.

A distribuição²¹⁸ é realizada por 26 empresas que abastecem um total de 3,4 milhões de usuários residenciais em mais de 350 lugares, significando um percentual de 22% do total de gás requerido ou demandado²¹⁹ (STRAT, 2005b).

²¹⁶ ARTICULO 83.- Resolución de Conflictos entre las funciones de regulación y control. Cuando haya conflicto de funciones, o necesidad de interpretar esta ley en cuanto al reparto de funciones interno, se apelará al dictamen del Presidente de la República.

²¹⁷ Consoante Giraldo (2002, p. 179) entre os anos de 1993 e 1997 com o exercício do monopólio pela Ecopetrol foi possível a consolidação do sistema de transporte dando viabilidade econômica à expansão do mercado.

²¹⁸ La CREG adotou dois aproximaciones regulatorias para a atividade de distribuição: formulas tarifarias e preços máximos; a segunda consiste em preços máximos obtidos em processos licitatorios, com direitos de exclusividade em áreas geográficas. El Cargo Promedio Maximo Unitario por uso da rede de distribuição se calcula com base na metodologia de custo médio de longo prazo. Los cargos máximos aprobados têm uma vigência de cinco anos, a menos que antes do vencimento de éstos haya acuerdo entre a empresa e a CREG para modificá-la ou prorrogá-la, ou qualquer outro evento previsto por lei.

Dessas empresas, seis possuem contrato de concessão na forma estabelecida pela Lei nº 142/94 e com exclusividade de operação. A exclusividade²²⁰ nos contratos de concessão dar-se pela necessidade de expansão da rede de distribuição para consumidores de baixa renda, bem como é definida pelo órgão regulador (Resolução CREG 014/94) (STRAT, 2005b).²²¹

Apesar de se ter um número razoável de companhias no segmento de distribuição, na verdade, o potencial se encontra nas mãos de poucas empresas, com isso um maior nível concorrencial²²² era aguardado ao longo prazo²²³.

Assim, a partir de 2015 uma série de medidas é esperada dentro do escopo de ampliar a concorrência na distribuição. Nesse ínterim, destacam-se: a previsão de que nenhuma empresa poderá abastecer mais de 30% dos usuários de gás natural do país; a prescrição de que as companhias com participação superior a 30% não poderão expandir seus sistemas de distribuição; e a regra de que nenhuma distribuidora poderá ter uma participação maior do que 25% nas vendas de gás a usuários finais, regulados ou não regulados (excluídas a demanda da petroquímica, centrais elétricas e consumos em jazida) (STRAT, 2005b).

O acesso ao sistema de distribuição é conceituado na Resolução CREG 057/1996 como a utilização da rede da distribuidora por comercializadores ou por grandes consumidores de gás combustíveis, mediante o pagamento do carregamento desse hidrocarboneto e da correspondente conexão ao sistema²²⁴.

²¹⁹ Os setores industriais e de geração térmica são os principais demandantes, representando, respectivamente, 40% e 37%. Tais números têm como importante precursor a ampliação de infra-estrutura de aproximadamente 5.600 km de gasodutos, totalizando uma extensão de dutos, incluindo transporte e distribuição de aproximadamente 28.800 km.

²²⁰ A Resolução CREG 057/96 define área de serviço exclusivo como o espaço geográfico correspondente aos municípios e outras áreas urbanas sobre as quais se outorga exclusividade na distribuição domiciliar de gás natural por rede de tubos, mediante contratos de áreas de serviço exclusivo.

²²¹ As distribuidoras mais importantes são: Gas Natural S. A. (abastece 1,2 milhões de usuários, incluindo Bogotá), Gases Del Caribe (480 mil usuários), a Surtigas (335 mil usuários) e a Gases de Occidente (240 mil usuários) (STRAT, 2005b).

²²² As normas regulatórias proíbem a integração vertical e horizontal, por exemplo, além das normas de limitação a 25% de participação do transportador em ações ou cotas de empresas comercializadoras, distribuidoras e grandes consumidores de gás natural, os produtores somente podem participar da distribuição com até 20% do capital acionário.

²²³ Segundo Giraldo (2001, p.184) a regulação dessa atividade iniciada em 1995 reconheceu que ao médio prazo seria difícil consolidar um mercado competitivo. Por causa dessa constatação, buscou-se desenvolver o mercado promovendo a negociação entre produtores e grandes consumidores e introduzindo pressões competitivas na comercialização de gás natural. Durante a transição foi introduzido um sistema de preços máximos e se buscou incentivar o associado da Ecopetrol a comercializar gás independente dessa empresa.

²²⁴ Os preços de transporte, de distribuição e venda serão negociáveis, mas não superiores aos preços máximos estabelecidos. A Lei nº 142, de 1994, estabelece que a metodologia para fixação da tarifa está orientada pelos princípios de eficiência econômica, neutralidade, solidariedade, redistribuição, suficiência financeira, simplicidade e transparência. O preço do gás é regulado e se ajusta semestralmente em função da evolução do preço *Fuel Oil* (FOB). O art. 790 da Resolução CREG 057/96 define o livre acesso como “sin perjuicio de la excepción prevista para áreas de servicio exclusivo, los distribuidores permitirán el acceso a las redes de tubería

Vale destacar que as empresas integrantes das etapas de produção, venda e distribuição poderão ser comercializadoras; os produtores poderão comercializar livremente sua produção e firmar contratos de venda no mercado atacadista (STRAT, 2005b).

Foram fixados limites para a categoria de consumidor livre, por exemplo, em 2005, o usuário livre se enquadra no consumo de 2,8 mil m³/dia, evolução bastante significativa, em virtude dos valores iniciais terem se concentrado em usuários com consumo superior a aproximadamente 14 mil m³/dia em 2001²²⁵ (STRAT, 2005b).

No tocante aos grandes consumidores, foi definido que eles podem pactuar livremente os contratos de fornecimento de gás natural, e, em seguida, os preços de transporte e de distribuição, porém no caso desses, **haverá uma tarifa teto estabelecida pelo regulador, a ser respeitada pelas partes**²²⁶. As tarifas do sistema de transporte e de distribuição são reguladas pela CREG, visto serem monopólio natural. As tarifas de transporte em regra vão se classificar por distância (por capacidade e por uso) e postal²²⁷.

As tarifas de distribuição são máximas, têm vigência de cinco anos e são calculadas com base no método do custo médio de longo prazo. A Resolução CREG 057/96 define essa metodologia que consiste em tarifas mensais aos usuários finais e inclui um componente fixo e um variável.

de su propiedad, a cualquier productor, comercializador o gran consumidor de gas combustible a cambio del pago de los cargos correspondientes, siempre y cuando observen las mismas condiciones de confiabilidad, calidad, seguridad y continuidad establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a esta materia, y cumplan con el código de transporte o sus normas suplementarias, el código de distribución y los demás reglamentos que expida la Comisión”. Quanto aos limites de integração horizontal, de acordo com a Resolução CREG 57/96, os transportadores podem oferecer serviços firmes, em pico e interruptíveis, também existe previsão de livre acesso não discriminatório às redes de transporte.

²²⁵ No capítulo de definições da Resolução CREG 057/96, encontra-se o seguinte conceito de grande consumidor de gás natural: “Es un consumidor de más de 50~1000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2001; de más de 300.000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2004; y, de más de 100.000 pcd a partir de enero lo. del año 2005, medida la demanda en un solo sitio individual de entrega”.

²²⁶ ARTICULO 110. LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN PARA GRANDES CONSUMIDORES. Los grandes consumidores de gas natural podrán negociar libremente sus contratos y precios de suministro y transporte con un productor, un comercializador, un transportador o un distribuidor, pagando los correspondientes cargos al dueño de las redes, si fuere el caso. Los precios de transporte, distribución y venta serán negociables, pero no superiores a los precios máximos establecidos en esta resolución, salvo cuando, mediante resolución, se haya determinado que el precio de comercialización a grandes consumidores sea libre.

²²⁷ A metodologia aplicada é de custo médio de longo prazo calculado a partir de custos eficientes de investimento no gasoduto, gastos eficientes de AO&M (administração, operação e manutenção) do gasoduto, volume transportado pelo gasoduto. Para determinar as taxas de cada empresa em particular em usado como taxa de retorno o valor ponderado entre o seu custo de capital histórico e o custo de capital corrente, de acordo com a proporção entre a base de ativos existentes e os novos investimentos previstos durante o período tarifário (5 anos).

3.3 O mercado de gás no Peru

O Peru como quase todos os países da América Latina passou ao longo da década de 90 por um processo de revisão do papel do Estado, convergindo ações no sentido de movimentação livre de capitais, desregulamentação gradativa de preços, total conversibilidade monetária, tratamento igualitário de investimentos estrangeiros, simplificação fiscal (STRAT, 2005c).

No que tange ao setor petróleo e gás, foi promulgada a Lei nº 26.221, de 1993, com os objetivos de flexibilização do *upstream* e *downstream*; liberalização da importação e da exportação de petróleo cru e seus derivados; e incremento da competição em todos os elos da cadeia desses energéticos²²⁸ (STRAT, 2005c).

Nesse ínterim, é importante, no âmbito do presente trabalho, verificar como o Peru tratou a abertura de mercado no *downstream*, especificamente, como foi a abordagem da separação entre as atividades de comercialização e de distribuição por meio de arranjos como livre acesso a gasodutos para determinados segmentos de consumidores.

Todavia, em primeiro lugar, será feita a contextualização da reforma em termos fáticos e em relação aos principais agentes governamentais implementadores das alterações ocorridas na indústria do gás natural no Peru.

3.3.1 Organização institucional e o período pós-reforma

Com o objetivo de colocar em prática as mudanças advindas com as reformas, foram sendo criados órgãos governamentais, paralelamente aos já existentes como o Ministério de Energia e Minas (MEM), a quem coube definir a política e o planejamento do setor; e, como a Diretoria Geral de Hidrocarbonetos (DGH), subordinada ao MEM, que já atuava na outorga de concessões e licenças nos segmentos de *downstream* e *upstream*²²⁹ (STRAT, 2005c).

Destarte, foi instituído o Organismo Supervisor dos Investimentos em Energia (OSINERG), através da Lei nº 26.734, de 31.12.1996, vinculado ao Ministério de Economia e Finanças²³⁰, com autonomia funcional, técnica, administrativa, econômica e financeira (art. 1º)²³¹.

²²⁸ No Projeto Camisea, o governo peruano apesar de não ter investido diretamente, possibilitou a realização de investimentos em infra-estrutura, a partir do uso de mecanismo de receitas asseguradas, que permitem a garantia de retorno do capital disponibilizado pelos agentes (STRAT, 2005c).

²²⁹ Esse órgão também é responsável pela autorização final para o começo de todos os projetos no setor de petróleo e gás natural, tendo que coordenar as suas atividades com as de outros organismos ou agências estatais, como a direção geral de assuntos ambientais.

²³⁰ Inicialmente esse órgão estava vinculado ao MEM, porém a partir de 1998 passou a ser ligado ao Ministério de Economia e Finanças (STRAT, 2005c).

²³¹ Artículo 1º- Creación y naturaleza: Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG),

O OSINERG, inicialmente, tinha somente a finalidade de fiscalização e de aperfeiçoar o cumprimento do novo marco regulatório²³². Posteriormente, com a Lei nº 27.332, de 29.07.2000, esse órgão também assumiu as funções de definição tarifária atinentes ao transporte e à distribuição de gás natural, passou, nesse momento, a ser denominado de organismo regulador (OSINERG, 2005).

O art. 3º da Lei nº 27.332, de 29.07.2000, também, estendeu as atribuições da OSINERG, visto ter acrescido as funções de supervisão, normativa, de resolução de controvérsias, de impor sanções e de solucionar as reclamações advindas dos consumidores²³³.

como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, pertenece al Ministerio de Energía y Minas.

²³² Artículo 2º- Misión: La misión del OSINERG es fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

Artículo 5º- Funciones

Son funciones del OSINERG: a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario; b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley; c) Fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes; d) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos.

²³³ a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c) Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador ;

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

A Comissão Reguladora de Distribuição de gás foi criada por meio do DS 056/93/EM com funções relacionadas à distribuição de gás canalizado, porém esse ente nunca chegou a funcionar (STRAT, 2005c).

O Instituto de Defesa da Livre Concorrência e de Proteção à Propriedade Intelectual (INDECOPI) é responsável pela aplicação da normativa existente a respeito da livre concorrência, da proteção ao consumidor e da repressão à concorrência desleal (STRAT, 2005c).

Nesse novo panorama, a Perupetro S. A. (empresa estatal, sob regime de direito privado) substituiu a Petroperú (com a privatização iniciada a partir de 1993), na administração dos recursos de hidrocarbonetos e na negociação, celebração e administração de novos contratos de exploração e produção de hidrocarbonetos com empresas privadas e públicas, após a anuência dos Ministérios de Economia e de Energia e Minas, bem como do Banco Central do Peru (STRAT, 2005c).

A mudança ocorrida nesse setor foi impulsionada pela descoberta de gás ocorrida em Camisea, vale destacar que malgrado as pressões de ordem privada, especialmente, da Shell e da Mobil, o governo peruano dividiu o Projeto Camisea nas etapas de produção, com o desenvolvimento dos campos e separação de líquidos e fracionamento; de transporte e de distribuição, com a previsão de construção de infra-estrutura (STRAT, 2005c).

Essa medida teve como pressupostos a conveniência da diversidade de agentes na cadeia do gás, o que gera um incremento na concorrência; na separação de papéis entre o Estado e os agentes que desenvolvem as atividades; e no estímulo do investimento privado para dinamizar o setor, deslocando o gasto público para as áreas de serviços públicos essenciais (STRAT, 2005c).

Assim, mesmo correndo o risco de retirada de agentes do setor *upstream*, o governo peruano manteve o cumprimento das normas que impediam a verticalização integral no setor gasífero. Nesse sentido, a legislação dispunha que os agentes produtores não poderiam ter mais de 20% de participação nos segmentos de transporte e de distribuição. Com isso, procurou-se promover maior transparência nas transações e eficiência na identificação de práticas relacionadas ao abuso do poder econômico (STRAT, 2005c).

3.3.1.1 A previsão do livre acesso na distribuição de gás natural

Os preços finais do gás natural são formados pelo preço regulado do gás na boca do poço (*commodity*), estabelecido de acordo com o contrato de concessões e pelas tarifas, também reguladas, de transporte e de distribuição (STRAT, 2005c).

Considerando que o setor termoeletrico foi tido como ancora para o desenvolvimento da indústria de gás no Peru, as tarifas que se referem ao gás destinado à geração de energia elétrica são menores do que as praticadas com os demais consumidores²³⁴.

É permitido o acesso aos dutos de transporte para os distribuidores, usuários dentro da área de concessão de mais de 30 MM m³/dia, usuários fora da área de concessão (Lima e Gallao) e comercializadores. Porém, como a estrutura do *upstream* está fechada por dez anos, haja vista a existência de um único produtor em Camisea, essa regra não terá eficácia até o fim desse lapso temporal (STRAT, 2005c).

A concessão do serviço de distribuição constitui um monopólio regional com exclusividade de 12 anos, findo esse período restará o direito de preferência para a empresa distribuidora, porém transcorrido esse período qualquer agente poderá solicitar a concessão de áreas ainda não atendidas (STRAT, 2005c)²³⁵.

Admite-se o livre acesso na distribuição para os comercializadores e para o usuário com consumo superior a 1,06 MM ft³/dia e que seja carregador, não é permitido o *by pass* físico (construção de gasoduto que se interliga diretamente à rede de transporte), dessa maneira, o gás terá que passar necessariamente pela rede do distribuidor (STRAT, 2005c).

3.4 Regulação aplicada na União Européia.

A origem da indústria do gás na Europa se caracterizou, desde o desenvolvimento de reservas à construção da infra-estrutura de escoamento, por uma forte presença estatal. Sendo que para a expansão dessa rede, foram pactuados contratos de longos prazos, com a finalidade de se recuperar os investimentos realizados.

Há de se ressaltar que a indústria do gás na Europa se distinguia em termos de graus de desenvolvimento entre os diversos países-membros. Então, a formulação de uma regulamentação no âmbito da União Européia era visto como um desafio sob o ângulo de se conciliar distintas estruturas e de se criar e consolidar um mercado interno de energia.

O que necessitava de um processo de adaptação e de revisão periódica. Para tanto, foi emanada a primeira Diretiva (98/30/CE), visando à implementação da integração gasífera e a conseqüente segurança de fornecimento desse energético.

²³⁴ A Lei nº 27.133, de junho de 1999, (Lei de promoção do desenvolvimento da industria de gás) estabeleceu a Comissão de Tarifas de Energia como órgão regulador das tarifas do transporte e da distribuição de gás natural por tipo de usuário e o cargo por Garantia da Rede Principal (BECERRA, 2002, p.297).

²³⁵ A Distribuidora de Gas Natural de Lima y Callao foi cedida em maio de 2002 ao grupo belga Tractebel.

Em 2003, dentro de um panorama de revisão desse mercado foi editada a segunda Diretiva do Gás (2003/55/CE), que estabeleceu regras comuns para o mercado interno de gás e revogou a Diretiva (98/30/CE).

Nesse norte, é importante considerar para contexto de análise do presente capítulo, como tais normas trataram a abertura do *downstream*, bem como de que forma o constante monitoramento do mercado de gás foi positivo para a integração energética da União Européia.

3.4.1 O quadro institucional e os resultados da Diretiva (98/30/CE)

O processo de montagem de um mercado comum foi conduzido por três instituições constituídas no âmbito da União Européia, quais sejam, o Parlamento Europeu, um Conselho e uma Comissão.

O Parlamento e o Conselho são esferas de emissão de diretrizes, regulamentos e decisões da União Européia, sendo que o primeiro exerce o controle sobre o segundo, inclusive, aprovando os seus membros. A Comissão Européia é a instância executiva e também propõe os textos das normas apresentadas ao Parlamento e ao Conselho (STRAT, 2005d).

Em virtude dos diferentes estágios de desenvolvimento da indústria do gás natural nos Estados-membros, as normas emanadas tiveram o condão de ventilar os princípios a serem seguidos por esses na medida de seus critérios de escolhas, levando em consideração as situações específicas vivenciadas por cada Estado-membro. O que demonstra a adoção do princípio da subsidiariedade no âmbito da legislação da União Européia (PIGNATARO, 2005).

Assim, num primeiro instante, os distintos graus de desenvolvimento da rede e a complexidade política e institucional foram tidos como os problemas a serem enfrentados, visto a atuação de empresas públicas integradas, a exclusividade de direitos de importar e transportar, a ausência de concorrência entre fornecedores, a existência de mercado cativos para a comercialização, dentre outros pontos relacionados a mercados fechados, dificultarem uma maior competitividade e a integração energética na Comunidade Européia.

Diante de tais constatações se procedeu à adequação dos Estados-membros de forma paulatina, dentro de objetivos e metas progressivos, harmonizando as diferenças, ajustando as estruturas regulatórias, inclusive, com uma boa dose de flexibilização.

Para tanto, a quebra de determinados pressupostos foi necessária com o estabelecimento de uma legislação que possibilitasse a entrada de novos agentes e um ambiente nivelado para a concorrência no mercado regional.

Dessa maneira, a Diretiva 98/30/CE²³⁶, ao enxergar que a abertura no *downstream* é essencial para assegurar a competição no mercado de gás, trouxe, dentre várias normas, o acesso à infra-estrutura de gasodutos, levando em consideração critérios objetivos, transparentes e não-discriminatórios.

Assim, dentre as medidas adotadas, ressaltam-se a separação vertical das atividades, obrigando a adoção de livros contábeis separados para cada uma das áreas da indústria do gás (transporte, distribuição e armazenamento) e, se fosse o caso, contas consolidadas para atividades não vinculadas ao setor (art. 13, n. 3).

Ademais, destaca-se o livre acesso de terceiros à infra-estrutura de escoamento²³⁷, dentro de regras de acesso regulado (tarifas determinadas e publicadas, art. 16) ou regime de acesso negociado (condições de acesso negociadas, art. 15); e a liberação dos usuários, dentro de planos gradativos, com etapas de liberalização e limites mínimos de consumo, os quais os usuários se tornariam aptos a contratar serviços de transporte e distribuição ou adquirir gás diretamente das empresas prestadoras ou produtoras²³⁸.

A empresa de distribuição deve manter e desenvolver uma rede economicamente segura, viável e eficaz, bem como não poderá fazer uso arbitrário de informações obtidas de terceiros, a fim de negociar o acesso a sua rede (arts. 10 e 11, *in fine*). Percebe-se a presença

²³⁶ Reforça-se que a Diretiva é um conjunto de princípios os quais os Estados membros têm a opção de escolher os regimes que mais se enquadram a suas respectivas realidades. Segundo o art. 1 prescreve que essa Diretiva “institui regras comuns para o transporte, distribuição, fornecimento e armazenamento de gás natural; estabelece as normas relativas à organização e funcionamento do sector do gás natural, incluindo o gás natural liquefeito (GNL), ao acesso ao mercado, à exploração das redes e aos critérios e mecanismos aplicáveis à concessão de autorizações de transporte, distribuição, fornecimento e armazenamento de gás natural”.

²³⁷ A recusa de acesso, consoante a Diretiva, poderia ocorrer em três casos: inexistência de capacidade disponível, riscos ao fornecimento do serviço público, dificuldades econômico-financeiras relacionadas aos contratos de longo prazo outrora assumidos (art. 17, n. 1). Sendo que não poderia ser negado o acesso por falta de capacidade ou de conexão nos casos em que a expansão fosse economicamente viável e quando os gastos da expansão fossem arcados por um terceiro agente (art. 17, n. 2). Podendo o agente ainda negar o acesso em caso de mercados emergentes, até dez anos após as primeiras entregas de gás; e, mercados isolados, enquanto, permaneçam desconectados de outros mercados.

²³⁸ Segundo o art. 18 da Diretiva, as etapas de liberalização eram três, quais sejam, 20% do consumo total anual de gás do mercado nacional de cada Estado-membro, em agosto de 1998; 28% desse consumo total, cinco anos após a entrada em vigor da Diretiva, agosto de 2003; 33% desse consumo total, dez anos após a entrada em vigor da Diretiva, agosto de 2008. Os limites de consumo, a partir dos quais o usuário se tornava livre, conforme as três etapas são, respectivamente, 25 milhões m³/ano, 15 milhões m³/ano e 5 milhões m³/ano. Além de estarem liberalizados os produtores de energia a partir de gás natural, dentro de um limite máximo firmado pelo Estado-membro. Os Estados-membros deverá publicar anualmente (31 de janeiro de cada ano) os critérios de admissão de clientes liberalizados, ou seja, que possuam capacidade jurídica de celebrar contratos de fornecimento de gás natural ou para adquirir gás, ressaltando-se os acima citados já estão inclusos no rol de clientes admissíveis.

do princípio da boa-fé objetiva como uma diretriz a ser seguida pelos agentes integrantes do mercado.

Apesar do avanço obtido em termos de integração do mercado de gás natural na Comunidade Européia, constataram-se certos obstáculos no desenvolvimento da concorrência, haja vista os diferentes graus de desenvolvimento da indústria do gás nos países membros; igualmente, perceberam-se distorções provenientes da abertura desigual de mercados, pois uma certa empresa, operadora em área com abertura de mercado limitada, possuía vantagens frente aos seus concorrentes de outros países em que todos os usuários podiam escolher livremente seus fornecedores; e, a pouca diversidade de agentes no *upstream*²³⁹ restringia o nível de concorrência no *downstream* (STRAT, 2005d).

No que tange ao acesso aberto, a inexistência de uma separação clara e efetiva das atividades e a falta de transparência e de publicação das tarifas foram consideradas como óbices ao acesso isonômico e não discriminatório. Somam-se, a isso, a tarifação heterogênea e os procedimentos de alocação de capacidade pouco transparentes e inflexíveis que restringiam o intercâmbio entre os países membros (STRAT, 2005d).

Dessa forma, por meio de relatórios de *benchmarking*²⁴⁰ que averiguaram a situação do mercado de gás natural na União Européia foi possível o diagnóstico e a aprovação da Diretiva do Gás nº 2003/55/CE, que substituiu a Diretiva de 1998 (STRAT, 2005d).

3.4.1.2 A Diretiva do Gás de 2003 e o acesso à rede de distribuição de gás natural

Diante dos Considerandos da Diretiva do Gás da Comunidade Européia, constata-se que os benefícios da Diretiva de 1998 resultaram em aumento da eficiência, na diminuição de preços, em uma maior competitividade e em padrões de serviço mais elevados.

Contudo, perante a visualização de algumas deficiências significativas restava o aperfeiçoamento das medidas já postas em prática. Dentre as quais, destacam-se a garantia de tarifas claras, justas e não-discriminatórias de acesso à rede de transporte e de distribuição²⁴¹, bem como a proteção dos direitos dos clientes hipossuficientes.

²³⁹ No âmbito da União Européia foi criado um Marco de Segurança de Fornecimento, com vistas a garantir o suprimento e promover a oferta do gás, em caso de crise energética, assim como a definição previa dos papéis dos diversos agentes e países membros.

²⁴⁰ Segundo Washington Sorio (2005) *benchmarking* é um processo contínuo de comparação dos produtos, serviços e práticas empresariais entre os mais fortes concorrentes ou empresas reconhecidas como líderes.

²⁴¹ Consoante definição do art. 1, n.5, dessa Diretiva, a distribuição de gás natural é “o transporte de gás natural através de redes locais ou regionais de gasodutos para efeitos de fornecimento a clientes, mas não incluindo o fornecimento”.

Aliás, no sentido de enxergar os óbices existentes à realização de um mercado interno plenamente operacional e concorrencial, a Diretiva de 2003 no item (6) dos Considerandos cita as questões, dentre outras, atinentes ao acesso à rede, ao acesso ao armazenamento, aspectos de tarifação, à interoperabilidade entre sistemas e à diversidade de graus de abertura do mercado existentes nos Estados-membros, como matérias a serem aperfeiçoadas.

Destarte, a Diretiva do Gás de 2003 estabeleceu que cada país membro deveria instituir autoridades independentes destinadas a garantir a concorrência e o acesso não discriminatório das redes. Essas entidades reguladoras seriam “o símbolo de harmonização jurídica europeia para o gás natural”, cabendo aos Estados-membros especificar as funções, competências e poderes administrativos dessas autoridades (PIGNATARO, 2005)²⁴².

Igualmente, a Diretiva de 2003 alegou ser conveniente para o efetivo e não-discriminatório acesso que as “redes de transporte e de distribuição sejam exploradas por entidades juridicamente separadas nos casos em que existam empresas verticalmente integradas”.

Quanto ao livre acesso à infra-estrutura de escoamento, inclusive o acesso de terceiros à rede de distribuição, a Diretiva tratou da matéria no Capítulo VI (Da Organização do Acesso à Rede), nos arts. 18, 20, 21 e 22, que cuidam, respectivamente, do acesso de terceiros²⁴³, do acesso às redes de gasoduto a montante, da recusa de acesso²⁴⁴ e das novas infra-estruturas.

²⁴² O item 14 dos Considerandos da Diretiva de 2003 frisa que “a Comissão Europeia manifestou a intenção de criar um Grupo Europeu de Entidades Reguladoras para os Mercados do Gás, que constituiria um mecanismo consultivo adequado para encorajar a cooperação e a coordenação das entidades reguladoras nacionais, visando promover o desenvolvimento do mercado interno de eletricidade e do gás e contribuir para a aplicação coerente, em todos os Estados-Membros”, da Diretiva em tela.

²⁴³ A redação do art. 18 traz o livre acesso à rede de distribuição de gás natural canalizado, dentro de um viés de acesso regulado, veja: os Estados-Membros devem garantir a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição e às instalações de GNL baseado em tarifas publicadas aplicáveis a todos os clientes elegíveis, incluindo as empresas de fornecimento, e aplicadas objetivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede. Os Estados-Membros devem assegurar que essas tarifas, ou as metodologias em que se baseia o respectivo cálculo, sejam aprovadas pela entidade reguladora antes de entrarem em vigor, bem como a publicação dessas tarifas — e das metodologias, no caso de apenas serem aprovadas metodologias — antes da respectiva entrada em vigor.

²⁴⁴ Sobre a recusa a Diretiva de 2003 repete as disposições da Diretiva de 1998. Senão *vide*: as empresas de gás natural podem recusar o acesso à rede com base na falta de capacidade, ou se esse acesso à rede as impedir de cumprir as obrigações de prestação adequada do serviço, que lhes tenham sido atribuídas, ou ainda com base em sérias dificuldades econômicas e financeiras, no âmbito de contratos take-or-pay. Esta recusa deve ser devidamente fundamentada. 2. Os Estados-Membros podem tomar as medidas necessárias para assegurar que as empresas de gás natural que recusem o acesso à rede com base em falta de capacidade ou em falta de ligação efetuem os melhoramentos necessários, na medida em que tal seja economicamente viável e sempre que um potencial cliente esteja interessado em pagar por isso.

Em relação à Diretiva anterior, notou-se **a tendência de acesso regulado, com a previsão de tarifas fixadas pelo órgão regulador e publicadas periodicamente** (STRAT, 2005d).

Essa Diretiva acelerou o processo de abertura do mercado. Aliás, intensificou a liberalização de usuários, visto que antecipou os prazos, sendo que a partir de 01 de julho de 2004 todos os usuários não residenciais passaram para a condição de qualificados e a partir de 01 de julho de 2007 todos os usuários passarão a essa condição e poderão adquirir gás natural de qualquer fornecedor (art. 23, Abertura dos mercados e reciprocidade).

Apesar das diferenças de grau de desenvolvimento da indústria do gás nos países membros, a observância dos princípios integrantes da Diretiva de 1998 foi averiguada, o que reforça a tendência de cumprimento dos princípios da Diretiva de 2003. Principalmente, com a consagração do acesso não-discriminatório nas diversas regulamentações desses países (STRAT, 2005d).

A despeito da previsão de abertura de mercado em todos os países membros, percebem-se ainda disparidades nessa abertura (Tabela 03), bem como, atualmente, apenas na Grã-Bretanha existem reais condições de pequenos usuários de gás se tornarem consumidores livres.

Tabela 03 – Previsão de abertura dos mercados de gás natural.

	Dez '01 (1º Benchmarking)	Out '02 (2º Benchmarking)	Abr '03 (3º Benchmarking)
Grã-Bretanha	100%	100%	100%
Alemanha	100%	100%	100%
Itália	96%	96%	100%
Espanha	72%	79%	100%
Áustria	49%	100%	100%
Irlanda	75%	82%	82%
Luxemburgo	51%	72%	72%
Países Baixos	45%	60%	60%
Bélgica	59%	59%	59%
Suécia	47%	47%	47%
Dinamarca	30%	35%	35%
França	20%	20%	20%

Fonte: *Comission of the European Communities*, 2003, *apud* Strat Consulting, 2005d.

Assim, o exame do mercado de gás natural da União Européia, permite inferir as seguintes experiências: **o acesso aberto perpassa necessariamente pela transparência das tarifas reguladas por organismos independentes; a utilização de benchmarking possibilita um monitoramento permanente dos agentes atuantes no mercado; e, a existência de uma regulamentação rigorosa sob o ponto de vista de integração vertical**

favorece a concorrência, inclusive, no último elo da cadeia, qual seja, a distribuição de gás natural canalizado (STRAT, 2005d).

Ademais, a pouca oferta desse energético passou a ser visto como um entrave importante de ser removido, além das diferenças de abertura existentes nesses países, que acarretam vantagens competitivas para monopolistas e desvantagens para empresas que atuam em mercados abertos. Sendo necessária uma contínua supervisão no mercado, a fim de corrigir condutas e ações anticompetitivas²⁴⁵ (STRAT, 2005d).

²⁴⁵ Nesse ínterim, no art. 27, item (6) existe a previsão de a Comissão da EU apresentar um relatório de avaliação da experiência adquirida no tocante à recusa de acesso no prazo de cinco anos a contar da entrada em vigor da presente diretiva, a fim de permitir que o Parlamento Europeu e o Conselho ponderem, em devido tempo, da necessidade de o adaptar. Além dessa prescrição o art. 31 da Diretiva, traz, especificamente, o dever de apresentação de relatórios pela Comissão da EU para fins de monitoramento do mercado de gás na CE.

ANEXO A - Questionário a ser aplicado às concessionárias de Gás do Estado de São Paulo

- 1 - Como a empresa vem se preparando para o período pós-livre acesso previsto no contrato de concessão do Estado de São Paulo?
- 2 - Quais os cenários de estratégias que a empresa pretende adotar após a abertura da comercialização de gás no segmento industrial?
- 3 – Como a empresa enxerga atualmente a ação da CSPE em termos de regulação? A regulação é transparente, coerente e consistente?
- 4– A empresa enxerga que existem falhas ou ausências normativas que geram insegurança na realização de investimentos?
- 5 – Como a empresa enxerga os projetos de lei do gás? Faz-se necessário a lei do gás natural? A empresa apóia algum desses projetos?
- 6 – Como avalia hoje a opção feita pelo Estado de SP para o modelo de desenvolvimento do gás canalizado em SP (divisão da área de concessão em 3 áreas e competição na comercialização)?

ANEXO B – Questionário aplicado às indústrias entrevistadas

- 1 – Qual a importância do gás natural como insumo no processo produtivo?
 - a) A indústria em foco pode utilizar quais energéticos substitutos?
 - b) Qual o diferencial do gás natural, ou seja, existe um maior valor agregado ao produto final quando se utiliza o gás natural no lugar de outros energéticos?
 - c) Qual o consumo mensal de gás natural em metros cúbicos?
- 2 - Qual a reversibilidade das instalações da indústria no tocante ao uso de energéticos?
- 3 – Como se encontra estruturado o contrato de comercialização de gás natural com a distribuidora, ou seja, quais as principais cláusulas contratuais? Qual o prazo contratual?
- 4 – Quais as garantias previstas no contrato que dão segurança para a indústria de que essa terá gás natural disponível?
- 5 – Existem incertezas na relação entre a indústria e a distribuidora de gás natural? Se sim, quais e por que?
- 6 – Existem incertezas na relação entre a indústria e ações do órgão regulador (Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE) que podem influenciar o uso de gás natural? Se sim, quais e porque?
- 7- A empresa pretende se tornar usuária livre de gás natural canalizado? Se sim, quais as motivações?
- 8 - Existe atualmente algum estudo sobre a viabilidade da empresa se torna consumidora livre?
- 9 - Quais serão os impactos positivos dessa escolha (ou seja, de se tornar consumidor livre de gás natural) no ponto de vista da indústria?
- 10 – Existe, atualmente, algum tipo de contato prévio entre a indústria e possíveis comercializadores de gás natural?

ANEXO C – Questionário aplicado ao órgão regulador

1 - Existe atualmente algum estudo acerca da forma de como será implementado o by pass comercial?

2 - No transporte o livre acesso se faz dentro da ociosidade. Como será na distribuição? Como será determinado em termos de regulação a capacidade ociosa?

3 – Na sua perspectiva, qual o maior entrave concorrencial existência na cadeia do gás natural?

4 - Na sua opinião, a inexistência de um livre acesso efetivo no transporte pode implicar de que forma no modelo de by pass comercial de São Paulo?

5 – Como será feita a remuneração pelo uso da rede de distribuição?

6 – Qual será o impacto do by pass comercial no setor industrial?

7 – Qual a tendência de competição no setor industrial?

8 – Como a CSPE está preparando a regulação para o período pós by pass comercial?

9 – Com a liberação do setor industrial não existirá regulação tarifária? Caso não, como controlar subsídios cruzados e condutas que afrontam a livre concorrência?

10 – Como a CSPE irá tratar cenários livres (comercialização) e o serviço de distribuição de gás canalizado?

11- Como a regulação deverá agir a fim de não privilegiar as empresas atualmente concessionárias e futuros entrantes?

12 – Como a legislação federal poderá influenciar a estadual?

13 – Como avalia hoje a opção feita pelo Estado de SP para o modelo de desenvolvimento do gás canalizado em SP (divisão da área de concessão em 3 áreas e competição na comercialização)? Há necessidade de revê-lo?