



CONTRATOS E FORMAÇÃO DO MERCADO DE CONSUMIDORES LIVRES NA DISTRIBUIÇÃO DO GÁS NATURAL

Anderson Souza da Silva¹, Hirdan Katarina de Medeiros Costa²

Copyright 2006, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*, realizada no período de 11 a 14 de setembro de 2006, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*.

Resumo

No desenvolvimento da indústria do gás natural, as peculiaridades técnicas e econômicas que lhe dão caráter tradicional de monopólio natural incentivaram a elaboração de uma estrutura contratual que estabelece a coordenação vertical de todos os elos da cadeia, de modo que proveesse uma garantia de suprimento e possibilitasse o desenvolvimento do mercado para este combustível. Desta maneira, os contratos de gás natural por muito tempo se caracterizaram por serem de longo prazo e possuírem cláusulas de take-or-pay, garantindo uma renda mínima para remunerar os investimentos tidos na construção da infra-estrutura e prevenir riscos de mercado. Com as mudanças na estrutura regulatória incidente sobre o mercado de gás natural, houve introdução de novos paradigmas na condução da indústria, adotando-se um modelo de mercado e abrindo vários segmentos da cadeia à livre concorrência. Uma dessas medidas é a separação da atividade de distribuição de gás natural da comercialização de gás natural, possibilitando aos consumidores finais escolher o fornecedor que lhe é mais adequado, criando um mercado de consumidores livres. Na indústria do gás natural brasileira foram adotados instrumentos de promoção da livre concorrência inspirados nas reformas regulatórias, mas observa-se que a falta de maturação do mercado de gás natural e de infra-estruturas no Brasil faz predominar os contratos de longo prazo. Neste sentido, é objetivo deste trabalho estudar o impacto da criação de um mercado de consumidores livres sobre a estrutura dos contratos de longo prazo na distribuição do gás natural, enfocando o tema, do ponto de vista econômico e jurídico, principalmente acerca de qual instrumento (contrato x regulação) tem predominância. Para tanto, utilizaremos o modelo de contrato de concessão de distribuição de gás natural de São Paulo, que prevê a criação de um mercado de consumidores livres.

Abstract

In the development of natural gas industry, the economic and technical aspects related to a natural monopoly organization were an important element to make contractual arrangements that bind vertically all parts of natural gas chain, so that it could provide a supply guarantee and do possible the development of a market to this fuel. Thus, for years natural gas contracts has been characterized as long-term contracts with take-or-pay clauses to assure a minimal income that can remunerate investments in network building and prevent risks. With the changes in regulatory regime applied to natural gas industry, there was the introduction of new standards in natural gas market regulation by adopting market mechanisms and opening all parts of natural gas chain to free concurrence. Among the regulatory instruments we have unbundling of transportation service from natural gas sales agreements in the distribution segment, what can turn possible the free choice of suppliers by final consumers. In Brazilian natural gas industry there was an application of instruments to introduce competition according to the standards provided by regulatory reforms worldwide, but we can observe that the recent development of natural gas market and the lack of a matured network in Brazil are causes to the predominance of long-term contracts with take-or-pay clauses in natural gas industry organization. This way, the present paper aims to study the impact of the creation of a free consumer market over the long-term contracts in the

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, bolsista de pesquisa do PRH 36/ANP/MCT.

² Mestranda em Energia do Programa de Pós-Graduação em Energia, no Instituto de Eletrotécnica e Energia, Universidade de São Paulo, bolsista de pesquisa do PRH 04/ANP/MCT.

distribution segment of natural gas market. To do this, we use case methodology, focusing the study on the case of regulation of natural gas distribution in Sao Paulo, where there are provisions to create a free consumer market.

1. Introdução

Em geral, na literatura econômica os setores de infra-estrutura (gás, eletricidades e outros) foram caracterizados como ramos da economia onde se faziam presentes os chamados monopólios naturais, em razão do custo de produção com a presença de um só participante ser menor do que uma estrutura de mercado competitiva (POSSAS et alii, 2002, 189).

As mudanças provocadas pela tecnologia e a reforma da atuação do Estado em prol de estruturas de mercado e da concorrência levaram à contestação da existência de monopólios naturais em razão do desaparecimento das condições de sua existência. Contudo, nos setores de infra-estrutura algumas destas etapas continuam com a presença de monopólios naturais, demandando regulação por parte do Estado (POSSAS et alii, 2002, 189).

Devido à permanência da estrutura de monopólio natural e a necessidade de controle e promoção da concorrência, a regulação e a jurisprudência destes setores está prevendo o princípio do livre acesso às instalações essenciais.

A previsão de instrumentos de livre acesso não afeta, porém, apenas o regime de concorrência, mas também a organização contratual e, por esta via, os investimentos na expansão do setor em questão. De fato, o livre acesso cria uma categoria de novos contratos onde o consumidor não está contratualmente preso apenas a um único fornecedor, mas pode se colocar como um consumidor livre para escolher o fornecedor com preços mais competitivos. Desta maneira, se o contrato é utilizado como instrumento de garantia de investimento na atividade, o livre acesso pode afetar esta estrutura de investimento.

Desta maneira, é objetivo deste trabalho apontar de maneira objetiva a relação entre o instrumento de livre acesso e a organização contratual no caso da distribuição de gás natural. Na primeira parte trataremos do livre acesso e da organização contratual e na segunda daremos conta do problema, valendo-se do caso da distribuição de gás em São Paulo.

2. O conceito de livre acesso no transporte e na distribuição

O primeiro aspecto que deve ser tratado sobre a indústria do gás natural para a compreensão do livre acesso é de que ela é uma indústria ligada à infra-estrutura, organizada na forma de rede. A concepção dessa indústria como rede traz embutida duas características.

A primeira delas é a indivisibilidade. Enquanto indústria de rede, os ativos que compõem a cadeia do gás natural são coordenados como um todo. Não há possibilidade de divisão dos seus ativos – devemos lembrar que sendo gasoso o gás natural a dificuldade de transporte é imensa -, fazendo com que o aproveitamento da rede seja visto de um caráter unitário (CECCHI, 2001, p. 28-29).

A segunda característica é a inflexibilidade das indústrias de rede, uma vez que os ativos existentes são bastante específicos, bloqueando a sua utilização em outras atividades.

Outro ponto importante na indústria do gás natural é a presença de monopólios naturais. Como assevera Cecchi (2001, p. 28-29), as empresas neste ramo procuram ao mesmo tempo ser monopolistas e integrar todos os elos da cadeia.

Tecnicamente, uma característica que possuem as indústrias de infra-estrutura responsáveis pelo surgimento de monopólios naturais é a subaditividade, pela qual os custos de produção de um bem decrescem quando há apenas uma firma produzindo-o, aumentando o seu custo unitário quando mais de uma firma se envolve no processo de acordo com a seguinte equação:

$$C(x) = C(X_1 + X_2 + \dots + X_n) < C(X_1) + C(X_2) + \dots + C(X_n) \text{ para } n > 2$$

Conforme Schmalensee (1979, p. 03), uma indústria ou atividade é dita ser um monopólio natural se a produção é mais eficientemente realizada por uma única firma ou outra entidade.

Vinculada ainda às características de monopólio natural temos a presença das chamadas economias de escala. Diz-se que há economias de escala quando a diminuição de custos se dá com o aumento da quantidade produzida. No caso do gás natural a diminuição de custos se dá com o aumento da quantidade transportada de gás, sendo tradicionalmente requeridos grandes mercados consumidores para o desenvolvimento da atividade.

Outro fator que leva à formação de monopólio natural é a presença de custos irrecuperáveis, chamados de *sunk costs*. Na definição de Possas (2002, p. 201), *sunk costs* são aqueles investimentos que podem produzir um fluxo de benefícios (receitas) ao longo de um amplo horizonte de tempo, mas que jamais serão recuperados.

A presença de monopólios naturais cria barreiras à entrada e à formação de mercado competitivo – ausência de contestabilidade –, seja pela maior eficiência econômica com um número reduzido de firmas combinada com o aumento do volume transportado, seja pela presença de *sunk costs*, tornando a retirada da atividade altamente custosa. Daí o monopólio natural pode redundar em comportamentos anti-competitivos pelo abuso da posição dominante obtida pela empresa detentora dos ativos do monopólio.

Outros fatores econômicos importantes que devem ser levados em consideração para a regulação do gás natural são: 1) capital intensivo; 2) idade da infra-estrutura; 3) nível de interesse; 4) custos de construção; 5) rígido fator de substituição; 6) implementação de inovações tecnológicas; 7) controle sobre o fluxo de gás; 8) variação na demanda e serviços de gás.

Pelas razões listadas tradicionalmente a indústria do gás natural se apresentou de forma verticalmente integrada e considerada como monopólio natural com um todo.

Na reforma da indústria do gás natural, a maneira que foi encontrada para minimizar os efeitos provocados pelo monopólio natural no regime de concorrência foi introduzir mecanismos de concorrência relativos à diminuição de barreiras à entrada e à transparência na formação de preços na indústria. Neste contexto, a regulação do livre acesso atua de forma a criar um segmento competitivo dentro de uma indústria com características de monopólio natural, desverticalizando e abrindo os segmentos competitivos para a adoção de mecanismos de mercado na formação de preços. Neste sentido, o livre acesso é usado comumente para separar a atividade de transporte num sentido amplo (transporte e distribuição de gás) da atividade de comercialização.

Assim, podemos definir o livre acesso como instrumento regulatório que visa separar num mesmo complexo industrial as atividades não passíveis de concorrência (monopólio natural) das atividades passíveis de concorrência, instituindo mecanismos de regulação que cumpram dois objetivos básicos: diminuir as barreiras de entrada a novos agentes e diminuir a assimetria de informações.

Estes mecanismos podem estabelecer um grau menor ou maior de aplicação do livre acesso numa indústria. Em qualquer dos casos há três requisitos básicos para se falar em livre acesso

O primeiro deles é a desverticalização da indústria do gás natural. Dentro deste panorama, a regulação setorial tem de impedir que uma única empresa possa explorar de forma monopolística e integrada todas as fases da cadeia do gás natural, devendo haver requisitos diferenciados exigidos pela autoridade reguladora para entrar e exercer cada uma das atividades da cadeia.

O segundo elemento está na separação das atividades não-competitivas das competitivas, implicando que haja a definição clara da existência de dois contratos no segmento de transporte (contrato de transporte e contrato de compra e venda), assim como mecanismos de formação tarifária distintos para cada um dos contratos. Sem esta separação, falar de livre acesso não é possível, já que a atividade de transporte e de compra e venda se confundem.

Outro requisito mínimo é o caráter não discriminatório no pedido de acesso por aqueles que querem usar as instalações de transporte para a comercialização do gás. O que pode variar é a forma da obtenção deste acesso: de forma negociada entre as partes interessadas ou na forma de um concurso público de alocação de capacidade de movimentação de gás nos gasodutos.

3. Contratos na indústria do gás natural e livre acesso

Uma vez que há pelas características técnicas e econômicas listadas a tendência da prestação da atividade de gás natural na forma de monopólio natural em razão tanto do problema da eficiência na exploração da estrutura (a duplicação da estrutura pela exploração da mesma atividade por diversos agentes traria um aumento de custos não recuperáveis pelas firmas individualmente) quanto da especificidade e inflexibilidade dos ativos envolvidos (seu caráter de rede faz com que haja a necessidade de coordenação entre os diversos elos da cadeia), a estratégia preferencialmente adotada pelas empresas do setor é de criar uma estrutura de governança contratual da atividade para obter a melhor eficiência ao longo da cadeia produtiva de modo a verticalizar e coordenar cada elo desta cadeia.

Desta maneira, não é nas estruturas de mercado (oferta, demanda, preço) que está assentada a direção da cadeia produtiva, mas numa estrutura contratual de forma a coordenar todos os elos, criando a fidelização das empresas ao longo da cadeia ou simplesmente fazendo uma única empresa atuar em todos os elos, impedindo rupturas bruscas no fornecimento de gás que desequilibrem a cadeia como um todo (FLAUREANO, 2005, 1)

Dada esta situação, predominam nesta indústria mecanismos contratuais de vinculação das partes a pagamento pelo gás de modo a dar conta das incertezas da exploração e produção de gás, bem como de investimentos na expansão nas redes de transporte e distribuição (FLAUREANO, 2005, 2). Neste sentido são características tradicionais dos contratos nesta indústria dentro destas necessidades: a) contratos de longo prazo de modo a se poder amortizar o investimento nas redes de transporte e distribuição; b) pagamento por um volume contratado

independentemente do gás consumido de fato por um período que garanta a maturação e o retorno dos investimentos (são as famosas cláusulas de *take-or-pay*); cláusulas de indexação de preços e revisão dos contratos de modo a permitir, ainda que paradoxalmente, rigidez contra as incertezas e adaptação a novas circunstâncias do mercado gasífero (MARTIN, 1992, 87-88).

No caso da introdução do instrumento do livre acesso, cria-se um mercado competitivo de comercialização de gás, instituindo novas estruturas contratuais de curto-prazo e os chamados mercados *spots* (JURIS, 1998). Contudo, é na separação da atividade de transporte da comercialização que se concentra um ponto sensível do ponto de vista contratual, uma vez que a separação destas atividades promovidas pela aplicação do livre acesso implica na liberdade do consumidor do gás escolher o fornecedor do gás para além do transportador ou distribuidor.

Desta maneira, esta liberdade faz com que não se possa fazer um projeto de construção de gasoduto com a garantia de venda de produto a um consumidor final, já que, do ponto de vista da regulação, se suprime a garantia de uma renda mínima no caso da prevalência da regulação. É sobre este choque entre contratos de longo prazo e a aplicação do livre acesso na separação entre transporte e comercialização que cuidaremos de analisar no estudo de caso do contrato de concessão do Estado de São Paulo.

4. O livre acesso na distribuição: o caso de São Paulo

A concessão da atividade de distribuição de gás canalizado é de competência dos Estados da Federação, assim, com o advento do art. 25, § 2º da Constituição Federal, a partir da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 05/95, esses entes passaram a exercerem diretamente ou por meio de concessão tal serviço¹.

Em primeiro lugar, ao se tratar esse setor como pertencente ao âmbito de serviço público no Brasil, há de se realçar as especificidades da configuração constitucional e contratual existentes. Em segundo lugar, por ser um dos últimos segmentos da cadeia de valor do gás natural, passa a ser relevante os aspectos relacionados à integração entre áreas concorrenciais e monopolistas, principalmente na ótica de possíveis mecanismos para dinamizar a competição no setor, apesar da existência de ampla regulação sobre preços, entrada e qualidade.

A regulação da atividade de distribuição dentro desse novo arcabouço delineado para a área do gás natural no país se baseia, em tese, nos 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 concessão² (SGC, 2005). Apesar de alguns desses pontos estarem longe de aplicabilidade por fatores que serão ventilados nos parágrafos seguintes, as suas previsibilidades reforçam a tendência de inserção de vetores de competição nesse segmento.

Dentro de uma visão geral desse setor, tem-se que excetuando os concessionários dos serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado do Espírito Santo³, de Minas Gerais⁴, do Paraná⁵, do Rio de Janeiro⁶ e de São Paulo⁷, as demais apresentam a seguinte configuração em termos de capital acionário: 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 instituição paralela das agências ou secretarias de regulação desses estados, com o intuito de fiscalizar e de regular a implementação dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado, bem como de exercer o monitoramento das tarifas de distribuição, da qualidade dos serviços prestados e dos investimentos a serem realizados pelos concessionários, dentre outras funções.

O conteúdo desses contratos de concessão, além do grande prazo de concessão, é marcado por (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 pelas concessionárias; (iv) prerrogativas e deveres das concessionárias; (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 às concessionárias; (ix) casos de intervenção e encampação dos serviços; e (x) extinção da concessão e reversão dos bens vinculados (SCG, 2005).

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ Já em Minas Gerais, o controle majoritário da distribuidora local, GASMIG, pertence à Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

⁵ No Paraná, a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) é proprietária de 51% do capital votante da concessionária local (COMPAGÁS), possuindo a Petrobrás como acionista.

⁶ 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.

⁷ 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.

Segundo estudo da Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da ANP (SCG, 2005), esses contratos estão divididos em três grupos bem nítidos. O primeiro refere-se aos de elevado prazo e com a incorporação da comercialização na distribuição de gás canalizado, ou seja, contratos extremamente rígidos, sem qualquer cláusula que permita um *by pass* comercial (livre acesso à rede de distribuição) depois de determinado período da concessão. 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 no Estado de São Paulo, que é considerado o mais adequado à idéia de desenvolvimento de mercado de gás natural no horizonte concorrencial, inclusive, a área desse estado foi dividido entre três empresas concessionárias.

Assim, há de se realçar a existência do *by pass* comercial (livre acesso)⁸ como um instrumento de incremento da competição, pois permite que um maior número de supridores forneça o gás sem necessariamente o usuário final ter que comprá-lo da distribuidora. Ou seja, adquire-se o gás diretamente do comercializador e apenas se paga uma tarifa à distribuidora pelo uso da sua rede.

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 concessão⁹, para a efetivação do *by pass* comercial (livre acesso), excetuando-se os usuários residenciais e dos comerciais para os quais permanecem a exclusividade da distribuidora local de gás natural canalizado durante todo o período de concessão (30 anos)¹⁰.

Dentro da lógica acima esposada, Viscusi, Vernon e Harrington (2000) informam que além da variável referente ao preço, o número de firmas também é determinante para a alocação e para a eficiência produtiva¹¹.

Nesse sentido, é importante observar 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 condizente com os princípios da Ordem Econômica elencados no art. 170 da Carta Magna.

Assim, passa-se no tópico seguinte à análise acerca das implicações contratuais do modelo de concessão do Estado de São Paulo.

5. O livre acesso versus contratos de longo prazo: questões jurídicas pertinentes

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 adversa e risco moral) (PEANO, 2005).

Dessa maneira, utiliza-se do referencial teórico da NEI, especificamente da ECT e da TA, a fim de analisar as consequências da adesão de contratos de longo prazo e a inserção do livre acesso (*by pass* comercial) no modelo de concessão de distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo. Ressaltamos que a configuração de monopólio natural já se encontra embutida na análise.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a complexidade das relações contratuais modernas traz em si custos de transação consistentes na formatação 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*).

Há de se ressaltar que nesse caso em particular, 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

⁸ 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).

⁹ Essa regra vale para o caso da COMGÁS, em relação às outras empresas concessionárias, Gás Natural São Paulo Sul e Gás Natural Brasileiro, o prazo é de 20 anos da assinatura do contrato de concessão ou de 12 anos a partir da entrada em operação da Estação de Transferência de Custódia, o que vier primeiro.

¹⁰ Além dessa regra, o contrato de concessão do Estado de São Paulo prevê restrições à integração vertical, pois o concessionário é impedido de fornecer mais do que 30% do volume total de gás a empresas a ele vinculado, bem como é vedada a sua atuação no setor térmico e condiciona-se a validade dos contratos firmados entre a empresa concessionária e outras empresas do grupo controlador após o seu exame pelo órgão regulador (CSPE, 2005). Para maiores detalhes, vide: www.cspe.gov.br.

¹¹ Viscusi, Vernon e Harrington (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 se empregada controla o fluxo da oferta e da demanda. No tocante ao controle de entrada e de saída de agentes, esses autores trazem à tona 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.

significativos para a sua construção e por atender a usuários com instalações específicas para receber esse energético. Sem olvidar os aspectos consistentes à caracterização desse setor como um monopólio natural.

Os usuários industriais (segmento aonde é prevista a possibilidade de implantação do livre acesso), 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. Em se tratando de bem o qual o gás natural fornece maior valor agregado, essa premissa será bem mais forte do que um produto em que o uso de qualquer outro combustível exerce o mesmo efeito.

Tais especificidades equivalem 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.

Outra hipótese diz respeito a possibilidade de estarmos diante de contratos com baixa frequência (repetição de contratos), 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. Não obstante isso, o poder de barganha do usuário industrial pode determinar uma alta frequência contratual.

Quanto ao vetor incerteza¹², segundo estudo de Vicchini (2005) é importante 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 usuários industriais, visto aquela querer repassar o risco de demanda para esses. Porém essa argumentação pode não se concretizar a partir do instante em que o industrial utiliza o seu poder de barganha para negociar as cláusulas contratuais.

Esse tipo de contrato (*take or pay*) 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).

A escolha do usuário industrial de se tornar usuário livre dependerá de inúmeros fatores que ainda não estão definidos, mas que pelo lapso temporal restante estarão na pauta de análise do órgão regulador estadual, 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.

Nesse ínterim, a interface entre o livre acesso e a pactuação de contratos de longo prazo, na perspectiva jurídica, significa que os compromissos assumidos devem ser cumpridos. Assim, um usuário que tenha firmado um contrato, com a previsão de determinado volume, para o período posterior à entrada em vigor da cláusula de livre acesso, deverá observar o contrato, sob pena de incorrer em inadimplemento contratual. A resolução somente poderá ocorrer na forma prevista pelo contrato ou por acordo entre as partes.

Não obstante isso, para volumes acrescidos, poderá, tal usuário, tornar-se livre e adquirir gás natural de terceiros comercializadores de gás natural, desde que faça essa escolha e comunique ao órgão regulador do Estado de São Paulo dois anos antes da entrada em vigor da cláusula de livre acesso.

Vale salientar que essa escolha deverá ser respaldada na sustentação econômica dos contratos, especificamente, no preço do gás natural fornecido pelo atual distribuidor ou por terceiro entrante, bem como as demais condições que dêem segurança de fornecimento.

Destarte, a formatação da regulação do livre acesso vai ser fundamental para as decisões dos usuários, para as estratégias das empresas atualmente fornecedoras (distribuidoras locais atuais) e para as entrantes.

A missão da Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE) do Estado de São Paulo, com o fim do período de exclusividade da comercialização (livre acesso), será a definição da tarifa de acesso à rede de distribuição, visto as empresas locais de distribuição continuarem responsáveis pela movimentação e entrega do gás através das suas redes de gasodutos; não esquecendo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e da modicidade tarifária (pois público a distribuição de gás natural continua sendo serviço); a forma como será permitida a entrada de firmas na atividade de comercialização e se haverá liberdade de preços ou se continuará existindo tarifas reguladas para os usuários livres (em determinado período de transição); a construção de uma doutrina regulatória sobre o livre acesso à rede de distribuição; o monitoramento do mercado de comercialização (pois esse está diretamente relacionado à distribuição) 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, conforme já foi dito.

Por outro lado, as desvantagens se cingem à necessidade de rigoroso controle sobre os fornecedores e às incertezas quanto aos preços (hoje tarifados pela CSPE), bem como a outros detalhes regulatórios sobre o livre acesso à

¹² Outros fatores de incerteza que podem ser citados 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 (Vicchini, 2005).

rede de distribuição, sem falar que a ausência de uma maior experiência regulatória a respeito desse assunto no país leve à cautela dos investimentos pelos agentes econômicos.

Daí a alta sensibilidade do período de transição para o fim da exclusividade da comercialização leva a crer na importância da atuação do regulador como mitigador das incertezas que ocorrerão nesse intervalo de tempo, até que os agentes se sintam aptos a firmar contratos de curto prazo (mercado *spot*).

6. Considerações finais

O setor de distribuição de gás natural caracteriza-se como um monopólio natural, demonstra a necessidade de capital intensivo para construção de redes específicas com altos *sunk costs* e, ainda, registra a presença de economias de escala. Daí esse quadro fático irá influenciar, diretamente, a formatação dos contratos firmados entre os agentes.

A previsão de livre acesso (separação contratual entre as atividades de distribuição e de comercialização) para 2011 (ano para a área de concessão da Comgás), no contrato de concessão de São Paulo quebra a lógica de único fornecedor, a partir do momento em que permite a realização de contratos de compra e venda entre usuários livres (exceto segmentos residências e comerciais) e comercializadores.

Contudo, a existência de contrato, com prazo final posterior a 2011 (de longo prazo), não acarreta a impossibilidade da escolha de o usuário se tornar livre em virtude de possíveis contratos que tenham como objeto a aquisição de volumes de gás natural superiores ao contrato de longo prazo, além após o término normal do contrato.

O êxito do livre acesso dependerá de uma série de fatores tais como definição da tarifa de acesso à rede de distribuição, a forma como será permitida a entrada de firmas na atividade de comercialização e se haverá liberdade de preços ou se continuará existindo tarifas reguladas para os usuários livres durante certo período de transição, bem como as implicações da regulação na estrutura contratual. Esses fatores irão influenciar intensivamente as escolhas dos agentes e ao curto prazo exercerão um papel primordial na reputação do órgão regulador estadual, o qual deverá editar normas, monitorar e fiscalizar a implementação do livre acesso.

7. Referencias

- AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP (2004). Boletim mensal do gás natural: setembro de 2004. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2004.
- _____. Contratos das Distribuidoras de Gás. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de maio de 2005.
- CECHI, JOSÉ CESARIO (COORD.). Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Rio de Janeiro, ANP, 2001.
- COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA – CSPE. Contratos de Concessão. In: <http://www.cspe.sp.gov.br>. Acesso em 08 de setembro de 2005.
- 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.
- 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.
- POSSAS et al. Defesa da concorrência e regulação em setores de infra-estrutura em transição. In Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo, Singular, 2002.
- LAUREANO, Fernanda Helena Garcia Cobas. A indústria do gás natural e as relações contratuais – uma análise do caso brasileiro, 2005. XI, 143 p, 27 cm. (Msc. Planejamento Energético, 2005) Tese – Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- JURIS, Andre. Competition in the Natural Gas Industry The emergence of spot, financial, and pipeline capacity markets, March, 1998. Disponível em : www.worldbank.org
- MARTIN, Jean Marie. Économie et politique d'énergie. Paris, Amand Colin, 1992.
- 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.
- SPILLER, Pablo T., LEVY, Brian. *Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications*. A comparative analysis of five country studies. In: Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, 1993.
- VICCHINI, Rafael Judar. Análise dos contratos de distribuição de gás natural canalizado sob a ótica da nova economia institucional. Universidade de São Paulo (Trabalho de Conclusão de Curso), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. São Paulo, 2005.
- VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts, 2000.

ZAMITH, M. Regina M. A. A Nova Economia Institucional e as atividades de exploração e produção *onshore* de petróleo e gás natural em campos maduros no Brasil. Tese de Doutorado. (Orientador: Edmilson dos Santos Moutinho), São Paulo, 2005.