

A ESTABILIDADE JURÍDICA E REGULATÓRIA NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO COMO PODEROSAS FERRAMENTAS DE ALCANCE DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Kátia Valverde Junqueira

Cia. Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG

Abstract

Este trabalho analisa, de forma genérica, a transformação da atuação do Estado brasileiro, de interventor em fiscalizador de serviços, através da delegação da competência de exploração dos serviços públicos à iniciativa privada, e da criação de Agências Reguladoras, apontando a necessidade de existir um cenário de estabilidade jurídica e regulatória na regulamentação desses serviços, como mecanismos viabilizadores de investimentos privados e, via de consequência, de desenvolvimento econômico sustentável.

O sucesso do modelo estatal neoliberal é analisado, mais especificamente, em relação ao mercado de gás canalizado, apontando-se os benefícios ambientais, econômicos e sociais trazidos nesse setor, pelos investimentos privados e pela estabilidade até agora razoavelmente observada nesse segmento.

O trabalho aponta ainda, de forma geral, os riscos e questões mais relevantes, sob o ponto de vista do investidor e dos mercados, para a atração e manutenção dos investimentos e para a redução do custo desse capital privado, concluindo, de forma objetiva, que respeitar direitos dos investidores é, na verdade, preservar o interesse público, o que significa que o sucesso do investidor não significa o fracasso do regulador/juiz.

Introdução

O art. 225 da Constituição Federal Brasileira assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por outro lado, o art. 170 da citada Constituição, prevê que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça, observados vários princípios, dentre eles, o da defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, e ainda, a busca do pleno emprego. A própria Carta Constitucional cita entre seus valores supremos, o desenvolvimento e a justiça, que devem ser assegurados pelo Estado democrático.

Um grande desafio da sociedade brasileira é assegurar a compatibilidade do direito previsto no art. 225 da Constituição Federal com os preceitos estabelecidos no art. 170 do texto constitucional, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica.

Para tanto, é necessário buscar um nível de desenvolvimento que permita, ao mesmo tempo, a promoção da sustentabilidade social, ambiental e econômica.

Esse desafio é maior ainda, nas situações em que o Estado exerce um papel interventor, atuando diretamente em atividades econômicas ao prover serviços, especialmente por ser conhecida a escassez de recursos da Administração Pública, tradicionalmente ineficiente, custosa e burocrática, para explorar tais serviços.

Por essa razão, na recente história da economia brasileira e dentro de um determinado contexto político e social, pôde-se observar uma tendência ideológica estatal, neoliberalizante, com inúmeras privatizações e concessões de serviços públicos, tudo com aval autorizativo da Constituição Federal de 1988 – art. 175.

Com efeito, o Estado Brasileiro acolhendo uma tendência global, desde a década de 90, passou a buscar o capital privado, de forma a reduzir sua intervenção direta na economia, delegando esse papel a agentes privados.

No entanto, as privatizações, ou melhor dizendo, desestatizações, não decorrem unicamente do fenômeno mundial de globalização – um fato histórico, em si - e sim, da necessidade do Estado Provedor, redimensionar suas atribuições, de forma a ser mais eficiente nas atividades em que seja realmente necessária sua atuação direta.

Essa postura do Estado Brasileiro voltou-se à captação de elevado volume de capital externo, em razão do diminuto nível de poupança interna da economia nacional. Relewa mencionar, que a atração do capital, não volátil, seja ele nacional ou estrangeiro, está associada, invariavelmente, à segurança jurídica e estabilidade regulatória. Inexistindo esses pressupostos, ou não há capital, ou seu custo é muito alto, diretamente proporcional ao risco, inviabilizando, portanto, os necessários investimentos nos serviços públicos.

Transformou-se assim o Estado Interventor em Estado Fiscalizador – atividade exercida por meio das Agências Reguladoras -, com vistas à imperiosa necessidade de modernização, expansão – universalização -, e melhoria da qualidade dos serviços.

Essa transformação modificou, na prática, a estrutura de poder, que se deslocou dos Ministérios para as Agências Reguladoras.

Serviços Públicos e Interesse Coletivo

Conceitualmente, serviços públicos são aqueles realizados pelo Estado ou por quem seja delegatário do direito de exploração desses serviços, visando a satisfação das necessidades e interesses da coletividade, dentro dos limites estabelecidos na lei e dos princípios jurídicos aplicáveis.

Com certeza, quando se fala em serviço público, pensa-se em interesse público, que é um interesse metaindividual, coletivo.

Dentro desse conceito, cabe questionar em que medida esse interesse coletivo poderia se compatibilizar com o interesse dos investidores, de forma a viabilizar investimentos e o desenvolvimento sustentável dos mercados, o que, aparentemente, se apresenta como o grande desafio a ser enfrentado pela sociedade.

O Desenvolvimento Sustentável

A partir do desenvolvimento econômico mais acentuado, verificou-se, globalmente, a necessidade de considerar o impacto sobre o meio ambiente.

Na União Européia, por exemplo, uma região altamente industrializada e desenvolvida, a proteção ao meio ambiente tornou-se parte inseparável do desenvolvimento econômico, tendo como uma das principais bases jurídicas da política ambiental, o Tratado de Amsterdã, que prevê o princípio do desenvolvimento sustentável vinculado a um nível de proteção ambiental elevado.

Com efeito, a consciência da importância do meio ambiente para a qualidade de vida não se consolidou apenas na União Européia, constituindo-se em uma constatação mundial de que há uma capacidade limitada dos ecossistemas que deve ser respeitada.

Nesse diapasão, verifica-se que o desenvolvimento do mercado de distribuição do gás canalizado no país, se caracteriza como caso emblemático, por gerar desenvolvimento econômico e social, e ainda, gerar a preservação do meio ambiente, ao permitir a substituição de combustíveis mais poluentes, é uma importante ferramenta de desenvolvimento sustentável, levando-se em conta a variável ambiental, razão pela qual o abordaremos aqui, com maior profundidade.

A Privatização das Empresas Estatais e a Concessão dos Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado

As primeiras empresas estatais a serem privatizadas foram as do Estado do Rio de Janeiro, onde a então Cia. Estadual de Gás – CEG, atualmente Cia. Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG, e a então RIOGÁS S/A., atualmente CEG RIO S/A., após a privatização, firmaram Contratos de Concessão com o Estado no ano de 1997.

Esse processo de privatizações e concessões também ocorreu no Estado de São Paulo, onde a empresa estatal responsável pela distribuição de gás canalizado, COMGÁS S/A., foi privatizada e firmou seu Contrato de Concessão com aquele Estado em 1999.

Originalmente a Constituição Federal dispõe, no § 2º do art. 25, que a exploração de tais serviços é de competência dos Estados da Federação, cabendo aos mesmos a sua exploração direta ou mediante concessão, hipótese ocorrente no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Com base no dispositivo constitucional supra mencionado, as empresas estatais responsáveis pela distribuição de gás canalizado, existentes à época no Rio de Janeiro - Cia. Estadual de Gás – CEG e RIOGÁS S/A – , foram incluídas no PED (Programa Estadual de Desestatização), criado pela Lei Estadual 2.470, de 28/11/95, e privatizadas, através de leilão público, sendo a elas outorgadas as concessões correspondentes às 2 (duas) áreas em que foi dividido o Estado do Rio de Janeiro.

Nessa ocasião, apesar do lance mínimo fixado no leilão de ambas as empresas, então estatais, os Grupos Investidores que as arremataram pagaram um elevado ágio por ambas as pessoas jurídicas, incrementando, consideravelmente, o fluxo de caixa do Governo do Estado.

Finalizada a etapa do leilão dessas empresas, os novos acionistas firmaram com o Governo do Estado do Rio de Janeiro os instrumentos legais que concediam às empresas o direito de exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, os contratos de concessão.

Os grupos investidores que participaram do certame e, em especial o grupo investidor ganhador, certamente se viram atraídos não só pela oportunidade empresarial, mas, também pelo cenário de estabilidade regulatória então reinante, daí os elevados valores ofertados.

Com efeito, um arcabouço institucional e regulatório previamente estabelecido e fixado, é o primeiro aspecto imprescindível para assegurar a segurança jurídica e regulatória dos investidores, permitindo a realização de investimentos e o desenvolvimento trazido à reboque.

Para se ter uma idéia do que falamos, a COMGÁS S/A., empresa distribuidora de gás canalizado na área metropolitana de São Paulo, Vale do Paraíba, Baixada Santista e Campinas, teve seu controle acionário adquirido pelo consórcio formado pelas empresas British Gas e pela Shell, por R\$ 1,65 bilhão, o que representou um ágio 119,23% [1].

No caso da CEG o ágio pago pelo consórcio vencedor foi, também, considerável, tendo em vista o lance mínimo de R\$ 252 milhões e o lance efetivamente ofertado, de R\$ 464 milhões.

O controle acionário da CEG RIO também foi adquirido com ágio elevado. O valor efetivamente pago pelo consórcio vencedor foi de R\$ 158 milhões, enquanto o lance mínimo foi fixado em R\$ 106 milhões.

Importante registrar também, que quando da realização desses leilões, a taxa de câmbio brasileira assegurava uma paridade de um para um, ou seja, um real equivalia a um dólar americano. Portanto, à época, os investidores teriam que gerar um real para terem um dólar. Hoje essa taxa é de três para um, o que significa que têm que gerar três reais para terem um dólar.

Cabe destacar ainda, que o processo de privatização e concessão, no que tange aos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, amparou-se em um completo arcabouço regulatório que, de maneira geral, vem assegurando às Concessionárias uma razoável segurança quanto às “regras do jogo”.

Segundo a Lei Estadual nº 2.470, de 28/11/95, que instituiu o PED, os recursos em moeda corrente dele oriundos, ou seja, os lances pagos, seriam alocados, primordialmente, no Fundo de Mobilização Social – FMS - e destinados a empreendimentos exclusivamente nas áreas ali indicadas, dentre elas, educação, infra-estrutura em geral e saneamento básico, o que também significa uma forma de promoção do desenvolvimento sustentável decorrente das privatizações e concessões no segmento dos serviços públicos de distribuição do gás canalizado .

O Gás Natural – Um Combustível Ecologicamente Correto [2]

Antes de abordarmos os investimentos que vêm sendo realizados pelas empresas concessionárias dos serviços públicos de gás canalizado, cabe esclarecer, sem maiores pretensões técnicas na discussão do assunto, o que é o gás natural e os seus propalados benefícios ao meio ambiente.

Trata-se o gás natural de uma energia de origem fóssil, que mistura hidrocarbonetos leves - dentre eles o metano - encontrável no subsolo de algumas áreas geográficas, oriunda da decomposição de matéria orgânica de origem vegetal e animal, de milhares de anos atrás, entre as camadas rochosas. Esse processo de erosão depositou esses remanescentes biológicos com lama e sedimentos. Nesse processo milenar, esse material foi sendo coberto por mais e mais sedimentos, gradualmente comprimidos pelo peso das camadas superiores e mais recentes de sedimentos, transformando-se em rocha sedimentar. É nessas rochas sedimentares, arenitos, xistos e dolomita onde são normalmente localizados os depósitos de petróleo e gás natural.

Muito embora seja um combustível fóssil, como o gás natural é um produto que gera uma queima mais limpa, quanto maior for sua participação na matriz energética nacional, mais poderá contribuir significativamente na manutenção da qualidade do ar e da água, em especial quando usado em substituição a outras fontes de energia muito mais poluentes como o carvão, o petróleo e seus demais derivados, o carbono, a lenha, GLP (gás liquefeito de petróleo) e a energia nuclear.

Em termos de vantagens do gás natural, também podemos apontar o fato de que, na sua combustão não há a emissão de cinzas, não sendo exigido o tratamento dos gases de combustão, o que também se constitui em um positivo diferencial em termos ambientais, redutor de investimentos em equipamentos como filtros, exigidos pelos órgãos ambientais.

Em virtude dessas particularidades, o gás natural confere competitividade externa aos produtos que o utilizam no seu processo de fabricação, por exemplo, o selo verde - ISO (International Standardization for Organization) 14.000 -, agregando valor à empresa. Devido às suas elevadas eficiências e economias há também a redução de custo na relação entre combustível e produto final. Outro ponto a ser destacado é o fato de que o estado gasoso do gás natural propicia um nível de controle nos processos de combustão que permite garantir a elevada qualidade de produtos finais. Comparativamente como os demais combustíveis, especialmente os derivados de petróleo, os benefícios do gás natural podem ser mais claramente evidenciados nas consequências da combustão com esse produto, onde há baixa emissão de materiais particulados, óxidos de enxofre e óxidos de nitrogênio, que são os grandes responsáveis pela chuva ácida e por doenças respiratórias nos seres humanos.

Portanto, comparativamente com os demais energéticos da mesma origem, o gás natural é o que apresenta menor potencialidade poluidora, o que assegura a esse produto uma posição de destaque nos esforços pela redução da emissão de gases do efeito estufa, daí porque sua utilização, em substituição a outros combustíveis de origem fóssil, representa um avanço significativo em termos ambientais.

Em vista disso, o gás natural tem se apresentado como um instrumento classificável como um MDL (Mecanismo de Desenvolvimento Limpo) ou CDM (Clean Development Mechanism), que viabiliza o desenvolvimento sustentável, reduzindo a emissão de gases de efeito estufa.

Os Benefícios Diretos das Privatizações e das Concessões na Distribuição de Gás Canalizado

Cabe destacar que o Banco Mundial, que financiou parcialmente o Programa Estadual de Desestatização no Rio de Janeiro, com um financiamento de US\$ 250 milhões, antecipou e ressaltou em sua análise do projeto, datada de 31/03/97, a importância do programa de privatização, destacando que as auditorias ambientais prévias realizadas nas empresas serviriam para a identificação de problemas ambientais e a atuação dos novos investidores em ações mitigadoras [3]. Cabe destacar que, dentre os objetivos fundamentais do PED no Rio de Janeiro, instituído pela Lei Estadual nº 2.470/95, está estabelecido como princípio fundamental desse Programa, a retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada.

Com certeza os benefícios diretos das privatizações e concessões, e do ambiente regulatório previsível e estável, podem ser quantificados facilmente, em especial quando temos em foco os investimentos já realizados e os a realizar.

Para se ter uma idéia, o investimento da CEG no primeiro quinquênio após a privatização foi, aproximadamente, cinco vezes superior ao investimento realizado no período de administração estatal compreendido entre 1990 e 1997.

Nos casos da CEG e da CEG RIO, esses investimentos, desde o ano de 1997 até 2002, quantificam o montante de total de R\$ 473.7 milhões, sendo R\$ 391.3 milhões na CEG e R\$ 82.4 milhões na CEG RIO.

Para o quinquênio, de 2003 a 2007, os investimentos previstos são da ordem de R\$ 1.1 bilhão de reais para CEG e CEG RIO juntas, dependendo a concretização desse ambicioso plano de investimentos, basicamente, da aprovação das propostas de revisão tarifária apresentadas, tempestivamente, pelas Concessionárias ao ente regulador – o que se acredita que vá ocorrer por terem sido as mesmas elaboradas em consonância com os marcos regulatórios -, como forma de garantir a segurança jurídica e regulatória abordada neste trabalho. Nesse particular, cabe destacar

que essa proposta de revisão tarifária das Concessionárias implica em manter as tarifas de todos os segmentos, com exceção do GNV (gás natural veicular).

Tais investimentos não só resultam de obrigações e diretrizes estabelecidas pelo Poder Concedente na forma de metas nos Contratos de Concessão, mas, especialmente, de políticas diretivas internas das próprias Concessionárias, que traduzem práticas de moderna gestão empresarial e atendem aos objetos de universalização almejados pelo Estado quando da concessão dos serviços.

Outro aspecto decisivo na determinação dos investidores em investir montantes tão elevados, é o que aqui nos propomos a analisar com maior profundidade, qual seja, a segurança jurídica e regulatória, como mecanismos viabilizadores do desenvolvimento do mercado de distribuição de gás canalizado.

Elencamos abaixo os principais benefícios gerados diretamente pelas privatizações e concessões, e pela estabilidade jurídica e regulatória, de forma geral, razoavelmente assegurada no segmento de distribuição de gás canalizado, até o momento, que permitem geração de empregos, desenvolvimento econômico, sustentabilidade ambiental e inclusão social.

Universalização dos Serviços de Gás Canalizado

Através dessa universalização dos serviços, maior número de clientes é captado nos diversos segmentos de consumo, em especial, nas indústrias, havendo uma capilarização do sistema de distribuição. Podemos afirmar que esse é dos principais, senão o principal objetivo da política desestatizante.

Com isso, indústrias que antes não eram alcançadas por gasodutos de distribuição de gás canalizado, passaram a contar com a possibilidade de abastecimento de gás natural, deixando de utilizar combustíveis muito mais poluentes, como a lenha e o óleo combustível, substituindo-os pelo gás natural.

Outro aspecto benéfico do gás natural para as empresas e para o meio ambiente, é que pela sua característica de combustão limpa, as indústrias que passam a utilizá-lo, acabam tendo vantagens também pela redução dos custos operacionais decorrentes da desnecessidade de gastos com manutenção, limpeza e compra de equipamentos anti-poliuição.

Esses gasodutos, em função de suas grandes extensões, diâmetro e maior pressão, são construídos em tubos de aço-carbono, material extremamente resistente.

Ocorre que, para essa universalização, há a necessidade de vultosos investimentos na construção desses gasodutos, pagamento de indenizações aos proprietários das áreas cortadas pelos dutos, dentre outros valores significativos a serem despendidos.

O investimento previsto para essa gaseificação de novos municípios, nos próximos 5 anos, é da ordem de R\$ 130 milhões na CEG e de R\$ 53 milhões na CEG RIO.

Pela característica do sistema de distribuição de gás canalizado da CEG RIO, pouco universalizado, essa universalização dos serviços tornou-se o principal ponto focal dos investimentos da empresa.

Redução de Perdas - Renovação de Redes

No caso específico da CEG, uma empresa centenária, criada em 1854 pelo Barão de Mauá, os benefícios da privatização e da realização dos investimentos são significativos, já que, em 1997, quando da privatização e da concessão dos serviços, muitas das redes de gás da cidade, na sua grande maioria de ferro fundido, tinham mais que 50 (cinquenta) anos, encontrando-se em péssimo estado de conservação.

Esse fato, diferencia um pouco o foco principal dos investimentos da CEG RIO – universalização dos serviços – do foco principal dos investimentos da CEG – modernização das redes de gás e universalização.

O estado das redes de gás da CEG quando da privatização da empresa e da concessão dos serviços é indicativo da carência de investimentos na empresa enquanto estatal em anos de administração, havendo situações em que as redes chegaram a se deteriorar de tal forma pela oxidação do material, que não mais existia canalização no local, passando o gás pelo mero buraco onde outrora existira tal canalização.

Logo após a privatização, os levantamentos realizados na rede de gás do Município do Rio de Janeiro mostraram que, na época, do total de 2,2 mil km de dutos, mais de 1,5 mil km precisavam ser renovados, e das 79.021 válvulas, somente 5% funcionavam [4].

Essa característica da rede da CEG ensejou o direcionamento de pesado investimento da empresa na renovação de suas redes, de forma não somente a preservar a segurança da população, mas também como forma de evitar danos ao meio ambiente.

Com isso, a empresa vem trabalhando firmemente na troca de quilômetros da antiga rede de ferro fundido, para substituí-los por tubos de polietileno.

Para o período 2003 – 2007, estão previstos investimentos para renovação da rede de metal obsoleto (430 km), da ordem de R\$ 118 milhões.

A questão do benefício real que a renovação das redes gera ao meio ambiente pode ser explicada pelo fato de que o mau estado das redes de gás herdadas do Estado provoca fugas do produto, que contém metano.

É relevante mencionar que o metano pode ser mais poluente do que o CO₂ (dióxido de carbono), grande vilão nas discussões do Protocolo de Kyoto. Segundo previsões técnicas, em 2005, com um mercado estimado em 90 milhões de m³/dia de gás natural, o país poderia estar desperdiçando com as perdas, o equivalente ao consumo de uma termelétrica de 1.000 MW [5].

Também a COMGÁS está investindo pesado para renovar suas redes de ferro fundido, cumprindo metas de seu Contrato de Concessão, evitando com isso, vazamentos e minimizando as perdas no sistema, já que é uma companhia de 130 anos [6].

Programas de Detecção de Vazamentos e Redução de Perdas

Tanto CEG quanto CEG RIO possuem dentre suas metas contratuais, previstas nos Contratos de Concessão, a manutenção de programas de detecção de vazamentos e redução de perdas em seus sistemas de distribuição.

Em seu Contrato de Concessão a COMGÁS também tem obrigações de controle de indicadores de perdas de gás e de índices de vazamentos no sistema.

Essas metas demonstram que os problemas de perdas nos sistemas de distribuição das então empresas estatais não eram desconhecidos pelo Poder Concedente.

Corolário lógico dessas ações das Concessionárias é que as emissões de metano na atmosfera também se reduzem, contribuindo para a melhoria do meio ambiente e a qualidade de vida da população.

Fornecimento a Termelétricas

Após a privatização e concessão dos serviços, em função do aumento da capacidade de oferta das Distribuidoras decorrente da universalização e da capilarização dos sistemas de distribuição de gás natural através dos investimentos na construção de gasodutos, aliado a uma demanda reprimida de energia elétrica, houve o surgimento de um novo segmento de consumo constituído pelas termelétricas que se tornaram uma importante fonte alternativa de energia em tempos de crise do setor elétrico.

Nesse particular há que se apontar os benefícios ambientais que a construção de termelétricas, possível graças aos investimentos em gasodutos pós-privatização e pós-concessão, possui em relação aos consideráveis impactos ambientais decorrentes da construção de hidrelétricas.

Com efeito, a construção de uma termelétrica não causa os graves danos ao meio ambiente decorrentes da construção de uma hidrelétrica.

Além disso, a construção de termelétricas é bem mais rápida que a de hidrelétricas, os custos são inferiores, bem como os riscos da construção, pois a obra é mais simples e não envolve a remoção de pessoas e/ou povoados inteiros, muitos deles com alto valor histórico – bem como danos ao patrimônio histórico e artístico nacionais -, e/ou animais silvestres e/ou mata nativa, como acontece com frequência no caso de alagamento de áreas para o enchimento de reservatórios de hidrelétricas [7].

Outro aspecto negativo da construção de hidrelétricas é o risco à saúde pública por força da existência da área do reservatório, que pode resultar no aumento de insetos transmissores de doenças [8].

Para efeito de fornecimento de gás a novas termelétricas, a CEG prevê investimentos nos próximos 5 anos no montante de R\$ 23 milhões e a CEG RIO, de R\$ 10 milhões.

Conversão de Todo o Sistema de Distribuição Para Gás Natural

Pelo fato de ser uma Companhia centenária, a CEG possuía quando de sua privatização um sistema de distribuição de gás canalizado através do qual fornecia, para a maior parte de seus clientes, gás manufaturado, ao invés de gás natural, cujas vantagens ambientais são aqui fartamente propaladas, o que não acontecia com a COMGÁS e com a CEG RIO.

Em razão disso, dentro do Contrato de Concessão da CEG, foi incluída pelo Poder Concedente, obrigação da Concessionária de realizar, em prazo determinado, a conversão de todo o seu sistema de distribuição para gás natural.

O gás manufaturado, como diz o próprio nome, é um gás que, muito embora extraído do gás natural, tem que ser “manufaturado”, o que enseja diversas desvantagens em comparação com o gás natural.

Na verdade, 95% das capitais de todo o mundo já utilizam o gás natural. Na América do Sul, as únicas capitais que ainda utilizam o gás manufaturado são o Rio de Janeiro e Montevideo – onde também está sendo executada a conversão. Na Europa, a cidade de Lisboa teve seu processo de conversão recentemente concluído.

Esse trabalho desenvolvido pela CEG, envolve elevados investimentos e contribui para o desenvolvimento do mercado de gás natural, já que, somente por meio da conversão de todo o sistema de distribuição pode-se fornecer o gás natural a todos os pontos da área de concessão, permitindo assim, maior desenvolvimento do mercado de gás natural canalizado, como maior número de Postos de Gás Natural Veicular, além das outras aplicações comerciais de uso do produto como climatização de ambientes e cogeração, uma vez que não é possível a utilização do gás manufaturado para essas aplicações, além de ser impossível a manutenção de duas redes de distribuição paralelas, uma de gás manufaturado e outra de gás natural.

Além dos aspectos referentes ao desenvolvimento do mercado, a conversão realizada pela CEG se constitui também em um benefício ambiental e de segurança para a população, pois, pela primeira vez na história do gás canalizado no Brasil, os consumidores estão tendo a oportunidade de terem suas instalações internas de gás canalizado - cuja manutenção periódica é de inteira responsabilidade deles, conforme Regulamento de Instalações Prediais de Gás Canalizado – Decreto Estadual nº 23.317, de 10/07/97 -, revisadas gratuitamente, sendo significativo o número de instalações com vazamentos encontrados pela Concessionária nesse trabalho.

O expressivo número de instalações defeituosas e que apresentam vazamentos, como já explicado em outro tópico quanto às redes de gás canalizado da Distribuidora, gera problemas ambientais pelo escape de metano na atmosfera, além de representarem risco à segurança, revertendo, portanto, a conversão realizada pela CEG, em evidente benefício à população em geral.

Ademais, o meio ambiente urbanístico e arquitetônico também será beneficiado com a conversão, considerando que, à medida em que for sendo concluída a conversão pela CEG, haverá a desativação de gasômetros e estações de armazenamento, que hoje se encontram encravados em meio a áreas residenciais da cidade do Rio de Janeiro, numa área total de 133.000 m² em áreas nobres.

Para a continuação e conclusão do Projeto de Conversão estão previstos investimentos da ordem de R\$ 116 milhões para os próximos 5 anos de gestão privatizada.

Desenvolvimento do Mercado de Gás Natural Veicular – GNV

Desde a privatização e concessão, a CEG passou a ter uma política mais agressiva em termos de incentivo da expansão do mercado do GNV, tendo, inclusive, lançado no mercado dois postos de GNV com a bandeira CEG, sendo um deles, o maior posto de GNV da América do Sul.

Com efeito, o gás natural é uma opção vantajosa em termos de economia e para efeito de melhoria quanto a questões de meio ambiente associadas a veículos automotores. A queima do gás natural é muito mais completa que a da gasolina, álcool ou diesel. Por essa razão, os veículos que utilizam o GNV emitem menos poluentes como óxidos nitrosos, CO₂ e, principalmente, CO (monóxido de

carbono). Por isso o gás natural é uma grande opção de combustível nos grandes centros urbanos [9].

No Rio de Janeiro, mais de 140.000 táxis e carros de passeio já utilizam o gás natural veicular. Na área de concessão da COMGÁS, são, aproximadamente, 35.000 carros já convertidos, na sua maioria, táxis.

Quanto mais investimentos forem realizados pelas Distribuidoras em gasodutos de distribuição, expansão e universalização, mais localidades poderão ser beneficiadas com Postos de GNV, uma vez que, tanto o GLP, como o gás manufaturado, não podem ser utilizados para fins automotivos. Atentas ao desenvolvimento desse segmento e do crescente incremento da rede de Postos de GNV, o que facilita o abastecimento, as montadoras de veículos já estão começando a adaptar seus automóveis ao novo combustível, oferecendo meios de conversão sem perda da garantia de fábrica.

Ônibus Movido à Gás Natural

Dentro do segmento do GNV e dos investimentos e projetos desenvolvidos para o mesmo, cabe destacar o fato de que, em outubro de 2002, a CEG deu início a um novo projeto que é o do ônibus movido a gás natural, em parceria com a iniciativa privada, inicialmente, colocando em circulação um único veículo.

Esse novo projeto da CEG está sendo acompanhado de perto pelo órgão ambiental estadual que está analisando os índices de desempenho do ônibus a gás, com perspectivas de colocação de outros ônibus em circulação.

A utilização do GNV nos ônibus, permitirá a redução de emissões poluentes, havendo menor propensão à formação de ozônio pesado e redução substancial na emissão de material particulado e óxidos de enxofre [10].

Outras Aplicações do Gás Natural

Além das aplicações tradicionais do gás natural canalizado, as Distribuidoras privatizadas, especialmente, a CEG e a CEG RIO, vêm trabalhando na introdução de projetos pioneiros em termos de utilização do gás natural como energético, como a climatização de ambientes, aquecimento de piscinas e a cogeração.

De fato, o gás natural também se apresenta como uma boa alternativa para a produção de energia elétrica através da cogeração, onde também é possível a geração de calor, comumente utilizado para gerar vapor para processos e aquecimento de água, o que é muito utilizado em processos industriais. No que se refere à cogeração, esta nova aplicação do gás natural como energético, tem tido bastante aceitação em *shopping centers*, hospitais, hotéis e indústrias.

Modernização de Processos, Emprego de Novas Tecnologias

Como se não bastassem os benefícios já apresentados, uma das obrigações previstas nos contratos de concessão da CEG e da CEG RIO é a de emprego de novos processos que estejam em linha com o desenvolvimento tecnológico mundial.

Essa obrigação, por si só, ratifica os benefícios que os investimentos da privatização e da concessão trouxeram e ainda trarão para o meio ambiente e à população em geral, já que, pela consciência ecológica e pelos novos conceitos de responsabilidade social das empresas, nenhuma nova tecnologia adotada pelas mesmas deixou ou deixará de observar tais princípios.

Aliás, a SOBEET (Sociedade Brasileira de Estudos de Empresas Transnacionais e da Globalização Ecomômica), realizou estudo que demonstra que *“as empresas transnacionais que operam em países emergentes, embora não realizem atividades inovadoras stricto sensu, necessitam acompanhar, de perto, os padrões tecnológicos de seus pares internacionais. Por isso, realizam despesas em algumas atividades inovadoras complementares e adquirem externamente as tecnologias de ponta. Assim, a presença numérica tão significativa das grandes corporações mundiais constitui, para o país, potencialidade competitiva bastante singular quando comparada a outros países, com estágios tecnológicos semelhantes aos do Brasil”* [11].

Trata-se da globalização tecnológica que traz consigo o desenvolvimento.

Como visto, as efetivas medidas adotadas até agora pelas Concessionárias não esgotam as obrigações de investimento dessas empresas, uma vez que as mesmas estão obrigadas por seus contratos, a acompanhar permanentemente o desenvolvimento tecnológico mundial.

Esses investimentos só foram possíveis graças a uma razoável estabilidade e segurança jurídica e regulatória, de alguma maneira, até agora perceptíveis aos investidores no segmento de distribuição de gás canalizado, permitindo o desenvolvimento econômico sustentável, com melhoria do meio ambiente, geração de empregos e inclusão social, além da melhoria da qualidade do serviço prestado e extensão do mesmo a outros consumidores anteriormente não atendidos.

Todos os vultosos investimentos realizados até agora pelas empresas privatizadas no segmento de distribuição de gás canalizado, estão colaborando, certamente, para o aumento da participação do gás natural na matriz energética nacional, permitindo a sua maior diversificação.

Riscos ao Desenvolvimento Sustentável

Mas quais seriam os riscos ao desenvolvimento sustentável dos mercados, em especial do mercado de distribuição de gás canalizado? O que poderia colocar em risco a realização desses investimentos previstos ou de outros, futuros, e dos benefícios por eles gerados?

Sem dúvida a estabilidade jurídica e regulatória desses mercados é o fator determinante para o desenvolvimento dos mesmos e, portanto, a instabilidade é o grande problema a ser combatido em defesa do verdadeiro interesse público, já que, como se sabe, o risco pode ser definido como uma incerteza que tem um custo, que certamente será arcado pela população.

Desse fato decorre a necessidade de existirem entes reguladores fortes, ágeis, independentes e eminentemente técnicos, como forma de fortalecimento das decisões regulatórias, que é o que os investidores deles esperam.

Como se Manifesta a Instabilidade Jurídica e Regulatória?

A instabilidade jurídica e regulatória pode se traduzir, por exemplo, na quebra de contratos, na captura dos reguladores por interesses que contrários aos marcos regulatórios, demora nas decisões regulatórias e judiciais, na tentativa do regulador se arvorar em legislador, por decisões regulatórias que não observem os princípios básicos que regem a Administração Pública ou que revoguem atos jurídicos perfeitos, por decisões judiciais divorciadas da realidade econômica, legal e jurídica, por processos regulatórios em que não seja observado o pleno exercício do direito de defesa dos envolvidos, falta de motivação das decisões etc.

Comenta-se muito, por exemplo, sobre o risco de captura dos agentes reguladores, especialmente quanto à possibilidade dessa captura se dar à serviço dos entes regulados, ou seja, pelo poder do capital.

Entretanto, contrariando essa tese, cremos que o risco de captura é muito maior em relação aos interesses dos Governos e de políticos, em especial, pelas disputas que envolvem as indicações e aprovações dos nomes que ocuparão os cargos diretivos das Agências [12].

Com efeito, os dirigentes das Agências, sejam eles Conselheiros, Diretores, Comissários ou qualquer outra nomenclatura utilizada, são sempre indicados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo sendo, então, nomeados para tais cargos, com mandatos, em regra, com direito à recondução, observado o mesmo procedimento.

Essa sistemática possibilita a realização de indicações com caráter eminentemente político, como resultado de acordos políticos que assegurem a aprovação dos nomes indicados, tudo em detrimento de outros aspectos que deveriam ser levados em conta, tais como renomado saber, equilíbrio, imparcialidade, bom senso, independência etc.

Na prática, em geral, esses dirigentes são pessoas que tradicionalmente seguem carreira no serviço público ou na área política, o que, a nosso ver, poderia comprometer a necessária independência para julgar questões regulatórias contra os interesses do Poder Executivo que os indicou, ou mesmo do Legislativo, que os aprovou, implicando em acentuado risco de captura.

Por conta desses fatos, entendemos que as Agências Reguladoras, muito embora sejam indispensáveis para a regulação dos mercados, atividades e empresas que exploram serviços públicos, já trazem em seu bojo um certo *deficit* de independência e risco de captura pelo Poder Público, caracterizando-se, assim, um latente risco à estabilidade jurídica e regulatória necessária aos investimentos.

Na contra-mão dessa tendência, citamos o recente ocorrido no segmento de telecomunicações onde ocorreram pressões, inclusive públicas, do Ministério dessa pasta sobre o ente regulador para que o

mesmo validasse o descumprimento de cláusula de contrato entre a empresa exploradora do serviço e o poder concedente, que estabelece índice de reajuste de tarifas pela variação do IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna), substituindo-o pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo).

A postura independente e estritamente técnica da agência reguladora do segmento de telecomunicações evitou sua captura e ressalta a necessidade de nomeações técnicas como forma de preservar investimentos e a credibilidade do regulador.

Contraditoriamente, o Governo Federal publicou em setembro de 2003 a tabela com os novos valores das tarifas dos Correios, sendo o reajuste médio de 22%. Nos doze meses anteriores, o IGP-DI subiu 22,03% [13]

Esse tipo de posicionamento, certamente, não agrega credibilidade regulatória junto aos investidores e à opinião pública.

Para o Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso [14], as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público...”.

Pressupostos Básicos Para Investimentos e o Desenvolvimento Sustentável

Na lição do renomado sociólogo francês Raymond Aron [15],

"O primeiro tipo de condições para o desenvolvimento é constituído pelo quadro institucional. A atitude do planejador e o seu desejo de inovar exigem uma administração e uma justiça relativamente racionais e previsíveis."

Ainda segundo o citado sociólogo, enquanto o crescimento é um dado meramente econômico, o desenvolvimento pressupõe, ao contrário,

"uma administração e uma legislação racionalizadas, a difusão do ensino, o recrutamento de homens de empresa e a formação do capital de investimento necessários" [16].

No dizer do Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Alexandre Santos de Aragão [17], *"a vontade popular", até hoje invocada para fundamentar a defesa da subordinação absoluta do administrador e do juiz à lei deve, no entanto, ser relativizada*". *"A verdadeira essência da lei decorre, ao revés, da necessidade prática de segurança jurídica, de sabermos, com algum grau de pré-determinação, o que podemos e o que não podemos fazer e, em caso de inobservância, que consequências podemos sofrer"*.

Conforme Isaac Benjó [18], para Vickers e Yarrow, as teorias da regulação voltadas para o interesse público, ensinam que o propósito da atuação regulatória é, em todos os casos, o aumento do bem-estar do consumidor via formulação de políticas que motivem o Concessionário a atuar visando o aumento da eficiência.

Ainda conforme Isaac Benjó [19],

"o objetivo da regulação econômica é buscar garantir os retornos sociais desejáveis quando a competição torna-se inexecutável. A função regulatória é maximizar o benefício resultante das concessões, buscando: - para os concessionários, a garantia de mecanismos adequados e estáveis de definição e formas de reajustes tarifários, assim como a garantia de proteção do capital investido; - para os consumidores, a proteção contra abusos que a prática do monopólio natural desregulamentado permitiria".

Ora, nesse diapasão, se a atuação regulatória tem por fim a preservação dos interesses públicos, tal atuação jamais poderá se dar com a revisão de atos jurídicos perfeitos ou com a quebra de ajustes previamente pactuados, pois é do interesse público a manutenção do capital privado na exploração dos serviços públicos, pelos incontestáveis benefícios que o mesmo vem trazendo e ainda poderá trazer à população em geral.

Dentro desse contexto, cabe mencionar que os reguladores não é dado inovar na ordem jurídica.

Nessa mesma linha citamos o ilustre Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, para quem *"a atração do setor privado para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo está condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações da empresa concessionária com o Poder Público, de um lado, e com os usuários, de outro"*[20].

Definição de Equilíbrio Econômico-Financeiro

Para que os objetivos econômicos, jurídicos e sociais da regulação sejam alcançados é primordial a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre os investidores e o poder público.

O principal objetivo da regulação econômica é reproduzir as condições econômicas dos mercados competitivos e seus efeitos sobre as decisões e o desempenho financeiro das empresas reguladas [21].

É primordial analisar o conceito de equilíbrio econômico-financeiro na perspectiva do mercado e do investidor, que é diametralmente oposta, em geral, à do regulador.

É sabido que dentre os instrumentos de que dispõe o regulador na consecução de seus objetivos, os principais são os mecanismos de regulação tarifária da empresa regulada.

Para o investidor, o objetivo é a obtenção do maior retorno possível em seu negócio, ao passo que o regulador busca a replicação das condições observadas de eficiência em um mercado competitivo hipotético.

O jurista José Cretella Júnior [22], define, em termos jurídicos o que é equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de direito público:

“A noção de equilíbrio financeiro da concessão repousa no Direito brasileiro em dois postulados constitucionais: a garantia da justa remuneração do capital do concessionário e a proibição do confisco da propriedade”

O equilíbrio econômico-financeiro é a relação estabelecida inicialmente entre as partes, quando se determinam as obrigações da concessionária e a retribuição regulada pelo Poder Concedente, que provê a justa remuneração do objeto da concessão, quando as receitas das empresas são suficientes para cobrir as despesas e remunerar o capital investido, seja próprio ou de terceiros, e que deve ser mantida durante todo o prazo do contrato, a fim de que os investidores não venham a sofrer indevida redução no retorno esperado do empreendimento. É uma medida de justiça e equidade, que objetiva assegurar continuidade da prestação do serviço.

O Princípio Constitucional do Equilíbrio Econômico-Financeiro está previsto no artigo 37, inciso XXI de nossa Constituição, embora alguns doutrinadores considerem que tal previsão só é possível através de uma interpretação extensiva, visto que esse artigo refere-se a obras, serviços, compras e alienações, vejamos:

“Art. 37, XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifos nossos)

O entendimento é ratificado quando se observa o artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei Federal 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, XXI da Carta Política de 1988 e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

*d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do **equilíbrio econômico-financeiro** inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”* (grifos nossos)

Na verdade, o regime jurídico dos contratos da Administração é regido pela regra de manutenção da equação econômica-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação. À Administração cabe o dever de rever o

preço quando, em decorrência de ato estatal, geral ou específico do contrato, de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, o referido equilíbrio não mais se verifique naquela relação jurídica

Dispõe o artigo 31, inciso VIII da Lei Federal de Concessões de prestação de serviços públicos, Lei nº 8.987/97, que cabe ao concessionário, como um de seus encargos, “*captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço*”, seja através de parcerias com instituições financeiras, seja com a constituição de um consórcio, ou, principalmente, através da tarifa, criando um fluxo de fundos com o qual possa realizar os investimentos necessários.

Entretanto, em um ambiente de incerteza jurídica e regulatória, o concessionário teria dificuldades de obter financiamentos para concretizar as metas estabelecidas no contrato de concessão, já que uma das garantias de que dispõe para oferecer às instituições financeiras, é justamente a dos direitos emergentes da concessão. Se esse direito for constantemente desestabilizado pela Administração Pública, em um ambiente sem transparência e estabilidade, onde as variáveis tornarem-se imprevisíveis, o concessionário poderia se ver impedido de utilizar mecanismos contratuais para recompor tarifas aos níveis contratualmente assegurados.

Não há dúvidas de que ao Poder Público compete o dever de manter a equação econômica que assegura o legítimo lucro do concessionário, dando garantias de estabilidade e previsibilidade nas relações entre a Administração Pública e ao setor privado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro [23], a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não se constitui em um benefício, mas sim de um direito fundamental da empresa privada, uma vez se que baseia em princípios como a equidade, a razoabilidade, continuidade do contrato administrativo e indisponibilidade do interesse público.

Mecanismos para Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Havendo uma situação que cause desequilíbrio econômico-financeiro, cabe aos concessionários, conforme estabelecido no artigo 10 da Lei Federal de Concessões, nº 8.987/95, buscar uma recomposição desse ônus através de um dos mecanismos de alteração de tarifas, principalmente a revisão tarifária, ordinária ou extraordinária, e o reajuste.

Entende-se que [24] “*no art. 10, o legislador da Lei de concessões sintetizou o exato sentido do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, adstrito à manutenção das condições estabelecidas no contrato. (...), deve ser considerada impositiva a recomposição da equação econômico-financeira inicialmente ajustada pelas partes no contrato, bastando para tal que o concessionário demonstre contabilmente o impacto – sobre a margem de lucro resultante das condições iniciais do contrato – sofrido em decorrência de aumento de carga tributária, de medidas políticas, econômicas ou ditadas pela administração pública, ou de outra situação extraordinária, imprevisível pelas partes no momento inicial do contrato.*”

Essa revisão é feita através de mecanismos de regulação econômica, que se manifestam através dos seguintes instrumentos:

A) Revisão Periódica - As revisões são feitas ordinariamente a cada cinco anos (revisões periódicas) e têm por objetivo restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

B) Revisão Extraordinária - Mecanismo de reajuste tarifário previsto no Contrato de Concessão que visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária afetado por alterações de custos de matéria-prima e tributos.

C) Reajuste - Os reajustes pretendem oferecer à concessionária a perspectiva de que, no período entre revisões, o equilíbrio econômico-financeiro de sua concessão não sofrerá a corrosão do processo inflacionário. São realizados com base em índices pré-fixados contratualmente.

Verifica-se, dessa forma, um alto teor de subjetividade na avaliação da fixação do equilíbrio econômico-financeiro, o que exige avaliações estritamente técnicas em detrimento de julgamentos políticos.

Cabe às Agências Reguladoras, atendendo a um de seus objetivos precípuos, garantir a justa e razoável fixação das tarifas, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro da empresa

concessionária, e assim, sua saúde financeira, beneficiando, com isso, também aos usuários, através da prestação de um serviço adequado.

Dentro desse contexto, a questão tarifária tem importância primordial para a viabilização do desenvolvimento sustentável, especialmente no que se refere à manutenção de investimentos, não só em modernização, mas, especialmente, em expansão ou universalização dos serviços públicos.

Cumprir Contratos - Questão de Princípio

Para Silvana Quaglio, em artigo intitulado “Cumprir Contratos é Questão de Princípio” [25],

“Não se podem definir tarifas com base em critérios políticos. Isso já se fez no passado e todos sabem o resultado. Só no setor elétrico, as estatais acumularam uma dívida no início dos anos 90, de US\$28 bilhões. Por quê? Porque os reajustes de tarifas eram decididos pelo Ministério da Fazenda, de acordo com os objetivos da política macroeconômica da época. É assim que funciona um país que tem mais governo do que Estado atuando em áreas estritamente técnicas. Subordinam-se os contratos ao projeto político de país, do governo do momento, qualquer que seja ele.

E toda escolha tem um custo. Represar tarifas e subordinar contratos aos ditames políticos pode conferir popularidade temporária ao governante, mas a demagogia penaliza o contribuinte. No médio prazo, quebra as empresas e deixa o usuário sem serviço.”

“O Brasil convive historicamente com quebras de contrato”.

“Para pagar a conta, os governos seguem forma buscar mais dinheiro do contribuinte. Não há dúvidas que esse comportamento encarece os investimentos e desencoraja investidores.

Se os brasileiros ambicionam ver o Brasil classificado como um endereço confiável para os negócios, têm que aprender a respeitar e a cobrar o respeito aos contratos de forma intransigente. Precisam defender a adoção imediata de regras claras e estáveis, que não mudam de acordo com a conveniência. O economista José Alexandre Sheinkman, da Universidade Princeton, estima que a incerteza regulatória do país responde por 60% da queda dos investimentos diretos no país. Os 40% restantes se devem a outras questões conjunturais, como aversão ao risco, que ficou crítica depois dos ataques de 11 de setembro de 2001 e à retração da economia internacional”.

“Quanto empregos deixam de ser criados com isso? Cem mil empregos, segundo a Abdi.”

Observância dos Princípios Básicos da Administração Pública

Cabe ao regulador, como integrante da Administração Pública, observar os princípios básicos a ela aplicáveis, dentre outros, os princípios da Legalidade, Moralidade e Impessoalidade, Igualdade, Publicidade, Razoabilidade e Proporcionalidade.

Em linha com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o regulador está obrigado a aplicar penalidades regulatórias que guardem proporção e razoabilidade quando consideradas suas causas, ou seja, as infrações cometidas.

Também não se pode admitir a vulgarização de sanções pecuniárias, sob pena de se substituir o caráter educativo da penalidade, pelo caráter meramente arrecadatório.

Ademais, a atribuição indiscriminada de multas, gera uma suspeição sobre as decisões regulatórias que as fixarem posto que, em regra, os montantes correspondentes reverterem, em geral, a favor dos próprios entes reguladores. Tudo em franco descrédito à seriedade das instituições regulatórias.

Princípio da Ampla Defesa

O princípio da Ampla Defesa é dos princípios constitucionais – art. 5º., inciso XXXIV, alínea “a”, da Carta Política -, que os processos administrativos regulatórios estão obrigados a observar. Portanto, o direito de defesa, em prazos razoáveis, deve ser assegurado às partes envolvidas nesses processos, sob pena de nulidade de suas decisões proferidas.

Outro aspecto importante para implementação plena do princípio da Ampla Defesa, é a existência efetiva de segunda instância recursal nas Agências, de forma a ser assegurado o *due process of law* (devido processo legal), conferindo legitimidade e transparência às decisões, o que atrai o investidor.

Nesse particular, como exemplo de ente regulador a ser seguido em termos de observância do princípio da Ampla Defesa, podemos citar a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, do Estado de São Paulo, que além de assegurar prazos razoáveis de defesa em seus processos

regulatórios, possui uma 2ª Instância Recursal efetiva, constituída de um Conselho Deliberativo, composto por representantes da sociedade civil, entidades de classe, entidades de defesa do consumidor, das empresas prestadoras de serviços, do Governador do Estado de São Paulo, e da própria CSPE.

Controle das Decisões Regulatórias

Para que se assegure a transparência das decisões regulatórias, deverão elas estar sujeitas, efetivamente, ao controle externo, realizado da seguinte maneira: Controle do Tribunal de Contas; Controle Social (Sindicatos, Associações de Moradores, Associações de Defesa dos Consumidores etc.); Controle do Poder Legislativo; e Controle do Poder Judiciário.

Nos casos em que as decisões dos reguladores, no entender das empresas reguladas, ferirem a estabilidade jurídica e regulatória de que devem se revestir, resta o recurso ao Poder Judiciário, direito inalienável e inafastável, assegurado pelo artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal.

Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos

Os atos administrativos dividem-se em vinculados e discricionários. O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública é questão dinâmica, em constante evolução.

É indiscutível à luz da doutrina jurídica, a possibilidade do controle jurisdicional dos atos vinculados e discricionários da Administração Pública, como corolário do princípio da Legalidade, senão vejamos:

“A extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, vale dizer, dos atos emanados da competência discricionária ou decorrentes da valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados, não se delimita a partir da exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário. Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo, com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato”.

“Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os elementos predominantemente discricionários, são passíveis de revisão judicial, para fins de aferição de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública e de respeito aos direitos fundamentais” [26].

Cabe, portanto, analisar em que medida esse recurso ao Poder Judiciário e os julgamentos realizados, seriam eficientes para restabelecer a legalidade das decisões dos entes reguladores que se enquadrem fora dos padrões legais e jurídicos fixados nos marcos regulatórios, na legislação em geral e nos princípios norteadores da Administração Pública, afinal, não pode o Poder Judiciário, em nome da autonomia dos reguladores, convalidar atos representativos de abuso de poder.

As Decisões Judiciais e seus Reflexos Sobre os Investimentos

Na hipótese de instabilidade e insegurança na esfera regulatória, o Poder Judiciário passa a ser palco de discussões decisivas e assume a responsabilidade de assegurar o cumprimento de cláusulas contratuais e dos marcos regulatórios.

Também do Poder Judiciário se espera agilidade, imparcialidade e legalidade das decisões, de forma a agregar credibilidade às mesmas.

Mas qual seria a perspectiva dos investidores de terem seus direitos líquidos e certos restabelecidos ou respeitados quando do recurso ao Poder Judiciário?

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), através do economista Armando Castelar Pinheiro, elaborou estudo [27] [28] através do qual são apontados os fatores considerados pelos juízes em seus julgamentos e a influência dessas decisões judiciais sobre a opção dos investidores em realizar investimentos em infra-estrutura.

O estudo foi realizado com 800 (oitocentos) juízes, desembargadores e ministros de tribunais. O resultado da pesquisa demonstrou que, entre os juízes com menos de 40 (quarenta) anos, 83,7% (oitenta e três, vírgula sete por cento) dos juízes ao se depararem com situações em que devam optar entre o cumprimento de cláusulas contratuais e princípios de justiça social, tendem a optar pela observância desses princípios em detrimento da observância do efetivamente disposto nos contratos.

É apontado ainda no estudo, o risco de politização das decisões do Judiciário em detrimento da observância rigorosa da Lei, sendo apontado um percentual razoável de frequência em que as decisões são “politizadas”, especialmente no que se refere a causas envolvendo os temas “privatização” e “regulação de serviços públicos”.

O estudo do IPEA conclui que a falta de confiança dos agentes econômicos nas decisões judiciais inibe os investimentos e pode fazer com que a economia brasileira deixe de crescer 25% (vinte e cinco por cento) a cada ano, conclusão nada espantosa já que, sabidamente, o capital tem aversão ao risco.

Outra conclusão do estudo é o fato de que um Judiciário eficiente atrai investimentos que dependem da proteção da Lei, por oferecerem uma relação de risco *versus* retorno, mais atrativa para o investidor.

De fato, ao magistrado não é dado inovar ou legislar, mas, tão somente aplicar a lei, sob pena de ingressar em nebuloso terreno, propício aos desmandos e favorecimentos, o que afeta seriamente a credibilidade da instituição. Não se pode, à guisa de promover “justiça”, segundo critérios subjetivos, confundir o princípio do livre convencimento com o arbítrio. Na verdade, deve o Judiciário, julgar com objetividade e rigor lógico.

O Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo e Diretor Adjunto da Escola Nacional de Magistratura, José Renato Nalini [29], ao comentar o papel dos juízes perante as privatizações dos serviços públicos, de alguma maneira ratifica as conclusões do estudo citado alhures e faz algumas considerações importantes para o entendimento da questão, vejamos:

“... o juiz vai sendo alimentado por aquilo que a mídia propala...”

“A mídia, fiel à sua missão de produzir material atraente para o consumo das comunicações, não divulga êxitos. Centra-se num certo catastrofismo. Enfatiza apagões, as reclamações em escala crescente quanto aos serviços telefônicos, o descumprimento de metas pelas concessionárias das ferrovias. É essa a informação que chega ao juiz brasileiro...”

Com efeito, é primordial que os julgadores que irão apreciar questões de tão importante calibre estejam afinados com a realidade jurídica, econômica, política e contextual de tais questões, de forma a não contribuírem para a fuga do capital privado e para a inibição do desenvolvimento sustentável e, portanto, não atuarem contra o verdadeiro interesse público e coletivo.

Infelizmente, neste momento, não nos parece que isso esteja acontecendo, vide a situação já mencionada anteriormente, referente às concessionárias de serviços de telefonia, que tiveram o direito de indexar as tarifas desconsiderado, tanto em primeira, quanto em segunda instância, no âmbito do Poder Judiciário Federal, competente para julgar tais questões, por serem concessões federais.

É certo que os investidores esperam que lhes sejam assegurados alguns pressupostos no que tange às decisões judiciais, tais como imparcialidade, previsibilidade, agilidade e possibilidade de recurso, com juízes atentos e orientados à economia de mercado.

Para o investidor, o respeito aos direitos e cláusulas contratuais, se constitui em questão de necessidade econômica, enquanto que, para os juízes, trata-se, até mesmo, de questão de sobrevivência institucional.

À propósito, o ilustre Professor Arnold Wald [30], já se manifestou, de forma esplêndida, quanto à necessidade de segurança jurídica como forma de estímulo ao desenvolvimento econômico, conforme transcrevemos a seguir:

“9. A primeira causa da insegurança jurídica é certamente o relativo caos legislativo no qual vivemos, caracterizando-se tanto pelo excesso de leis, como pela falta de coerência do sistema e, algumas vezes, até pela falta de racionalidade de alguns dos textos legais.

10. Ora, a insegurança jurídica não se coaduna nem com o Estado de Direito nem com o desenvolvimento nacional. Ao contrário, a incerteza quanto ao direito vigente representa uma incontestável causa do chamado “custo Brasil”, risco interno e internacional que onera o país e, conseqüentemente, todos os brasileiros”.

“12. O verdadeiro caos legislativo, no qual vivemos, é fato notório e público, que não mais necessita de provas, mas a menção de alguns depoimentos são interessantes. Assim, o Banco

Mundial, no seu Relatório, se refere à incerteza jurídica existente no Brasil em virtude do "emaranhado de leis" que tratam de determinadas matérias."

Agências Reguladoras Independentes – Mecanismos de Atração de Investimentos

Fica evidenciado que Agências Reguladoras efetivamente independentes e técnicas são essenciais ao crescimento econômico sustentável do país.

Por tal razão, o recente anteprojeto de lei federal sobre Agências Reguladoras enviado pelo Governo Federal ao Legislativo gerou frustrações e incertezas junto ao setor privado quanto ao futuro das Agências Reguladoras, já que o mesmo trouxe modificações que, na prática, reduzem bastante a independência desses organismos, propondo uma profunda reestruturação do modelo regulatório vigente.

Em matéria ‘Freio ao Investimento’, assinada pela jornalista Consuelo Dieguez, na revista EXAME [31], a questão do anteprojeto de lei de Agências Reguladoras foi analisada, concluindo que o mesmo “tem tudo para desestimular ainda mais o setor privado a participar ativamente do crescimento”.

Em sua análise, a Revista Exame aponta, baseada em dados da ANP (Agência Nacional do Petróleo) e da ABRADDEE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica), que os investimentos em petróleo e energia encolheram significativamente no Brasil no período de 1998 a 2002, afirmando que “agências livres e eficientes são vitais para que o capital privado se sinta seguro para investir em infra-estrutura”.

Analistas econômicos vêm apontando uma crescente onda de retomada do crescimento econômico mundial, com ênfase na economia americana e japonesa. Essa tendência, segundo tais especialistas, ensejaria a necessidade do Brasil adotar medidas macroeconômicas, mas, especialmente microeconômicas, que abram concretamente espaço ao investimento privado viabilizando sua realização no país.

Conclusão

Pelos aspectos analisados neste estudo, fica demonstrado, à saciedade, que preservar os direitos dos investidores, consolidados através de marcos regulatórios previamente estabelecidos e acordados, é preservar o interesse público, na medida em que esse procedimento estará gerando um ambiente de atratividade para os investimentos e para o desenvolvimento econômico sustentável, com equilíbrio entre as necessidades ambientais e os benefícios ao destinatário final dos serviços e população em geral.

Para que os objetivos do Estado, através das delegações de serviços públicos, sejam atingidos - em especial das concessões de gás canalizado -, é preciso que se dê especial atenção às necessidades de universalização dos serviços, uma das principais metas objetivadas quando das privatizações.

O princípio da modicidade tarifária, de singular importância, deve ser aplicado não isoladamente, mas dentro do contexto legal, jurídico, político e social, de forma a se constituir efetivamente num benefício aos consumidores e, ao mesmo, tempo, permitir a expansão dos serviços.

Ademais, não deve o regulador inviabilizar investimentos que levem à universalização dos serviços e, via de consequência, ao desenvolvimento sustentável, sob pena de avalizar privilégios de uma minoria consumidora, em detrimento de uma maioria alijada do direito inalienável de usufruir dos benefícios desses serviços.

Por outro lado, cabe aos reguladores e julgadores, garantir o funcionamento das instituições e dos mercados dentro de um ambiente de previsibilidade, de forma a preservar o investimento privado com base nos ditames dos marcos regulatórios, pois é sabido que a dúvida em economia se traduz em custo.

Cabe ao Estado, entes reguladores e Poder Judiciário, a grande responsabilidade de decidir se os serviços públicos deverão ser universalizados ou restritos a um determinado grupo de consumidores privilegiados, já que, como ficou evidenciado neste trabalho, eventuais posicionamentos regulatórios e judiciais, que impliquem ou avalizem o descumprimento de cláusulas contratuais, podem significar um futuro sombrio para os investimentos e para a democratização dos serviços, além de ferir a credibilidade do país junto aos investidores, inviabilizando o tão almejado desenvolvimento sustentável.

Cabe destacar ainda, que aos investidores não interessa a fixação de tarifas irreais e sim de tarifas justas, posto que, tarifas acima dos patamares reais e devidos, aumentariam o risco de inadimplência e de perda de mercado consumidor, enquanto tarifas abaixo dos valores contratuais e legalmente previstos, reduziriam na mesma proporção, os investimentos a serem realizados, reduzindo, com isso os benefícios inerentes aos mesmos.

Aliás, é certo que a perda da credibilidade é algo muito fácil de ocorrer perante o mercado, bastando, para tanto, que se quebre as regras de um único contrato. O difícil, certamente, seria resgatar essa credibilidade, o que se faria a um custo muito alto para o país.

Outro importante aspecto que se depreende deste estudo é o de que princípios constitucionais basilares, como o do devido processo legal, o do contraditório e outros, não menos importantes, devem ser observados pela Administração Pública, o que deve ser ratificado pelo Poder Judiciário, de forma a preservar o legítimo e constitucional direito de defesa das empresas privadas.

Por outro lado, é importante destacar o fato de que a discricionariedade dos atos administrativos de natureza regulatória deve encontrar limites e controle pelo Poder Judiciário, sob pena de validação de atos ilegais e arbitrários.

Assim, fica demonstrado que a responsabilidade do regulador/juiz é enorme no que tange ao futuro dos serviços públicos e ao desenvolvimento econômico sustentável do país. Em suas mãos está o grande desafio de manter os níveis de investimento previstos pelos investidores com base em planos de expansão audaciosos, que buscam expandir seus mercados ou optar pela decretação do fracasso do modelo de Estado Regulador.

É importante que, antes de mais nada, haja equilíbrio nas decisões regulatórias e judiciais e que se tenha a plena consciência de que o sucesso do investidor é o sucesso do consumidor e da população em geral e não significa o fracasso do regulador/juiz .

Bibliografia

- [1] Fonte: Site da COMGÁS S/A.. <<http://www.comgas.com.br>>. Acesso em 23/06/03.
- [2] Fontes: Site da Cia. Distribuidora de Gás do RJ – CEG e da CEG RIO S/A. <<http://www.ceg.com.br>>. Acesso em 23/06/03 e site da Gás Natural SPS. <<http://www.gasnaturalsps.com.br>>. Acesso em 23/06/03.
- [3] Rio de Janeiro State Reform-Privatization Project, Report No. PIC3796, Project ID BRPE39197. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/>>. Acesso em 30/07/03.
- [4] Relatório “Cinco anos de gestão , 1997 – 2002”, CEG e CEG RIO, 2003.
- [5] FUGITIVO, Preocupação com o Metano - Revista Brasil Energia – Fevereiro/2002. Disponível em: <http://www.energiahoje.com.br>>. Acesso em 15/07/03.
- [6] Apud COMGÁS.
- [7] Apud COMGÁS.
- [8] Projeto Proposto do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID - (BR-0370): Campos Novos Hydro Power Plant Abstract / Env. Brief / Ficha de Impacto Ambiental e Social. Disponível em: <http://www.iadb.org>. Acesso em 15/07/03.
- [9] Apud COMGÁS.
- [10] Apud “Cinco anos de gestão , 1997 – 2002”.
- [11] Fonte: Site da SOBEET. <http://www.sobeet.com.br>. Acesso em 25/10/03.
- [12] DISPUTA Política na ASEP, O DIA, Rio de Janeiro, 30/08/03.
- [13] COLUNA Panorama Econômico, O GLOBO, Rio de Janeiro, 12/10/03.
- [14] BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. Agências Reguladoras. Organizador: Alexandre de Moraes. São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 119.
- [15] ARON, Raymond, Dix-huit Leçons Sur La Société Industrielle. Paris, Gallimard, 1962, p. 204.
- [16] Apud Aron, Raymond, Trois essais sur l'âge industriel, p. 54.
- [17] ARAGÃO, Alexandre Santos Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 397-398 e 389.
- [18] BENJÓ, Isaac. Fundamentos da Economia da Regulação. Rio de Janeiro, Thex Editora, 1999, pág. 115 e 116.
- [19] BENJÓ, Isaac. Op. cit. p. 69.

- [20] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p.121.
- [21] ANÁLISE do Conceito de Equilíbrio Econômico-Financeiro, Fundação Getúlio Vargas, EAESP, 2003. Disponível em: < <http://www.cspe.sp.gov.br>>. Acesso em: 01/11/03.
- [22] CRETELLA JÚNIOR, José. Dos Contratos Administrativos. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2001.
- [23] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo, Editora Atlas, 2002.
- [24] MORAES, Luíza Rangel de. O Direito de Pareceria e a Nova Lei de Concessões. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- [25] QUAGLIO, Silvana . Valor Econômico, Rio de Janeiro, 30/07/03.
- [26] MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo, Ed. Dialética, p. 153.
- [27] PINHEIRO, Armando Castelar. Decisões Judiciais, Desenvolvimento Econômico e Crédito no Brasil. Disponível em: www.ipea.gov.br. Acesso em: 20/10/03.
- [28] CAETANO, Valdez. Juízes admitem pressão social em julgamentos, O GLOBO, Rio de Janeiro, 17/08/03.
- [29] NALINI, José Renato Nalini. O Juiz e a Privatização. A Privatização no Brasil – O Caso dos Serviços de Utilidade Pública, Rio de Janeiro, BNDES, 2000.
- [30] WALD, Arnoldo. A Estabilidade do Direito e o Custo Brasil. Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, no. 6, Outubro/Novembro/99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05/11/03.
- [31] DIEGUEZ, Consuelo. Freio ao Investimento.Revista EXAME, no. 805, de 06/11/03.