

IV CONGRESSO LATINO AMERICANO E DO CARIBE DE GÁS E ELETRICIDADE

“A Regulação do Gás Natural no Brasil e suas Implicações no Cone Sul”

Julia Borges Mota
Alexandre Ribeiro Chequer

Tauil & Chequer - Advogados
Associados a Thompson & Knight LLP

Novembro/2003

Introdução

A concepção do papel do Estado tem sofrido profundas transformações nas últimas décadas. Partindo desse novo conceito, o Estado reveste-se de outras competências e se redimensiona. Destarte, não mais atua como promotor direto do crescimento, mas como fomentador do desenvolvimento econômico. O novo tempo é o da desregulamentação, da desburocratização, das privatizações, com a transferência para o setor privado de atividades que antes eram realizadas em regime de monopólio por empresas públicas.¹

Nos últimos anos, os países da América do Sul têm passado por esse processo de reforma do Estado, que tem influenciado, de maneira direta, o panorama regional no setor de energia. Esse movimento tem sido gradativo e ainda há um longo e difícil caminho a se percorrido, já que há uma resistência muito grande quanto a prevalência da regulação técnica sobre os aspectos políticos. A Argentina foi o primeiro país a abrir o mercado, com a privatização da sua companhia estatal; a Venezuela flexibilizou o setor de petróleo aos investimentos estrangeiros em 1995, e a Bolívia reestruturou sua empresa estatal, permitindo um aumento do investimento estrangeiro.

Os países do Cone Sul atraíram investimentos significativos nas atividades de energia. Como resultado, a infra-estrutura de petróleo e gás encontra-se numa etapa relativamente avançada na região. No entanto, não resta dúvida de que muito pode e deve ser feito.

No Brasil, a quase totalidade das empresas de infra-estrutura atuavam sob o regime de monopólio estatal. No entanto, após um programa de desestatização, promovido pelos últimos governos e intensificado durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, grande parte dessas empresas passou para mãos privadas, sujeitando-se desde então não só à livre competição de mercado, mas aos valores fundamentais previstos em nossa Carta Constitucional como a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa do consumidor².

Com o processo de abertura, os mercados foram liberalizados e as empresas tiveram que se reestruturar para sobreviver nesse novo ambiente, muito mais competitivo do que o anterior. Novas instituições e um novo modelo regulatório eram necessários diante do novo cenário político, administrativo, jurídico e econômico que estava se formando.

Para entendermos a reforma regulatória, é necessário voltarmos aos Estados Unidos da América, mais precisamente nos anos trinta, e, com especial intensidade, nos anos setenta,

¹ BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389 –434.

notadamente nos setores de telecomunicações, aéreo, transportes rodoviários, financeiro, Petróleo e Gás.³

No que se refere a este último setor, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 9/95, flexibilizando o monopólio do petróleo e do gás natural e a Lei nº 9478/97 (“Lei do Petróleo”), permitiram a participação de outras empresas, além da Petrobras, nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, bem como a atuação de outras empresas no transporte, distribuição e refino de hidrocarbonetos.

A abertura à iniciativa privada do monopólio estatal, a participação do capital estrangeiro, a criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP e a necessidade regulatória desse novo ambiente de mercado, fizeram surgir grandes questões jurídicas que antes pareciam inimagináveis aos estudiosos do Direito.

Neste artigo, faremos uma análise do desafio regulatório que esse novo cenário nos impõe, dentro de um contexto que vai além de nossas fronteiras, repercutindo em outros países do Cone Sul, tendo em vista a viabilidade econômica dos futuros projetos e a oportunidade de desenvolvimento de um mercado integrado de gás natural na região.

Devidos as limitações naturais e técnicas, não pretendemos esgotar a matéria, mas oferecer princípios que sigam uma lógica econômica e regulatória que possam nortear o desenvolvimento do mercado de gás natural de maneira sólida e contínua.

I - A Intervenção do Estado na Economia

Ao longo da história, a intensidade da intervenção do Estado na Economia tem variado, alternando-se entre épocas de maior liberalismo e outras de maior controle. Essa situação muda a partir da crise de 1929. Aquele ano foi marcado pela Grande Depressão, que significou uma profunda recessão, na maioria dos países ocidentais, caracterizada por um grande aumento no desemprego e falência de muitas empresas.

Em vários países, o medo de novas recessões econômicas levou ao aumento visível da intervenção do Estado na atividade econômica. Isto se evidenciou não só através da

² A Constituição da República dedica o Título VII à Ordem Econômica e Financeira, tratada em quatro capítulos, dos arts. 170 a 192. Já no artigo 1º do Texto, todavia, o constituinte fizera a opção inequívoca pelos princípios, dentre outros, função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor.

³ WINSTON, C. Economic deregulation of reckoning for micro economists. *Journal of Economic Literature* 31:1263-89. 1993.

regulamentação, mas igualmente, na atividade econômica, tornando-se o Estado além de gestor da coisa pública, empresário.

Esses acontecimentos são perceptíveis em maiores proporções na Europa Ocidental e América Latina. Os Estados Unidos são um caso a parte, pois desde a década de 30 já desenvolviam um posicionamento com relação ao papel do Estado diante da economia, atuando mais como regulador do que como agente econômico.

O modelo Norte-Americano se assenta no “*Public Choice Theory*”⁴, que consiste na intervenção do Estado na economia mediante normas reguladoras que teriam como objetivo assegurar o bem comum, corrigindo as ineficiências do mercado resultantes do livre jogo da oferta e procura.

A necessidade de o Estado estabelecer uma excelência em matéria de serviços públicos levou os Estados Unidos a regular as chamadas “*public utilities*”⁵, que seriam as empresas privadas de serviços públicos. A regulação destas empresas se consolidou através da figura das agências reguladoras.

No Brasil, ao invés do Estado conceder tais serviços públicos a entes privados e equilibrar o mercado através da regulação, optou-se, no passado, pela constituição de empresas estatais. Desde a “Era Vargas”, o Estado criava, coordenava e estruturava mercados. Não havia regulação no Brasil, pois o Estado atuava em todos os setores da infra-estrutura, abraçando todas as fases da atividade econômica. Essa forma estrutural tornava desnecessária a atuação do Estado regulador, como forma de corrigir as ineficiências do mercado, pois na maioria das vezes esse mercado era monopolizado pelo próprio Estado, através de empresas por ele controladas.

No decorrer dos anos, a grande ingerência administrativa do Estado brasileiro, causadora de sucessivos rombos nas contas públicas, levou à falência o “Estado Provedor” e, em consequência, o modelo utilizado para gestão pública. Concomitantemente a estes fatores, houve um fortalecimento do setor privado nacional e internacional, sendo que setores antes explorados pelo Estado, passaram a ser extremamente atrativos para o capital privado.

É visível que após a década de 80, o Brasil entra numa estagnação econômica brutal. Um dos motivos dessa estagnação estava relacionado à falta de recursos do Estado para investir em

⁴ MERCURO, Nicholas Economics and the law: from Posner to post-modernism, New Jersey, Princeton University Press, 1997. p. 84 – 100.

⁵ STIGLER, George J, “Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Journal*, vol. 2, pág. 3 (1971), reproduzido em *The Citizen and the State – Essays on Regulation*, The University of Chicago Press, 1975. Uma excelente resenha sobre o debate da desregulamentação pode ser encontrada em: BREYER, Stephen, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, 1982.

infra-estrutura. O Estado, até então, era a grande locomotiva impulsionadora do desenvolvimento. Além desse aspecto, passamos a viver em um cenário de hiper-inflação, o que nos encaminhou para uma economia indexada. Destarte, minimizava-se a perda do valor da moeda, corroída pelo dragão da inflação, mas ao mesmo tempo, o país adquiria o vício de viver em uma cultura inflacionária, que corroía o poder de compra da maioria da população, e impedia o desenvolvimento econômico consistente.

Era necessário considerar novas alternativas para a expansão econômica. O Estado não tinha mais condições de sustentar o desenvolvimento, pois se encontrava em uma situação financeira extremamente delicada. Havia a necessidade de mudanças na estrutura, para propiciar condições de desenvolvimento, confiabilidade e inserção do Brasil no mercado global. Essas mudanças se concretizaram através de reformas que, ainda hoje, estão sendo realizadas.

As reformas⁶ do Estado brasileiro desdobram-se em três pontos: Reforma Patrimonial, Reforma Tributária e Reforma Gerencial. A primeira resume-se no processo de privatizações; a segunda, objetiva o aumento das receitas, redução das despesas e alterações na legislação tributária, com o objetivo de simplificá-la e torná-la mais justa (isto dificilmente ocorrerá, em virtude da falta de interesse político, pois nunca se arrecadou tanto como se tem arrecadado agora)⁷; a terceira caracteriza-se por uma diligência empresarial na administração pública, com o aumento da eficiência administrativa do Estado, que agora tem metas e comprometimentos fiscais.

Todas estas mudanças vieram juntamente com um plano econômico⁸, oferecendo novas perspectivas e desafios. O Estado se redimensionava e se revestia de competências e funções, não mais como promotor direto do crescimento econômico, mas como catalisador e facilitador do desenvolvimento econômico.

Neste novo contexto, surgiram as agências reguladoras, com a missão de regular as atividades econômicas que antes eram executadas direta ou indiretamente pelo Estado. A criação das agências reguladoras⁹ pode ser considerada um passo importante no fortalecimento do novo marco regulatório.

⁶ As reformas, tiveram seu início no Governo do Ex-Presidente Fernando Collor de Mello, em 1991. Elas ainda vêm ocorrendo, no sentido de diminuir os tentáculos do Estado, dando-lhe um redimensionamento que o permita cumprir com seu papel básico: regular, fiscalizar, prover segurança pública, saúde e educação.

⁷ Arrecadação está girando em torno de 37% do Produto Interno Bruto.

⁸ Lei 8.880 de 27 de maio de 1994, dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.

⁹ Lei 8987/95 (Lei de Concessões) foi o primeiro documento legislativo que previu a criação de autarquias especiais reguladoras.

Iniciou-se um processo de desregulamentação¹⁰ das atividades econômicas que antes eram exercidas pelo Estado. Esse processo tinha o intuito de desburocratizar e promover a regulação¹¹, não só pelas as agências reguladoras, mas igualmente por todos os entes estatais¹² que estivessem envolvidos com as atividades pertinentes e sujeitas à regulação.

Nesse contexto de mudanças, situa-se a abertura do mercado de petróleo, gás e energia no Brasil, até então, monopólio do Estado, que só o exercia através de empresas estatais ou de economia mista com o controle estatal. Com as mudanças legislativas¹³, o Estado passou a ter um papel regulador, por meio das agências reguladoras, independentes em relação sobretudo ao poder político, e comprometidas com aspectos técnicos e econômicos. Através das agências, o Estado passava a contratar com empresas públicas e/ou privadas para o exercício de atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, o fornecimento de energia, dentre outros setores de infra-estrutura.

II - Características da Indústria de Gás Natural

O armazenamento do gás natural é extremamente complexo e, em muitos casos, inviável economicamente. Uma vez extraído, o gás deve ser transportado através de dutos gerenciados por um sistema de alta pressão até as distribuidoras regionais, onde a pressão é reduzida. Esse transporte deve ser seguido de consumo, pois, como já foi dito, sua armazenagem se revela extremamente difícil e cara. A forma em que se apresenta o gás natural dificulta o seu transporte, sendo necessário que os mercados consumidores estejam relativamente perto do local de produção. Estas exigências fazem com que o mercado de gás se desenvolva de modo mais lento do que o mercado de petróleo.

A cadeia do gás é caracterizada pela verticalidade¹⁴ em seus estágios, a contar, produção, transporte e distribuição. Em se tratando de transporte e distribuição, ambos tem características de monopólio em determinada região, pois o custo de construção e manutenção dos

¹⁰ Redução do volume de normas limitadores da atividade econômica, de modo a reduzir os entraves burocráticos que elevam os custos das transações.

¹¹ Caracteriza-se como uma atribuição legal de poderes a um órgão independente (agência de regulação) para estabelecer diretrizes, dentro de um marco previamente definido, a partir das quais dar-se-ão a normalização, a mediação e a arbitragem dos conflitos de interesses entre o Poder Público e a empresa particular e entre estes e os usuários de serviços públicos e demais titulares de interesses difusos.

¹² Pode-se incluir, como entes estatais os Ministérios, Secretarias, Legislativo, CADE, IBAMA ou todos aqueles que atuem direta ou indiretamente na regulação.

¹³ Lei 8987/95, Emenda Constitucional nº 09 (flexibilizou o monopólio do petróleo), dentre outras mudanças.

¹⁴ Utilizamos a expressão "verticalizada, quando afirmamos que somente uma empresa atua em todos os elos da cadeia de um determinado produto, ou seja, ela produz, transporta, vende e distribui tal produto (no caso de nosso estudo, o gás natural).

duto é muito alto, o que torna as companhias concorrentes ineficientes sob o ponto de vista da escola de Chicago¹⁵, como relata Mark Armstrong, Simon Cowan e John Vickers:

*“Both transmission and distribution have natural monopoly characteristics in any region. Pipeline costs are sunk, and it would be inefficient to have competing networks(...)”*¹⁶

Em mercados onde não há monopólio de distribuição, vários fornecedores podem adquirir o gás natural do produtor e utilizar as estruturas de transporte da empresa transportadora, caso esta garanta o transporte e armazenamento do gás natural para eventuais fornecedores. Nesse caso poderíamos ter um mercado com vários fornecedores, tornando-o competitivo. Como veremos, esse cenário, na prática, não é fácil de ser atingido. Conforme verificaremos adiante, no Brasil prevalece o monopólio constitucional de distribuição de gás canalizado, tema que iremos detalhar oportunamente.

Outra particularidade do mercado de gás natural é a demanda, que varia muito de acordo com a época do ano, ou melhor, de acordo com a variação do clima. Nos países do hemisfério norte isso é mais sensível, pois no inverno, invariavelmente, a demanda tende a crescer em virtude de sua utilização no aquecimento. Essa variação requer do fornecedor de gás natural, adaptações para atender essa elasticidade da demanda. Uma delas seria diminuir a quantidade comprada dos produtores em tempos que a demanda for menor. No entanto, essa opção gera problemas, pois os produtores não têm como estocar o gás natural, principalmente se ele for produzido associado ao petróleo, restando somente a opção de queimá-lo. Caso o campo de produção seja somente de gás, a produção poderá ser racionada até que haja demanda. Outra opção seria a utilização de mecanismos de estocagem temporários. Entretanto, isso eleva em muito o custo, em virtude da tecnologia aplicada no armazenamento do produto ser extremamente onerosa.

A indústria do gás natural é um excelente exemplo para análise e estudo das questões regulatórias, pois está estruturada de maneira verticalizada, como herança do monopólio estatal no Brasil, possuindo características próprias que tornam sua regulação um desafio, tais como a mescla de monopólios naturais¹⁷ com cenários que podem ser competitivos, a depender de fatores de

¹⁵ Escola de Chicago define uma companhia eficiente como aquela que aloca os seus recursos de maneira a otimizar ao máximo sua produção. No caso em análise, um concorrente a mais tornaria ineficiente tal companhia, pela inexistência de mercado. Na visão dos economistas de Chicago, o monopólio pode ser vantajoso na medida em que a alocação máxima de recursos faz com que essa companhia ganhe escala e com isso tenha menores custos de produção e preços.

¹⁶ ARMSTRONG, Mark. COWAN, Simon and VICKERS, John. Regulatory Reform: economic analysis and British experience. Fifth Printing. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 246.

¹⁷ Richard Posner em seu livro *Natural Monopoly and its Regulation* caracteriza a ocorrência do monopólio natural no seguinte caso: “If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly(...)” POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*, 30th anniversary edition. Washington D.C.: Cato Institute, 1999. p. 1.

desenvolvimento do mercado e de provocações que podem ser feitas pela regulação para incentivar a competição e a busca por maior eficiência. É visível no Brasil a necessidade de remodelamento do setor, de modo a torná-lo mais eficiente, possibilitando aos agentes assumirem investimentos de longo prazo, característicos das atividades de infra-estrutura, em todo o Cone Sul.

III - O Preço do Gás

O Artigo 69 da Lei do Petróleo previa um período de transição de 3 anos para a adaptação do País em um sistema de livre mercado, com tarifas estabelecidas livremente. No entanto, devido a dificuldade em estabelecer-se efetiva concorrência nas atividades da cadeia do gás, essa transição não foi possível, o que levou o governo brasileiro a estabelecer um preço de *commodity* para o gás produzido no País, conforme a Portaria Interministerial nº 3, de 17 de fevereiro de 2000, promulgada pelo Ministério de Minas e Energia (MME) e pelo Ministério da Fazenda. As tarifas de transporte são determinadas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), e conforme a Portaria 45 de 9 de abril de 2002, são variáveis por Estado consumidor. Por outro lado, o gás importado da Bolívia é pago em dólares norte-americanos e seu preço varia de acordo com uma cesta de óleos, sujeita ao mercado internacional de petróleo, conforme prevê o Acordo de Suprimento de Gás (ASG), que hoje vem sendo renegociado entre a Petrobras e o governo da Bolívia.

A renegociação com a Bolívia insere-se em um cenário de revisão das previsões, já que o incremento do mercado, com o aumento expressivo da demanda de gás natural no Brasil não se efetivaram conforme esperado. Previa-se que em 2003 o consumo de gás natural no país seria de 50 milhões de m³/dia, mas hoje não passa de 20 milhões de m³/dia, devido (i) aos erros de previsão quanto ao crescimento do país; (ii) à falta de uma política de inserção da geração de energia por usinas a gás, diante de uma matriz dominada por hidroelétricas, cujos investimentos já estavam amortizados, o que provocou o fracasso do PPT, o Programa Prioritário de Termoeletricidade. Esse programa tinha por objetivo estimular o setor privado a construir térmicas a gás, com suprimento garantido a preços subsidiados e financiamento do BNDES¹⁸. A Portaria 176 (Interministerial) de 1º de junho de 2001 garantia preços de gás para os projetos que iniciassem sua operação antes de 30 de junho de 2003, e proteção cambial para geradores de energia que utilizassem o gás boliviano. No entanto, após o período de um ano, esse preço era reajustado, gerando um “represamento da inflação” por um período de 12 meses. As incertezas sobre a regulação, o preço do gás, e a

difficuldade de introduzir térmicas a gás num sistema dominado por hidroelétricas inibiram o desenvolvimento da maioria dos projetos de geração térmica.

Como já foi dito, no Brasil, o preço do gás natural em sua parcela de “*commodity*”¹⁹, é corrigida em função de uma cesta de óleos combustíveis, que têm seus preços reajustados sempre que o preço do petróleo sobe.

Por outro lado, temos ainda o problema do preço de venda da energia²⁰ produzida por meio da utilização do gás natural, preço esse que é estipulado em moeda corrente nacional. Todo esse contexto expõe as receitas²¹ das termoeletricas ao risco cambial, afastando os investidores.

Uma das formas de eliminar esses riscos seria atrelar o preço do gás natural ao dólar. No entanto, existem dois fatores relevantes que dificultam a dolarização do preço do gás natural com relação à tarifa, um, do ponto de vista legal, e outro, do ponto de vista econômico-social. Qualquer alteração a ser feita no preço do gás natural, ou da energia por ele produzida, implica na edição de uma lei específica e conseqüentemente está sujeita a fatores políticos e econômicos que, por sua própria natureza, são extremamente complexos²².

A Medida Provisória 1950-69 de 19.10.00²³, reeditada desde 1995, e convertida na Lei 10.192 de 12.02.2001, dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, e prevê em seu artigo 1º, § único, I, o seguinte texto :

“Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em REAL, pelo seu valor nominal”.

Parágrafo Único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I – pagamento expressas em ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira (...).” (grifos nossos)

¹⁸ O PPT nasceu de uma necessidade urgente de energia elétrica, provocada pela falta de uma política pública e planejamento para o setor de energia. Isso ocorreu, principalmente, pela falta de coordenação entre a ANP, a ANEEL e os Ministérios da Fazenda, Minas e Energia e Meio-Ambiente, coordenação essa que deveria ter sido feita pelo CNPE.

¹⁹ A Portaria conjunta Nº 3 do Ministério das Minas e Energia e Ministério da Fazenda, separa o preço do gás natural em duas parcelas: uma referente à matéria – prima, chamada “*commodity*” (utilizada para remunerar o produtor) e outra parcela chamada de transporte, que serve para remunerar as empresas que fazem investimentos em infra-estrutura de gasodutos, implementando o modelo conhecido como *unbundling*.

²⁰ A tarifa a ser cobrada do consumidor final é estipulada em R\$ (reais) e controlada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”).

²¹ O fluxo de caixa é a garantia de pagamento dos investimentos aportados para financiar o projeto.

²² A complexidade aduzida, ocorre em virtude da participação de vários entes nas mudanças necessárias para a alteração legal, dentre os quais, podemos destacar: Ministério da Fazenda, Ministério das Minas e Energia, ANP, ANEEL, Senado Federal, Câmara dos Deputados.

Temos ainda a Lei 8.880, de 27 de maio de 1994²⁴, que em seu artigo 6º tem a seguinte disposição:

"Art. 6º. É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado a variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal(...)".

A falta de paridade entre o preço da energia elétrica fixado em real e corrigida anualmente²⁵, e o preço do gás natural sujeito à variação cambial e correções periódicas com base em preços internacionais de uma cesta de óleos combustíveis, gera uma insegurança para os investidores que, praticamente, inviabilizou o Programa Prioritário de Termoeletricidade. De fato, por serem financiados através do *"project finance"*, há a exigência de um fluxo de caixa que dê garantia ao empreendimento.

Em matéria de controle de preços, a intervenção foi consequência direta da economia fechada à concorrência externa. De igual forma, o conceito de "Serviço Público" foi utilizado como ferramenta de proteção para numerosas atividades comerciais realizadas pelo Estado, que deveriam estar sendo regidas pelas leis de mercado. Num mercado maduro, há que se falar em coibição de abuso do poder econômico, mas não em controle de preços e outras avenças²⁶.

IV - O Transporte do Gás: Monopólio Natural e Livre Acesso

A indústria de gás natural é uma indústria de rede, cuja integração das atividades da cadeia gera economias de escala. O transporte e a distribuição possuem características de monopólio, já que há a necessidade de vultosos investimentos para a implantação de toda infraestrutura necessária.

Essa atividade é caracterizada por um custo fixo muito alto e um custo marginal relativamente baixo. Os investimentos realizados somente serão recuperados em longo prazo, logo há a necessidade de um comprometimento de longo prazo por parte dos consumidores – mercado - para garantir a recuperação dos investimentos realizados. Por essas razões, os investimentos em

²³ Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real. Esta Medida Provisória ("MP") é conhecida como a MP que desindexou a economia.

²⁴ Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.

²⁵ Art. 2º da Medida Provisória 1950-69 de 19 de outubro de 2000: "Art. 2º. É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

²⁶ VISCUSI, W. Kip. VERNON, John M. and HARRINGTON Jr., Joseph E. Economics of regulation and antitrust. Third Edition. Cambridge: The MIT Press. 2000. p. 295-337.

gasodutos necessitam de redes de distribuição local que concordem em assumir contratos de compra de gás de longa duração, e as redes de distribuição local também necessitam de um compromisso por parte dos consumidores residenciais e comerciais. Apesar da distribuidora deter um monopólio natural e a companhia que transporta – proprietária do gasoduto – podendo ser o seu único fornecedor, é importante entendermos que o gás natural também compete com outros produtos. As termoeletricas, por exemplo, podem escolher entre gás, óleo combustível, óleo diesel e carvão para produzir energia.

No caso brasileiro, especificamente, não há justificativa para construção de outro gasoduto ligando o Brasil e a Bolívia, pois é notório que ainda há uma ociosidade na utilização da capacidade do GASBOL. Não há demanda que justifique a construção de um novo duto, caracterizando tal atividade, como um monopólio natural. O monopólio natural existe quando somente há espaço (viabilidade econômica) para uma empresa na exploração de determinada atividade econômica. A inserção de mais um *player* teria como consequência a ineficiência produtiva de todos os agentes envolvidos, não cobrindo os custos de produção.

Podemos citar cinco características do monopólio natural: elevados investimentos, produção de bens considerados essenciais, impossibilidade de armazenamento em ocasiões de redução da demanda, existência de conexão física entre o usuário e fornecedor e a existência de um mercado que permita a realização de rendas.²⁷

O conceito que sustenta o monopólio natural é o da eficiência que ele poderá ter, notadamente originário da Escola de Chicago.²⁸

No entanto, em mercados extremamente desenvolvidos, admite-se haver mais de uma companhia proprietária de dutos que forneçam gás às companhias de distribuição de cada Estado, o que verificaremos no Capítulo V.

No caso do Brasil, especificamente, ainda existe o monopólio natural da atividade de transportes, por termos uma ociosidade de utilização dos dutos existentes. Há a necessidade de expansão do mercado consumidor para justificarmos a construção de novos dutos de transportes de gás, que propiciem a competição com relação à utilização e preço do pedágio pago para utilização do duto. No nosso entender, as companhias transportadoras de gás deveriam ser totalmente independente dos produtores e dos distribuidores. Tal independência geraria uma maior

²⁷ BERG, Sanford V. and TSCHIRHART, John. Natural monopoly regulation. Cambridge: Cambridge University press, 1988. p. 03.

²⁸ A Escola de Chicago tinha como principal característica a defesa da eficiência na alocação de recursos econômicos dentro de uma economia com menos intervenção possível. Defendia essa Escola que mesmo em caso de monopólio, caso esse gerasse eficiência econômica, deveria ser preservado. Contrário a ele tem –se a Escola de Harvard, que defende o maior número possível de empresas

competitividade no mercado, desde que o agente transportador estivesse limitado ao transporte, não tendo relação societária com os outros agentes da cadeia produtiva.

Ao examinarmos a questão do livre acesso, é importante observar que existem alguns modelos conforme os quais a indústria de gás pode se organizar. Modelos com uma empresa verticalizada integrada, quando essa empresa opera as três etapas, ou, modelos que impedem a mesma empresa de atuar em mais de um elo da cadeia. Nesse último caso, uma série de ajustes devem ser feitos para o bom funcionamento da estrutura. Um produtor poderia vender gás para o transportador ou até diretamente para o distribuidor (ou até para o consumidor final). Nesse caso, eles iriam contratar o transportador para entregar o gás para o distribuidor ou consumidor final.

Nos Estados Unidos, o *"Gas Act of 1938"* delegou competência a Comissão Federal de Energia (*"Federal Power Commission - FPC"*), para regular o transporte interestadual de gás natural. Nesse sentido, a FPC buscou desenvolver um mercado horizontalizado, onde empresas diferentes realizavam cada etapa da indústria.

Verifica-se que nos Estados Unidos havia uma preocupação em coibir a verticalização que gerasse um controle total do mercado, inibindo a livre concorrência. Nesse sentido, o *"Open Access Policy"* - Política do Livre Acesso - começou a se desenvolver. A portaria 436 permitiu a transportadora a adotar o sistema do *"open access"*. Nesse sistema, a transportadora deveria transportar gás para qualquer cliente, prevalecendo o princípio da isonomia, com o objetivo de se evitar qualquer tipo de discriminação entre os carregadores.²⁹

A instituição do *"open access"*, sem dúvida, contribuiu para o amadurecimento e desenvolvimento da indústria do gás nos Estados Unidos, fazendo com que em apenas 2 anos, mais de 75 por cento de todo o gás movimentado nos Estados Unidos, fosse sob o regime do *"open access"*.³⁰

Na Inglaterra, tínhamos uma estrutura muito parecida com a do Brasil, ou seja, mercado monopolizado por uma empresa estatal que atuava de forma verticalizada. Com o objetivo de promover a competição, através do *"Gas Act of 1986"*, que deu bases para a privatização da British Gas ("BG"), a Inglaterra estendeu o Livre Acesso a dutos de transporte de gás, mediante o

competindo a fim de gerar eficiência no mercado. Dentre os principais autores da Escola de Chicago, podemos citar: Milton Friedman, Jacob Viner, Henry Calver Simons, Aaron Director, Frank Knight, Ronald Coase, George J. Stigler and Harold Demsetz.

²⁹ É a empresa ou pessoa que utiliza o serviço de transporte de gás.

³⁰ MICHAELS, Robert J. The new age of natural gas: how the regulators brought competition. Regulation, Winter, 1993: 68-79.

pagamento do uso, a qualquer pessoa que o solicitasse. Não obstante, nos casos de conflito, o órgão regulador competente iria decidir sobre o caso.³¹

A Argentina adotou o modelo inglês de privatização que tentava criar mercados através da horizontalização da atividade. O princípio do Livre Acesso também foi utilizado no marco regulatório desse País, como forma de promover o desenvolvimento do mercado de gás natural, conforme verifica Jorge Bustamante:

*"Como en el caso de la energía eléctrica, el productor de gas cuenta con la libre disponibilidad de mismo, pudiendo venderlo directamente a los distribuidores, grandes usuarios e comercializadores. Para ello, el artículo 26 del marco regulatorio fija el principio de libre acceso no discriminatorio a la capacidad de transporte de los titulares de gasoductos (transportistas)."*³²

Conforme podemos verificar, o princípio do Livre Acesso não é um instituto novo, ele vem sendo largamente utilizado como forma de desenvolvimento da indústria e do mercado de gás natural, promovendo a livre concorrência entre os agentes.

Com o intuito de possibilitar o desenvolvimento de um mercado competitivo de gás natural no Brasil, buscou-se inicialmente estabelecer dois mecanismos básicos, através dos devidos instrumentos regulatórios: (i) separação das etapas potencialmente competitivas daquelas de natureza monopolista; (ii) livre acesso não discriminatório à infra-estrutura de transporte (Portaria 169 de 1998).

O objetivo das primeiras portarias da ANP era de estimular a entrada de novos *players* e favorecer a negociação de contratos de compra, venda e transporte de gás entre produtores, carregadores, transportadores e distribuidores.

Dentro do novo contexto de abertura do mercado de energia e de regulação, a ANP, através de competência atribuída pela Lei 9478/97, emitiu a Portaria 169, de 26 de novembro de 1998, instituindo o regime do livre acesso com o objetivo de ampliar o fornecimento de gás natural no mercado brasileiro.

Através da Portaria 169/98, tentou-se facultar a terceiros mediante remuneração adequada ao titular das instalações de transporte, a utilização dos dutos para o transporte de gás

³¹ ARMSTRONG, Mark. COWAN, Simon and VICKERS, John. Regulatory Reform: economic analysis and British experience. Fifth Printing. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 254-258.

³² BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Deregulacion: entre el derecho y la economia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999. p. 269.

natural, propiciando assim, o desenvolvimento da indústria e mercado de gás natural no Brasil, através do aumento da oferta. Seguindo os princípios adotados nos Estados Unidos, Inglaterra e Argentina, a Portaria versava em seu artigo terceiro, que o transportador permitiria o acesso não discriminatório de terceiros interessados à capacidade disponível e à capacidade contratada ociosa em suas instalações. Ela ainda tornava o mercado transparente a partir do momento que obriga o transportador a divulgar a capacidade disponível, quando requisitado. Desse modo, ele sempre estaria obrigado a dar o Livre Acesso, quando houvesse ociosidade na utilização dos dutos. Nos casos de conflito entre o terceiro interessado e o transportador, a ANP interviria como árbitro, resolvendo a questão.

A Portaria 169/98 permitia a livre negociação do preço da tarifa a ser pago pelo transporte do gás natural, a ser negociado entre o transportador e carregador. Caso não houvesse acordo entre transportador e carregador, a Lei 9478/97 atribuiu poderes a ANP para arbitrar o valor da tarifa de transporte a ser paga pelo carregador ao transportador.

O desenvolvimento do mercado competitivo no *midstream* revelou-se extremamente difícil, já que são necessários investimentos de grande porte, cujos riscos tendem a ser minimizados através da participação concomitante em outras atividades da cadeia gasífera (integração vertical/horizontal). Os mecanismos criados pela ANP não foram eficientes para estimular a entrada de novos agentes na atividade de transporte de gás.

Em abril de 2001, a Portaria do livre acesso foi revogada, e após mais de dois anos depois a ANP propôs três novas portarias de transporte. As novas portarias estabelecem um período de salvaguarda, que varia de quatro a oito anos, para o acesso de terceiros aos novos gasodutos de transporte.

Defendemos que a empresa responsável pelo transporte do gás natural deveria ser totalmente independente do produtor e/ou do distribuidor. Isso garantiria a lisura do processo de eventuais negociações entre carregadores e transportadores. Nesse contexto, o transportador agiria como um intermediário especializado em transportes, sendo remunerado por tal serviço através de tarifas previamente estipuladas. Esse modelo diminuiria as pressões que poderiam ser exercidas sobre o transportador por acionistas que estejam atuando nas outras etapas do mercado de gás natural. Assim, teríamos a independência necessária para o transportador agir promovendo o desenvolvimento desse mercado através de uma maior oferta de gás natural.

Por outro lado, temos o outro extremo como forma de desenvolver o mercado, que seria uma regulação rígida e independente por parte da agência, no sentido de estabelecer cotas e preço para o transporte.

V - O Monopólio Constitucional da Distribuição do Gás Canalizado

A Constituição da República Federativa do Brasil reservou aos Estados membros o monopólio da distribuição do gás natural canalizado ao dispor em seu artigo 25, §2º, o que se segue:

*“art. 25, §2º da C.F. – Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante a concessão de empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.”*³³

O Governo brasileiro, na reforma do Estado, na qual insere-se a privatização de uma série de empresas, tais como as de distribuição de gás canalizado, optou por manter essa atividade econômica como monopólio dos Estados membros. Aos Estados, restaram três opções: a primeira seria por própria conta e risco, desenvolver o novo mercado de gás natural que estaria nascendo. A segunda seria delegar ao capital privado através de concessão a exploração da distribuição de gás em determinadas áreas.³⁴ A terceira opção é a que foi adotada pela maioria dos outros Estados da Federação, onde não havia a menor infra-estrutura: os estados buscaram parcerias com companhias privadas, através de sociedades de economia mista, para estruturar as companhias de distribuição de gás locais. Podemos verificar que nesse sentido a Petrobras, através de sua subsidiária, a BR Distribuidora, estrategicamente posicionou-se como sócia em quase todas as distribuidoras de gás canalizado que foram criadas para atender a nova indústria do gás que está se formando.

Para entendermos o monopólio estadual de distribuição de gás canalizado, necessariamente devemos nos ater a dois importantes pontos: o primeiro, é a Constituição da República Federativa do Brasil, que implicitamente³⁵ considera o serviço de distribuição de gás canalizado como um serviço público, que de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, tem a seguinte definição:

³³ Emenda constitucional 05/95 permitiu ao Estado a concessão da distribuição de gás natural a empresas privadas.

³⁴ Essa opção foi à escolhida pelos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, onde já haviam companhias estruturadas com rede de distribuição, diga-se CEG e COMGÁS.

³⁵ A Carta Magna do País já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público Federal. Como é o caso do serviço postal e o Correio Aéreo Nacional. (art. 21, X). Entendemos que a enumeração dos serviços que o texto Constitucional considera públicos não é exaustiva. Ademais, muitos serviços públicos serão da alçada de Estados, Distrito Federal e Municípios. A noção de serviços públicos está diretamente ligada à forma e adequação do seu conceito.

“Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público”.³⁶

Cumpra observar que a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc...) que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade. Aliás, é por isso que as presta sob regime de Direito Público, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto. De fato, no modelo atual de Estado, este tem preferido transferir ao particular a prestação do serviço público, resguardando, porém o interesse da coletividade diante da prestação do serviço público por um particular.

Por outro lado, é fato que a distribuição de gás natural canalizado é um monopólio natural,³⁷ conforme verificamos anteriormente, se caracteriza pela viabilidade de somente um ente exercer determinada atividade econômica em determinada região. Dentro da teoria tradicional, o monopólio natural tem a vantagem de alcançar um elevado volume de produção com custos fixos mais baixos. Conforme verificado por Jorge Eduardo Bustamante:

“La teoría tradicional señala que el monopolio natural en sentido estricto (hard) se caracteriza porque al alcanzar un elevado volumen de producción la incidencia de los costos fijos se reduce respecto de cada unidad adicional; de ese modo, el costo medio de producción también se reduce, lográndose economías de escala.”³⁸

Nesse caso, há a necessidade de regulação por parte do Estado desse monopólio para coibir preços abusivos e para fiscalizar a qualidade da prestação do serviço.

Em sendo a distribuição do gás canalizado um monopólio natural, há um dilema de política pública de como a sociedade pode ter vantagens e regular a atividade desse agente que explora o mercado solitariamente.

³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2000. p. 575.

³⁷ Temos a modesta opinião de que a distribuição em varejo (residencial) seria um monopólio natural. No entanto, a distribuição em larga escala para indústrias e termoeletricas não é necessariamente um monopólio natural. Esse conceito é facilmente visualizado na experiência regulatória Inglesa, onde há uma liberdade para a tarifa praticada quando se tem atacado - grandes cliente - ao passo que para a distribuição domiciliar, tem-se um controle de preços.

³⁸ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Deregulation: entre el derecho y la economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999. p. 107.

O modelo de concessão do serviço de distribuição de gás canalizado é essencial, na medida em que determina uma série de obrigações para as companhias que prestarem o serviço. Ele estabelece a política de preços, qualidade dos serviços, lucros e outros. Não obstante, o governo possui mecanismos administrativos, através de agentes reguladores, diga-se no caso a ANP e agências estaduais competentes, para regular tal mercado de acordo com pareceres que devem obedecer única e exclusivamente a critérios técnicos, que propiciem o desenvolvimento do mercado e o interesse público.

Por ser a distribuição do gás canalizado um monopólio natural e uma “*public utility*”, entendemos que a competição não é o melhor mecanismo para o desenvolvimento do mercado, no sentido regulatório. Nesse caso, controles diretos são necessários para assegurar uma performance satisfatória. Mecanismos são necessários para controlar lucros excessivos, tarifas, qualidade dos serviços, expansão e abandono da atividade, permissão para entrada de novos agentes. Esse controle deve ser aplicado a indústria do gás e é conhecida como “*public utility regulation*”³⁹, ou traduzindo para o português, regulação das empresas prestadoras de serviços públicos.

Entendemos que a estrutura de distribuição se apresenta, inevitavelmente como monopólio natural. No entanto, conforme verificamos anteriormente, a distribuição e o transporte deveriam ser atividades totalmente independente, sem vínculos com a produção e o consumo do gás. A detentora da estrutura de transporte deveria ser remunerada por uma tarifa, ou pedágio, para utilização de serviços que deveriam ser regulados e arbitrados pelo órgão regulador, levando-se em conta o retorno do investimento e os custos de manutenção da estrutura. Nessas circunstâncias, poderíamos ter um mercado competitivo com vários fornecedores que estariam competindo entre si, promovendo o crescimento e o desenvolvimento do mercado.

Tema bastante controvertido e ainda pouco debatido, é a distribuição de gás natural para grandes consumidores. Nesse segmento, não deveria haver controle de preços, ambas as partes, distribuidora e empreendedor, podendo negociar as condições do fornecimento do gás.

No Reino Unido, existe a diferenciação entre o “*Tariff Customers*” e o “*Nontariff Customers*”, os primeiros, seriam os grupos de consumidores que estariam protegidos pelo controle de preços nas tarifas praticadas pelas distribuidoras. No segundo caso, os preços praticados seriam livres, pois esse grupo seria formado exclusivamente por grandes indústrias, termoeletricas, enfim,

³⁹ POSNER, Richard A. Natural monopoly and its regulation. Washington DC:1999, Cato Institute.

por grandes consumidores que teriam poder de barganha para negociarem melhores preços e condições para o fornecimento.⁴⁰

Verifica-se uma liberdade no sentido de promover a concorrência no mercado atacadista de gás natural, pois para grandes consumidores, há outras empresas que pudessem competir com a British Gas, evitando assim o abuso por parte da, então detentora do monopólio, e a necessidade de se regular o preço.

Na Argentina, o monopólio de distribuição é interpretado somente no que se refere aos considerados serviços públicos, sendo facultado a qualquer consumidor adquirir gás diretamente do produtor. Conforme afirma Jorge Eduardo Bustamante:

"Si bien el marco regulatorio, la distribución y transporte de gas como 'servicio público', por tratarse de un monopolio natural, en la práctica, la verdadera implicancia de dicho monopolio (en cuanto a la distribución) se refiere a los consumidores residenciales. Conforme al artículo 13 de la ley, cualquier consumidor podrá convenir la compra de gas natural directamente con los productores o comercializadores, pactando libremente las condiciones de transacción.

*Los consumidores que hagan uso de ese derecho (los grandes consumidores industriales o usinas eléctricas) pueden utilizar las instalaciones del distribuidor para transportar el gas adquirido directamente, abonando una tarifa. Asimismo, tienen la facultad de construir sus propios ramales de alimentación (art. 49)."*⁴¹

O Legislador Portenho se mostrou extremamente moderno e inteligente ao facultar a qualquer um a compra de gás diretamente do produtor e foi além, ao instituir o Livre Acesso a estrutura da distribuidora ao consumidor direto do gás. Certamente, isso se dará apenas com as grandes contas. Mas demonstra um interesse claro em se promover à concorrência e desenvolvimento do mercado através de uma maior oferta.

⁴⁰ ARMSTRONG, Mark. COWAN, Simon and VICKERS, John. Regulatory Reform: economic analysis and British experience. Fifth Printing. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 245-277.

⁴¹ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Deregulation: entre el derecho y la economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999. p. 269.

Entendemos que no Brasil, a interpretação de *serviços locais de gás canalizado* do artigo 25, §2º da Carta Constitucional, não é extensiva aos grandes consumidores, e consequentemente o legislador não estendeu a esse grupo de consumidores o monopólio garantido as distribuidoras.

Interpretação diferente seria extremamente retroativa aos conceitos da livre concorrência e desenvolvimento de mercado. Nenhuma Carta Magna deve proteger qualquer tipo de concentração, impor barreiras à livre concorrência ou dar privilégios a entes privados em setores onde não há necessidade evidente para tal imposição, com exceção dos casos de monopólio natural, conforme definido anteriormente.

VI - Regulação X Integração Regional

As principais razões que têm levado o Brasil a tentar aumentar a participação do gás natural em sua matriz energética são as seguintes: (i) necessidade de diversificação da matriz energética, diminuindo a dependência da geração hidroelétrica; (ii) opção política expressa na própria Lei do Petróleo, que em seu artigo 1º, inciso VI, prevê como um dos princípios da política energética nacional o incremento, em bases econômicas, da utilização do gás natural; (iii) a existência do gasoduto Brasil-Bolívia, que proporciona uma linha direta das reservas gigantes daquele país com o grande mercado consumidor brasileiro e, por último, (iv) a recente e grande descoberta da bacia de Santos, justificando o desenvolvimento desse grande mercado consumidor potencial que existe hoje no Brasil.

Como maior mercado consumidor potencial da América do Sul, as políticas públicas e a estrutura regulatória visando estimular o aumento da demanda de gás natural no Brasil têm repercussões em vários países da região, mais diretamente na Bolívia e na Argentina, como fornecedores naturais. Durante os anos 90 as interconexões de transporte de gás se consolidaram no Cone Sul, facilitando a entrada e substituição de outros combustíveis por este energético. Segundo recente estudo da ARPEL, as exportações de gás da Argentina e Bolívia com destino aos mercados do Chile, Brasil e mais recentemente o Uruguai, significaram um total de 18% da demanda da região em 2002. A expectativa é de que este intercâmbio alcance 30% da demanda da região em 2010.

O papel da regulação no setor de gás natural é de extrema relevância. A estabilidade das regras do jogo competitivo é elemento essencial para o desenvolvimento da indústria. Existe

hoje no Cone Sul uma ampla infra-estrutura de gasodutos, o que implica na interdependência na definição destas regras entre os diferentes países. Existem vários gasodutos bi-nacionais e a cadeia produtiva do gás possui segmentos alocados em países diferentes (ex: produção na Argentina, consumo no Brasil). O investidor tenta buscar uma coerência no plano da região, em termos de regulação: a harmonização das estruturas regulatórias, a estabilidade das regras, a clareza e a credibilidade do arcabouço jurídico são condicionantes para o estímulo aos investimentos. Mas como alinhar as regras em países com a indústria de gás natural em estágios tão diferentes ? Para nos situarmos, façamos uma breve comparação entre alguns países da região:

Argentina	setor de gás natural liberalizado – indústria madura – elevada participação na matriz energética
Brasil	em processo de liberalização – mercado incipiente, mas crescendo acima de 10% a.a.
Chile	importador - mercado também cresce acima de 10% a.a.
Bolívia e Peru:	grandes reservas – mercado doméstico pequeno

Um problema que se apresenta é que cada governo tenta criar regras tratando das particularidades da indústria de seus respectivos países. Além disso, a instabilidade política, econômica e/ou social prejudica sempre a tomada de decisões favoráveis que estimulem grandes investimentos em infra-estrutura, necessários no setor de gás natural.

O desenvolvimento dos mercados e, conseqüentemente, o incremento da integração, é muito prejudicado pelas crises econômicas nacionais, que obrigam os governos regionais a retroceder na liberalização do setor energético. No recente exemplo da Argentina, a Lei de Emergência Econômica (lei 25.561 de Emergência Pública e Reforma do Regime Cambiário) afetou o quadro regulatório vigente para contratos de concessão das empresas de serviços públicos, neutralizando as cláusulas relativas aos ajustes das tarifas em dólar e determinando a renegociação dos contratos de serviços públicos⁴².

A pesificação das tarifas públicas causou enormes prejuízos a várias empresas, pois muitas delas estavam endividadas em dólar, no mercado internacional. Como conseqüência, várias empresas entraram em *default* e continuam tentando renegociar as condições dos contratos, sem mencionar a série de procedimentos de arbitragem contra o Governo argentino. A mesma situação

⁴² ALMEIDA, Edmar de e ARAÚJO, Leandro dos Reis. *A Crise Argentina e o Setor Energético*, Boletim Petróleo & Gás Brasil – maio de 2002. Instituto de Economia/UFRJ – Grupo de Energia

difícil acontece no *upstream*, com a desvalorização cambial os preços do gás que caíram para níveis abaixo do custo de produção⁴³. A deterioração dos preços vem comprometendo novos projetos, inclusive o abastecimento de algumas distribuidoras de gás, o que obrigou a Enargas, órgão regulador argentino, a intervir em alguns casos no relacionamento entre os produtores e distribuidoras, para garantir o fornecimento.

A crise na Argentina fez reaparecer um velho fantasma das indústrias energéticas na América Latina: o conflito entre as políticas de controle inflacionário e a liberdade de preços no setor. Muitas soluções para a política setorial dependem do encaminhamento das questões em nível macroeconômico, já que nessas situações qualquer medida regulatória tem a eficácia bastante comprometida.

Mas apesar de todas as dificuldades, os primeiros passos rumo à integração regional no setor de gás natural já foram dados, e hoje a infra-estrutura de dutos interligando os países da região já existe. A Argentina conta com uma infra-estrutura significativa que permite a exploração das reservas de gás tanto para consumo interno quanto para exportar para os países vizinhos. Os países ou as empresas levaram adiante uma série de projetos, alguns já em operação, outros em execução ou em estudo. O Brasil representa um grande mercado potencial, o Chile, apresenta uma evolução importante na demanda de gás, a Bolívia o Uruguai e o Paraguai, em seu conjunto, constituem um mercado que não deve ser desprezado.

Outro aspecto que está sendo considerado é a exportação para a América do Norte, já que existem grandes chances que a produção da Argentina, Bolívia e Brasil venha a atender a demanda regional e apresentar um excedente, passível de ser exportado na forma de GNL. É importante frisar que a estratégia do Peru de processar o gás de Camisea para exportar para os Estados Unidos em um projeto que se encontra em desenvolvimento, reduz as chances da Bolívia fazer o mesmo, o que aumentará significativamente a importância do mercado brasileiro para escoar as reservas bolivianas.

Conclusão

Com a perda da capacidade de investimento do Estado brasileiro, uma série de medidas foram tomadas para garantir a volta do crescimento econômico e social em nosso País. Essa reestruturação foi capitaneada pela desburocratização, privatização e a redefinição do papel do

⁴³ Atualmente, o preço médio recebido pelos produtores de gás gira em torno de US\$ 0,35 por milhão de Btu

Estado na economia. A privatização fez com que o Estado deixasse de atuar como agente direto da atividade econômica, no que concerne os setores de infra-estrutura, no Brasil. Nesse novo cenário, o Estado deixou de ser agente do desenvolvimento econômico, para atuar como promotor e regulador.

Para que a regulação da indústria de gás natural alcance os seus objetivos, dentre os quais, desenvolver o mercado e aumentar o consumo do combustível, deve levar em conta todas as particularidades da indústria. Conforme mencionamos, a indústria do gás natural é uma indústria de rede, necessita de mercado consumidor imediato e as atividades de transporte e distribuição apresentam características de monopólio natural.

O transporte de gás, pela própria natureza do produto e estruturação de sua infra-estrutura atual no Brasil, apresenta-se sobre a forma de monopólio natural. Cabe ao órgão regulador buscar o equilíbrio no mercado, dando aos agentes participantes a faculdade de utilização dessa infra-estrutura. A companhia de transporte deve ter um tratamento totalmente independente, com relação as suas acionistas e/ou controladoras. Nossa estrutura atual apresenta-se de maneira verticalizada e dominada por um único agente. Cabe à Agência definir qual o nível aceitável de integração, e, a partir dessa premissa, promover a livre concorrência, quando possível, através, por exemplo, do livre acesso, instituto largamente utilizado nessa indústria ao redor do mundo.

A indústria de gás natural brasileira é nascente, portanto é impossível evitar a verticalização parcial da cadeia, já que isso reduz os riscos do investidor, o que garante a atratividade do negócio. Mas o regulador deve introduzir gradualmente limitações às participações cruzadas, para incentivar a entrada de novos agentes e introduzir a concorrência.

Com relação ao monopólio constitucional da distribuição, entendemos ser ele cabível, somente para a distribuição de gás a consumidores residenciais/varejistas. O legislador, a versar sobre gás canalizado, tinha em mente somente a distribuição para essa categoria de consumidores. O novo mercado atacadista de gás natural não deve ser monopolizado. Estaríamos retroagindo ao entendermos que nossa Carta Magna protegeria um monopólio privado.

Além de regras claras que norteiem as atividades de transporte e distribuição, outro ponto complexo e ainda sem solução é a questão do preço do gás. Enquanto não for equacionada essa questão, não haverá estímulo e garantias aos investidores na infra-estrutura do setor, e muito menos em termelétricas. A geração térmica pode ser um elemento chave para se desenvolver o mercado de gás e mitigar o risco hidrológico do sistema energético brasileiro. A política de preço deve levar em conta o preço da energia produzida X política monetária X risco de indexação da economia (já que qualquer oscilação na tarifa de energia elétrica tem impacto direto na inflação). A

modicidade tarifária é fator primordial para que o gás natural entre a cadeia produtiva brasileira, já que ele concorre com outros combustíveis. Outro ponto importante seria o subsídio consumidor residencial X comercial/industrial, já que este último tem acesso a uma tarifa mais baixa e é responsável pela maior parte do consumo de energia elétrica.

O Brasil ainda vive sob a sombra de uma grave crise energética por falta de planejamento e coordenação das políticas públicas visando incrementar a inserção do gás na nossa matriz energética. O tão necessário marco regulatório para o setor de gás natural no país surtirá efeitos concretos nos países vizinhos. O acesso não discriminatório à estrutura de transporte, a separação das atividades concorrenciais e monopólicas da cadeia do gás, e uma política de preços coerente teriam como resultado o estímulo à participação de novos agentes na região. O incremento substancial da demanda no Brasil será o fator chave para a integração do mercado de gás natural no Cone Sul.

Bibliografia

- ALMEIDA, Edmar de e ARAÚJO, Leandro dos Reis. *A Crise Argentina e o Setor Energético*, Boletim Petróleo & Gás Brasil – maio de 2002. Instituto de Economia/UFRJ – Grupo de Energia
- ALMEIDA, Edmar. *Fatores Indutores e Barreiras ao Comércio de Gás Natural no Cone Sul*. Site GASNET
- ANDERSON, Robert O. *Fundamentals of the petroleum industry*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1984.
- ANP, Séries. *Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros*. Rio de Janeiro: ANP, 2001.
- ANP. *Participações Cruzadas na Indústria Brasileira de Gás Natural*. Fevereiro/2002. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural – SCG/ANP
- BERG, Sanford V. & TSCHIRHART, John. *Natural monopoly regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Deregulacion: entre el derecho y la economia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999.
- COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Derecho y economia*, 2^a. ed. México D.F.: Fundo de Cultura Económica, 1999.
- D'APOTE, Sylvie. *Potencial e Perspectivas para o Desenvolvimento da Indústria de Gás Natural na América do Sul*. Boletim INFOPETRO Março/Abril 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação crítica*, 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARINHO JR., Ilmar Penna. *Petróleo, soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MERCURO, Nicholas & MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- MICHAELS, Robert J. *The new age of natural gas: how the regulators brought competition*. Cambridge: Harvard Express, 1993.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*, 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*, 30th anniversary edition. Washington D.C.: Catho Insititute, 1999.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- RICHARD, Efraín Hugo & MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societario, sociedades comerciales, civil y cooperativa*, 3^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- SMITH, Ernest E. *International petroleum transactions*. Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- STIGLER, George J. *Theory of economic regulation*. In *Bell Journal of Economics and Management Journal*, vol. 2, 1971.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUSLICK, Saul B. (org.). *Regulação em petróleo e gás natural*. Campinas: Komedi, 2001.
- TAVERNE, Bernard. *An Introduction to the regulation of the petroleum industry*. London: Graham & Trot man, 1994.
- VISCUSI, W. Kip. VERNON, John M. & HARRINGTON Jr., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust* 3rd ed. Cambridge: The MIT Press, 2000.
- WINSTON, C. *Economic deregulation of reckoning for micro economists*. In *Journal of Economic Literature* 31,p. 1263-89, 1993.
- YERGIN, Daniel. *The prize: the epic quest for oil, money and power*. New York: Published by Simon & Schuster. Rockefeller Center, 1992.