

1. INTRODUÇÃO

Por iniciativa da ANP (Agência Nacional do Petróleo), encontram-se em consulta pública as minutas de portarias que tratam do acesso não discriminatório (livre acesso) às instalações de gás natural. Tais portarias regulamentam o Art. 58 da Lei 9.478, que faculta a terceiros o uso das instalações de transporte de gás natural, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.

O ponto central para o desenvolvimento da indústria de gás natural em um regime concorrencial é a separação das etapas da cadeia produtiva potencialmente competitivas daquelas de natureza monopolística, de modo a atender ao máximo ao objetivo de introdução de concorrência no suprimento de gás.

De fato, uma vez que se trata de uma indústria de rede, a operação da rede física, neste caso a rede de dutos de transporte, constitui o segmento da indústria que tecnicamente mantém-se como monopólio natural, devendo por isso ser alvo de regulação, para que a competição possa manifestar-se nos demais segmentos, potencialmente competitivos.

Para tanto, o acesso não-discriminatório à rede de transporte de gás constitui mecanismo indispensável para prevenir práticas anticompetitivas, uma vez que cria as condições para que se manifeste a contestação do poder de mercado nos segmentos competitivos.

Observe-se que a necessidade de regulação do acesso não-discriminatório à rede de gasodutos torna-se ainda mais crucial para o desenvolvimento da indústria na circunstância em que o proprietário da rede de transporte também participa de outros segmentos, competindo de forma assimétrica com as demais empresas integrantes do setor.

De fato, quando o marco regulatório proíbe que o operador da rede de dutos de transporte atue nos demais segmentos da indústria, como ocorre em determinados países, reduzem-se os incentivos para que seu proprietário discrimine entre as empresas que solicitam acesso à rede de transporte.

De forma oposta, a literatura econômica é unânime em reconhecer que, quando a mesma empresa, concomitantemente, opera a rede de dutos de transporte e compete com outras empresas à montante ou à jusante da rede, passam a existir incentivos para que esta atue discriminando entre agentes que solicitem acesso à rede, ou mesmo que atue de maneira a impedir o acesso de seus competidores aos gasodutos, eliminando a concorrência e consolidando sua dominação sobre os diversos segmentos de mercado.

No caso brasileiro, em que a Petrobras opera tanto a malha nacional de dutos de transporte quanto o principal gasoduto que transporta gás importado da Bolívia, além de atuar em todos os demais segmentos da indústria de gás natural, torna-se imperioso garantir o acesso por terceiros à rede de transporte de gás.

Face à iminência do começo da produção de gás no Brasil por parte de outros agentes que não a Petrobras, que se encontram atualmente em fase de exploração, e face à existência de múltiplos agentes produtores de gás nos países que exportam o combustível para o País, garantir que o transportador atue imparcialmente e de forma independente dos interesses do seu acionista controlador é fator crucial para que se possa garantir a abertura e o desenvolvimento do mercado.

A Lei 9.478/97, que constitui o marco legal do gás natural e deu início à liberalização no setor, sob os auspícios da introdução de concorrência, não ignorou tais questões, estabelecendo em seu artigo 58 o princípio do livre acesso à rede de gasodutos de transporte, conforme abaixo:

“Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações”.

Seria, de fato, absolutamente incompatível com a introdução de concorrência, a abertura do mercado, a entrada de novos agentes e a atração de investimentos, promover a liberalização do setor sem que se prevenisse a possibilidade da incumbente fazer uso anticompetitivo do monopólio natural representado pela rede de gasodutos de transporte.

A ANP regulamentou pela primeira vez a questão do livre acesso através da Portaria 169/98. No início do ano de 2001, colocou em consulta pública a minuta de uma nova versão, que naquele momento representou importante aperfeiçoamento, pois incorporava a experiência acumulada ao longo de conflitos relativos ao acesso ao gasoduto Bolívia – Brasil, quando novos entrantes lograram obter acesso a transporte e, com isso, deram início à concretização do objetivo de introduzir a concorrência nesse segmento de mercado. Contudo, em abril de 2001, após a ANP determinar que a empresa controlada pela Petrobras contratasse transporte de terceiros, a Portaria 169/98 foi revogada – embora não tenham sido apresentadas maiores justificativas para tanto – e a consulta pública ficou inconclusa.

A revogação da Portaria de livre acesso, justamente após a ANP ter determinado que a TBG transportasse gás dos novos entrantes, na ausência do respaldo de publicação de nova norma, deu início ao enfraquecimento do processo de abertura do setor, o que veio a criar um vácuo regulatório e a erodir a credibilidade do regulador, em contraponto ao fortalecimento do poder da empresa incumbente.

Em agosto de 2003, o Ministério de Minas e Energia (MME) encaminhou por meio do ofício 1476/2003 à ANP diretrizes de política para o setor; tais diretrizes apontam para substancial mudança de rumo no processo de abertura do mercado de gás natural, na medida em que restringem a aplicação do conceito de livre acesso e introduziram novos conceitos, sob a alegação de *“redução de riscos que, sob a ótica do investidor, restringem a expansão da infra-estrutura de transporte, estimulando a construção de novos gasodutos.”*

A partir das diretrizes de política elaboradas pelo MME para a orientação do processo de regulamentação, a ANP elaborou novas minutas de portarias e disponibilizou-as para consulta pública em setembro último.

Entende-se que o espírito de tais minutas contraria o processo de abertura do mercado de gás e introdução da concorrência, uma vez que:

a) Subverte o conceito de livre acesso, ao propor o argumento de que, em troca do investimento, deve ser necessário proporcionar à empresa incumbente um ambiente regulatório que reforce seu poder de mercado, suprimindo a competição. Tal ambiente regulatório criará condições e incentivos para o exercício abusivo desse

poder de mercado. Ademais, estabelece uma moratória (ou derrogação) para o processo de livre acesso, condicionante este despido de qualquer amparo legal;

b) Representa um retrocesso na discussão do instituto do livre acesso e um questionamento do próprio princípio, uma vez que, até então, no âmbito das consultas públicas anteriores, discutia-se que tipo livre acesso seria desejado; a partir da presente proposta a discussão passa a ser, ao arrepio da Lei, se o livre acesso é desejável ou não;

c) Introduz elementos de proteção de mercado, pois a comercialização de gás natural, atividade eminentemente competitiva, passa a ser beneficiada com a outorga de um monopólio, uma vez que se cria a figura do “Carregador – Investidor” ao qual é conferida uma reserva de mercado de 4 a 8 anos;

d) Posterga a possibilidade de competição pelo mercado, seja em função da introdução da derrogação para o início do processo de livre acesso, seja pelo direito preferencial na renovação, o que, aliado à posição dominante da empresa incumbente, acabará por inviabilizar de forma definitiva qualquer possibilidade de competição no mercado de gás natural;

e) Mantém bloqueada a possibilidade de competição no mercado - no que respeita em particular à competição inter-combustíveis – na medida em que a incumbente mantém sua posição dominante também nos demais mercados de combustíveis e nas respectivas instalações de infra-estrutura e logística;

f) Cria a figura do Carregador-Investidor, conceito que vem a colidir com a própria Lei 9.478/97, que, em seu art. 65, prevê a separação entre essas atividades. Tal figura extemporânea contraria a regra, mencionada acima, de separação de atividades por segmentos em função do potencial de introdução da competição, condição necessária para a organização da indústria com base em um regime concorrencial, de atração de novos participantes e investimentos.

Assim, de maneira contrária aos objetivos do marco legal estabelecido para o setor de gás natural, tem-se assistido a um consistente adiamento do processo de abertura do setor, o qual, para a sua consolidação e desenvolvimento, não pode

prescindir do livre acesso à rede de gasodutos de transporte, segmento que se constitui tecnicamente em um monopólio natural.

Dessa forma, ao contrário do que se vem presenciando em outros setores regulados, onde foram implementadas diretrizes pró-competição, como no setor de telecomunicações e no setor elétrico, as propostas ora submetidas à consulta pública pela ANP vêm reforçar o poder de mercado da incumbente e inviabilizar a entrada de novos agentes no mercado. Tal iniciativa, como se procurará demonstrar, contraria não apenas a Lei do Petróleo mas a própria Constituição Federal, que inclui em seu artigo 170, como princípios da Ordem Econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa.

É de se esperar que a política pública sinalize uma opção pela competição e não por um competidor, no caso o incumbente, e a regulamentação deva garantir a efetiva e incondicional aplicação do regime de competição, no que, conforme se procurará demonstrar, o livre acesso é elemento central.

Entretanto, não obstante o absoluto sucesso da privatização das empresas distribuidoras no eixo Rio – São Paulo, assim como na ampliação das reservas, a penetração do gás natural na matriz energética vem sendo obstaculizada pela falta de competitividade no preço do gás, fruto da inexistência de competição no setor.

Acrescente-se ainda que a radical mudança de rumo, da explicitação dos termos do livre acesso para o questionamento de sua conveniência, incorpora um agravamento da percepção de risco regulatório por parte de entrantes no mercado e potenciais investidores que, indubitavelmente, repercutirá de forma negativa sobre as perspectivas de expansão e desenvolvimento do setor.

Deve-se lembrar que, conforme tem sido verificado pela literatura empírica recente, a percepção de que o órgão regulador está sujeito à captura política, atuando de forma desprovida da devida independência com relação ao governo, é fator agravante do risco regulatório, o que leva à crescente redução e encarecimento de investimentos.

Desenha-se, pois, um arcabouço institucional, caso sejam confirmados os conteúdos das propostas apresentadas, em que convivem, de um lado, um mercado

liberalizado, onde supostamente, floresce a competição e, de outro, um marco regulatório que introduz mecanismos que, ao reforçar o poder de mercado da empresa incumbente, conduzem a resultados de perda de bem-estar e eficiência econômica.

Não constitui tarefa difícil apontar como resultante desse desenho institucional ambíguo seus prováveis ganhadores e perdedores. A grande ganhadora é, sem dúvida, a empresa incumbente, que passa a contar com mecanismos de reforço de seu poder de mercado, além de condições para o exercício deste, já que a proposta de marco regulatório cria incentivos à adoção de condutas de eliminação de concorrentes, por meio de bloqueio de entrada no mercado.

Por outro lado, a sociedade como um todo, resulta como perdedora, representada tanto os consumidores finais de gás natural, quanto pela economia de uma forma geral já que, na qualidade de importante insumo industrial, a ausência de concorrência no setor de gás natural acarretará o encarecimento dos custos de investimento e de custos diretos ao longo das diversas cadeias produtivas.

A política para o setor de energia no Brasil encontra-se em uma encruzilhada; para o regulador o grande desafio é promover, de forma simultânea, incentivos para o investimento e a concorrência, representada pela entrada de novos participantes no mercado. No setor que ora se examina, a experiência recente tem demonstrado que, sempre que a empresa incumbente percebe qualquer ameaça à sua hegemonia, faz uso de seu poder de mercado por meio de ameaça de retração ou ampliação de investimentos na expansão das malhas de transporte.

Uma dificuldade adicional que merece destaque na discussão é que o atual marco regulatório incorpora mecanismos de regulação de conduta fracos; isso significa que a ANP não possui competência legal para impor penalidades que coíbam de forma suficiente e crível a adoção de práticas anticompetitivas de discriminação e exclusão. Com isso, agrava-se o quadro de assimetria no mercado, uma vez que nem as atuais concorrentes, desprovidas de salvaguardas para as suas posições de recém-entrantes no mercado, nem a própria ANP, esta carente de mecanismo mais severos de regulação, são capazes de fazer frente ao poder de mercado da incumbente.

Aos formuladores de política pública cabe, nesse ponto, ter em conta que a penetração do gás na matriz energética somente ocorrerá na medida em que a política setorial viabilize os investimentos em transporte e a criação de um ambiente verdadeiramente competitivo.

Para tanto, é preciso que seja retomada a trajetória, prevista na Lei, de implementação da concorrência no setor, reforçando o papel dos órgãos de defesa da concorrência como forma de fazer frente ao poder de mercado da incumbente.

Com isso, espera-se que se reafirme o compromisso com a participação de investimentos privados e a instalação da competição, ao contrário do quadro que se delineia por meio das propostas ora em discussão, que implicam o reforço do poder de mercado da empresa incumbente.

2. COMENTÁRIOS ACERCA DAS PROPOSTAS DE PORTARIAS DE REGULAMENTAÇÃO DO LIVRE ACESSO

Nesta seção procura-se comentar os principais aspectos que conformam as propostas de regulamentação do instituto do livre acesso, previsto na Lei. 9.478/97.

São três as portarias em questão:

1ª portaria – regulamenta o livre acesso às instalações de transporte dutoviário de gás natural;

2ª portaria – regulamenta os critérios tarifários para o transporte dutoviário de gás natural; e

3ª portaria – regulamenta a cessão de capacidade contratada de transporte dutoviário de gás natural.

Da primeira portaria, destacam-se os seguintes artigos:

Art. 1º Constitui objeto da presente Portaria a regulamentação do uso das Instalações de Transporte Dutoviário de Gás Natural, mediante remuneração adequada ao Transportador, respeitados os termos dos contratos em vigor.

Comentário: estabelece o objeto da regulamentação conforme consta da lei 9.478/97 e afirma o respeito aos contratos em vigor, iniciativa importante para reduzir a percepção de risco regulatório, mas que não deve engessar a possibilidade de efetiva regulamentação do livre acesso.

Art. 2º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I. Capacidade Contratada de Entrega: capacidade de retirada de gás natural em determinado Ponto de Entrega a qual o Transportador se obriga a disponibilizar para o Carregador, conforme o respectivo contrato de transporte;

II. Capacidade Contratada de Transporte: capacidade de transporte a qual o Transportador se obriga a disponibilizar para o Serviço de Transporte Firme, conforme o respectivo contrato de transporte;

III. Capacidade Disponível de Transporte: diferença entre a Capacidade Máxima de Transporte e a Capacidade Contratada de Transporte para o Serviço de Transporte Firme;

IV. Capacidade Máxima de Transporte: máximo volume diário de gás natural que o Transportador pode movimentar, no trecho de sua Instalação de Transporte, considerando as pressões dos Pontos de Recepção e Entrega, dentro das faixas de variação estabelecidas em contrato;

V. Capacidade Ociosa de Transporte: diferença entre a Capacidade Máxima de Transporte e o volume diário de gás natural programado para o Serviço de Transporte Firme;

VI. Carregador: empresa ou consórcio de empresas contratante do serviço de transporte de gás natural junto ao Transportador;

VII. Concurso Público de Alocação de Capacidade (CPAC): procedimento público de oferta e alocação de capacidade de transporte para Serviço de Transporte Firme;

VIII. Instalação de Transporte: conjunto de instalações necessárias à prestação do serviço de transporte dutoviário de gás natural, incluindo dutos, estações de compressão, de medição, de redução de pressão, de armazenagem e de entrega;

- IX. Instalação de Transferência: conjunto de instalações necessárias à movimentação de gás natural em meio ou percurso de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades;*
- X. Interessado: empresa ou consórcio de empresas que solicita formalmente o serviço de transporte dutoviário de gás natural;*
- XI. Mercado Emergente: mercado localizado em uma área geográfica limitada, correspondente a uma região de concessão estadual de distribuição de gás canalizado, na qual o primeiro fornecimento comercial de seu primeiro contrato de longa duração tenha sido efetuado há menos de 8 (oito) anos;*
- XII. Nova Instalação de Transporte: Instalação de Transporte com Autorização de Operação (AO) expedida há menos de 4 (quatro) anos, ao longo de toda sua extensão, conforme projeto aprovado, que não interligue Pontos de Recepção e Entrega já conectados por dutos existentes;*
- XIII. Ponto de Entrega: ponto no qual o gás natural é entregue pelo Transportador ao Carregador ou a quem este autorize.*
- XIV. Ponto de Recepção: ponto no qual o gás natural é recebido pelo Transportador do Carregador ou de quem este autorize;*
- XV. Serviço de Transporte Firme (STF): serviço de transporte no qual o Transportador se obriga a programar e transportar o volume diário de gás natural solicitado pelo Carregador, até a Capacidade Contratada de Transporte estabelecida no contrato com o Carregador;*
- XVI. Serviço de Transporte Interruptível (STI): serviço de transporte o qual poderá ser interrompido pelo Transportador, dada a prioridade de programação do Serviço de Transporte Firme;*
- XVII. Transportador: empresa ou consórcio de empresas autorizadas pela ANP a operar as Instalações de Transporte;*
- XVIII. Zona de Entrega: área geográfica limitada, correspondente à região objeto de concessão estadual de distribuição de gás canalizado;*
- XIX. Zona de Recepção: área geográfica limitada, contendo um ou mais Pontos de Recepção.*

Comentário: o artigo, que apresenta as definições necessárias à regulamentação, introduz as definições inovadoras de Mercado Emergente e Nova Instalação de Transporte.

Art. 3º O Transportador não poderá comprar ou vender gás natural, com exceção dos volumes necessários ao consumo próprio das Instalações de Transporte e para formação e manutenção de seu estoque operacional.

Comentário: ao proibir explicitamente o Transportador de comercializar gás, confirma a interpretação legal de separação da atividade de transporte e estabelece decisão importante em prol da necessidade, presente na literatura econômica, de separação de atividades por estágios da cadeia produtiva como garantia para operação da indústria em condições de eficiência.

Art. 4º O Transportador permitirá o acesso não discriminatório de Interessados às suas Instalações de Transporte, assim como a conexão de suas instalações com outras Instalações de Transporte, exceto nos casos em que a solicitação do serviço:

- I. refira-se a Novas Instalações de Transporte;*
- II. destine-se ao transporte de gás natural para Mercados Emergentes.*

Comentário: aqui fica estabelecido, de forma genérica, o livre acesso a instalações como princípio e regra, mas introduz-se a proposta de derrogação temporária do livre acesso.

De acordo com as definições propostas no artigo segundo, é vedado o livre acesso à instalação de transporte cuja primeira autorização de operação (AO) tenha sido expedida há menos de quatro anos, salvo se tal instalação interligar pontos de recepção e entrega já existentes

Ainda de acordo com as mesmas definições, é vedado o livre acesso às áreas de concessão estadual em que o primeiro contrato de fornecimento de longo prazo tenha sido celebrado há menos de oito anos.

Ambas hipóteses de derrogação do livre acesso, concedidas de forma automática pela minuta de portaria, não prevêm restrições ou compensações impostas ao carregador a que se concede o monopólio.

A proposta aqui presente, apresenta flagrante desconformidade com o que se encontra estabelecido na Lei do Petróleo, já que tal Lei não autoriza a derrogação do livre acesso, o que torna ilegal sua implementação no Brasil.

Além disso, o artigo deixa de atender ao interesse público quando suprime a concorrência e impede, de plano, a transferência de renda do carregador para a sociedade, sem que se preveja, ou possam ser previstos, mecanismos compensatórios.

Parágrafo Único - As condições operacionais necessárias à conexão de Instalações de Transporte de distintos Transportadores, incluídas as conexões de fronteira do país, serão formalizadas em acordos de interconexão.

Comentário: prevê a necessidade de formalização, na forma de contratos chamados acordos de interconexão, da conexão de instalações.

Art. 5º O Transportador atenderá Interessados em contratar Serviço de Transporte Interruptível, utilizando-se da Capacidade Ociosa de Transporte, sempre que o trecho solicitado em sua Instalação de Transporte esteja operando, na média diária dos 6 meses anteriores, a pelo menos 70% de sua Capacidade Máxima de Transporte, o que evidencia o risco de interrupção que caracteriza este serviço.

Comentário: Introduce-se o parâmetro de 70% de ocupação da capacidade máxima de transporte nos últimos seis meses para a obrigação de disponibilização de STI; só assim ficaria caracterizada a interruptibilidade. Dificulta o desenvolvimento do STI, com o intuito de proteger o carregador pioneiro, que contratou capacidade para STF, deixando de considerar, contudo, que o STI apresenta características que o diferenciam do STF, o que faz com que a demanda por um e por outro tipo de serviço sejam também diferentes.

Parágrafo Único - Os volumes destinados ao Serviço de Transporte Firme terão prioridade de programação sobre o Serviço de Transporte Interruptível.

Comentário: STF terá prioridade de programação sobre o STI, regra que atende aos princípios econômicos e legais de razoabilidade.

Art. 6º Os serviços de transporte de gás natural serão formalizados em contratos, padronizados para cada modalidade de serviço, explicitando:

I. tipo de serviço contratado;

II. termos e condições gerais de prestação do serviço;

III. Capacidades Contratadas de Transporte entre zonas de Recepção e zonas de Entrega;

IV. Capacidades Contratadas de Entrega por Ponto de Entrega;

V. Tarifas;

VI. prazo de vigência.

Comentário: o serviço de transporte deverá ser formalizado em contratos padronizados que deverão ser submetidos à ANP com trinta dias de antecedência. A medida é fundamental para reduzir a possibilidade de discriminação entre agentes. Ademais, aumenta a capacidade de monitoração da ANP.

Parágrafo Único - Os Transportadores enviarão à ANP os modelos de contrato previstos no caput desse artigo, no prazo de 30 (trinta) dias antes da sua aplicação.

Art. 7º Toda Capacidade Disponível de Transporte para a contratação de STF em Instalações de Transporte em operação será ofertada e alocada segundo os procedimentos de CPAC, observado o art. 4º desta Portaria.

§1º O Transportador submeterá à aprovação da ANP, no prazo de 30 (trinta) dias anteriores a divulgação, o regulamento do CPAC, que detalhará os procedimentos de oferta e alocação de capacidade para STF.

Comentário: a capacidade disponível, e não a ociosa, será ofertada para a alocação de STF, através de CPAC, excetuando-se os gasodutos em que se pratica a derrogação do livre acesso.

A ANP assume papel passivo na determinação dos termos do regulamento do CPAC, consolidando um espaço restrito de intervenção regulatória para a garantia de regras que impeçam condutas discriminatórias.

§2º Caso a Capacidade Disponível de Transporte de que trata o caput deste artigo seja resultante do fim do prazo de vigência de contrato de STF, o Carregador possuidor deste contrato terá preferência na recontratação da capacidade, desde que ofereça as mesmas condições da melhor proposta apresentada no CPAC.

Comentário: Se o CPAC se der em função do fim do prazo de um contrato, o carregador que toma parte deste contrato terá preferência desde que apresente as mesmas condições da melhor proposta do CPAC. Assim, ao se estabelecer esse direito de preferência, afasta-se a possibilidade do carregador incumbente disputar em igualdade de condições com os demais carregadores no CPAC.

Art. 8º O regulamento do CPAC observará os princípios da transparência, da isonomia e da publicidade e disporá sobre:

- I. Critérios e procedimentos para o dimensionamento do projeto de expansão de capacidade, quando aplicável;*
- II. Zonas de Recepção e Entrega atendidas;*
- III. Custo médio ponderado de capital, refletindo as condições de mercado e os riscos associados à prestação do serviço;*
- IV. Metodologia de cálculo da tarifa de transporte;*
- V. Critério de alocação de capacidade entre os Interessados baseado no menor preço de gás natural ofertado;*
- VI. Condições para o redimensionamento do projeto de expansão de capacidade, quando aplicável;*
- VII. Qualquer outro aspecto considerado relevante pelo Transportador.*

Parágrafo Único – Em caso de empate no processo de alocação da capacidade a que se refere o Inciso V, será priorizado o interessado que detiver menor participação na Capacidade Contratada da referida Instalação de Transporte.

Comentário: todos os condicionantes e termos do CPAC são livremente estabelecidos pelo Transportador. O que cria condições para que a incumbente possa dificultar a operacionalização do livre acesso, sem que a ANP disponha de mecanismos para se opor a tais obstáculos.

Em caso de empate no CPAC vencerá quem tiver a menor participação na capacidade contratada na instalação. Tal medida, contudo, é inócua, caso se garanta o direito de preferência, tal como proposto na redação do §2º do artigo anterior, já que a incumbente não precisa concorrer com as demais no CPAC. Para o caso de novas instalações, a derrogação de livre acesso conforme proposta na minuta, transforma também em inócua a presente medida. Ademais, propostas antigas da ANP já foram mais contundentes no que tange à limitação do poder de mercado de empresas incumbentes.

Não há, pois, no presente texto, medidas que possam limitar a participação de mercado da incumbente, o que restringe a possibilidade de assegurar a entrada de novos agentes, conforme objetivo do atual marco legal do setor.

Causa preocupação, a partir do texto ora sob consulta pública, a inexistência de hipóteses de perda de capacidade de STF em função de sua não utilização, o que facilita o uso anticompetitivo da contratação de STF.

Da segunda portaria – que trata da regulamentação dos critérios tarifários para o transporte dutoviário de gás natural, destacam-se os seguintes artigos:

Art. 3º As tarifas de transporte de gás natural não implicarão tratamento indevidamente discriminatório ou preferencial entre usuários.

Comentário: introduz-se aqui a possibilidade de tratamento discriminatório ou preferencial, por meio da tarifa de acesso, em virtude da possibilidade de qualificação da discriminação como devida ou indevida. O texto conforme redigido, não especifica parâmetros para distinguir o que é legítimo ou não nesse particular, impondo à ANP uma regulação caso a caso para que se consiga coibir eventuais abusos.

Art. 5º A tarifa do serviço de transporte firme será estruturada, no mínimo, com base nos seguintes encargos:

I. Encargo de capacidade de entrada: destinado a cobrir os custos fixos relacionados à capacidade de recepção, as despesas gerais e administrativas e os custos fixos de operação e manutenção;

II. Encargo de capacidade de transporte: destinado a cobrir os custos de investimento relacionados à capacidade de transporte;

III. Encargo de capacidade de saída: destinado a cobrir os custos fixos relacionados à capacidade de entrega;

IV. Encargo de movimentação: destinado a cobrir os custos variáveis com a movimentação de gás.

Comentário: o artigo dissecar os custos associados ao transporte de gás natural, definindo custos fixos de recepção e de entrega, custos de investimento e custos variáveis. Essa decomposição é indispensável para que se estabeleça padrões de eficiência ao desenho de tarifas.

Art. 6º A tarifa do serviço de transporte interruptível será estruturada com base em um único encargo volumétrico, cujo valor será estabelecido em função da probabilidade de interrupção e demais condições deste serviço, tomando como referência o serviço de transporte firme.

Comentário: a tarifa de STI terá por base a do STF e será definida em função da probabilidade de interrupção do serviço e por suas demais condições.

Art. 7º As tarifas propostas para serviços diversos dos serviços de transporte firme e interruptível terão por referência a tarifa do serviço de transporte firme, observado o disposto no art. 4º desta Portaria.

Comentário: tarifas de outros serviços terão por base o STF.

Art. 8º A tarifa mínima para a capacidade de transporte adicional, criada a partir de investimentos em expansão da infra-estrutura de transporte, será igual ao maior valor entre a tarifa compartilhada, calculada com base na capacidade e nos custos associados à instalação de transporte existente e à sua expansão, e a tarifa incremental, calculada com base na capacidade e nos custos adicionais associados apenas à expansão da instalação de transporte.

Parágrafo único: No caso da adoção da tarifa compartilhada, as tarifas dos contratos firmes existentes antes da referida expansão serão ajustadas de modo a observar a redução do custo unitário de transporte.

Comentário: a tarifa mínima que remunerará o transporte após expansão de infraestrutura será escolhida entre a tarifa compartilhada, que incorpora custos já realizados na instalação mais aqueles associados à sua expansão, e a tarifa incremental, que envolve apenas os custos associados à expansão da instalação, considerando-se a maior dentre as duas.

A diluição dos custos originais é repassada para os contratos originais caso a tarifa compartilhada seja a escolhida.

Art. 9º O transportador repassará a todos os carregadores firmes 90% (noventa por cento) do resultado da venda de serviços de transporte interruptíveis, decorrentes da utilização de capacidade ociosa de transporte, descontados os tributos a serem recolhidos, aplicáveis a cada Carregador, de forma proporcional à ociosidade de cada contrato no correspondente trecho utilizado.

Comentário: carregadores de STF receberão 90% da venda de STI, proporcionais à capacidade ociosa de cada contrato. Visa a impedir que o transportador ganhe duas vezes sobre a capacidade de transporte.

Art. 10 As reduções nas tarifas de transporte previstas nesta Portaria estarão condicionadas à comprovação, por parte do carregador, do repasse integral ao preço de venda do gás, caso este seja comercializado.

Comentário: a tarifa de transporte de gás que esteja sendo comercializado apenas poderá ser reduzida caso o carregador comprove que o repasse será totalmente realizado.

Da terceira portaria, que trata da cessão de capacidade contratada de transporte, destacam-se os seguintes artigos:

Art. 3º O carregador, titular de um contrato de serviço de transporte firme, poderá ceder a um terceiro não transportador, total ou parcialmente, sua capacidade contratada de transporte, respeitados os direitos contratuais do transportador, podendo celebrar, caso necessário, aditivo ao contrato de transporte vigente, relativo à capacidade cedida.

Parágrafo único - A cessão de capacidade não liberará o carregador cedente de suas obrigações contratuais frente ao transportador, exceto em caso de acordo expresso com o transportador, podendo implicar a assinatura de novo contrato de transporte entre o transportador e o carregador cessionário.

Comentários: o Carregador poderá ceder sua capacidade de transporte, respeitados os direitos contratuais do Transportador.

Art. 4º As operações de cessão de capacidade serão previamente informadas ao transportador e à ANP.

§ 1º O carregador cedente apresentará previamente à ANP as etapas previstas para a oferta pública de capacidade e procedimentos isonômicos de alocação da capacidade de transporte oferecida, exceto nos casos previstos no § 3º do presente artigo.

§ 2º O transportador poderá realizar, em nome do carregador cedente, as etapas de oferta e alocação de capacidade referidas no caput deste artigo, mediante remuneração a ser negociada entre as partes.

§ 3º As operações de cessão de capacidade contratada de transporte realizadas entre empresas controladas ou coligadas ou por um prazo máximo de 02 (dois) anos poderão ser negociadas diretamente entre o carregador cedente e o carregador cessionário, incluindo-se as condições de preço e forma de pagamento.

Comentário: a cessão de capacidade deve ser efetuada por meio de oferta pública de capacidade, salvo se para controladas ou coligadas, ou se pelo prazo máximo de dois anos.

Do exame das propostas de portarias, conclui-se que todos os aspectos que levantam polêmica, por restringir as condições de livre acesso e ausência de discriminação previstas em lei, estão presentes na primeira portaria proposta. Assim, são as questões constantes dessa minuta que deverão receber maior atenção ao longo desta análise.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DAS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

Comentam-se nesta seção os principais aspectos e implicações de natureza jurídica das referidas propostas, com ênfase no exame das relações entre a regulamentação apresentada nas minutas e o marco legal brasileiro, conformado pela Lei do Petróleo (lei 9.478/97), a Lei de Defesa da Concorrência (lei 8.884/94) e os princípios constitucionais que conformam a Ordem Econômica, no art. 170 da Constituição Federal.

3.1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O artigo 170 da Carta Magna apresenta os Princípios Gerais da atividade econômica. De acordo com o *caput* do artigo, a finalidade da ordem econômica é assegurar a existência digna, prescrição esta influenciada pela Constituição de Weimar (1919).¹

Apresenta também o *caput* do artigo o primeiro dos princípios, qual seja, o da busca da justiça social. A justiça social, no âmbito do capítulo da ordem econômica, deve ser entendida como a justa repartição dos bens econômicos entre os membros da coletividade, de maneira mais equânime possível.

A seguir, os incisos do artigo 170 apresentam outros princípios, dentre os quais devem-se destacar:

III – função social da propriedade – afasta o aspecto individualista da propriedade. Toda propriedade já vem com uma hipoteca social, nos dizeres atuais da Igreja. Vale dizer, a propriedade deve ser utilizada no interesse comum, da coletividade, devendo ser repugnados os interesses egoísticos. Nesse sentido, os bens tidos como essenciais devem ser utilizados de forma a determinarem um aproveitamento eficiente e tendo como norte a maximização do bem comum.

IV – Livre concorrência – tal princípio, como uma manifestação da liberdade de iniciativa, apresenta-se como um dos princípios ordenadores da ordem econômica, prescrevendo, em síntese, que a ordem econômica brasileira está assentada em um ambiente competitivo, no qual os agentes podem desenvolver suas possibilidades livremente. O ambiente concorrencial gera, em última análise, uma melhora nas

¹ José Afonso da Silva in Curso de Direito Constitucional positivo, Malheiros, p. 740.

condições de qualidade, preços e disponibilidade de alternativas de escolha para o consumidor, além de fomentar o desenvolvimento tecnológico, econômico e social.

É mister destacar que, outros princípios estão previstos no artigo 170 e que uma leitura inadequada destes pode levar a um falso paradoxo. Desta forma, é necessário que uma correta interpretação constitucional seja realizada para que todos princípios possam ser respeitados simultaneamente.

Nesse sentido, as regras de hermenêutica constitucional têm o importante condão de compatibilizar as normas constitucionais para que **todas tenham aplicabilidade.**

Canotilho e Moreira² enunciam que a interpretação constitucional deve ser realizada de modo a evitar a contradição de suas normas (princípio da unidade da constituição). Continuam, ao tratarem da concordância prática ou da harmonização, afirmando que se exige a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, **de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.** Segundo os autores, a contradição dos princípios deve ser superada por meio da redução proporcional do âmbito de alcance, **sendo vedada a interpretação que anule em definitivo um princípio** em detrimento de outro.

Deveras, conforme ensina com propriedade Eros Grau³, o que se deve fazer é atribuir o devido peso aos diversos princípios, permitindo resolver um aparente conflito entre ambos.

Neste sentido, **é incabível a interpretação constitucional que venha a afastar em absoluto o princípio da livre concorrência,** com base, p.ex. no argumento falacioso de respeito incondicional à uma política industrial. Da mesma maneira, o princípio da função social da propriedade não pode ser negligenciado ante a uma crença pura e egoísta em outra regra, qual seja o direito individual à propriedade.

3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PROPOSTA DE PORTARIA DA ANP

² Canotilho, J.J. e Moreira, Vital (Fundamentos da Constituição) Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p-136.

³ Eros Roberto Grau, A ordem Econômica na Constituição de 1988, cit. p.110.

Com a promulgação da Lei n. 9748/97, a Lei do Petróleo, foi criada a ANP, órgão dentre cujas competências encontra-se a de autorizar e regulamentar a atividade de transporte de petróleo e gás natural, conforme o inciso V do art. 8.º, da Lei retro-mencionada.

Uma vez inseridas no ordenamento jurídico nacional, as normas aplicáveis ao setor petrolífero passam a obedecer a uma escala hierárquica de valores a começar pelas normas presentes na Constituição Federal. Em seguida teríamos a Lei do Petróleo, regulamentando os preceitos constitucionais. Por fim, os regulamentos presidenciais, do Conselho Nacional de Política Energética e da ANP.

Em face da criação da ANP, o papel dos regulamentos presidenciais ficou bastante reduzido, conforme adverte Carlos Ari Sundfeld⁴, subsistindo, contudo, alguns, como os decretos 2457 e 2455 de 1988, o decreto 2953 de 1999 e o decreto 3520 de 2000.

Com relação ao poderes da ANP, contudo, como todo poder administrativo, é preciso que sejam esclarecidos os **seus limites e alcances**. O sistema brasileiro, nos termos atuais e conforme a lição da mais autorizada doutrina, admite a expedição de regulamentos e portarias pelas agências reguladoras previstas constitucionalmente, sendo este o caso da ANP.

Contudo, é importante destacar que tais regulamentos devem seguir e respeitar previsões legais previamente estabelecidas. São as chamadas **leis quadro (loi-cadre)**⁵ ou standards. Estas leis, como o próprio nome deixa transparecer, fixam os limites da atuação do órgão regulador com relação ao seu poder normativo.

Por óbvio então, que **os regulamentos ou portarias expedidas não podem ir de encontro aos preceitos legais, hierarquicamente superiores aos regulamentos**

⁴ Carlos Ari Sundfeld – Direito Administrativo Econômico. Malheiros, São Paulo

⁵ Manuel Gonçalves Ferreira Filho. O processo legislativo. P.171., afirma que, originalmente concebidas por Leon Blum, como leis definidoras de um quadro de princípios a partir dos quais se desdobraria a regulamentação editada pelo Executivo, a designação de lei-cadre foi adotada de forma deturpada pela Lei 17.08.1948, para designar uma lei aprovada por decurso de prazo. Não obstante, ao analisar o regime constitucional de 1958, menciona a existência no vigente sistema Francês, de regulamentos de complementação e de matérias em relação às quais cabe à lei, tão somente estabelecer princípios fundamentais a serem observados pelo Executivo em sua regulamentação (ob. Cit p.176-177).

e limitadores do alcance destes regulamentos. Assim, cabe à lei determinar as linhas gerais e aos regulamentos trazer as especificidades técnicas ou particularidades sobre o assunto.

É latente pois, que um regulamento não pode contrariar uma previsão da lei quadro. Pode, quando muito, explicitar ou esclarecer um conteúdo da lei quadro. Nunca eliminar um preceito expressamente previsto na legislação que o autoriza.

Acrescente-se a esse ponto decisão do STF que, em sede de liminar na ADIn n.º 1.668,

“adotou interpretação conforma à Constituição para dispositivos que reconheciam competência normativa à Anatel, impondo-se conhecer que tal poder apresentava natureza regulamentar e deveria observar os limites legais.”⁶

Nesse sentido, a proposta de portaria da ANP sobre o livre acesso não pode, sob pena de patente ofensa ao princípio da legalidade, afastar a previsão da legislação de livre acesso contida no artigo 58. Ressalta-se que o livre acesso é condição para que o preceito da livre concorrência seja respeitado.

Ademais, vale lembrar que, a confirmar tal afastamento, a referida proposta de Portaria contrastaria também com o inciso IX do art. 1.º da Lei do Petróleo, que estabelece a promoção da livre concorrência como princípio e objetivo da política energética nacional.

A posição de destaque para semelhante princípio, dá-se em função de a indústria petrolífera representar um setor regulado, mas que, por lei, não se submete à regulação de preços.

A regulação de preços por parte do Estado ocorre excepcionalmente, apenas mediante previsão legal, e visa à reprodução de resultados eficientemente obtidos. Na ausência de previsão legal para a utilização da tal instrumento

⁶ Justen Filho, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 538, 539.

regulatório é a dinâmica concorrencial que irá permitir ao mercado alcançar preço e nível de produção eficientes.

O renomado publicista Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, esclarece com precisão que os princípios jurídicos devem ser entendidos como

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Outrossim, vale lembrar que os serviços de transporte de gás natural são feitos mediante autorização. Conforme Carlos Ari Sundfeld⁸, este fato demonstra a clara opção do legislador constituinte por promover a livre concorrência nesses setores. Esclarece o autor que

*“A distinção legal, para a indústria do petróleo, entre concessão e autorização está em parte ligada ao programa de desregulação,. **As atividades autorizadas serão exercidas num regime de liberdade de competição**” (grifo nosso) .*

Continua adiante, afirmando que

*“para implantar a competição não basta simples abertura do mercado. É preciso utilizar instrumentos fortes para garantir o espaço dos novos empreendedores. Entra aqui o direito de acesso à estrutura vital pra desenvolver sua respectiva atividade. Neste sentido, a Lei do petróleo e sua regulamentação procuram criar obrigações especialíssimas aos donos das instalações de infra-estrutura de transporte, especialmente os condutos e os terminais. Para haver competição na importação ou na exportação, por exemplo, **é preciso amplo acesso às vias de transporte**” (grifamos).*

⁷ Celso Antonio Bandeira de Mello– Curso de Direito Administrativo, p.450 e 451 – Malheiros , SP.

⁸ Direito Administrativo Econômico – Malheiros. P.395 e segs.

Aqui destaca-se a importância do setor de transporte dentro da indústria do petróleo, como peça fundamental e foco da intervenção regulatória, para que a disciplina da livre concorrência seja implementada.

Por fim acrescenta o autor que tamanha a importância do acesso à infra-estrutura de transporte existente que a Lei do Petróleo determinou que PETROBRÁS, até então dona de todos oleodutos em nosso território, criasse uma subsidiária específica de transporte. Ou seja, **impôs-se a separação entre as atividades de produção, de distribuição e de transporte**⁹. Desta maneira, temos uma empresa cuja única atividade é a do transporte que será obrigada a contratar, em igualdade de condições, tanto com a sua controladora quanto com as demais competidoras desta.

Neste ponto, cresce em importância a participação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE, SDE, SEAE), na tarefa de coibir os abusos de poder econômico que eventualmente possam resultar do quadro de concentração econômica e existência de poder de mercado que têm caracterizado a indústria de petróleo e gás.

3.4. A LEI Nº 8.884/94 (“LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA”) E A LEI Nº 9.478/97 (“LEI DO PETRÓLEO”)

Conforme já dito, a Constituição de 1988 estabelece entre os princípios que fundamentam a ordem econômica a livre concorrência (art. 170, IV). Mais do que isso, a Carta previu que a lei deveria reprimir o abuso do poder econômico, a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º).

Inegável é, como também já explanado, que toda atividade regulatória estatal deve estar pautada pelos princípios constitucionais da ordem econômica. Neste

⁹ Tal entendimento, incorporado pelo Legislador, é acompanhado por vasta literatura de ordem conceitual e empírica, que indica que a atuação de uma empresa em segmentos sujeitos à regulação e segmentos concorrenciais, simultaneamente, gera incentivos à restrição à concorrência, por parte desta empresa e em função de seu poder de mercado, naqueles segmentos concorrenciais. A respeito ver o respeitado estudo da OECD (Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento) *When Should Regulated Companies be Vertically Separated*, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs – Committee on Competition Law and Policy, Janeiro de 2000.

particular vale mencionar o conceito de regulação apresentado por Vital Moreira, segundo o qual entenderíamos por atividade regulatória

“o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.¹⁰

No âmbito da regulação estatal estão compreendidas, por conseguinte, atividades como a de coordenar, fiscalizar, dirigir, incentivar, fomentar, planejar, organizar, assim como coibir ou dissuadir condutas consideradas lesivas, atividades essas necessárias para se atender aos ditames da ordem pública em consonância com os objetivos da ordem econômica constitucional.

Com efeito, conforme explica Floriano Marques Neto

“a regulação estatal sobre a economia pode se voltar para uma atividade econômica (em sentido amplo) cuja fruição seja considerada essencial para a coletividade a ponto dela ser titularizada pelo Estado como um serviço público, justificando sua prestação em regime de direito público (como ocorre com algumas atividades do setor de telecomunicações, energia elétrica e transportes). Pode se voltar a atividades, também relevantes, mas que não justificam a sua sujeição ao regime derogatório das regras de mercado, apesar de sujeita-la a normas e padrões regulatórios (o que acontece no setor de saúde e medicamentos, ou mesmo no setor financeiro). Pode decorrer do fato de que a atividade regulada envolva a utilização de um bem escasso, essencial à vida coletiva (como acontece com o setor de petróleo e gás e, mais recentemente, com os recursos hídricos)”.¹¹

Essa regulação estatal, voltada para uma atividade econômica específica, é denominada de regulação setorial.

Como também explica Floriano:

¹⁰ MOREIRA, Vital. “Auto-regulação profissional e administração pública”, Coimbra, Almedina, 1997, p. 34.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A importância da Independência do Regulador. Site da Rede de Pesquisadores em Regulação e Direito da Concorrência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (www.ipea.gov.br/regula), p.3.

*“Diversamente ocorre em outra linha de manifestação a regulação estatal. Ao contrário do que ocorre com a regulação setorial, há a macro regulação cujo foco não é um setor da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados como centrais para a ordem econômica. Neste quadrante estamos diante da regulação estatal que se justifica na defesa de objetivos gerais da ordem econômica, particularmente a defesa dos interesses do consumidor e da competição”.*¹²

Deve-se dizer, antes de tudo, que a regulação setorial nunca poderia substituir a regulação da concorrência, ou ainda do consumidor. Poderia sim, e aliás deve, incorporar como pauta a promoção ou tutela da concorrência, nunca derogando as competências previstas em lei, mas observando o princípio constitucional da livre concorrência, como também a própria política energética nacional, cuja livre concorrência constitui também princípio, constante do artigo 1º, IX, da Lei do Petróleo.

Lembre-se que a regulação moderna ocupa-se de introduzir a concorrência, objetivamente, quando possível e quando não virtualmente, por meio de incentivos que mimetizem seus efeitos sobre eficiência econômica e bem-estar. Assim, é de se esperar que as competências das agências regulatórias de serviços públicos, criadas a partir dos processos de privatização da segunda metade da década passada, sejam complementares às competências dos órgãos de defesa da concorrência.

É importante ter em conta que o arcabouço legal de defesa da concorrência não prevê exceções à aplicação da lei. Conforme mencionado, a livre concorrência tem o status de princípio basilar da ordem econômica na Constituição Federal e esta prevê, sem identificar exceções, que a lei reprimirá toda a ofensa a esse princípio. Na prática, temos, portanto, que todos os setores regulados estão necessariamente sujeitos à legislação de defesa da concorrência.

Ainda sobre a relação entre regulação setorial e regulação da concorrência, é importante observar que a Lei do Petróleo estabelece como um de seus princípios a livre concorrência, como não poderia deixar de ser, mas isso não confere

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A importância da Independência do Regulador, cit., p.3.

competência a ANP, de forma alguma, para decidir sobre questões de imunidade à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, assim como para decidir sobre infrações à ordem econômica ou atos de concentração.

Antes, pelo contrário, a Lei do Petróleo é clara ao separar as competências regulatórias, quando determina à Agência que, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, comunique ao CADE e à SDE para que tomem as providências cabíveis no âmbito da legislação pertinente, conforme previsto em seu artigo 10º.

Da mesma forma, a Lei de Defesa da Concorrência também é clara ao não isentar qualquer setor da economia de sua esfera de regulação, no que se inclui, evidentemente, o setor de Petróleo e Gás. Com efeito, prescreve o artigo 15 da Lei de Defesa da Concorrência que:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Assim, como salienta Calixto Salomão¹³ o direito positivo nacional não previu a possibilidade de isenção antitruste. O artigo 15 da Lei 8884/94 expressamente prevê que a Lei aplica-se **a pessoas físicas ou jurídicas de direito público** ou privado . Não há que se falar, pois, em isenção antitruste, sobretudo no caso em análise que a Lei do Petróleo prevê a livre concorrência como um dos seus princípios, atribuindo ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a competência para exercício destas funções.

Ademais, observe-se que o artigo 7º da Lei 8884/94 estabelece que:

“Art.7º - Compete ao Plenário do CADE:

(...)

*X - **requisitar** dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as*

¹³ Calixto Salomão Filho, Direito Concorrencial, As estruturas, Malheiros, São Paulo

medidas necessárias ao cumprimento desta lei;” (grifo nosso)

Ora, vale destacar que, neste caso em particular, as entidades envolvidas na regulação são pertencentes ao Poder Executivo Federal e caberia ao CADE requisitar o cumprimento da Lei, frise-se. Vale destacar que a requisição, ao contrário da mera solicitação ou requerimento, tem clara natureza compulsória e impositiva, tamanha a importância dos princípios perseguidos pela norma antitruste.

Ainda, corroborando este entendimento e destacando a importância da legislação concorrencial, sendo por óbvio incabível a isenção antitruste, prescreve no artigo 36 da referida lei que:

“Art. 36. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência” (grifo nosso)

Assim, resta latente por mais este dispositivo que a preocupação concorrencial não pode ser afastada, muito pelo contrário, diga-se, deve ser um norte nas análises setoriais, em estrito respeito aos preceitos constitucionais antes citados.

Destarte, a opção no ordenamento brasileiro pela articulação complementar, pela qual as duas esferas de regulação citadas articulam-se de forma harmônica, com linhas nítidas de separação entre uma e outra competência regulatória, resta nítido em nossa legislação.

É certo que a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não os autoriza a invalidar ou censurar as pautas políticas que sejam estabelecidas pelo poder público para implementar a competição em setores em fase de transição do monopólio público para o regime de mercado. Contudo, é inegável que a competência do poder público e das agências no estabelecimento **não os autoriza** a restringir de qualquer forma a livre concorrência, sob qualquer justificativa.

Vale destacar que, já em diversas oportunidades, o Cade, autoridade máxima em defesa da concorrência na esfera administrativa, manifestou-se de forma contundente sobre a ausência de exceções à lei de defesa da concorrência. À guisa de exemplo, leia-se a seguinte passagem do voto do Conselheiro Celso Campilongo¹⁴:

“Toda e qualquer isenção antitruste deve ser explícita, e ela inexiste no Direito brasileiro. Aliás, se existisse, seria claramente inconstitucional. (...) “Como inexiste disposição de lei que afaste a competência do Cade qualquer setor de mercado, não há que se cogitar da competência de outros órgãos sem incidir em gritante inconstitucionalidade.”

¹⁴ Aditamento ao voto no AC 08012.6762/2000-09, Banco Finasa de Investimentos S/A.

3.5. O LIVRE ACESSO DA PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO

No exercício da atividade econômica, os agentes econômicos estabelecem relações, ditas verticais, de fornecimento ou de consumo dos bens e serviços, de tal modo que se formam cadeias produtivas em que cada agente é, ao mesmo tempo, consumidor de bens e serviços dos agentes que lhe estão à montante e fornecedor de bens e serviços para agentes que lhe estão à jusante.

É possível que, em algum ponto ou segmento de tais cadeias, um agente venha a se deparar com um segmento composto por apenas um fornecedor do bem ou serviço em questão, um monopolista, com o qual torna-se imperioso comercializar sob pena de o agente em questão ser excluído da atividade que desempenha.

Nesses casos, o monopolista que esteja operando um segmento que apresente características de monopólio natural, ou seja, onde não seja economicamente viável a existência de mais de um ofertante naquele segmento da cadeia produtiva, pode causar prejuízos à concorrência nos segmentos da cadeia à jusante ou à montante, caso lance mão de práticas que restrinjam de forma discriminatória o rol de agentes com os quais estabelecerá relações comerciais.

Deve-se ressaltar que o transporte de gás natural, que se dá através da rede de gasodutos construída com tal finalidade, apresenta características de monopólio natural, conforme reconhecido pela literatura econômica, de sorte que sua duplicação implicaria em ineficiências cujos efeitos atingiriam a sociedade como um todo, conforme ensina o Professor Marçal Justen Filho¹⁵:

“..., o monopólio natural, indesejável sob o prisma da ausência de concorrência, envolve um benefício potencial para o consumidor. Por um lado, o monopólio natural se configura quando a natureza da atividade e as circunstâncias a ela inerentes tornam economicamente inviável a multiplicação das estruturas empresariais para produção e (ou) circulação de bens e serviços. Isso equivale a afirmar que a supressão do monopólio configuraria solução de menor eficiência econômica, acarretando elevação dos preços praticados em face do consumidor. Mais ainda, as hipóteses de monopólio refletem situação de retornos crescentes de escala. São as hipóteses em que a ampliação do número de consumidores

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 33.

permite benefícios crescentes para todos, especialmente para os futuros consumidores.”

A ameaça à livre concorrência torna-se mais provável ainda, sempre que o agente que opera isoladamente um segmento da cadeia produtiva atua também nos demais segmentos, competindo com outros agentes¹⁶. Nesses casos, o monopolista passa a ter incentivos para restringir o acesso de seus concorrentes nos segmentos competitivos aos bens por ele produzidos ou serviços por ele prestados, eliminando assim a concorrência à montante ou à jusante do monopólio. Tal prática anticompetitiva, denominada de *market foreclosure* (fechamento de mercado) se refere à prática, executada por uma firma dominante de negar ou dificultar acesso adequado a qualquer insumo ou serviço essencial.

Face à necessidade de reprimir tais condutas, surgiu no seio do Direito Concorrencial a Teoria das Instalações Essenciais, também chamada das Facilidades Essenciais, ou, ainda, dos Bens Essenciais, nome derivado da língua inglesa, em que recebeu o nome de *Essential Facility Doctrine*¹⁷.

Construído com base nesta Teoria, o princípio do acesso necessário, ou do livre acesso, preconiza, em suma, que o fato de um determinado agente deter a titularidade de instalações em um segmento de monopólio natural não autoriza o mesmo a fazer uso exclusivo dessas instalações e nem tampouco o autoriza a estipular livremente as exigências que imaginar para fornecer o acesso às mesmas.

Segundo a doutrina da *Essential Facility* seriam considerados essenciais, conforme explica Ana Maria Nusdeo:

“estruturas, sistemas e equipamentos necessários à prestação de serviços pelas várias prestadoras, mas que não podem ser duplicados por cada uma delas. Além disso, as empresas com controle dessas estruturas ou equipamentos poderiam discriminar as outras, suas concorrentes no mesmo

¹⁶ A esse respeito, observe-se o comentado acima, à nota 9.

¹⁷ Tal doutrina, referida em português como das instalações essenciais, tem origem na jurisprudência firmada pela Suprema Corte Norte-Americana com a aplicação da legislação de defesa da concorrência naquele país (em particular o Sherman Act) a partir do caso *Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 US 585, 1985.

*ou em outro mercado, inviabilizando seu acesso aos tais equipamentos e sistemas ou aumentando seus custos”.*¹⁸

Corroborando com esse entendimento, e também deixando clara a perfeita aplicação dessa doutrina ao presente caso, temos Calixto Salomão:

*“A essential facility doctrine foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível **minimamente** competir sem que exista acesso a esse bem”.*¹⁹

A jurisprudência do CADE também é importante para estabelecer um claro entendimento de que os gasodutos são, sem contestação, bens essenciais, nesse sentido citamos o ex-Conselheiro do CADE Celso Campilongo, nos autos do Processo Administrativo nº 53500.000359/99 (apenso à Averiguação Preliminar nº 53500.002586/98), no qual figuram como Representante a TVA Sistema de Televisão S/A e como Representadas a TV Globo Ltda e a TV Globo São Paulo Ltda.:

“A facilidade essencial implica, no mínimo, as seguintes condições:

- (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência;*
- (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura;*
- (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência;*
- (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente;*
- (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.” (grifo nosso)*

Com efeito, como visto, na existência de uma *essential facility*, que têm os

¹⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A Regulação e o Direito da Concorrência. In *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 159-189. (Coord. Carlos Ari Sundfeld)

¹⁹ *Regulação da Atividade Econômica*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 54.

gasodutos de transporte como exemplo típico, o controle por um monopolista de um material ou equipamento que seja essencial para o desenvolvimento de um concorrente pode levar à inviabilização da competição e, conseqüentemente, causar prejuízos à coletividade, razão pela qual os ditames concorrenciais visam preservar o amplo acesso não discriminatório aos mesmos.

Não é por outra razão que a recusa em atender ao direito de acesso incontestavelmente configura um ilícito antitruste, conforme mostra a jurisprudência estrangeira, consubstanciada no caso MCI Communications Corp. v. AT&T, em que os juízes do Tribunal de Apelação do 7º Circuito (Chicago) **entenderam que a recusa de conceder acesso a uma infra-estrutura essencial se considera ilícita se presentes as seguintes condições:**

- a) A infra-estrutura essencial deve estar sendo controlada por uma empresa monopolista.
- b) A empresa concorrente pretendente ao acesso não deve estar em condições, na **prática ou em termos razoáveis, de duplicar tal infra-estrutura;**
- c) A efetiva recusa de conceder o acesso à infra-estrutura;
- d) O acesso à infra-estrutura deve ser tecnicamente disponível.

Nesse sentido, deve-se observar que o cumprimento do dever de oferecer o acesso só estará plenamente caracterizado quando o titular do bem conseguir suprir os agentes econômicos que dele dependem de forma similar à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo.

O direito de acesso é, por isso, instrumento indispensável à realização do princípio da livre concorrência, e tem por objetivo atender ao interesse público, porquanto é por meio desse instituto que se pode implementar concorrência em uma indústria que se confronta com segmentos, à jusante ou à montante, que operam sob condição de monopólio natural.

Dessa forma, para viabilizar a livre concorrência, de acordo com os ditames legais e constitucionais brasileiros e, assim, resguardar o interesse público, restringe-se o direito à propriedade do agente que opera o monopólio natural, limitando sua faculdade de escolher com quem ele irá ou não contratar.

No ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de acesso aos bens considerados essenciais, por motivos de interesse público, não é em nada estranho, já que resta resguardada pela Constituição de 1988, artigo 5º, XXIII, a regra de que toda propriedade deverá atender a sua função social.

Tal regra foi consagrada como princípio da ordem econômica nacional e a função social da propriedade consta do artigo 170 da Constituição, juntamente com o princípio da livre concorrência, além de outros.

O livre acesso encontra, pois, motivos claros de interesse público, visando eliminar, ou ao menos diminuir, os efeitos nocivos de uma *essencial facility*.

No caso dos gasodutos, aliás, o interesse público no direito de acesso torna-se explícito e incontestável, haja vista que a atividade regulada em questão envolve a utilização de bem escasso e esgotável, essencial à vida coletiva.

Não foi por outro motivo que o **Novo Código Civil, em seu artigo 1.285**, resguardou o direito de passagem de tubulações por meio de propriedades privadas, deixando claro que o interesse público no desenvolvimento desse mercado de gás é mais importante do que o interesse do particular em ver resguardada a sua propriedade, ressalvado o pagamento de possível indenização dependendo do caso.

No mesmo sentido, previsão específica consta da Lei nº 9.472/97 (“Lei Geral das Telecomunicações”), em seu artigo 73, buscando garantir o acesso aos bens considerados essenciais:

“Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros

serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. *Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.”*

Por razões assemelhadas, o legislador evidenciou na **Lei do Petróleo**, em seu **artigo 58** o direito de acesso mediante devida remuneração ao proprietário da infraestrutura, conforme transcrito abaixo.

“Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.

§ 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

§ 2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.”

Conforme depreende-se do texto, a legislação brasileira posiciona-se de forma enfática no que se refere ao livre acesso a instalações de transportes de gás natural.

De fato, a Lei do Petróleo não faz distinção entre dutos existentes ou que venham a ser construídos, nem diferencia entre os postulantes ao livre acesso, facultando o acesso às instalações a qualquer interessado.

Ainda com relação à utilização da capacidade dos dutos de transporte, o mesmo artigo, em seu parágrafo 2.º, estabelece que a ANP pode regular a preferência de utilização das instalações por seus proprietários, com vistas à máxima utilização da capacidade de transporte.

Deve-se ressaltar que a regulação permitida por tal parágrafo não pode ser interpretada de forma livre, mas sim restritivamente, já que não se pode admitir que a ANP faça uso de tal ditame legal para autorizar a ampliação da preferência de uso das instalações por seus proprietários, sob o risco de contrariar o princípio do livre acesso, o caput do artigo 58 da Lei, o princípio constitucional da livre concorrência, princípio este que também orienta a própria Lei do setor, além de contrariar o próprio espírito da Lei do Petróleo, que previu o estabelecimento da dinâmica concorrencial como substituto da regulação de preços para as indústrias de petróleo e gás natural.

A leitura do art. 59, abaixo transcrito, do mesmo diploma legal, dá sinais claros do viés em prol do livre acesso aos gasodutos de transporte pretendido e estabelecido pelo legislador quando da definição do marco legal para o setor.

“Art. 59. Os dutos de transferência serão reclassificados pela ANP como dutos de transporte, caso haja comprovado interesse de terceiros em sua utilização, observadas as disposições aplicáveis deste Capítulo”.

Os chamados dutos de transferência são aqueles dutos que, em função de sua localização geográfica apresentam interesse apenas para seu proprietário e, sobre eles, não recai a obrigatoriedade do livre acesso.

Entretanto, o legislador, cioso da importância de se garantir o acesso a dutos de transporte por parte de terceiros, estabeleceu no artigo acima explicitado que na hipótese de um agente comprovar o interesse econômico na utilização daquela instalação até então tida como de transferência, esta deverá ser reclassificada como duto de transporte sobre ela passando a incidir os ditames do art. 58 acima expostos.

Novamente fica claro que o legislador procurou resguardar o setor de situações em que o livre acesso pudesse ser obstaculizado mediante disputas acerca da natureza dos dutos, e o fez através de norma assaz incisiva.

No que se refere à remuneração dos proprietários das instalações de transporte, ela deve ser adequada, conforme estipulado no caput do art. 58, e poderá ser fixada

pela ANP, no caso de disputa entre acessante e acessado acerca do *quantum* que se faz devido, nos termos do parágrafo 1.º do mesmo artigo.

Quanto às especificidades da indústria brasileira de gás natural, verifica-se que a necessidade da garantia do livre acesso nos serviços de transporte de gás é ainda mais evidente, pelas duas razões que ora se apresentam.

Em primeiro lugar, tem-se que a indústria de gás natural brasileira é marcada pela posição dominante da empresa incumbente em todos os seus segmentos.

Diante de tal estrutura de mercado, caracterizada pelo fato de a empresa incumbente aliar a operação da rede de gasodutos de transporte e a existência de integração vertical ao longo da indústria, em que verifica-se a presença da empresa nos seus demais segmentos, **assegurar o livre acesso aos gasodutos de transporte faz-se imprescindível para permitir o florescimento da dinâmica concorrencial pretendida pelo legislador, tornando viável a entrada de novos agentes no mercado.**

De forma complementar, devemos lembrar, conforme mencionado acima, que o modelo de indústria do gás natural preconizado a partir da Constituição Federal e pela Lei do setor prevê uma indústria liberalizada, na qual não haveria regulação de preços por parte do órgão regulador.

Assim, face à inexistência de mecanismos legais que permitam regular o preço do gás natural, a supressão da competição através da ereção de barreira regulatórias intransponíveis, certamente criaria as condições para a extração de rendas de monopólio por parte da empresa incumbente, acompanhada, obviamente, pela perda de eficiência e de bem-estar por parte da sociedade, sub-produtos de tal extração de renda monopólica.

Já a experiência legislativa estrangeira corrobora imensamente a determinação da necessidade da fixação do livre acesso aos gasodutos. Reconhecendo o transporte como ponto chave para a introdução da concorrência no setor de gás, buscam-se em outras legislações formas da regulação do seu funcionamento, seja por meio de *unbundling* contábil ou societário, restrições estruturais ou metodologias de pedágio de acesso.

Países como Argentina, Austrália, Espanha e Inglaterra adotam medidas como as citadas, sendo importante ressaltar que tão somente os Estados Unidos, que é um mercado imensamente desenvolvido, faz o controle do direito de acesso exclusivamente por meio da análise de condutas, não existindo contudo qualquer isenção antitruste a esse setor também nesse país, como no Brasil se pretende propor.

3.6 O ANTEPROJETO DE LEI DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS

O capítulo III do Anteprojeto de Lei que “dispõe sobre a gestão, organização e controle social das Agências Reguladoras visando a alteração da Lei 9986/2000 trata especificamente da interação operacional entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência, quais sejam CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça; SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Este anteprojeto de lei foi colocado em consulta pública pela Casa Civil da Presidência da República em setembro passado.

Prescreve o §3º do artigo 17 do anteprojeto que as agências reguladoras **solicitarão parecer dos órgãos integrantes do SBDC, previamente à adoção de normas e regulamentos que possam implicar mudanças nas condições de concorrência dos setores regulados.**

Ora, é bem verdade que se trata de um anteprojeto de lei, contudo é inegável a intenção do governo de promover forte interação entre os órgãos do SBDC e as agências reguladoras.

Tendo como clara a opção do governo, em total sintonia com as competências dos componentes do SBDC, assiste plena razão à formulação de uma consulta ao CADE sobre a os projetos de portaria da ANP em relação aos aspectos concorrenciais.

O instituto da consulta ao CADE encontra fundamento nos incisos, XVII e XVIII do art. 7.º da Lei n.º 8.884/94, e tem sua regulamentação na Resolução n.º 18/98 do CADE.

De acordo com tal resolução, o CADE deve responder a consultas que lhes sejam formuladas, sobre práticas em tese ou em andamento que possam ensejar infração da ordem econômica.

Quanto a seus requisitos, permite-se que qualquer interessado formule consultas ao CADE sobre matérias de sua competência, devendo a consulta conter a indicação precisa de seu objeto, bem como sua fundamentação jurídica, além de conter a comprovação do legítimo interesse da consulente.

Em sua resposta à consulta, o CADE poderá: (a) indicar a inexistência de infração à ordem econômica sobre a prática da conduta em tese ou em andamento, objeto da consulta; (b) caracterizar a conduta em tese como infração à ordem econômica; (c) indicar a existência de indícios de infração à ordem econômica na prática em andamento, determinando o envio dos autos à SDE/MJ, à ANATEL, ou a qualquer outro órgão competente para a instauração de averiguação preliminar ou processo administrativo, conforme o caso; ou (d) determinar outras providências que julgar necessárias.

A consulta ao CADE deverá ser respondida em até sessenta dias, a contar da data de distribuição da consulta a seu relator, restando facultado ao Presidente do CADE, mediante indicação do Relator, convidar a consulente a prestar esclarecimentos perante o Plenário do CADE.

À consulente é permitido, ainda, mediante requerimento fundamentado, formular ao Relator pedido de sigilo nos termos do artigo 10 do Regimento Interno do CADE, ou mesmo um pedido de inclusão da consulta em sessão reservada para julgamento.

3.7. CONCLUSÃO DOS ASPECTOS JURÍDICOS

Procurou-se comentar nesta seção os principais aspectos e implicações de natureza jurídica das referidas propostas, com ênfase no exame das relações entre a

regulamentação apresentada nas minutas e o marco legal brasileiro, conformedo pela Lei do Petróleo (lei 9.478/97), a Lei de Defesa da Concorrência (lei 8.884/94) e os princípios constitucionais que conformam a Ordem Econômica, no art. 170 da Constituição Federal.

Concluiu-se que quaisquer propostas de regulamentação de dispositivos da Lei do Petróleo devem observar o ditame constitucional, e princípio da Lei 9748/97, da livre concorrência.

Nesse sentido, a atual proposta de regulamentação do livre acesso a gasoduto carece de fundamento jurídico, e respaldo legal, por pretender impedir a concorrência em uma indústria cujo marco legal não apenas prevê, mas exige, que se instale dinâmica concorrencial para que possa operar de forma eficiente e benéfica para a sociedade.

Concluiu-se, também, pela inafastabilidade da competência do CADE para julgar questões afeitas à defesa da concorrência na indústria de gás natural, e sugeriu-se que os órgãos do SBDC sejam ouvidos ao longo do processo de confecção das Portarias que irão regulamentar o tema ora em tela.

4. ASPECTOS ECONÔMICOS DAS PROPOSTAS EM QUESTÃO

4.1 A OPOSIÇÃO ENTRE INVESTIMENTO E CONCORRÊNCIA

A proposta de regulamentação ora em consulta pública deixa transparecer o entendimento de que existe apenas conflito entre os objetivos de promoção do investimento e promoção da concorrência. Pretende-se aqui demonstrar que tal percepção, embora amparada em questões objetivas, presentes na experiência brasileira e de outros países, deixa de lado diversas dimensões do problema que, se adequadamente consideradas, revelam o potencial de compatibilidade entre os objetivos, atingida por meio de regulamentação de qualidade.

A insipiência do mercado de gás natural no Brasil e a premência da realização de investimentos de longo prazo de maturação, que implicam pesados custos irrecuperáveis, tais como os que caracterizam aqueles necessários à montagem de

um sistema de transporte que interligue centros produtores e consumidores de gás, somada à necessidade de garantia de demanda em contratos firmes de longo prazo, como condição para a obtenção do financiamento necessário a tais investimentos, formariam um conjunto de fatores incompatíveis com o princípio da concorrência traduzido nas regras de livre acesso.

Tal conflito poderia ser descrito de acordo com os seguintes elementos:

- 1) o investimento para a construção de infra-estrutura de transporte demandaria, para a obtenção de financiamento, garantias de demanda a longo prazo capaz de prover um fluxo esperado de rendimentos futuros compatíveis com as obrigações financeiras assumidas pelo investidor;
- 2) o princípio do livre acesso estimularia o comportamento oportunista por parte de carregadores que prefeririam aguardar que concorrentes incorressem nos custos de realização de investimentos na montagem de infra-estrutura de transporte para então obter acesso a ela, face à vigência do princípio legal;
- 3) tal incentivo ao comportamento oportunista geraria, em contrapartida, desestímulo ao investimento, de forma coerente com o que postula a teoria microeconômica no que tange ao tratamento da questão do “carona” (*free rider*);
- 4) em face desse dilema, caberiam medidas de restrição da concorrência – no caso, do livre acesso a redes de transporte de gás – como forma de induzir resultados eficientes por meio da geração de incentivos ao investimento;
- 5) o afastamento – temporário ou localizado – da concorrência para os carregadores tidos como potenciais investidores propiciaria as condições de estímulo ao investimento, visto que viabilizaria a apropriação por parte do investidor dos rendimentos associados a esse esforço.

Esse entendimento baseia-se em exemplos tópicos que compõe a experiência internacional, em particular nos Estados Unidos e na União Européia, onde se observou a introdução de concorrência quando da desregulamentação dos mercados de gás natural em ambientes em que anteriormente haviam sido realizados

investimentos – associados a contratos de longo prazo –, em condições regulatórias distintas.

Dessas experiências colheram-se indicações como o conceito de custos de transição (*stranded costs*). Tais custos são aqueles incorridos por empresas de serviço público em virtude de mudanças no ambiente regulatório em relação ao ambiente vigente no momento em que foram realizados os investimentos. Nos Estados Unidos, durante a transição representada pelo processo de desregulamentação do mercado de gás, a recuperação desses custos por meio de contrapartidas financeiras foi fundamental para a garantia de sobrevivência de empresas vinculadas a contratos de *take-or-pay* e também como medida redutora do risco regulatório, que teria encarecido futuros empreendimentos.

Note-se que na experiência norte-americana, de onde se derivou o conceito, só são considerados custos de transição aqueles que não podem ser totalmente recuperados por meio de tarifas de serviços em um mercado competitivo e que não teriam sido incorridos caso o mercado fosse competitivo à época.

Outra indicação colhida da experiência mundial foi a prática de derrogação de livre acesso adotada topicamente na União Européia, em circunstâncias especiais.

Quando se examinam as propostas de regulamentação em consulta pública, tais experiências parecem equivocadamente transplantadas para a situação brasileira, em que deparamo-nos com um ambiente regulatório não em transição, mas claramente comprometido com o princípio da concorrência, como condição para o funcionamento e expansão de uma indústria que se caracteriza por várias etapas ao longo da cadeia, contendo – pelo menos nas atuais condições históricas de desenvolvimento tecnológico e dimensão da demanda – alguns segmentos caracterizados como monopólios naturais.

De fato, conforme ensina a teoria microeconômica²⁰, o comportamento oportunista, proporcionado pela presença de contratos incompletos e ativos específicos, inibe a realização de investimentos e, portanto, deve ser afastado para bem da eficiência econômica e bem-estar. Contudo, no caso específico, **a suspensão do livre**

²⁰ A esse respeito ver, em particular, os ensinamentos da Escola de Chicago e da Escola dos Custos de Transação. Um roteiro para essa literatura pode ser encontrado em Salgado (1997), capítulo 1.

acesso não corresponde à única solução possível para o problema e está longe de poder ser considerada a melhor entre soluções alternativas.

Sem dúvida, a concessão de poder de mercado a determinado agente constitui, à primeira vista, forte incentivo para que tal agente realize investimentos em ativos específicos, como os que caracterizam a infra-estrutura de transporte de gás. Isto porque o poder de mercado e, em última instância, a situação de monopólio – no caso do afastamento, mesmo que temporário, do livre acesso – garante a totalidade da demanda do mercado para o agente, nas condições impostas por este, assim como a obtenção de lucros extra-econômicos, na ausência da disciplina proporcionada pela concorrência.

Entretanto, trata-se de mecanismo socialmente indesejável, uma vez que transfere renda da sociedade como um todo para o monopolista, desestimula a busca de eficiência econômica e restringe a expansão do mercado.

É possível identificarem-se alternativas para o afastamento da concorrência, como medida para neutralização dos incentivos a condutas oportunistas, que viriam a paralisar esforços de investimento. Observando-se com atenção a experiência norte-americana, percebe-se que o fulcro da questão está nas compensações financeiras obtidas pelo investidor em contrapartida à aquiescência com a regra do livre acesso.

Tais compensações são também necessárias para minimizar o risco regulatório. De fato, na ausência de compensação, o receio frente ao risco regulatório – representado pela possibilidade de alteração das regras do jogo, conforme o aprendizado obtido com a experiência passada – pode frear ou mesmo paralisar investimentos para desenvolvimento desse mercado.

4.2. FUNDAMENTOS DA ARGUMENTAÇÃO EM PROL DA DERROGAÇÃO DO LIVRE ACESSO

Superar a paralisia de decisões de investimento, que estabelece os contornos do falso dilema investimento-concorrência, implica construir alternativas de compensação financeira, e não promover radical mudança no atual marco regulatório, negando o livre acesso. É justamente aqui o caminho das

propostas que se faz, que buscam ultrapassar o suposto dilema investimento versus concorrência.

Antes de expor tal caminho alternativo, é útil discutir com maior detalhe os fundamentos da argumentação que identifica um inconciliável conflito entre investimento e concorrência.

A derrogação do livre acesso encontra seus fundamentos na hipótese de que seria vantajoso garantir um pouco de poder de mercado ao carregador pioneiro, de forma a tornar atrativa a realização de investimentos que permitam expandir a infraestrutura de transporte nos chamados mercados emergentes.

Na busca por argumentos que forneçam subsídios para a avaliação do *trade-off* entre realização de investimentos em infra-estrutura de gasodutos de transporte e a introdução do livre acesso e introdução da competição, Tavares et alli. (2003, p.175) dispõem-se a “explicitar os dados do dilema entre livre acesso e indução a investimentos”, discutindo as experiências em ambiente concorrencial (EUA) e como se conciliou o objetivo de indução do investimento em ambiente regulado em mercados em surgimento (UE).

Os autores explicam que a introdução do livre acesso na indústria de gás natural foi a solução encontrada pela experiência regulatória mundial e pela legislação brasileira para garantir que houvesse concorrência no segmento concorrencial da indústria – que vem a ser a produção – face à existência de segmentos não concorrenciais, como o de transporte e distribuição, que operam em condições de monopólio natural.

O livre acesso, ainda segundo Tavares et alli (op. cit., p.177)

“permite que fornecedores de gás utilizem a infra-estrutura existente, mesmo quando não de sua propriedade, para fazer chegar aos centros de consumo seu produto. Permite, portanto, colocar em prática a concorrência entre fornecedores de gás pelo fornecimento a companhias distribuidoras ou, a depender da legislação estadual em vigor, diretamente a grandes clientes que não estejam obrigados a adquirir o gás da companhia distribuidora local,

mesmo quando esses fornecedores não dispõe de infra-estrutura própria para o transporte.”

A dificuldade adviria da necessidade de se harmonizar um ambiente concorrencial, em que ocorrem transferências de renda das firmas para a sociedade, com a obtenção de uma infra-estrutura mínima que possa garantir o desenvolvimento do mercado.

Sob a ótica do carregador pioneiro, o problema advém do fato de o financiamento de gasodutos ser feito por meio de mecanismos de *project finance*. Nesse tipo de financiamento, a viabilidade do projeto depende da capacidade de pagamento demonstrada pelo fluxo de rendimentos esperado, o que por sua vez depende da existência de demanda garantida em dimensão suficiente.

Tal garantia tem sido provida por meio de contratos de transporte firme do tipo *take-or-pay*, de longo prazo, firmados entre o transportador e um carregador, dito pioneiro. Dessa forma, o transportador obtém a garantia do fluxo de rendimentos que lhe assegura o financiamento, enquanto o carregador pioneiro passa a incorrer no risco de não auferir rendimentos suficientes para obter o devido retorno sobre seus investimentos.

Os rendimentos do carregador, determinados em função do volume de gás que vende e do preço de venda do combustível, encontrar-se-iam, dessa forma, sujeitos a perdas em decorrência de eventual redução de preços e eventual perda de parcela de mercado advindas da entrada de concorrentes.

A Diretiva 98/30/EC, veio introduzir o livre acesso no âmbito da União Européia, e estabeleceu, **em sede de exceção**, mecanismos de derrogações temporárias à obrigação de concessão de livre acesso. Seguindo a tradição de regulação da concorrência européia, assim como as regras antitruste, previstas naquele ambiente desde a edição do Tratado de Roma de 1958²¹, admitem exceções, a regra de livre acesso também elege condições especiais para a exceção à regra geral. A Diretiva do Gás, portanto, admite a possibilidade de adoção o gradualismo com relação à sua obrigação na concessão de livre acesso.

²¹ Em seus Arts. 85 e 86, renumerados posteriormente no tratado de unificação européia (Tratado de Maastricht) como Arts. 82 e 83.

Pelas regras da mencionada Diretiva, em três circunstâncias a empresa detentora de gasoduto pode solicitar à Comissão Européia derrogação da obrigação de fornecer acesso a terceiros:

- I) uma empresa detentora de um gasoduto pode solicitar a derrogação sempre que considerar que o livre acesso geraria graves dificuldades econômicas ou financeiras em virtude de seus comprometimentos com um ou mais contratos de *take-or-pay*;
- II) um Estado-Membro pode solicitar à Comissão derrogação da exigência de livre acesso se puder demonstrar que a implementação da diretiva resultaria em problemas para o desenvolvimento do mercado de gás em uma região emergente tal derrogação pode ser concedida por dez anos;
- III) derrogações podem ser solicitadas por Estados-Membros que dependam de um único fornecedor externo e que não estejam conectados ao sistema de nenhum outro Estado-Membro.

A primeira possibilidade de exceção vincula-se à existência de regiões em que investimentos em gasodutos tenham sido feitos **anteriormente à desregulamentação** com base em contratos de *take-or-pay* como garantias ao financiamento. Nesse caso, pode ser concedida derrogação à obrigação de livre acesso por um período limitado.

O procedimento para a concessão da derrogação inicia-se com um pedido feito por uma empresa de gás natural, e tanto os Estados-Membros quanto a Comissão decidem levando em consideração um conjunto de aspectos:

- I) o efeito da derrogação sobre o objetivo principal da diretiva, que vem a ser o provimento de acesso ao sistema;
- II) a existência de obrigações de serviços públicos de interesse econômico geral;
- III) a participação da empresa requerente no mercado e o estado da concorrência no mercado específico;

- IV) a seriedade das dificuldades financeiras e económicas enfrentadas ou previstas para a empresa ou para os consumidores livres, caso não seja concedida a derrogação;
- V) a data de assinatura do contrato e a possibilidade de a requerente ter previsto, antes da celebração dos contratos, a possibilidade de mudanças regulatórias;
- VI) esforços empreendidos para obter solução alternativa à derrogação;
- VII) o grau de conexão do sistema com outros sistemas de gás;
- VIII) os efeitos da derrogação sobre a aplicação da diretiva no que se refere ao bom funcionamento do mercado interno de gás natural.

Na segunda hipótese de derrogação do livre acesso – a possibilidade de resultar em problemas para o desenvolvimento do mercado de gás em uma região emergente – a Diretiva permite derrogação ao livre acesso em regiões onde não há infra-estrutura de gás ou onde tal infra-estrutura existe há menos de 10 anos. Nesse caso, a derrogação pode atingir o prazo máximo de 10 anos.

As decisões da Comissão são tomadas com base na probabilidade de que a aplicação da Diretiva que dispõe sobre o livre acesso gere problemas substanciais para a região e de que a derrogação seja necessária para tornar economicamente viáveis investimentos na infra-estrutura de gás na região. As decisões apóiam-se em informações financeiras, técnicas e de mercado sobre o projeto, e nas características da região em questão, além de ser feita avaliação da taxa de retorno sobre os investimentos com e sem derrogação.

Conforme exposto, a regulação europeia dá-se com vistas ao livre acesso, havendo previsão, em certos casos, sempre em caráter de exceção e mediante pedido e minuciosa avaliação de sua necessidade, da derrogação desse princípio.

Assim, parece evidente que tal modelo difere daquele ora proposto nas minutas de portaria submetidas à consulta pública, uma vez que estas propõem a derrogação automática do livre acesso.

Também o contexto dos mercados europeu e brasileiro de gás natural impõe uma importante diferenciação quanto à aplicação da derrogação do livre acesso. Na Europa, a existência de um grande mercado que opera em ambiente concorrencial, com pequenas áreas operando excepcionalmente de acordo com regras não concorrenciais, funciona como referência para as autoridades regulatórias e de defesa da concorrência na prevenção ao abuso de poder de mercado. Dessa forma, torna-se mais fácil o cumprimento das tarefas de competência do regulador.

Em nosso país não se dispõe desse mercado desenvolvido, no qual prevalece a competição; tampouco se dispõe de um marco legal que assegure ao órgão regulador competências para impor restrições à atuação da empresa incumbente.

Em contrapartida à recente experiência européia, nos Estados Unidos desenvolveu-se a previsão de compensação financeira a proprietários de infra-estrutura de transporte obrigados a facultar acesso a suas instalações em contexto regulatório diferente daquele em que foram realizados os investimentos, ou seja, medidas de recuperação dos chamados *stranded costs* (custos de transição).

Conforme já definido acima, custos de transição são aqueles custos incorridos por empresas de serviço público em virtude de mudanças no ambiente regulatório em relação ao ambiente vigente no momento em que foram realizados os investimentos.

É importante notar como é restrita a possibilidade de se incorporar à presente discussão aquela travada nos Estados Unidos em torno de custos de transição; isto porque tal conceito foi desenvolvido para tratar da questão específica de empresas já operantes mas em um ambiente de intensa regulação, em particular, regulação de preços, o que não é o caso da empresa incumbente no mercado brasileiro de gás natural.

Conforme salientam Tavares et alli (op. cit.), a caracterização de custos de transição está associada à preocupação com empresas reguladas. De acordo com os autores:

“Distinguem as empresas reguladas das não reguladas, entre outras conhecidas diferenças, a regulação de preços, a regulação de entrada e a obrigação de servir, todos fatores que limitam a possibilidade de exercício de

eventual poder de mercado e que também limitam as decisões de investimento e de política comercial das empresas reguladas, que muitas vezes são obrigadas a fazer investimentos não lucrativos em virtude de suas obrigações de serviço público. Outra diferença fundamental é que enquanto as empresas não reguladas suportam o risco de investimentos feitos, inclusive da eventualidade de custos de transição, têm em contrapartida a possibilidade de ter lucros maiores em caso de evolução favorável do ambiente regulatório e econômico; as empresas reguladas, por outro lado, não têm a possibilidade de recuperar receita em períodos favoráveis. Por isso é necessária a compensação por custos derivados de mudanças regulatórias inesperadas sempre que os respectivos investimentos tenham sido autorizados pelos reguladores.” (pp.186/187).

Como é fácil perceber mesmo pelo mais desatento dos observadores, **a situação da empresa incumbente no mercado brasileiro de gás identifica-se com o de uma empresa não-regulada, que detém flexibilidade na adoção de condutas e estratégias de mercado, não com o de uma empresa regulada.**

Não obstante as especificidades do ambiente em que surgiu a questão dos custos de transição, seu tratamento é importante, à medida em que tais custos produzem efeitos sobre o investimento futuro, ao afetar expectativas de fluxos de rendimentos. Tal efeito está associado ao fator de risco correspondente à insegurança no que diz respeito à regulação e perspectivas de mudança das regras do jogo sempre que não houver compensação adequada por custos incorridos em virtude de mudanças regulatórias não previsíveis, quando da efetivação dos contratos ou investimentos em questão.

Sem dúvida, a compensação financeira, diante de mudanças no ambiente regulatório, promove a segurança jurídica. Pela mesma razão mostra-se tão primordial a estabilidade do marco regulatório, a certeza de que este não será alterado erráticamente por ações de governo, com medidas que afetem objetivos gerais inscritas em marcos regulatórios pré-definidos, como é o presente caso referente ao princípio de livre acesso. Na ausência de credibilidade com relação ao governo, não há incentivos a investimentos de longo prazo e portanto não pode prosperar a economia de mercado.

Como apontam Tavares et alli (op. cit.), o financiamento privado de investimentos do tipo de gasoduto é muito sensível a mudanças no ambiente regulatório ou ao risco regulatório.

“O custo desse risco é repassado ao mercado sob a forma de inviabilização, retardamento ou encarecimento do custo do financiamento, certamente refletidos, em um segundo momento, em preços mais elevados seja pela necessidade de se arcar com o financiamento seja pela ausência da concorrência que requer um mínimo de infra-estrutura para desenvolver-se.”

Justamente para evitar custos como esses, associados ao risco regulatório, é que se pretende apresentar alternativas para a resolução do falso dilema contrapondo investimento e concorrência.

4.3 VISÃO ALTERNATIVA DOS OBSTÁCULOS AO INVESTIMENTO

É possível, de forma breve e sistemática, apresentar os principais elementos que representam verdadeiramente obstáculos à tomada de decisões de investimentos, em oposição à leitura que associa à introdução de concorrência o desestímulo ao desenvolvimento do mercado de gás natural.

Criam obstáculos ao investimento:

i. O comportamento oportunista²²

a) Pode ser estimulado pela introdução de regras diferentes das que vigiam durante a decisão de investir – problema que está associado àquele conhecido como risco regulatório; a conduta oportunista consistiria em aguardar que outros agentes realizassem investimentos pioneiros para, então, requerer a entrada no mercado, com menores custos e riscos.

Para afastar este problema, o órgão regulador deve pautar sua atuação pela estrita observância dos ditames legais previstos para o setor, cuidando de detalhar em regras claras, críveis e estáveis tais ditames. Qualquer alteração da regulamentação

²² Cabe aqui introduzir a definição de Williamson, consagrada pela teoria dos custos de transação: “interesse próprio perseguido com malícia”, *apud* SALGADO (1997, p. 51)

do setor deve ser transparente e seguindo princípios estabelecidos por lei. Deve-se evitar a criação de custos de transição, ou, caso se façam necessárias alterações em prol do aperfeiçoamento do marco regulatório, que se estabeleça a reputação de adoção de regras para a de compensação de tais custos.

b) entrada de novos agentes com estrutura diferenciada de custos das que apresentam os carregadores pioneiros; tal assimetria reduz as expectativas de rendimentos futuros por parte de investidores pioneiros, por conta da possibilidade dos entrantes secundários oferecerem ao mercado o mesmo bem – homogêneo – a menores preços.

Como solução, deve-se incentivar o compartilhamento dos riscos dos investimentos em gasodutos entre mais de um carregador pioneiro, além de remunerar este carregador criando um custo para o entrante posterior.

ii. Baixa capacidade de regulação

a) O órgão regulador deve ter poderes para implementar suas decisões e de fato determinar, a partir dos preceitos legais, ordens de fazer e não fazer, no que consiste o poder de *enforcement* de uma agência regulatória e que atualmente não está previsto pela legislação.

Como solução, faz-se necessária a revisão da lei, com o estabelecimento de competências mais precisas para a intervenção regulatória da agência.

b) a situação original de grande assimetria entre posições de mercado de parte da empresa incumbente e das entrantes efetivas e potenciais requer, como incentivo a decisões de investimento eficientes, a presença de uma autoridade regulatória capaz de contrabalançar tal assimetria, justamente por meio de suas competências para determinar ordens de fazer e não fazer, proporcionando a uma plêiade de participantes no mercado a segurança necessária para a tomada de decisões de investimento. Para tanto, é necessária a revisão da atual lei, de modo a estabelecer competências mais estritas para reforçar a capacidade de intervenção regulatória da autoridade.

iii. Poder de mercado da incumbente

Especificamente, por parte das demais firmas que integram a indústria, a inexistência de mecanismos regulatórios para inibir a participação da incumbente no mercado podem representar fator de retração de investimentos, ante a assimetria de percepção de riscos existente entre estas e a incumbente.

Como solução, sugere-se a introdução de medidas que visem à limitação do poder de mercado da incumbente, sob pena de jamais ser obtido o dinamismo concorrencial necessário para que haja ganhos por parte da sociedade obtenha ganhos com o desenvolvimento da atividade econômica.

iv. Risco de não desenvolvimento do mercado

Risco de que, por razões econômicas exógenas ao ambiente microeconômico de que se trata, o desenvolvimento da demanda seja insuficiente para garantir o retorno adequado ao investimento.

Tal risco, que pode estar associado a questões macroeconômicas, é inerente à atividade privada no mercado. No entanto, pode ser mitigado por meio da montagem de um marco regulatório adequado, que reduza o grau de imprevisibilidade de decisões de investimentos e procure estabelecer mecanismo de saída e de flexibilização de decisões de investimentos, notadamente em um ambiente que envolve ativos específicos, que implicam difícil transação.

Nessa seara, a atuação específica dos órgãos de governo ganha destaque, promovendo políticas públicas que gerem incentivos à expansão da demanda pelo gás natural, tais como conversão de veículos automotores, conversão industrial e desenvolvimento da geração termelétrica de energia.

4.4 INVESTIMENTO DE LONGO PRAZO E RISCO REGULATÓRIO

É importante observar a relação entre essas variáveis. O conceito de risco regulatório enfrentado pela iniciativa privada na realização de investimentos em setores de infra-estrutura foi desenvolvido sobretudo por Levy e Spiller (1994), para quem a credibilidade e a efetividade de um arcabouço regulatório e, por

consequente, sua capacidade de incentivar o investimento privado, depende da presença de três mecanismos complementares, que restringem a ação administrativa arbitrária:

- a) restrições substantivas à discricionariedade do regulador;
- b) restrições formais ou informais à mudanças freqüentes no sistema regulatório; e
- c) instituições que exercitem essas restrições substantivas ou procedimentais.

A preocupação com mudanças abruptas no marco regulatório, tais como as que constituem a proposta de portarias em questão, está presente no recente documento oficial do governo sobre agências regulatórias exarado no âmbito da Casa Civil (Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica). Lê-se no documento que o risco regulatório é responsável por 2 a 6 pontos percentuais adicionais no custo de capital investido em infra-estrutura na América Latina, o que implica um aumento superior a 20% - em média – nas tarifas dos serviços de infra-estrutura.

Assim, o fortalecimento das agências reguladoras, de acordo com o documento governamental, tem por uma de suas conseqüências a redução do custo de capital nesses setores, com importantes reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços. É o oposto do que se pode esperar da edição das portarias ora em consulta pública, inspiradas em diretrizes de governo contrárias aos princípios do marco legal em vigor, nomeadamente o acesso não discriminatório e a livre concorrência.

Seguindo o entendimento prevalecente na literatura sobre regulação econômica mais moderna, desde o artigo seminal de Levy e Spiler, o governo, no mencionado documento, observa que o risco regulatório – que é reduzido pelo fortalecimento das agências setoriais e pela estabilidade das regras regulatórias – compromete a realização de investimentos privados. Assim

“... parte importante deste investimento [em infra-estrutura] terá que ser arcado pelo setor privado, e investimentos em infra-estrutura envolvem significativos custos irrecuperáveis (sunk costs), amortizados por um longo prazo de tempo. Em qualquer país, essa situação cria riscos de que tanto

empresas quanto governo ajam de forma oportunista: de um lado, uma vez assegurada a concessão (monopólio) de um serviço público essencial, surge para a empresa investidora a oportunidade de pleitear benefícios não previstos inicialmente. Por outro lado, pela ótica do governo, uma vez que a empresa concessionária já realizou significativo investimento fixo, surge o incentivo de remunerá-lo abaixo do nível eficiente. Para contrapor-se a estes incentivos naturais, mas conflitantes e ineficientes, o governo necessita garantir e fortalecer o papel das agências, autônomas e independentes, como reguladores desses setores.” (p. 5).

Uma das justificativas para a regulação é a falha de mercado associada à necessidade de intervenção para facilitar a transição para um regime de mercado, ou mesmo criar um mercado onde ele ainda não existe, especificidade da regulação em países em fase de desenvolvimento, como é o caso brasileiro. Conforme o mesmo documento do governo, é importante, nessa fase de transição, o estabelecimento de regras claras que inibam a adoção de comportamentos anticompetitivos por parte de empresas previamente instaladas (incumbentes) que gozem de significativo poder de mercado, em função de sua posição prévia de detentora de monopólio legal:

“Este tipo de intervenção se aplica em mercados que previamente forma monopólios e que estão caminhando para a concorrência, no todo ou em parte. Nessas circunstâncias, o antigo monopolista estabelecido pode usar sua posição dominante no mercado para entrar ou retardar o processo de liberalização.” (p. 10).

Para finalizar este ponto, sintetizando a compreensão do governo apresentada no mencionado documento quanto à importância da estabilidade das regras regulatórias como fator impulsionador dos investimentos em infra-estrutura, a serem realizados não apenas por empresas incumbentes mas também pelas novas entrantes no mercado, lê-se:

“A questão de como regular monopólios naturais, ou quase-monopólios, como os de energia elétrica, petróleo, gás natural e telefonia, dentre outros, apresenta, portanto, grande importância com a passagem de fração importante de algumas dessas atividades para o setor privado. Pelo menos dois fatores militam para isto. Primeiro, o elevado custo fixo requerido por

investimentos em infra-estrutura determinam perspectivas de mais longo prazo para as decisões regulatórias, pois os investidores necessitam estar seguros do compromisso de longo-prazo do governo com a estabilidade regulatória” (p. 11).

5. IMPROPRIEDADE DA INTRODUÇÃO DO INSTITUTO DE DERROGAÇÃO DO LIVRE ACESSO

A atual proposta de derrogação do livre acesso, que conforme visto está fundamentada na exceção concedida à regra geral de livre acesso, em circunstâncias muito específicas no âmbito da União Européia, tem por objetivo assegurar a rentabilidade do carregador pioneiro.

Entretanto, as regras aplicadas à União Européia encontram dificuldades para sua aplicação no Brasil.

Tal se dá pois, na Europa, a derrogação do livre acesso constitui um apêndice de exceção em face de um grande mercado concorrencial, que serve de referência para a regulação das áreas em que se opera a derrogação, prevenindo a possibilidade de práticas de abuso de posição dominante.

Ademais, na Europa, o marco regulatório permite à autoridade mais instrumentos para regular o mercado e fazer valer suas decisões.

Ignorou-se, ao serem redigidas as propostas de portaria, que o marco legal brasileiro não prevê a possibilidade de a ANP impor restrições compensatórias aos agentes que passariam a deter monopólio da comercialização do gás.

Ignorou-se também que a legislação brasileira, conforme exposto, veda a possibilidade de se derrogar o livre acesso.

Em qualquer dos casos, a criação de compensações deve se dar em regime de exceção, mediante condições muito particulares e devidamente comprovadas pelos carregadores pioneiros. Tais exceções se justificariam pela imprevisibilidade de

alterações regulatórias ou pela existência de condições de mercado que tornem o investimento na expansão da malha de gasodutos pouco atrativo.

Como regra, é preciso incentivar o livre acesso à capacidade em construção e à capacidade já instalada de transporte.

Para tanto, frise-se que a compatibilização entre concorrência e realização de investimentos em instalações de transporte de gás natural requer de forma indispensável, para o sucesso da implementação da introdução do livre acesso e da conseqüente promoção da dinâmica concorrencial que traz benefícios à sociedade, que a ANP esteja dotada da devida competência legal para fazer valer suas decisões.

Nesse sentido, julgamos ser oportuno que se discuta a necessidade de promulgação de um marco legal específico para a indústria de gás natural, em decorrência de suas especificidades, para que a sociedade possa se manifestar quanto o padrão de desenvolvimento da indústria de gás natural no País.

6. CONCLUSÃO

O objetivo dessa nota foi o de contribuir para o processo de discussão das medidas de regulamentação do livre acesso propostas no formato de três portarias, postas em consulta pública pela Agência Nacional do Petróleo (ANP). Examinadas as implicações de natureza jurídica e econômica das referidas propostas, constatou-se que, além de estarem em desacordo com os preceitos legais e constitucionais referentes à livre concorrência, tais propostas consubstanciam um entendimento acerca da relação entre incentivo ao investimento e à concorrência passível de questionamento.

Observou-se que as minutas ora em fase de consulta pública apresentam as seguintes impropriedades:

a) Apóiam-se em argumentação que enxerga apenas conflito entre a geração de incentivos ao investimento e à concorrência, conflito este que teria, como única solução, a conferência de condições para o reforço de poder de mercado da empresa incumbente;

b) Implicam drástica mudança de rumo no estabelecimento de marco regulatório para a promoção do desenvolvimento do mercado de gás natural no país, substituindo a discussão sobre o aprimoramento e detalhamento do princípio legal do livre acesso pelo questionamento acerca de sua conveniência;

c) Introduzem elementos de proteção de mercado, pois a comercialização de gás natural, atividade eminentemente competitiva, passa a ser beneficiada com a outorga de um monopólio, com a criação da figura do “Carregador – Investidor” ao qual é conferida uma reserva de mercado de 4 a 8 anos;

d) Ao arrepio da lei, que supõe a competição como mecanismo organizador do mercado, introduzem o instituto da derrogação do livre acesso, além de introduzirem o instituto de direito preferencial na renovação de contratos, o que, aliado à posição dominante da empresa incumbente, acabará por inviabilizar de forma definitiva qualquer possibilidade de competição no mercado de gás natural;

e) Desestimulam a competição inter-combustíveis, vez que deixam de instituir mecanismos que reduzam a possibilidade de reforço de posição dominante da incumbente nos demais mercados de combustíveis e nas respectivas instalações de infra-estrutura e logística;

f) Colidem com o previsto pela lei 9.478/97 que, em seu art. 65, prevê a separação entre as atividades potencialmente concorrenciais daquelas que operam em condições de monopólio natural, ao criar a figura do Carregador-Investidor. Como é sabido, a separação de atividades por segmentos em função do potencial de introdução da competição é fator indispensável para a organização da indústria em condições de atração de novos participantes e investimentos.

Cabe frisar que a resposta conferida pela proposta de regulamentação ora em exame à principal preocupação que a norteia – a percepção de um dilema entre a promoção do investimento e a promoção da concorrência – deixa de lado diversas dimensões do problema que, se adequadamente consideradas, revelam o potencial de compatibilidade entre os objetivos, a ser atingida por meio de regulamentação de qualidade.

Observou-se que os novos institutos propostos baseiam-se em uma leitura estreita de algumas experiências internacionais, que guardam profundas diferenças com os problemas hoje enfrentados no Brasil. Identificam-se medidas adotadas nos Estados Unidos e na União Européia para superar dificuldades associadas a mudanças no ambiente regulatório – com a introdução da concorrência, como regra, na forma do livre acesso – na presença de investimentos realizados em ambiente regulatório distintos e associados a compromissos financeiros inscritos em contratos do tipo *take or pay*. Na experiência norte-americana, a solução para o problema residiu na instituição de compensações financeiras a proprietários de infra-estrutura de transporte obrigados a facultar acesso a suas instalações em contexto regulatório diferente daquele em que foram realizados os investimentos, ou seja, medidas de recuperação dos chamados *stranded costs* (custos de transição).

Já na experiência européia, estabeleceu-se o livre acesso por meio da Diretiva 30/98 e, excepcionalmente, mecanismos de derrogações temporárias à obrigação de concessão de livre acesso para o caso de investimentos previamente realizados em localidades que apresentam condições assimétricas de desenvolvimento do mercado com relação ao conjunto da região. Na Europa, portanto, a derrogação do livre acesso constitui um apêndice de exceção em face de um grande mercado concorrencial, que serve de referência para a regulação das áreas em que se opera a derrogação, prevenindo a possibilidade de práticas de abuso de posição dominante.

Assim, parece evidente que tal modelo difere daquele ora proposto nas minutas de portaria submetidas à consulta pública, uma vez que estas propõem a derrogação automática do livre acesso.

Sugeriu-se aqui que é possível identificarem-se alternativas para o afastamento da concorrência, como medida para neutralização dos incentivos a condutas oportunistas, que viriam a paralisar esforços de investimento. Tais alternativas estariam na instituição de mecanismos de compensação financeira, esses sim perfeitamente harmônicos com os preceitos legais. Lembre-se que a lei 9.478/97, em seu art. 58, prevê o instituto do livre acesso, “(...) *mediante remuneração adequada ao titular das instalações*”. De todo modo, a criação de compensações deveria se dar apenas em regime de exceção, mediante condições muito particulares e devidamente comprovadas pelos carregadores pioneiros. Tais exceções se justificariam pela imprevisibilidade de alterações regulatórias ou pela existência de

condições de mercado que tornem o investimento na expansão da malha de gasodutos pouco atrativo.

Notamos também que tais compensações seriam também necessárias para minimizar o risco regulatório. De fato, na ausência de compensação, o receio frente ao risco regulatório – representado pela possibilidade de alteração das regras do jogo, conforme o aprendizado obtido com a experiência passada – pode vir a representar um freio aos investimentos para desenvolvimento desse mercado.

Lembramos que, em documento oficial recente, o governo defendeu a tese da importância da estabilidade das regras regulatórias como fator impulsionador dos investimentos em infra-estrutura, a serem realizados não apenas por empresas incumbentes mas também pelas novas entrantes no mercado, em particular em setores como o de gás natural onde os elevados custos fixos requeridos por investimentos em infra-estrutura determinam perspectivas de mais longo prazo para as decisões regulatórias, pois os investidores necessitam estar seguros do compromisso de longo-prazo do governo com a estabilidade regulatória.

Observou-se também, neste documento, que, ao serem redigidas as propostas de portaria, ignorou-se a importante questão de que o marco legal brasileiro não prevê a possibilidade de a ANP impor restrições compensatórias aos agentes que passariam a deter monopólio da comercialização do gás.

Ignorou-se também que a legislação brasileira, conforme exposto, veda a possibilidade de se derogar o livre acesso. Como regra, de acordo com o que aponta extensa experiência internacional, a literatura econômica e o marco legal brasileiro, é preciso incentivar o livre acesso à capacidade em construção e à capacidade já instalada de transporte.

Para tanto, frise-se que a compatibilização entre concorrência e realização de investimentos em instalações de transporte de gás natural requer de forma indispensável, para o sucesso da implementação da introdução do livre acesso e da conseqüente promoção da dinâmica concorrencial que traz benefícios à sociedade, que a ANP esteja dotada da devida competência legal para fazer valer suas decisões.

Nesse sentido, julgamos ser oportuno que se discuta a necessidade de promulgação de um marco legal específico para a indústria de gás natural, em decorrência de suas especificidades, para que a sociedade possa se manifestar quanto o padrão de desenvolvimento da indústria de gás natural no País.

Assim, de maneira contrária aos objetivos do marco legal estabelecido para o setor de gás natural, tem-se assistido a um consistente adiamento do processo de abertura do setor, o qual, para a sua consolidação e desenvolvimento, não pode prescindir do livre acesso à rede de gasodutos de transporte, segmento que se constitui tecnicamente em um monopólio natural.

Dessa forma, ao contrário do que se vem presenciando em outros setores regulados, onde foram implementadas diretrizes pró-competição, como no setor de telecomunicações e no setor elétrico, as propostas ora submetidas à consulta pública pela ANP vêm reforçar o poder de mercado da incumbente e inviabilizar a entrada de novos agentes no mercado. Tal iniciativa, como se procurará demonstrar, contraria não apenas a Lei do Petróleo mas a própria Constituição Federal, que inclui em seu artigo 170, como princípios da Ordem Econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa.

Assim, buscou-se demonstrar que a atual proposta de derrogação do livre acesso, apresentada pela ANP, não corresponde à única alternativa possível para estimular o investimento na construção de redes de transporte de gás natural em novos mercados. Sugere-se a possibilidade de elaboração de alternativas que respondam às preocupações com a proteção dos investimentos realizados pelo carregador pioneiro e o desestímulo a comportamentos oportunistas que, conforme ensina a teoria e a prática econômica, constituem obstáculos ao investimento.

Acentuou-se ainda a necessidade de definição de regras que consolidem e aprofundem o marco regulatório delineado pela atual legislação, incluindo o desdobramento da atual Lei do Petróleo em um novo diploma legal, que viria a constituir uma “Lei do Gás”, reforçando o espírito de introdução do princípio da concorrência como mecanismo de organização do mercado e promotor de eficiência econômica e bem-estar, de modo a reduzir a percepção de investidores, atuais e potenciais, acerca do risco regulatório que estaria representado pela

mudança de rumo indicada pelo espírito das minutas de portaria de regulamentação do livre acesso, ora em fase de consulta pública.

Como se sabe, a percepção de risco regulatório constitui dos principais entraves ao investimento, mormente em setores de infra-estrutura como a indústria de gás natural. Afastar tal percepção e criar um ambiente de segurança jurídica para decisões de investimentos constitui tarefa crucial para a retomada do desenvolvimento econômico em nosso país.

São os comentários que apresentamos à guisa de contribuição ao aperfeiçoamento do atual marco regulatório para o mercado de gás natural.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2003

Lucia Helena Salgado
Corecon 1ª região, n. 14.997

Douglas Pereira Pedra
OAB/RJ – n. 106.652

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP (2001). *Indústria Brasileira de Gás Natural: regulação atual e desafios futuros*. CECCHI, José Cesário (coord.) Rio de Janeiro: ANP.

ANP (2002, a). *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: ANP. Disponível em <http://www.anp.gov.br/petro/dados_estatisticos.asp?id=1>.

ANP (2002, b). Nota Técnica ANP 0015/2002. Rio de Janeiro: ANP. Disponível em www.anp.gov.br.

ANP (2002, c). Nota Técnica ANP 0016/2002. Rio de Janeiro: ANP. Disponível em www.anp.gov.br.

ARAÚJO, João Lizardo R.H. (1999). “Regulação de Monopólios e Mercados: Questões básicas.” Disponível em <<http://www.ie.ufrj.br>>.

ARMSTRONG, Mark, COWAN, Simon e VICKERS, John (1994). *Regulatory Reform – Economic Analysis and British Experience*. Cambridge, MIT Press.

CADE (2001). Aditamento ao voto no AC 08012.6762/2000-09, Banco Finasa de Investimentos S/A. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital (1991). *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

CASA CIVIL (2003). Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro – Relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília: Casa Civil. Disponível em www.planalto.gov.br/casacivil.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves (2002). *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

GRAU, Eros Roberto (2003). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

JUSTEN FILHO, Marçal (2002). *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. 1ª ed. São Paulo: Editora Dialética.

KLEIN, Michael (1998). “Networks Industries”. In: HELMER, Dieter e JENKINSON, Tim (org.). *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 40-76.

KRAUSE, Gilson G. e PINTO Jr, Helder Queiroz (2001). “Estrutura e Regulação do Mercado de Gás Natural: Experiência Internacional”. *Series ANP*, Rio de Janeiro, n. 1, pp. 31-71.

LAFFONT, Jean-Jacques e TIROLE, Jean (1993). *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press.

LAFFONT, Jean-Jacques e TIROLE, Jean (1999). *Competition in Telecommunications*. Cambridge: MIT Press.

LEVY, Brian e SPILLER, Pablo (1994). “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation”. CASA CIVIL (2003). *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*. Brasília: Relatório do grupo de trabalho interministerial.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (2003). “Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A importância da Independência do Regulador.” *Rede de Pesquisadores em Regulação e Direito da Concorrência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/regula>>.

MELLO, Celso Antonio Bandeira (2003). *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

MOREIRA, Vital (1997). *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Editora Almedina.

NEWBERRY, David M. (2000). *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*. Cambridge: MIT Press.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (2002). “A Regulação e o Direito da Concorrência.” *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. pp. 159-189.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. (1999). *Microeconomia*. 4ª ed. São Paulo: Makron Books.

PRICE, Catherine Waddams (1998). “The UK Gas Industry”. *In*: HELMER, Dieter e JENKINSON, Tim (org.). *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 108-131.

OECD (2000, a). *Promoting Competition In The Natural Gas Industry*. Paris. [<http://www.oecd.org>].

OECD (2000, b). *When Should Regulated Companies Be Vertically Separated*”, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs – Committee on Competition Law and Policy <<http://www.oecd.org>>.

SALGADO, Lucia Helena (1997) *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Editora Singular.

SALGADO, Lucia Helena. (2003). “Agências regulatórias na experiência brasileira: uma panorama do atual desenho institucional.” TD n.º 941. Rio de Janeiro: IPEA

SALOMÃO FILHO, Calixto (2001). *Regulação da Atividade Econômica*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

SALOMÃO FILHO, Calixto (2002). *Direito Concorrencial - As Estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

SILVA, José Afonso da (2000). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

SUNDFELD, Carlos Ari (2002). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

TAVARES, Márcia Prates e ROCHA, Bolivar Moura (2003). “Princípio do livre acesso e investimentos no mercado de gás natural”. In: ROCHA, Bolívar Moura. *A regulação da infra-estrutura no Brasil*. IOB – Thomson, 2003. pp. 173-197.