

Copyright 2004, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico Científico foi preparado para apresentação no 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, a ser realizado no período de 2 a 5 de outubro de 2005, em Salvador. Este Trabalho Técnico Científico foi selecionado e/ou revisado pela Comissão Científica, para apresentação no Evento. O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho será publicado nos Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás

A ESTRUTURA REGULATÓRIA E O MODELO CONTRATUAL DAS AGÊNCIAS ESTADUAIS DE REGULAÇÃO PARA O MERCADO DE GNC

Cacio Oliveira Manoel¹, Edmilson Moutinho dos Santos²

¹ Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo,
caciooliveira@yahoo.com.br

² Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo, edsantos@iee.usp.br

Resumo – O mercado de gás natural no Brasil apresenta forte tendência de crescimento, principalmente em razão das recentes descobertas de reservas em território nacional na bacia de Santos e, também, devido à intenção do Poder Público de investir neste mercado para torná-lo competitivo e criar uma "cultura" para o gás natural.

Neste contexto, algumas questões jurídicas tendem a ser tornar relevantes e dificultar todo o processo de desenvolvimento do mercado do gás natural, pois criam conflitos de competência entre esferas de Poder Governamental, sendo assim, uma discussão a respeito destes principais conflitos e seus reflexos no mercado gasífero são de extrema importância.

Destarte, a proposta deste trabalho é a análise jurídica dos conflitos de competência surgidos entre a Agência Nacional do Petróleo - ANP, órgão que detém a competência federal em matéria de gás natural e as Agências Reguladoras Estaduais, detentoras da competência estadual para concessão de gás natural canalizado, enfocando a perspectiva regulatória e contratual do modelo estadual de regulação.

Palavras-Chave: conflito regulatório; GNC; modelo regulatório estadual.

Abstract – The market of gas in Brazil has a strong tendency of growth, mainly because recent discoveries of reserves in the national territory on Santos basins and, because the Government intentions of creating a competitive market and developing a gas "culture".

In this context, some legal questions become important and it became difficult for all the processes for a development of a gas market, because risen competence conflicts between Federal Government and State Government, consequently a discussion about the principals conflicts and their reflexion in gas market are of utmost importance.

Henceforth, the proposition of this task is the juridical analysis of the conflicts of competence risen between ANP, Federal Organ that detains the competence for natural gas, and the State Regulation Agencies, which hold the state competences for the concession of natural gas by pipeline, focusing on states regulatory and contractual perspectives.

Keywords: regulatory conflict, CNG, state regulatory model

1. Introdução

O gás natural, assim como o petróleo, constitui monopólio da União, conforme dicção do artigo 177 da Constituição Federal de 1998. De acordo com o § 1º do mesmo artigo é facultado a União à contratação de terceiros, mediante contrato de concessão para o exercício de algumas das atividades de monopólio, incluindo a exploração e produção de gás natural. Neste sentido, tem-se que a propriedade do bem mineral pertence à União Federal, cabendo a esta ou a quem a represente as políticas de exploração e produção para o setor, as quais também contemplam o poder de concessão e a fiscalização das atividades desenvolvidas no segmento.

A própria Constituição Federal, no entanto, por opção do poder constituinte originário, determinou que coubesse aos Estados exercer diretamente ou mediante concessão, os serviços de gás natural canalizado diretamente ou mediante concessão, conforme disposição do § 2º do artigo 25 da Carta Política Nacional. As consequências jurídicas,

políticas, econômicas e sociais de uma escolha desse porte são das mais variadas e pode refletir distorções no mercado do gás natural, inclusive inviabilizando determinados projetos, ou mesmo viabilizando outros, valendo a pena então discutir a questão sob a ótica regulatória.

Uma análise, em nível constitucional, possibilita a formação de um cenário jurídico para o gás natural para que seja traçado o caminho na estrutura infraconstitucional. O marco significativo para o mercado de gás natural no Brasil ocorreu, na Constituição Federal de 1988, mais precisamente quando a Emenda Constitucional nº 05/95, conferiu a titularidade do exercício das atividades de distribuição do gás natural canalizado aos Estados Federados.

Neste mesmo contexto, a Emenda Constitucional nº 09/95 alterou os paradigmas do mercado de petróleo e gás natural, flexibilizando o monopólio nacional e possibilitando a inserção de novos atores neste segmento de mercado.

O cenário infraconstitucional do mercado do gás natural apresenta-se segmentado em dois eixos principais: o primeiro deles é a política regulatória federal, expresso fundamentalmente, na Lei nº 9.478/97, conhecida como "Lei do Petróleo", na qual determina a criação da Agência Nacional do Petróleo - ANP, que incorporou os poderes da União Federal em matéria de petróleo e gás natural.

De um outro lado, existem as agências reguladoras estaduais, criadas a partir do modelo previsto na Constituição Federal de exploração da atividade de distribuição do gás canalizado diretamente ou sob o regime de concessão. Tais agências, que não necessariamente são apenas responsáveis somente por esta atividade, mas detém a representação dos interesses do Estado Federado nas questões que envolvem o mercado do gás natural.

Dentro deste cenário jurídico está situada a regulação do mercado do gás natural, sobre as quais conflitos de competência naturalmente surgem, considerando o modelo adotado que permite a divisão do poder concedente em diferentes etapas do processo produtivo.

No caso do mercado de Gás Natural Comprimido (GNC), o conflito de competência começou a despontar por meio da janela de oportunidade que este mercado encontrou a partir de uma concepção teórica de prospecção de mercado do gás natural canalizado, sendo traçada assim uma estrutura regulatória e, consequentemente, uma modelagem contratual específica, os quais serão o objeto de análise neste trabalho.

2. A estrutura regulatória do mercado de GNC no perfil das agências reguladoras estaduais

2.1. A estrutura do mercado cooperativo e os modelos contratuais aplicados

Em um modelo de sociedade capitalista como a que se apresenta hoje na maioria dos países do mundo, o espaço para o comportamento cooperativo, aparentemente, é bastante reduzido.

Contudo, é possível se dizer que existe uma série de atos e comportamentos cooperativos necessários e, em certos casos, indispensáveis para o funcionamento do próprio modelo capitalista que o limita os espaços.

É neste campo de incidência que a análise cooperativa ganha fôlego e uma imensa perspectiva de aplicação. Na tentativa de estabelecer os parâmetros do comportamento cooperativo, é de fundamental importância discutir a teoria dos jogos e sua influência no mercado capitalista hodierno.

A teoria dos jogos aparece no cenário econômico mundial como uma resposta as « falhas » que a teoria econômica neoclássica apresentava, principalmente, no que diz respeito a concorrência perfeita e a assimetria de informações, desenvolvendo modelos teóricos que mitigariam a falta deste elemento, e garantindo a performance da concorrência perfeita. Pelo modelo neoclássico de concorrência perfeita, o mercado tende a um equilíbrio entre as curvas de oferta e demanda, sendo que tal equilíbrio era baseado em informações simétricas a todos os atores do mercado, o que efetivamente, não ocorre.

A base teórica para a construção dos modelos utilizados na teoria dos jogos dizem respeito ao mundialmente conhecido "dilema dos prisioneiros". Muitos autores já trouxeram inúmeras situações em que o dilema se apresenta, sendo importante, contudo, não a descrição casuística, mas os elementos de decisão e as inferências conceituais e ideológica que se pode fazer ao analisar a situação.

Importante destacar é que a análise do dilema dos prisioneiros chega sempre a uma mesma conclusão, entretanto, o destino final que é dado a referida conclusão varia de acordo com a perspectiva de análise que está sendo utilizada a teoria.

Por tal razão será apresentado o dilema dos prisioneiros na visão dos economistas e, também, dos sociólogos para demonstrar a afirmação acima trazida.

De acordo com Gremaud & Braga(2001) "o dilema dos prisioneiros" trata de uma situação onde dois indivíduos devem tomar uma decisão e a consequência dessa decisão depende da interação das duas decisões. Nesse 'jogo', duas pessoas são aprisionadas, suspeitas de terem cometido, conjuntamente, um crime. Os policiais colocam os dois suspeitos em celas separadas, de modo que a comunicação entre não seja possível ; a cada um é perguntado se cometeram ou não o crime. Os policiais, para induzi-los a confessar, propõem as seguintes situações :

- a) se o suspeito não confessar e o seu parceiro confessar, denunciando o outro, a pena será máxima para aquele que não confessou : dez anos de reclusão, enquanto aquele que confessou terá a pena reduzida a zero ;
- b) se ambos confessarem, a pena será reduzida pela metade : cinco anos de reclusão para cada suspeito ;

- c) se nenhum deles confessasse o crime, eles apenas continuariam presos por mais algum tempo (um ano, por exemplo)".

A perspectiva na qual se apresenta o dilema dos prisioneiros na visão econômica está calcado em um contexto de mercados competitivos, na qual a existência de informações assimétricas levam os "jogadores" a desenvolverem as estratégias necessária para conseguir seus objetivos, dentre os quais podem se destacar: a) a dominância; b) *maxmin* e c) o conceito de Nash.

Não é nosso propósito adentrar nos detalhes na estrutura de funcionamento da teoria dos jogos, o importante é demonstrar que os doutrinadores da teoria dos jogos reconhecem que o melhor resultado teórico é sempre a cooperação, pois maximiza vantagens para ambos os envolvidos na relação jurídica.

Apesar de montarem toda sua estrutura para mercados competitivos, nos quais a cooperação não é levada em perspectiva, os próprios autores reconhecem a existência da cooperação em muitas situações da vida cotidiana. Assevera os autores Gremaud, Amaury Patrick & Braga, Márcio Bobik (2001) que "não se pode concluir, no entanto, que o mundo real seja não cooperativo. Existem inúmeras situações cooperativas na sociedade. Tais situações são consideradas, pela teoria dos jogos, como jogos cooperativos".

Além da especificidade dos jogos cooperativos, os autores reconhecem que a intensidade de vezes que o jogo é realizado também pode levar a um comportamento cooperativo entre os agentes, principalmente em razão do processo de aprendizagem acerca das estratégias dos jogadores.

Uma outra perspectiva de análise da cooperação nas relações está descrito por Axelrod *"the cooperation theory that is presented in this book is based upon na investigation of individuals who pursue their own self-interest without the aid of a central authority to force them to cooperate with each other"*.

Na tentativa de analisar o âmbito de incidência da cooperação nas relações sociais, o sociólogo também apoia seus estudos no dilema dos prisioneiros, apresentando, porém uma outra versão para caso, conforme descrito a seguir:

"In the Prisoner's Dilemma game, there are two players. Each has two choices, namely cooperate or defect. Each must make the choice without knowing what the other will do. No matter what the other does, defection yields a higher payoff than cooperation. The dilemma is that if both defect, both do worse than if both had cooperated". Pelos estudos desenvolvidos pelo Axelrod (1984), a utilização da regra do *Tit for Tat* (idem) para as possíveis interações entre os jogadores no dilema dos prisioneiros. Esta programação consiste, conforme apresenta o autor *"Tit for Tat, of course, starts with a cooperative choice, and thereafter does what the other player did on the previous move. This decision rule is probably the most widely known and most discussed rule for playing the Prisoner's Dilemma"*.

Todos os resultados dos estudos desenvolvidos na utilização do *Tit for Tat* no dilema dos prisioneiros apontam um resultado mais favorável ao jogador que optou pela respectiva tática do que qualquer outra tática utilizada pelos oponentes.

Conforme asseverado anteriormente, tanto em uma quanto no outra abordagem que se utiliza o dilema dos prisioneiros, a opção cooperativa é, indubitavelmente, a mais vantajosa para os agentes envolvidos.

Considerando como premissa a conclusão que ambos os autores chegam a respeito da cooperação, busca-se neste paper fazer um trabalho aplicativo da teoria da cooperação em uma situação concreta de mercado, procurando identificar os elementos que poderiam levar a um comportamento cooperativo dos agentes envolvidos neste mercado e qual a consequência de tal comportamento para o mercado brasileiro de gás natural.

O Incremento nas redes de transporte e, conforme noticiado pela imprensa, em alternativas de exportação do gás natural já estão sendo providenciados pela Petrobrás e outros atores envolvidos neste mercado, demonstram uma perspectiva de crescimento do mercado de gás natural no Brasil.

Porém, para que o crescimento previsto pela Petrobrás torne-se realizável, os investimentos para garantir a distribuição do gás natural é imprescindível. Neste sentido, é importante um planejamento coordenado de esforços entre as distribuidoras estaduais com vistas a permitir que a oferta de gás natural possa se tornar um constante para os consumidores, sendo para tanto, fundamental o investimento em novas redes de distribuição para este insumo.

De todas as formas possíveis de distribuição de gás natural, o gasoduto é de longe, o economicamente mais viável, quando se trata de volumes razoáveis de transação, haja vista que o investimento em infra-estrutura é muito elevado, somente pagando os custos quando exista um consumo já consolidado. Este, sem dúvida, é o maior desafio de se investir em uma rede de distribuição de gás natural, pois a garantia de consumidores não é elevada, tornando o risco do negócio preponderante para sua não realização.

É neste contexto que o Gás Natural Comprimido (GNC) aparece com muita força, pois a sua característica de mobilidade e flexibilidade no manuseio e aplicabilidade possibilita atender os inúmeros clientes que estão nas áreas de concessão das distribuidoras de gás natural canalizado. O seu custo mais baixo para transporte de volumes menores de gás, permitem ao GNC desbravar mercados potenciais para o consumo deste insumo.

Essa característica ínsita do GNC faz com que ele seja o fomentador de um mercado que pode ir se expandindo ao longo do tempo, crescendo até o montante que se torne viável a construção de um gasoduto para abastecimento deste mercado que fora criado pelo GNC.

Neste sentido, a possibilidade cooperação entre as empresas de gás canalizado e de GNC tem uma grande amplitude de aplicação, devendo então serem estudados os elementos teóricos que conduzem ao comportamento cooperativo, sendo então imprescindível o estudo dos contratos relacionais, assunto que será abordado no tópico do item a seguir.

2.2. Contratos Relacionais e seu âmbito de aplicação

É inegável o fato que a teoria dos contratos relacionais está intimamente ligada ao nome de Ian MacNeil (1987) que caracteriza estes contratos *"at this point, just as contractual relations exceeded the capacities of the neoclassical law system, so too the issues exceed the capacities of neoclassical contract law scholars. They must become something else, anthropologists, sociologists, economists, political theorists, and philosophers - to do reasonable justice to the issues raised by contractual relations. Exchange and planning, the basic areas of expertise of the contracts scholar, have now become just two of many factors in a complete social organism"*.

Evidentemente que o modelo relacional de contratos encontra espaço para desenvolvimento na própria crise da concepção tradicional que o instituto sofre durante todo o século passado. Todas as suas ineficiências e o distanciamento dos interesses que deveriam atender fazem com que o conceito de contrato *descontínuo* e *impessoal* dê lugar a uma nova concepção que leve em conta os interesses os quais atualmente estão em jogo, pois o contrato, é, no dizer de Macedo Jr (1998) "um projetor de trocas emanado numa matriz social fundada nos outros elementos a especialização do trabalho e da troca, o sentimento de escolha, aparente ou real, e seu exercício, e a consciência do passado, presente e futuro".

Para se compreender melhor a estrutura dos contratos relacionais, serão descritos a seguir os elementos teóricos que referenciam este modelo contratual, com base na teoria de Macedo Jr e Ian MacNeil.

No exemplo dado pelo MacNeil é bem situado o contexto da discussão dos contratos relacionais e seus elementos constitutivos. Um primeiro exemplo é a compra de gasolina na rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal. Um segundo exemplo é o de um casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico. A existência de cláusulas abertas e indeterminadas relativas, por exemplo, à divisão de tarefas no lar, esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doenças, frequência nas relações sexuais etc., no momento em que o contrato é celebrado, e constante possibilidade de revisão e mudança.

2.3. A estrutura regulatória cooperativa e o modelo de contratos relacionais no mercado de GNC

Após feita a estruturação dos contratos relacionais, definido seu escopo de atuação, como também contextualizado o mercado de gás natural e suas potencialidades de crescimento são possíveis então discutir as hipóteses de aplicação dos contratos relacionais neste segmento de mercado.

Partindo da premissa que a distribuição canalizada de gás natural no Brasil tem uma dificuldade latente de expansão da sua malha em razão dos altos custos de investimentos aliada ao risco de inexistência de consumidores que garantam a viabilidade dos projetos, as empresas tem o desafio de cumprir suas metas de universalização do serviço de distribuição.

De outro lado, as empresas de GNC começam a despontar no mercado de gás natural como alternativa para o desenvolvimento de mercados, em razão dos *facilities* que dispõe no fornecimento de pequenos volumes em distâncias razoáveis sem que o custo final torne inviáveis os projetos.

Evidentemente que quando se trata de ambiente em que os volumes comercializáveis de gás são elevados não há como competir com a rede de gasodutos, destarte, o ambiente de negócios das empresas de GNC está no vácuo deixado pelas distribuidoras de gás canalizado em seu fornecimento, em razão dos fatos supracitados.

Este ambiente apresenta-se como propício para o desenvolvimento de contratos relacionais, haja vista que há interesses complementares das empresas que atuam neste mercado, pois se de um lado as empresas de GNC operam no vácuo das distribuidoras, estas tem o interesse que suprir este vácuo, mas somente após a consolidação do mercado consumidor que justifique o investimento na rede de gasoduto, o que será conseguido por meio das empresas de GNC.

A estrutura de fornecimento de gás natural por distribuição canalizada pressupõe a existência de áreas de concessão dos Estados, nos quais existe, no mínimo, uma empresa de realize a distribuição local. Neste caso, as empresas de GNC podem atuar livremente em qualquer área de concessão, visto que não se submetem a previsão do art. 25 § 2º da CF 88.

Sendo assim, para que as empresas de GNC possam atuar sem maiores embaraços neste espaço flutuante sua relação com as distribuidoras locais tem que ser o mais "primário" possível, resgatando o conceito do contrato relacional, haja vista que os acordos fechados e descumpridos pela empresa de GNC com qualquer distribuidora local terá impactos nas possíveis relações com outras distribuidoras, sendo então esta sua maior sanção no caso de descumprimento de contrato.

Quando se trata de fornecimento de GNC para mercados ainda em expansão não se tem uma noção exata de volumes a serem comercializados, nem prazos de contratos, nem tampouco de preços a serem praticados. Neste caso, se a opção das empresas for a realização de um contrato relacional, é possível que sejam estabelecidas regras autônomas para regerem estes elementos do contrato, atendendo as características que circundam este universo contratual.

Acrescente-se o fato que o regime de planejamento flutuante e com base nas perspectivas futuras de crescimento do mercado possa perfeitamente ser compatibilizado no regime de contratos relacionais entre as empresas visando adequar os interesses das empresas de prospectar o mercado consumidor novo, arcando, contudo, ambas as empresas com os riscos inerentes à atividade, como é típico deste modelo contratual.

Os aspectos cooperativos que se podem depreender da relação jurídica estabelecida entre as empresas de gás natural na aventura deste mercado diz respeito ao preço do gás fixado pela distribuidora de gás canalizado que deverá ser convidativo o suficiente para o investimento nos equipamentos de compressão e descompressão e que possibilite um preço final ainda competitivo do gás com seu concorrente direto neste mercado que é o GLP (Gás Liquefeito de Petróleo). Em contrapartida, as empresas de GNC assumem o compromisso de deixarem a área livre para a distribuidora de gás canalizado quando o mercado já estiver suficientemente consolidado para tanto.

Dentro do escopo dos contratos relacionais é possível afirmar que as relações contratuais possíveis de ocorrer no âmbito das empresas de GNC e as distribuidoras de gás canalizado têm todas as características de aplicação daquele modelo contratual.

3. Considerações Finais

Dentro de tudo o que foi discutido ao longo do texto, é possível tecer algumas considerações finais, a título de conclusão. Em primeiro lugar é importante destacar que os conflitos de competência entre a ANP e as Agências Estaduais apresentam-se, atualmente, apenas no plano teórico, pois cada um destes órgãos, sempre que tem oportunidade, avoca para si a competência para regular a matéria. No âmbito da concretude, as agências de regulação estão fazendo valer a sua percepção regulatória e seu respectivo modelo contratual, conforme foi discutido e apresentado no corpo deste trabalho.

Entretanto, o risco regulatório é bastante sério, pois existem argumentos legais que alicerçam muito fortemente a competência federal para regular a matéria, de modo que se torna imprescindível um ajustamento de condutas entre os agentes para que o mercado de gás natural, como um todo, não venha a ser prejudicado no médio prazo, principalmente, quando o mercado de GNC passar a ser uma perspectiva real e os empresários do setor decidir se desvencilhar dos laços “cooperativos” firmados com as empresas de gás natural canalizado.

Além do aspecto regulatório específico, existe uma questão ainda não discutida que diz respeito aos aspectos concorrenciais, pois as condutas que hoje estão sendo realizadas pelos agentes do mercado do GNC já destacadas neste trabalho, não sofreram o crivo dos órgãos de defesa da concorrência, elemento importantíssimo antes de se definir uma estrutura regulatória que tem tantas diretrizes controversas como este mercado de GNC.

4. Agradecimentos

Agradecemos em primeiro lugar a Agência Nacional do Petróleo – ANP, responsável pela bolsa de estudos que propiciam o desenvolvimento das pesquisas que originaram o presente trabalho. Em segundo lugar, ao Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo, entidade na qual os autores são vinculados.

5. Referências

- Revista Gás Brasil. Ano II - 2004, nº 04
 Gremaud, Amaury Patrick & Braga, Márcio Bobik. Manual de Economia. Equipe de Professores da USP. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001;
 Axelrod, Robert. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1984;
 Notas de aula - Disciplina ENE 5704 - Recursos e Oferta de Energia;
 ABEGAS - Associação Brasileira de Distribuidores de Gás Canalizado. www.abegas.com.br, acesso em 01 de dezembro de 2004;
www.gasnet.com.br, acesso em 30 de novembro de 2004;
 Faria, José Eduardo. Direito na Economia Globalizada. 1ª Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002;
 Teubner, Gunther. *Regulation et pluralité juridique: comment la politique la plus-value normative de la circulation de l'argente* apud Faria, José Eduardo. Direito na Economia Globalizada. 1ª Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002;
 Macedo Jr., Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998;
 Gomes, Orlando. Contratos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966
 Macaulay, Stewart. *Non-contractual relations in bussiness: a preliminary study*. *American Sociological Review*, 1963, n. 28 apud Faria, José Eduardo.
 Campbell, David and Harris, Donald. *Flexibility in long-term contractual relationships* in *Journal of Law and Society* apud Faria, José Eduardo;
 Macneil, Ian R. "Relations Contract - Theory as Sociology in Journal of Institucional and Theoretical Economics, 1987 apud Faria, José Eduardo;
 Deakin, Simon. Lane, Christel and Wilkinson, Frank. *Trust or law? Toward an integrated theory of contractual relations between firms* apud Faria, José Eduardo.