

A REGULAÇÃO DO LIVRE ACESSO NA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL: O CASO DE SÃO PAULO

Hirdan Katarina de Medeiros Costa¹ (**Bolsista CNPq - Brasil**), (PIPGE/USP), Célio Bermann² (PIPGE/USP)

¹Av. Professor Luciano Gualberto, 1289, Cidade Universitária, CEP: 05508-010, São Paulo,
hirdankatarina@yahoo.com.br

²Av. Professor Luciano Gualberto, 1289, Cidade Universitária, CEP: 05508-010, São Paulo,
cbermann@iee.usp.br

Os serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado são de competência estadual, consoante previsão constitucional. Neste contexto, o Estado de São Paulo destaca-se tanto pelo seu histórico de desenvolvimento de serviços de gás canalizado, quanto pela reestruturação realizada em meados da década de 90, os quais permitiram a atual expansão e o desenvolvimento do mercado de gás nesse estado. O presente trabalho, ao visualizar essa realidade, examinou os contratos de concessão das três empresas distribuidoras de gás natural existentes no Estado de São Paulo e constatou a existência de uma cláusula que prevê a obrigação de se conceder o livre acesso (*by pass* comercial) após certo lapso temporal (exceto no que se refere aos usuários residenciais e comerciais) à rede de gasodutos de distribuição, desagregando a comercialização de gás do serviço de distribuição. Diante disso, após a montagem do referencial teórico, foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com um representante do órgão regulador estadual, com funcionários das três distribuidoras locais e de grandes consumidores industriais, no sentido de averiguar a percepção dos agentes a respeito desta cláusula e a ordem de preparativos que irão ser relevantes para a vigência dessa disposição contratual. Portanto, como resultado levantado, tem-se que os atores citados, apesar de considerarem que a cláusula de livre acesso irá gerar impactos no mercado, ainda não desenvolveram estudos nesse sentido para identificá-los e/ou quantificá-los, tendo em vista o lapso temporal decorrente de previsão contratual. A relevância da pesquisa é a de contribuir como literatura que tratou de uma problemática ainda por vir, dentro de parâmetros fundamentados em um referencial teórico, com vistas à continuidade do desenvolvimento desse setor no Estado de São Paulo.

Palavras-chaves: regulação, contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado, livre acesso, usuário industrial, Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A mudança do papel do Estado de intervenção direta sobre o domínio econômico, por meio da atuação das denominadas empresas públicas e sociedades de economia mista, para um modelo de atuação indireta através de mecanismos regulatórios, dentre outros, foi visto como uma maneira de financiar o desenvolvimento do país a partir da década de 90 (principalmente do setor de infra-estrutura).

Assiste-se, nesse ínterim, à criação de agências reguladoras, concomitante a um movimento contratualista baseado no fortalecimento de órgãos públicos dentro do escopo de condução do desenho reducionista ora em voga.

Salutar é a observação de Fleury (2001, p. 20) quando destaca que a nova configuração institucional, após o ciclo de desestatização da década de 90, permite deduzir “que os agentes públicos ainda têm grande importância no planejamento, execução da implantação, operação e manutenção dos diversos segmentos pertencentes ao setor de infraestrutura, porém agora de forma indireta”.

No caso da indústria do gás natural, é possível perceber que a reformulação do papel do Estado se verifica como ponto inicial para o atual desfecho das análises estruturais, haja vista a flexibilização ocorrida nas atividades constantes dos artigos 177 (incs. I a IV) e 25, § 2º, da Constituição Federal.

Em relação à distribuição de gás natural canalizado, o artigo 25 (Título III — Da Organização do Estado; Capítulo III — Dos Estados Federados), em seu § 2º prescreve que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.

No caso de São Paulo, o tema em foco foi previsto no art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, alterado pela Emenda Constitucional nº 6, de 18.12.1998, e, posteriormente, passou a ser disciplinado pelo Decreto Estadual nº 43.889, de 10.3.99, que aprovou o regulamento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

Destarte, em seguida, foram pactuados os contratos de concessão da prestação do serviço público de distribuição de gás natural canalizado entre o órgão regulador estadual (Comissão de Serviços de Energia de São Paulo — CSPE) e os concessionários.

Esse contrato traz uma cláusula pertinente à abertura da comercialização de gás natural para os usuários industriais, grandes consumidores (consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 500.000 m³), termoeletrônicos, consumidores de gás natural veicular, de cogeração e interruptível, a partir de doze anos contados da celebração desse contrato em se tratando da Comgás S.A.¹; e da data de entrada em operação da respectiva Estação de Transferência de Custódia, ou por um período de 20 (vinte) anos contados da data da assinatura deste contrato de concessão, o que ocorrer primeiro, no caso dos concessionários Gás Brasileiro Distribuidora Ltda.² e Gás Natural São Paulo Sul S.A.³.

A cláusula de livre acesso, denominada pelas práticas internacionais de *by pass* comercial, significa a separação contratual das atividades de transporte, venda e compra de gás, permitindo a entrada de outros agentes e se procedendo ao fim da verticalização contratual. Ou seja, separam-se contratualmente as atividades de distribuição e de comercialização de gás natural, porém os vendedores desse energético continuam tendo que usar a rede de gasodutos pertencentes à distribuidora local.

A legislação do Estado de São Paulo usou a denominação de “livre acesso” para nomear a situação acima descrita (fim da exclusividade na comercialização de gás natural). Por esse motivo é que tal expressão será utilizada no presente estudo.

Há de se registrar que esse mecanismo contratual difere do livre acesso previsto na Lei nº 9.478/97, pois esse ocorre dentro da capacidade que porventura exista no sistema de transporte de gás natural e é de competência regulatória da ANP.

Igualmente, outra figura que merece ser citada, para fins de delimitação conceitual, é o *by pass* físico, termo utilizado nos contratos internacionais que significa a comercialização do gás natural sem o uso da rede da distribuidora local de gás (STRAT, 2005).

Após essa delimitação conceitual, é importante frisar que o livre acesso previsto na atividade de distribuição de gás natural no Estado de São Paulo é bastante singular em comparação aos demais contratos de concessão celebrados nos outros Estados da Federação e, por isso, merece um estudo em face das inúmeras consequências advindas da abertura de mercado sob o aspecto econômico-jurídico, sem olvidar a aproximação do lapso temporal que foi dado, o que demonstra por si só a razão da reflexão que se objetiva realizar.

Assim, a situação chave desta pesquisa se circunscreve em apontar como poderá ocorrer a preparação dos agentes envolvidos no mercado de distribuição de gás natural canalizado para o período após a efetivação do livre acesso, em especial, a partir da análise do setor industrial, o qual corresponde a 79,5% do volume de vendas dos concessionários (SERHS, 2006). Igualmente, em refletir sobre o papel do regulador na implementação de um novo quadro fático decorrente de uma abertura à competição, frisando o relacionamento institucional a ser constituído por oportunidade da aplicação dessa disposição contratual.

2. REVISÃO DA LITERATURA

Dentre as características do gás natural apontadas pela doutrina, destacam-se o elevado custo de transporte (incluindo a distribuição) e a existência de energéticos substitutos, os quais implicam custos rígidos ao longo da cadeia (produção, transporte, distribuição e comercialização) (Cecchi, 2001).

Nesse diapasão, a atividade do órgão regulador passa a ser “imprescindível” para organizar o ingresso de novos participantes no mercado, definir regras, regulamentos e procedimentos, a fim de zelar pela implementação da concorrência; bem como resolver conflitos entre operadores, agentes, distribuidores e consumidores, além de estimular a inovação tecnológica (Cecchi, 2001).

É oportuno assinalar que a instauração de um mercado gasífero com maior nível de competição entre os agentes é um fator de estímulo à inovação e ao incremento da qualidade, sem esquecer a melhoria do fator ambiental, que concebe o gás natural como alternativa energética mais viável sob o ponto de vista de redução da emissão dos gases de efeito-estufa, em relação aos demais combustíveis fósseis.

Acrescentam-se outras características do crescimento do mercado de gás natural, que dizem respeito à existência de externalidades positivas, pois a construção da rede acarreta a estruturação da economia em seu entorno e integra as relações econômicas e a organização social. Ademais, esses setores apresentam ativos indivisíveis, ou seja, se as estruturas não forem construídas como um todo, elas deixam de ser eficientes, ocasionando o simples desperdício de recursos (Cecchi, 2001).

Igualmente, a oferta nesses mercados deve ser capaz de responder às oscilações de demanda e ao crescimento sustentado e de longo prazo. A consequência gerada pela ausência de capacidade de atender a demanda convenientemente é a formação de gargalos de estrangulamento, ocasionando a falta de credibilidade no uso final do gás natural. Por tal fato, a oferta tem de acompanhar a demanda, sob pena de gerar um desestímulo em seu consumo.

¹ Este contrato foi celebrado em 31 de maio de 1999. Para maiores detalhes: www.cspe.sp.gov.br.

² Este contrato foi celebrado em 10 de dezembro de 1999. Para maiores detalhes: www.cspe.sp.gov.br.

³ Este contrato foi celebrado em 31 de maio de 2000. Para maiores detalhes: www.cspe.sp.gov.br.

Outro fator significativo no setor de infraestrutura aqui estudado é o elevadíssimo custo de implantação, em que o investimento inicial é significativo e com prazo de maturação bastante elevado. Somam-se a isso os elevados *sunk costs* (custos escondidos ou afundados), o que implica o aumento do risco da decisão de investir, tendo em vista a não-cobertura dos custos quando a empresa decide sair do negócio. Para tanto, vale salientar que, em regra, essas estruturas mostram a forte interdependência dos agentes integrantes da cadeia (Cecchi, 2001).

Há também as economias de integração, em que as “empresas envolvidas não apenas são monopolistas, como normalmente procuram integrar, dentro da firma, todas as etapas da cadeia, de forma a assegurar uma coordenação ótima entre os ativos especializados e evitar qualquer risco de ruptura do fornecimento” (diminuição dos custos de transação) (Cecchi, 2001, p. 27).

Destacam-se, ainda, as economias de aprendizagem que geram o trancamento, isto é, o alto grau de irreversibilidade das opções iniciais. O fornecedor e o consumidor adquiram os equipamentos e a experiência que determinam um ponto de não-retorno, em função da natureza específica do investimento, dos custos das mudanças e dos benefícios já acumulados.

Essas características tornam a indústria do gás natural um setor no qual a regulação dos agentes por um órgão governamental e autônomo traz benefícios ao consumidor final, bem como possibilita uma maior distribuição de forças entre os agentes do mercado. Inclusive, tal argumento é reforçado quando nos defrontamos com o conceito de monopólio natural.

Pois bem, observou-se que na indústria de infra-estrutura os rendimentos de escala não apenas eram inicialmente crescentes como também não se tornavam decrescentes jamais. O monopólio dá-se em função da elevada “escala mínima de eficiência” da indústria, pois o mercado não comporta mais de uma firma operando em escala e em escopo eficientes (Mankiw, 2001).

Diante da estruturação da indústria brasileira de gás natural, em que ocorre o predomínio da integração vertical, podem-se trazer para análise dois aspectos negativos ao bem-estar, quais seja a assimetria de informações, que permite ao monopolista distribuir entre os elos da cadeia os custos econômicos de suas atividades, e a concorrência imperfeita no fim da cadeia, ocasionando o abuso de poder. Dessa forma, dentre as vantagens da verticalização, entendida como procedimento usual da empresa, apontam-se as reduções nos custos fixos e de transação, situando-se as desvantagens em torno de práticas anticompetitivas (Hamilton e Lee, 1999).

Vale destacar, como bem frisa Salomão Filho (2002, p. 201), que, em geral, o monopólio natural serve para justificar “o ponto de partida para a maioria das teorias que procuram explicar as razões do Estado no domínio econômico”. Esse autor enuncia um conceito mais amplo do monopólio natural, ao partir “da própria denominação utilizada”; ou seja, as características de monopólio são intrínsecas ao mercado, e não um dado criado pelos agentes econômicos.

Salienta-se que o monopolista goza de poder de mercado e, assim, sem a devida supervisão, pode não atender às necessidades da sociedade e reduzir os impactos positivos gerados pelas indústrias de infra-estrutura (externalidades de rede).

Nesse contexto, por mais que a regulação da atividade econômica seja abrangente, num regime de monopólio natural, justifica-se a sua existência por causa das seguintes características: custos irrecuperáveis elevados e circunstâncias propícias ao comportamento oportunista; necessidade de monitoramento permanente do mercado; demanda por conhecimento altamente especializado; emissão sistemática de regulamentos; e resolução freqüente de litígios (Oliveira e Rodas, 2004, p. 134).

Em virtude de tais fatores, “a literatura tradicionalmente consagra a situação de monopólio natural como o único tipo de estrutura de mercado suscetível de justificar teoricamente a regulação pública” (Possas *et al.*, 2001, p. 101).

Não obstante esse entendimento, na investigação dos motivos da regulação, a partir dos anos setenta, estudos mais aprofundados demonstraram que, a despeito de a regulação ser necessária em setores com características de monopólio natural e com fortes externalidades, ela se faz presente em outras áreas, o que demonstra uma falha teórica (campo limitado de abordagem) (Fiani, 2001).

As críticas a essa concepção da regulação econômica iniciaram-se nos anos sessenta, a partir da verificação da existência de falhas de governo consistentes nos conceitos de grupos de interesse e de *rent seeking*, tendo como finalidade a extração de renda econômica. Surgiram, então, preocupações teóricas que culminaram na Teoria da Captura, pela qual as agências, ao disciplinarem um setor, estarão agindo em prol de grupos de interesses, que lhe proporcionarão determinados benefícios. Nesse instante, passou-se a perceber que nem sempre o Estado, na sua atuação como regulador, irá economicamente buscar o bem público (Fiani, 2001).

Contudo, a contradição das percepções a respeito do regulador (ora como guardião do bem público, ora como capturado pela indústria) mostrou-se empiricamente pautada numa visão generalista e superficial, visto não justificar certas atitudes dos regulados, como, por exemplo, o uso de subsídios cruzados. Assiste-se, desde então, à tendência de estudos mais voltados para a compreensão da atividade regulatória em si e para entender como o regulador passa a decidir em prol de maximizar o apoio dos setores regulados (Fiani, 2001).

Posteriormente, desenvolveram-se o referencial teórico denominado de Nova Economia Institucional, para o qual as relações contratuais, as firmas e os mercados são importantes instituições econômicas (Williamson, 1985). Essa teoria integrante da Organização Industrial propõe-se complementar às teorias anteriores e frisa que a unidade básica de análise é a transação.

Destaca-se a questão correspondente aos custos anteriores à celebração dos contratos (custos *ex ante*), atinentes à formação, à negociação e às garantias existentes no acordo, que por cuidar de matéria complexa não reconhece as contingências futuras (racionalidade limitada dos agentes), deixando para momento posterior a resolução de tais problemas. Tal imperfeição contratual, porque incompleta, demandará das partes um esforço referente à governança da avença, ou seja, a forma pela qual irão realizar os ajustes dos problemas que porventura surjam ao longo da execução do contrato. Tal escolha, todavia, acarretará um custo (é o que o autor denomina custos *ex post*). Esses custos posteriores podem assumir diversas formas; entre elas, as práticas oportunistas por uma das partes no momento de adaptação do contrato (Williamson, 1985).

Além da Economia dos Custos de Transação (ECT), a NEI também abarca a Teoria da Agência (TA), que explica o relacionamento do tipo agente-principal. Essa teoria traz à tona a assimetria de informações, na qual o agente detém mais informações sobre as condições de demanda, de custos e de tecnologia do que o principal, bem como não se mostra interessado em repassá-las ao principal, pois pode se aproveitar da situação para extrair rendas de monopólio (ganhos extraordinários).

Nesse desiderato, é importante que um agente imparcial (ente regulador) influa nesse poder de mercado, proporcionando a harmonização das forças produtivas e condicionando as ações da empresa regulada. Daí o registro da tradição norte-americana, em que as empresas privadas estavam sob fiscalização de um ente de regulação.

Dessa maneira, utiliza-se do referencial teórico da NEI, especificamente da ECT e da TA, a fim de analisar os atributos integrantes do contrato de concessão de distribuição de gás natural canalizado de São Paulo e das relações estabelecidas entre as empresas concessionárias e os usuários industriais, a partir da formação do contrato de concessão. Não se consideraram as relações que porventura existam entre os três concessionários.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a complexidade das relações contratuais modernas traz em si custos de transação consistentes na formação e no monitoramento de contratos. Tais custos influenciam diretamente as escolhas dos agentes econômicos e a decisão de se adotar determinadas políticas públicas.

A formulação do contrato envolve as negociações, a definição das cláusulas sobre os direitos, deveres e obrigações das partes, aporte de investimentos e recursos; ou seja, a elaboração de um contrato engloba custos iniciais assumidos pelas partes, bem como o compromisso de se submeter às disposições acordadas [*pacta sunt servanda*].

Tratando-se de contrato de direito público, como é o caso do contrato de concessão, a liberdade de contratar é restringida, pois existem as cláusulas regulamentares impostas unilateralmente pelo Poder Público, com natureza de contrato de adesão. No entanto, a livre negociação é retomada nas cláusulas referentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, entendidas como direito do concessionário. Dessa maneira, percebe-se que além dos custos envolvidos na formulação desse contrato, abrangendo inclusive os gastos oriundos do processo prévio de licitação, haverá custos também durante a sua execução.

É relevante, portanto, a escolha da forma de governança do contrato como meio de estruturar a ação dos agentes durante a sua execução e, por isso, tal arcabouço deve levar em conta a harmonização dos custos adicionais de transação com a eficiência econômica da transação. Vale salientar que essa hipótese é levantada pela ECT e pela TA. A maneira como ocorrerá a interação entre a execução do contrato ao longo do tempo e coordenação dos investimentos pelo concessionário e da ação de fiscalizar por parte do órgão regulador é fundamental no desenrolar da concessão e na continuidade da prestação do serviço público.

Igualmente, por se tratar de celebração de contratos incompletos, em virtude da existência da racionalidade limitada dos agentes, decorrente da impossibilidade de se prever todas as contingências futuras, podem surgir comportamentos oportunistas dos agentes.

No caso de uma concessão, além de o contrato não poder prever todos os eventos futuros, existem os interesses conflitantes, quais sejam, o do Poder Concedente, em prestar o serviço público dentro de princípios relativos à modicidade tarifária e à continuidade, consoante o interesse público; e o do concessionário de serviço, que, por ser uma empresa capitalista, tem o objetivo de buscar o lucro e retirar o maior proveito econômico possível da atividade concedida.

Daí, para se evitar que os agentes concessionários ajam em proveito próprio e prejudiquem a persecução do interesse público na prestação do serviço concedido, a execução do contrato fica sobre o controle da Administração Pública, estabelecendo uma relação do tipo agente-principal.

Portanto, além da preocupação com a formulação do contrato, dada a necessidade de alinhar interesses, o regulador, ao fazer às vezes do Poder Concedente, deve durante a execução do contrato, ao editar normas, criar mecanismos que motivem o concessionário a exercer as suas funções da melhor forma possível.

Assim, tem-se o intuito de se reduzir a assimetria de informações, possibilitando que o concessionário ceda as informações necessárias ao exercício da regulação por parte da agência e que os custos envolvidos no monitoramento não superem a eficiência gerada pela fiscalização.

3. METODOLOGIA

Nesse trabalho são apresentados os resultados das entrevistas com representantes do órgão regulador, dos três concessionários e dos usuários industriais. O objetivo da realização dessas entrevistas foi verificar como esses agentes estão se preparando para a implantação do livre acesso à rede de distribuição, bem como extrair elementos de análise dentro dos parâmetros explanados na revisão da literatura.

A metodologia empregada na construção das entrevistas consistiu na utilização do referencial teórico da Nova Economia Institucional para direcionar as questões feitas aos agentes (regulador, concessionários e usuários industriais), além de saber como os agentes estão se preparando para o livre acesso, e, no caso dos usuários industriais, se eles enxergam benefícios e quais as possíveis motivações de se tornarem usuários livres.

O exame dessas entrevistas abarcou o método de análise do discurso, para se extrair as tendências, captar e avaliar as reais intenções dos agentes e proceder à comparação das afirmações com os dados da realidade, procurar o sentido das respostas e selecioná-las dentro dos parâmetros apontados pelo referencial teórico. Pretende-se extrair dos discursos dos entrevistados um quadro de tendências para a futura composição da regulação do livre acesso no setor de distribuição de gás natural canalizado em São Paulo.

Os trechos destacados são orações extraídas dos discursos dos entrevistados. É importante salientar que se tentou reproduzir *ipsis litteris* as opiniões dos entrevistados. A não identificação dos entrevistados foi uma escolha dos autores, a fim de direcionar os comentários de forma impessoal.

4. RESULTADOS

4.1 Entrevista realizada com o órgão regulador

A entrevista realizada com um representante do regulador demonstrou que, ainda não existe um estudo formal sobre a forma de implantação do livre acesso à rede de distribuição de gás canalizado. Na verdade, existe **um aprendizado proveniente do setor elétrico**, mas no que se refere ao setor de gás natural os começaram em 2006, apesar de já existir uma noção do que deve ser definido. Para tanto, o representante acredita que o regulador pretende utilizar experiências de outros países, a contratação de consultorias e a realização de estudos internos ao órgão.

A edição de uma lei estadual que trate da comercialização de gás natural canalizado também há de ser cogitada para 2010, ou seja, após a segunda revisão tarifária da Comgás, momento esse em que os estudos, as análises e as constatações já feitas pelo órgão regulador deverão servir como fundamento para dirigir o conteúdo dessa lei, bem como antes do ano eleitoral 2010 que demandará a eminência de outras urgências para o legislador. A partir daí o marco regulatório inicial para a atividade de comercialização de gás natural já estará delineado e proporcionará a devida legalidade dos procedimentos seguintes realizados por parte do órgão regulador. Essa argumentação demanda a participação de alguns legisladores estaduais pertencentes a uma comissão especial sobre a matéria em comento [ou dentro de outro procedimento que seja crível e respeite o Processo Legislativo Estadual], o que permite inferir a necessidade de uma articulação anterior do órgão setorial com o Poder Legislativo Estadual para a construção e a edição dessa lei em virtude do conhecimento adquirido pelo órgão regulador acerca do funcionamento do mercado de gás natural, sobretudo, do comportamento dos agentes econômicos ao longo do tempo.

Essa atitude trará a vantagem de permitir a existência de uma lei estadual que reflita a necessidade real de concorrência para o mercado de gás natural canalizado em São Paulo, o que melhora a percepção de aplicabilidade da lei e de minimização do custo regulatório, ou seja, a lei já estará dentro do aprendizado regulatório da CSPE e não necessitará de grandes modificações nos procedimentos desse órgão. Isso também é uma sinalização favorável para o mercado (agentes econômicos e usuários que desejam ser livres).

Por outro lado, esse modelo poderá trazer a desvantagem de uma lei com conteúdo eminentemente favorável aos agentes regulados e desfavoráveis aos usuários livres (ou vice-versa) ou ainda desfavoráveis aos entrantes (futuros comercializadores) e favoráveis ao atual concessionário (ou vice-versa), porém isso pode ser aferido pelo legislador estadual a partir do exame da atuação do órgão regulador (CSPE) ao longo do tempo e durante a elaboração da norma no processo de composição de interesses dos diversos agentes econômicos e dos usuários.

Daí a participação de representantes dos usuários que desejam se tornarem livres, dos atuais concessionários, dos entrantes (futuros comercializadores), de representantes dos consumidores que continuarão cativos, do Ministério Público (na defesa dos interesses difusos dos consumidores de gás natural no Estado de São Paulo), de outros órgãos públicos, em especial do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), e de outros representantes desses grupos citados, poderá minimizar esse efeito negativo por conter uma diversidade de pressões que deverão se ajustar.

Igualmente, a forma pela qual uma lei estadual abordará a comercialização de gás natural canalizado poderá gerar o efeito de criar restrições ao exercício da atividade regulatória posterior, o que diminui a flexibilidade do mercado, mas, por outro lado, produz uma percepção de maior legalidade e observância de um arcabouço jurídico pré-estabelecido por parte do órgão regulador.

Há de se lembrar que pela lei ser geral e abstrata, o conteúdo de uma lei estadual de comercialização de gás natural se cingirá a determinados pontos que traga inovação na matéria e de uma forma que permita a atuação posterior do órgão regulador dentro de suas funções delineadas na legislação atual. Por exemplo, um artigo que determine a remuneração da rede de gasodutos do concessionário de distribuição local por meio de um preço de acesso pago pelo comercializador, deverá conter um comando que permita a edição de norma posterior por parte do órgão regulador onde esteja de forma transparente a fórmula com todos os indicadores e integrantes do preço de acesso definidos, a fim de que esse exerça as suas funções dentro de premissas posteriores que sejam plausíveis (preço de acesso regulado).

Ademais, a presença dos órgãos pertencentes ao SBDC durante a audiência pública de revisão tarifária da Comgás, bem como anterior a 2009, com o intuito de colaborar na construção do modelo de regulação do livre acesso que agregue o aprendizado do SBDC sobre as estruturas e as condutas previstas na legislação antitruste com o conhecimento da CSPE sobre o comportamento do mercado local de gás natural canalizado, permitirá que o modelo de regulação da atividade de comercialização e de distribuição após o livre acesso não reste frustrado por práticas anticoncorrenciais como, por exemplo, o uso do preço predatório⁴ por parte do atual agente econômico.

Na figura 1 (abaixo), encontram-se os pontos citados pelo entrevistado que deverão ser levados em consideração para a modelagem da regulação do livre acesso e que sinalizam o conteúdo da legislação a ser editada (formando o desenho básico da comercialização e dentro do desenho básico da distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo), de onde deve se retirar uma clareza a respeito da estrutura do comercializador e dos direitos do distribuidor, bem como algumas questões que devem estar contidas em lei para posterior regulação por meio de normas editadas pela CSPE (resoluções).

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">a) Figura do comercializador delineado com uma estrutura leve, ou seja, sem possuir ativos de distribuição de gás natural canalizado;b) Tarifa de uso do sistema de distribuição que reflita os custos de operação, manutenção, amortização e remuneração pelos investimentos desse sistema;c) Não está definido se a tarifa será postal ou por trecho, bem como de que forma se aplicaria, se seria única na área de concessão;d) Disciplina do uso da rede, o sistema possui capilaridade que favorece os excedentes de capacidade [para questões de pico, valoriza-se o uso mais homogêneo da rede];e) Obrigações no âmbito do contrato de concessão permanecem. |
|---|

Figura 1 Definições de indicadores para a formatação do modelo de livre acesso na distribuição de gás natural canalizado em São Paulo.

4.2 Entrevistas realizadas com as indústrias passíveis de se tornarem consumidores livres: pretensão de se tornar consumidor livre e motivações

A indústria brasileira apresenta-se como uma importante participante no consumo final total de energia. Conforme esboça Bermann (2003, p. 38) o setor industrial “responde por 34% do consumo final de energia”.

No que se refere ao mercado de gás natural no Estado de São Paulo, o segmento industrial destaca-se como o maior consumidor desse energético. Em 2005, por exemplo, a indústria apresentou 78,1% de participação no consumo de gás natural perante os demais segmentos e em 2006 esse número se encontrou no patamar de 79,5%. Foram oito as empresas entrevistadas⁵ e essas se cingiram aos segmentos química e petroquímica, vidros, mineração e de bebidas. Alguns resultados foram tabulados para serem, posteriormente, discutidos de forma conjunta. Outras respostas foram analisadas separadamente, tendo em vista o maior aprofundamento dado pelos entrevistados a essas determinadas questões.

A Tabela 1 apresenta o resumo das respostas dos entrevistados concernentes à pretensão de se tornar usuário livre de gás natural e quais seriam as suas motivações.

⁴ Segundo a Portaria SEAE n. 70, de 2002, preço predatório “se verifica quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo”.

⁵ Desse número, quatro entrevistas foram realizadas por e-mail e os restantes pessoalmente. As primeiras foram realizadas dessa forma por as pessoas entrevistadas terem assim solicitado. Todavia, ressalta-se que se entrou em contato com tais pessoas por telefone. O que se notou foi que nem sempre existe disponibilidade de ceder informações, principalmente, quando não se terão vantagens. Segundo alguns entrevistados, as perguntas para serem respondidas tiveram que passar pelas diretorias das empresas. Inclusive, buscou-se entrevistar o total de 22 indústrias. Algumas nem sequer retornaram as ligações.

Tabela 1 - Pretensão de se tornar usuário livre e motivações

Indústrias	Pretensão de se tornar usuário livre e motivações
Empresa A (petroquímica)	Não entrou em estudo
Empresa B (gasquímica e petroquímica)	Deverá ser avaliado
Empresa C (vidro para engarrafamento)	Sim, caso tenha vantagem econômica e segurança de fornecimento.
Empresa D (bebidas)	Depende, caso tenha vantagem e sem a previsão de consumo mínimo.
Empresa E (vidro)	Não
Empresa F (gasquímica)	SR
Empresa G (mineração)	Sim, poder negociar preço.
Empresa H (vidro)	SR

(SR) sem resposta

Em termos de resposta com um maior conteúdo, o entrevistado da empresa B respondeu a pergunta sobre a pretensão de se tornar usuário livre e suas motivações da seguinte forma:

Ainda não é possível regulatoriamente sermos livres para esta compra, existe um contrato a ser firmado com a Distribuidora que tem a concessão. Contudo, quando pudermos, certamente este assunto será avaliado. Ainda não avaliamos, contudo, acreditamos que poderemos nos beneficiar a exemplo da energia elétrica atualmente.

Pode-se afirmar que o entrevistado tem o conhecimento sobre as regras do livre acesso, bem como deve atuar no mercado livre do setor elétrico, visto a comparação de benefícios que poderão existir. No caso, essa empresa deverá avaliar todos os mecanismos econômicos que possibilite auferir ganhos com o modelo de livre acesso na distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo.

Já o entrevistado da empresa D colocou mais algumas questões interessantes, veja:

No caso do setor de energia elétrica, é obrigado a pagar a linha sem usar, se o gás for igual ao setor elétrico, terá que ter parcerias.(...) A flexibilidade contratual é relevante para a indústria. O mercado livre do gás natural é moderno, mas se vier coisa maluca, não dá. (...) Será viável se tiver retorno financeiro, caso diga que deverá ter garantia mínima de consumo, não dá.

A comparação com o modelo do setor elétrico se fez bem presente no discurso desse entrevistado, o que demonstra certo aprendizado com modelos de usuários livres. Sendo recomendável que estudos posteriores tratem de relatar os benefícios do livre acesso no setor elétrico e os quais podem servir de experiência para a regulação do livre acesso na distribuição de gás natural canalizado. Fazem-se significativos, também, os fatores de flexibilidade no consumo de gás natural e de retorno econômico para o entrevistado em comento.

Por sua vez, o entrevistado da empresa F aponta a pouca oferta de gás natural como um futuro entrave, bem como a disponibilidade de capacidade nos gasodutos das distribuidoras. Em outro trecho, esse entrevistado aponta a ausência de livre acesso no transporte como algo que pode inviabilizar o uso de gás natural comprado por outras fontes de fornecimento que não seja a atual distribuidora ou a Petrobrás, *in verbis*:

Primeiro deveria haver a disponibilidade de GN de fontes livres e a dificuldade será como levar o GN até o consumidor, porque como no caso da energia elétrica, será necessário usar a tubulação de distribuição existente e pagar pelo uso, caso exista disponibilidade. A construção de gasodutos específicos pode inviabilizar o negócio.

Como no caso da energia elétrica poderia comprar GN direto das fontes, como no caso da Bolívia, mas novamente surge o problema do transporte. Construir-se novo gasoduto pode ser muito caro e usar o atual, a Petrobrás pode alegar que não existe mais capacidade de transporte.

Em primeiro lugar, há de se frisar que somente ocorrerá livre acesso a partir da utilização da rede de distribuição do concessionário local de gás natural canalizado, não será permitido à construção de outra rede por terceiro, somente o concessionário é quem poderá construir rede, sendo possível a participação de terceiros na construção, mas o ativo será afeto à prestação do serviço público de distribuição de gás natural canalizado.

O ponto sobre a oferta de gás natural deverá ser um obstáculo menos concreto do que o citado pelo entrevistado em virtude de outras empresas já estarem presentes no setor de pesquisa, desenvolvimento e produção de GN boliviano e brasileiro. E em relação ao livre acesso no GASBOL, acredita-se que os impasses ocorridos nos últimos anos deverão estar mais amenos (ou pelo menos mais claro) quando da fixação das regras do livre acesso na distribuição de gás natural canalizado no Estado de São Paulo e, em particular, na área de concessão da Comgás, em virtude do lapso temporal.

Novamente, ressalta-se a referência ao modelo de livre acesso do setor elétrico, como uma constante no discurso da maioria dos entrevistados. Ocorre que apesar de os setores de distribuição de gás natural e de energia elétrica serem indústrias de rede, com características econômicas e jurídicas semelhantes (economias de escalas, serviço público etc.), é imprescindível enxergar que o grau de maturidade e o arcabouço institucional herdados, dentre outros fatores de análise, são diferentes. O que leva a crer na necessidade de cautela quanto à procedência de uma regulação similar, sem considerar os fatores que distinguem o setor de distribuição de gás natural do elétrico.

4.3 Análise de discurso dos entrevistados: COMGÁS: preparação da empresa para a implantação do livre acesso

Realizaram-se duas séries de entrevistas na Comgás. A primeira ocorreu em meados de 2005; e, a segunda em meados de março de 2006. As áreas privilegiadas, isto é, os funcionários escolhidos para as entrevistas, foram os do setor de vendas industrial e planejamento estratégico da companhia.

No que diz respeito à preparação da companhia, foi destacada a oportunidade do segundo ciclo de revisão tarifária em 2009, com vistas à definição de como o regulador irá delinear o livre acesso. No entanto, por enquanto ainda não tem nenhum estudo muito embasado, o que deverá ser feito a partir desse ano, em virtude da companhia trabalhar com planos quinquenais.

(...) a COMGÁS não tem estudo que possa ser considerado, já bem suportado, porém já consideramos em nossos cenários de risco que isso já é fator importante para se começar a administrar, e se preparar com antecedência bastante grande. A COMGÁS já começa a ter não necessariamente uma preocupação, mas uma preparação de como agir num mercado de competição livre.

Os entrevistados frisaram que apesar de existir um fator de risco a ser administrado pela companhia no que se refere à comercialização, ela detém a concessão de distribuição de gás. Dessa forma, o risco somente se relaciona à parcela de comercialização do gás natural.

4.4 Análise da entrevista realizada com funcionários da empresa concessionária Gás Brasileiro: preparação da empresa para a implantação do livre acesso

Em relação ao processo de preparação da empresa para o fim da exclusividade da comercialização, o entrevistado explicou que a empresa trabalha com cenários de estratégias os quais avaliam a sensibilidade da parcela de mercado da companhia perante o poder de clientes e de fornecedores, a ameaça de novas firmas entrantes e produtos substitutos. Porém no que toca à preparação específica para o livre acesso não entrou em detalhes. Veja:

A empresa Gás Brasileiro desenvolve as suas ações dentro de planos quinquenais, dessa forma, existem estudos gerais sobre o processo de abertura, porém sem profundidade, por causa do lapso temporal ainda existente.

Esse trecho demonstra o quanto o tema é delicado e como as empresas de certa forma não estão dispostas a ceder informações estratégicas.

4.5 Análise da entrevista realizada na empresa Gás Natural São Paulo Sul: preparação da empresa para a implantação do livre acesso

No caso das entrevistas realizadas na Gás Natural SPS, ocorreram repostas um pouco distintas, para tanto, serão utilizadas as denominações: entrevistado (1) e entrevistado (2).

O entrevistado (1) expôs que no momento a empresa não está desenvolvendo estudos sobre o período do fim da exclusividade. Veja:

A empresa não está preocupada momentaneamente com o livre comércio do gás através de gasodutos, porque nosso contrato ainda está para início de distribuição de gás para um trecho novo, que é Porto Feliz, Boituva, Tietê, Sequilho, Laranjal Paulista onde você começa a contar os doze anos a partir do funcionamento do *city gate*, então, o *city gate* mais velho aqui seria o de Itu, que começou em novembro de 2003, então tudo é muito recente, e somente começa a contar a partir do funcionamento do *city gate*, não do fechamento do contrato de concessão da Gás Natural.

Todavia, vale lembrar que o prazo para o livre acesso é de 12 anos contados da instalação da Estação de Transferência de Custódia (*city gate*) ou 20 anos a contar da assinatura do contrato de concessão, o que ocorrer primeiro. Essa regra é favorável na medida que estimula a realização dos investimentos até 2008, pois o contrato foi assinado em 2000.

Após 2008 é indiferente que o prazo para o livre acesso seja de 12 anos contados da instalação da Estação de Transferência de Custódia (*city gate*) ou 20 anos a contar da assinatura do contrato de concessão, porque somente restarão 12 anos para a entrada em vigor da cláusula de livre acesso em toda a área de concessão da empresa Gás Natural São Paulo Sul (esse raciocínio também vale para a empresa Gás Brasileiro).

O entrevistado (2), a respeito da preparação da empresa para o livre acesso, seguiu uma linha voltada à visão internacional da empresa, que demonstra fortes experiências em mercados abertos e, também, reforça a fidelização de clientes.

A empresa pertence a um grupo espanhol, com experiência de mais de 10 anos. Atua também na Itália, Espanha, Portugal, América do Sul. Em países da América do Sul onde a estrutura logística de gás natural está madura, como na Argentina, onde o livre acesso é comum. Diante disso, todo o corporativo da empresa está preparado para momento que acontecer isso.

5. CONCLUSÃO

No que tange ao procedimento de discussão sobre a regulação do livre-acesso, é relevante que antes da realização de audiências públicas, especificamente as do assunto em foco, o regulador defina os parâmetros do livre acesso (preço de acesso, preço de interconexão, grau permitido de integração vertical), a fim de que os agentes opinem dentro de diretrizes esboçadas pelo órgão público.

Enxergou-se, igualmente, que a participação dos órgãos federais (ANP e SBDC) durante a discussão das regras regulatórias, em procedimentos como audiências públicas, será fundamental para um livre acesso na distribuição de gás natural canalizado que reflita a maturidade da indústria de gás natural, o desenho básico existente nessa indústria, a legislação antitruste e o arcabouço institucional herdado na área de gás natural no Brasil.

A utilização da experiência de livre acesso no setor elétrico poderá ser muito útil, principalmente, ao se considerar os mecanismos regulatórios geradores de entraves na comercialização de energia elétrica que influenciam negativamente as escolhas dos agentes comercializadores e consumidores livres. Ademais, a legislação do setor elétrico sobre a comercialização de energia elétrica pode servir, em seus aspectos positivos, como uma forma de aprendizado para a área de gás canalizado. Todavia, qualquer estudo comparativo deve ser visto com cautela, em virtude dos diferentes graus de maturidade dos setores de energia elétrica e de gás natural.

O órgão regulador deverá ter ciência que os atuais concessionários possuem experiências internacionais em questões relacionadas ao livre acesso na distribuição de gás natural, o que dá uma vantagem comparativa a esses agentes privados no que toca ao aprendizado adquirido sobre como se comportar em um mercado aberto e manter o seu poder econômico, impedindo a entrada de terceiros.

Examinou-se que há uma tendência dos atuais concessionários criarem fortes barreiras à entrada para se manterem monopolistas no mercado, daí ser recomendável um maior controle por parte do órgão regulador pelo menos durante um período de transição que permita a entrada de terceiros, a contestação de monopólios e a geração real de benefícios para todos os usuários de gás natural, nesses últimos, principalmente, em razão de os cativos correrem o risco de arcarem com as vantagens auferidas pelos livres.

Percebeu-se, também, a tendência dos atuais concessionários continuarem no mercado de comercialização, além da distribuição. Inferiu-se, a partir da presente análise, que os concessionários buscarão investir mais nos setores que continuarão como mercados cativos (residencial e comercial) com o intuito de se firmar definitivamente no mercado e auferir ganhos certos no decorrer da concessão.

Ademais, apreendeu-se que existe uma alta probabilidade de integração vertical por parte dos grupos controladores das companhias concessionárias. Isso demonstra a tendência de conter informações e de proceder de forma oportunista, o que deverá dificultar a concorrência no curto prazo. Contudo, as normas a serem expedidas podem restringir isso a partir da utilização das informações sobre os custos dos concessionários atuais e detidos pela CSPE ao longo desses anos e caso ocorra uma sinergia entre órgãos públicos e agentes políticos para a elaboração de um desenho normativo básico coerente e consistente ao longo do tempo.

Quanto aos consumidores industriais, pôde-se visualizar que a decisão de ser usuário livre ou não, dar-se-á pelas condições contratuais e regulatórias a serem colocadas durante o processo normativo, e deverão fundamentalmente girar em torno de duas tendências: preço final do energético em foco e segurança em seu fornecimento.

O ano de 2009, apontado pelo regulador como o início das discussões públicas sobre o assunto, é um bom prazo, tendo em vista que os usuários industriais deverão sinalizar, no mínimo, dois anos antes de 2011 se desejarão ser livres (no caso da área de concessão da Comgás).

Quanto a essa decisão de se tornar usuário livre, as empresas entrevistadas demonstraram que o livre-acesso pode ser uma oportunidade de diminuir os seus custos de produção, a partir da redução do custo da energia no processo final, e ser mais competitiva no mercado. Ademais, os entrevistados foram receosos quando se tratava de responder as questões relacionadas à parte financeira da empresa. Acredita-se que isso se deve tanto ao tempo ainda restante para a implementação do livre acesso, bem como ao fato de que a ausência no momento de regras para a escolha de ser usuário livre não permite a tomada de posição por parte da empresa.

6. AGRADECIMENTOS

Agradecemos ao Programa Interunidades de Pós Graduação em Energia, ao Programa de Recursos Humanos da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis nº 04 pelo apoio; e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq - Brasil) pelo financiamento e a bolsa concedida.

7. REFERÊNCIAS

- BERMANN, Célio. Energia no Brasil: para quê? Para quem? Crise e alternativas para um país sustentável. 2ª ed. Editora Fase. São Paulo, 2003.
- CECCHI, José Cesário. Indústria Brasileira de gás natural: regulação atual e desafios. Rio de Janeiro, Séries ANP, 2001.
- FIANI, Ronaldo. Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas futuras. In : http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Acesso em 08 de agosto de 2005.
- FLEURY, Fernando Leme. O processo decisório na avaliação de Project Finance: um estudo de caso em um projeto de infra-estrutura. São Paulo, 2001 (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- HAMILTON, Jonathan H., LEE, Sang Hyup. Using market structure to regulate a vertically integrated monopolist. *Journal of Regulatory Economics*. 15, p. 223-248, 1999.
- MANKIW, N. G. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner, RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Governance. University of California, Berkeley, January 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo Malheiros, 2001.
- SECRETARIA DE ENERGIA, RECURSOS HIDRICOS E SANEAMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO (SERHS). Boletim Informativo de Energia, São Paulo, maio, 2006.
- STRAT, Consulting. A Reforma da Indústria de Gás na Argentina. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 03 de agosto de 2005.
- WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Governance. University of California, Berkeley, January 2005.

REGULATION OF OPEN ACCESS IN THE NET NATURAL GAS DISTRIBUTION: THE CASE OF SÃO PAULO

Public natural gas utilities (specially canalization) are under state jurisdiction, according to Brazilian constitutional provisions. The State of São Paulo is remarkable in this field for its achievements in developing and expanding the infra-structure of canalized gas services, as well as for the reorganization carried through in middle of the decade of 90, which allowed the current expansion and development of the gas market in this state. The present work, considered this context, examined multiple contracts of concession of the three natural gas companies in the State of São Paulo and evidenced the existence of a clause providing the mandatory allowance of open access (commercial “*by pass*”) after a determined period of time (excluding the residential and commercial users) to the net of distribution gas-lines, disaggregating the gas commercialization to the distribution service. In view of this, after assembling the theoretical referential, interviews half-structuralized had been carried through with state regulating agency representatives, three local enterprises and major industrial consumers, in order to access how agents are facing this clause and the safeguards, actions and provisions that will be necessary to enforce and validate this contractual disposal. Conclusively, as a obtained result it is had that the cited actors however consider that a contract provision of open access will imply several impacts in the market, studies in this direction are yet to be developed, and are also yet to be defined what actions will have to be taken until the end of this year, considered the biggest proximity of the time provisions of those contracts. The relevance of the research is contributing as literature review about issues that are about to come, according to parameters based on a specific theoretical referential, with sights to the development of the State of São Paulo.

Keywords: Regulation, net natural gas of distribution concession utility contract, open access, industrial user, State of São Paulo.

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo deste artigo.