



ASPECTOS CONCORRENCIAIS E REGULATÓRIOS DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO

Hirdan Katarina de Medeiros Costa¹

1. Introdução

A regulação de determinadas atividades exercida pelo Estado tem geralmente um aspecto de efetivação de políticas públicas, visto a ótica de maximização do bem-estar do consumidor e de harmonização das forças econômicas atuantes no mercado.

Dentro desse contexto, insere-se o serviço de distribuição de gás natural canalizado, identificado como serviço público e, sendo assim, submetido a princípios de continuidade, de modicidade tarifária, dentre outros.

Destarte, para se abordar a atividade de distribuição de gás natural canalizado se faz interessante verificar a cadeia desse energético, desde a exploração até a comercialização, a fim de compreender as peculiaridades de cada uma de suas etapas e de se extrair observações sobre os arranjos comerciais e normativos que podem influenciar o alcance de uma maior competição na indústria do gás natural.

Em seguida, far-se-á uma breve exposição sobre aspectos preliminares de regulação econômica de monopólios naturais, apontando suas principais características e implicações quando se está diante de uma indústria de rede.

Assim, introduz-se a temática de interação entre a regulação federal, a estadual e os órgãos de defesa da concorrência, em virtude de averiguar a atuação desses entes e de constatar a forma pela qual ocorre a troca de sinergia e de informações, tendo em vista a organização da indústria do gás em termos institucionais.

É relevante deixar claro que o objetivo desse trabalho é a análise da distribuição de gás natural canalizado em seus aspectos regulatórios e concorrenciais, em especial, no tocante à inserção de mecanismos de entrada de outros agentes por meio de cláusulas dos contratos de concessão de serviços públicos existentes no Brasil (como, por exemplo, a figura do *by pass* comercial² ou de um livre acesso à rede consoante a que existe no transporte).

¹ Hirdan Katarina de Medeiros Costa - Formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Mestranda do Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, do Instituto de Eletrotécnica e Energia, da Universidade de São Paulo. Bolsista do Programa de Recursos Humanos da ANP (PRH/ANP/MCT) n° 04.

² O *by pass* comercial ocorre quando um agente econômico (comercializador) vende gás

2. Aspectos regulatórios da distribuição de gás natural canalizado

2.1. Visão geral das etapas da cadeia de gás natural

O estudo da cadeia do gás natural, formada pela exploração e produção, pelo transporte, pela comercialização e pela distribuição, permite verificar o porquê de estruturas que admitem a livre concorrência e de outras as quais sob o regime de monopólio natural ensejam a regulação de forma mais intensa.

Além disso, esse mercado possui características que tornam a verticalização uma boa opção do ponto de vista econômico, haja vista a possibilidade de redução de custos de transações, da existência de economias de escala e de escopo, o que em última análise admite o financiamento de uma determinada etapa por outra.

Há de se ressaltar que ações voltadas à implantação de um ambiente competitivo devem incorporar todos os segmentos da cadeia, sob pena da criação de incoerências que acarretariam oportunismos dos agentes econômicos envolvidos nessa cadeia. Assim, empreende-se nesse tópico uma análise da cadeia, bem como dos aspectos pertinentes à integração e ao atual estágio dessa indústria no Brasil.

2.1.1. Exploração e produção

Como já foi dito, a indústria de gás natural possui setores eminentemente competitivos e segmentos com características de monopólio natural. O que permite agregar desregulamentação³, em virtude da flexibilização do monopólio da União (exploração, produção e transporte) e dos Estados (distribuição), com regulação. Daí se destacar a atuação de três esferas de poderes com o intuito de verificar as condutas e as atividades das empresas integrantes dessa indústria, a fim de fomentar um ambiente competitivo.

As primeiras etapas a se considerar são as de exploração e produção de gás natural, as quais incluem as fases de desenvolvimento e de declaração de comercialidade de determinado poço. Elas consistem “no reconhecimento e estudo das estruturas propícias ao acúmulo de petróleo e/ou gás natural” (SANTOS, 2002, p.80).

natural a usuários livres utilizando a rede de gasodutos da distribuidora local de gás natural canalizado.

³ Desregulamentação consiste na substituição de regras rígidas por normas mais flexíveis, dentro de um contexto mais dinâmico que a globalização sugere. Por outro lado, desregular significa o deixar de orientar ou de ordenar a economia por meio de aparato normativo emitido pelo Estado.

Esses segmentos possuem um risco⁴ bastante elevado, visto que a comprovação da existência de gás natural em determinado poço, apesar do trabalho de sísmica e a análise de material coletado, somente será assegurada com a sua perfuração. E, assim, não sendo encontrado gás, nem óleo, nos poços pioneiros, os investimentos realizados não serão recuperados (*sunk costs*).

Além disso, após a perfuração, ao se ter contato com uma formação de gás natural produtiva, é importante “testar a formação para determinar se a companhia poderá lucrar pela extração desse bem” (MEDEIROS, 2000, p.19).

Depois de averiguada essa viabilidade, desenvolve-se o campo e se adiciona, a esse, a infra-estrutura necessária ao escoamento do gás natural. Em seguida, o gás poderá ser utilizado no processo de geração de energia nas unidades produtoras, na reinjeção dos campos e se faculta destinar parte para a Unidade de Processamento de Gás Natural (UPGN), onde ele será desidratado e fracionado, objetivando atender os requisitos mínimos para os diversos usos finais (SANTOS, 2002).

Com a flexibilização do monopólio da União sobre essa indústria, em especial nesse segmento, foi possibilitado, a outras empresas além da Petrobrás, o exercício das atividades integrantes da cadeia do petróleo e do gás, o que a princípio demonstrou o objetivo de ampliar a concorrência, aumentar e atrair investimentos para esse setor.

Dessa maneira, passou a ser importante a definição, dentro da cadeia em comento, dos setores que poderiam ser desregulamentados e quais ainda estariam sob o crivo da regulação, até porque a teoria econômica a muito já constatou que determinadas fases de uma cadeia não são concebidas de forma concorrencial (SCG-ANP, 2005, p.02).

Nesse sentido, o segmento de exploração e produção foi concebido de maneira que a competição⁵ fosse implementada por meio de licitações promovidas

⁴ Vale ressaltar que o risco se divide em três espécies: o geológico, atinente às incertezas quanto às estimativas de reserva e de desempenho de produção; aos contratuais, referente às incertezas quanto à aplicabilidade e eficácia nos contratos de fornecimento; e os comerciais, relacionados ao acesso de mercados potenciais e ao êxito da exploração desses (SCHWYTER, 2001).

⁵ Nesse sentido também se manifesta Pfeiffer (2004, p.73) que explica ser este segmento capaz de funcionar dentro do modelo de concorrência, haja vista a publicação de editais de licitação para a exploração e produção, porém, acrescenta que medidas regulatórias adicionais são importantes para estimular maior concorrência neste setor.



pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)⁶, órgão competente para tal, conforme definido nos termos da Lei nº 9.478/97, o que vem acontecendo desde 1999, com a primeira rodada de licitações, haja vista a rodada zero ter ocorrido com a assinatura de 397 contratos de concessão com a Petrobrás.

A ANP, dentre outras atribuições, exerce a regulação por meio de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão de exploração de bem público firmado com o concessionário ou consórcio vencedor do processo licitatório, além de desenvolver estudos para a delimitação dos blocos e demais aspectos geológicos e geofísicos.

No que tange à participação da Petrobrás nesse elo da cadeia, registra-se que ela é a principal vencedora nas licitações ocorridas, bem como nos consórcios de empresa, ela é preferencialmente a empresa líder (operadora). Segundo o levantamento dos dados dos blocos concedidos, a Petrobrás atua como operadora em 206 e como não-operadora em 25, de um total de 343 blocos⁷ (ANP, 2005). Daí se constatar de que o fim do monopólio “legal” da Petrobras, não significou o término do monopólio de “fato”.

A importação de gás natural também deve ser considerada para efeito de análise da verticalização da sua cadeia, assim, em termos de arcabouço regulatório a ANP autoriza a realização da atividade de importação dentro de certos requisitos técnicos estabelecidos pela Portaria nº 43/98. Os preços praticados e outros aspectos concernentes aos contratos são acordados entre as partes, prevalecendo à autonomia da vontade.

2.1.2. Transporte

O uso final do gás natural requer a construção de uma rede de infraestrutura ou a modificação de seu estado físico para o transporte em navios criogênicos. No primeiro caso, o transporte se faz por dutos⁸ ou por cilindros em

⁶ Esse ano a ANP realizou, em meados de outubro, a sétima Rodada de Licitações. Os resultados no tocante ao número de concessões são os seguintes: primeira Rodada de Licitações (1999) – 12 blocos concedidos; segunda Rodada de Licitações (2000) – 21 blocos concedidos; terceira Rodada de Licitações (2001) – 34 blocos concedidos; quarta Rodada de Licitações (2002) – 21 blocos concedidos; quinta Rodada de Licitações (2003) – 101 blocos concedidos; sexta Rodada de Licitações (2004) – 154 blocos concedidos. Nas seis rodadas realizadas até este momento no Brasil, foram concedidos 343 blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, totalizando 239 mil quilômetros quadrados (ANP, 2005).

⁷ Não foi considerada, para efeito de análise, a sétima rodada de licitação ocorrida em meados de outubro de 2005.

⁸ Segundo Medeiros (2000, p.27) “a maioria dos gasodutos, que são de aço, medem em

alta pressão (gás natural comprimido - GNC). No caso de modificação de seu estado físico, o gás natural torna-se liquefeito (GNL) a partir da redução de seu volume em 600 vezes, para ser, em seguida, transportado em navios com temperatura de -160° C. É necessária a existência de equipamentos para, posteriormente, “revaporizá-lo” (SANTOS, 2002).

Santos (2002, p.85) inclusive apregoa que o transporte de gás natural pode ser visto de forma mais abrangente, englobando o transporte como eletricidade e como produtos líquidos e/ou sólidos sintetizados⁹.

Por esse segmento ser atividade econômica e ter características de monopólio natural, constituindo uma típica *essential facility*, a ANP irá estabelecer regras que garantam o livre acesso de terceiros às instalações de transporte, bem como cuidará da resolução de possíveis conflitos, conforme dispõe o art. 58 da Lei do Petróleo¹⁰.

Ocorre, que após a revogação da Portaria 169/98 a qual regulamentava a matéria, essas barreiras institucionais à entrada foram amplamente discutidas e culminaram em cinco normas, são elas: (i) resolução de livre acesso às instalações de transporte de gás natural¹¹; (ii) portaria que regulamenta o processo de resolução de conflito; (iii) portaria de informações a serem enviadas pelos transportadores e carregadores de gás natural à ANP, ao mercado e aos

geral de 10 a 32 polegadas de diâmetro. Quando o gás natural é transportado por um gasoduto, é transferido a pressões muito altas (15 a 100 kgf-cm²) para se reduzir o volume do gás e prover uma força suficiente para empurrar o gás pelo tubo. Para manter o nível de pressão exigido a fim de mover grandes volumes de gás por um gasoduto, o gás precisa ser comprimido periodicamente. Isto exige a instalação de compressores estacionários a cada 80 a 160 km ao longo do gasoduto”.

⁹ No tocante à eletricidade, a escolha será produzir a eletricidade próxima ao campo de gás natural e transportá-la em linhas de transmissão, ou carregar o gás (com gasodutos ou GNL) até próximo dos mercados consumidores e então transformá-lo em eletricidade para conectá-los às redes de distribuição de energia elétrica. Além disso, registram-se as formas sintéticas de transportar o gás natural através da alteração do gás em produtos sólidos na indústria gasquímica. Ademais, tem-se resgatado e desenvolvido tecnologia da produção de combustíveis sintéticos a partir do gás natural (*Gas to liquid* – GTL em inglês, traduzindo se tem Líquidos Sintéticos de Gás Natural) (SANTOS, 2002).

¹⁰ O art. 8º, inciso VI, desse diploma legal prescreve que “é atribuição da ANP estabelecer os critérios para o cálculo das tarifas de transporte”; somando ao art. 58 e seus parágrafos se entende que o valor da tarifa em caso de conflito deverá ser fixado pela ANP; já em caso de acordo, a ANP deve verificar se o valor é compatível com o mercado.

¹¹ A Resolução nº 27, 14/10/2005, em seu artigo 1º, anuncia que irá regulamentar o uso das instalações de transporte dutoviário de gás natural, mediante remuneração adequada ao Transportador.

carregadores; (iv) resolução de cessão de capacidade de transporte de gás natural¹²; e (v) resolução de critérios tarifários¹³.

Vale ressaltar a importância de tais medidas, tendo em vista a criação de um acesso não discriminatório aos empreendedores situados no *upstream*¹⁴, a fim de assegurar uma maior concorrência no setor, sem inviabilizar o uso da infra-estrutura e do ingresso em outras atividades à jusante¹⁵.

2.1.3. Distribuição

A distribuição de gás natural dar-se a partir do *city gate*, sendo a entrega ao consumidor final por meio da empresa estadual, em virtude da competência constitucional dos Estados sobre essa matéria (art. 25, § 2º da CF). O uso final pode ser residencial, comercial, industrial, automotivo, dentre outros. Ocorre, em regra, por meio de gasodutos de ferro fundido, aço ou polietileno, em baixa ou média pressão (entre 4 a 20 atm).

Nessa etapa o gás deve atender aos padrões especificados em lei, bem como conter odorante, a fim de identificar facilmente qualquer tipo de vazamento. Santos (2002) sugere que nos locais em que ainda não existe infra-estrutura de rede se pode antecipar a chegada do gás natural por meio de distribuição a granel de GNL, ou até mesmo por GNC, conhecido como gasoduto virtual.

Medeiros (2000) acrescenta que esses gasodutos precisam ser monitorados 24 horas por dia durante todo o ano¹⁶. Para tanto, as empresas transportadoras e distribuidoras mantêm supervisores que controlam o sistema de aquisição de dados, os quais são sistemas computadorizados que permitem a

¹² A Resolução nº 28, de 14/10/2005, regulamenta, conforme prescreve o seu artigo 1º, a cessão de capacidade contratada de transporte dutoviário de gás natural.

¹³ A Resolução nº 29, de 14/10/2005, estabelece, consoante seu artigo 1º, critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural.

¹⁴ Termo utilizado como sinônimo das palavras “exploração e produção” de gás natural.

¹⁵ Há de se registrar, também, o Projeto de Lei nº 226/2005, que “dispõe sobre a importação, exportação, processamento, transporte, armazenagem, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural”, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho, e que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados para apreciação.

¹⁶ Segundo esse mesmo autor, o transporte e a distribuição de gás natural canalizado é uma das formas mais seguras de transporte de energia, para tanto, apresenta dados do Departamento Norte-americano de Transporte (dados de fins da década de noventa), em que a corrente elétrica é responsável por mais de 100 mortes por ano, durante a transmissão e distribuição; já no mesmo ano foram registrados 14 fatalidades de acidente em gasodutos (MEDEIROS, 2000).

aquisição de informações e o controle do fluxo de gás ao longo da rede por meio da leitura de satélites ou sistemas de comunicação por telefone¹⁷. Isso permite a confiabilidade do suprimento, além da segurança de operação do sistema¹⁸.

Por causa desses fatores, a integração vertical da cadeia pode ser enxergada pelo empreendedor como uma forma de se fortalecer no mercado, bem como de ter capital suficiente para se expandir, além de assegurar o consumo final do seu produto.

Ademais ao se integrar verticalmente, o agente econômico proporciona segurança de fornecimento para o seu cliente e pode almejar uma compensação de fluxos de caixa em atividades não tão lucrativas que sejam importantes para o uso final do seu gás obtido por meio de um contrato de *take or pay*, por exemplo.

Por isso Santos (2002, p.185) leciona que a indústria do gás natural continua constrangida por sua rigidez inerente, principalmente nos sistemas de transporte e distribuição, pois “a volatilidade própria dos gases e a sua baixa densidade energética em comparação com o petróleo e o carvão tornam muito mais complexos e caros o transporte e a distribuição dos hidrocarbonetos gasosos”.

Nessa perspectiva, urge a relevância da criação de um ambiente propício ao incremento da infra-estrutura imprescindível para o crescimento do uso racional do gás na matriz energética brasileira, seja pela interação entre a oferta e a demanda e pela adoção de uma política governamental clara e transparente, seja pelo uso de mecanismos instigadores de um ambiente mais competitivo.

2.1.4. Comercialização

As empresas de comercialização compram o gás natural e o vendem para as companhias distribuidoras ou para os próprios usuários finais. Contudo, essas firmas têm que contratar o serviço de distribuição de gás canalizado para entregá-lo aos respectivos destinatários. Ou seja, separam-se as atividades de distribuição e de comercialização de gás natural. Para regulamentar essa matéria, a edição de normas é de competência dos Estados da Federação (PFEIFFER, 2004).

¹⁷ Outro método citado pelo autor é o de PIGs inteligentes, que são dispositivos de inspeção robotizados, usados na inspeção das paredes interiores dos gasodutos para medir a corrosão, defeitos, o diâmetro interior de uma seção do tubo e remover material acumulado ao longo de suas seções.

¹⁸ Pela tecnologia empregada, nota-se a dimensão dos custos envolvidos os quais serão relevantes nessa atividade (investimento inicial elevado e com um longo prazo para o retorno do capital).

Dessa maneira, a relevância da atividade de comercialização seria a de transformar o detentor da rede de infra-estrutura num prestador de serviço, ocasionando a concorrência pela possibilidade de vários consumidores poderem comprar o produto (gás natural) a diversos comerciantes de gás.

Todavia, na maior parte dos Estados brasileiros os contratos de concessão não trazem a previsão de separação da distribuição e da comercialização, conforme estudo da SCG-ANP, somente os contratos de concessão das empresas concessionárias de distribuição de gás natural canalizado em São Paulo e no Rio de Janeiro possuem cláusulas nesse sentido (SCG-ANP, 2005).

2.2. Características e implicações regulatórias dos setores de infra-estrutura: ênfase na distribuição de gás natural canalizado

Dentre as características do gás natural apontados pela doutrina tem-se o elevado custo de transporte (incluindo a distribuição) e a existência de energéticos substitutos, os quais implicam na existência de custos rígidos ao longo da cadeia (produção, transporte, distribuição e comercialização¹⁹) (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 implantação da concorrência; bem como resolver conflitos entre operadores, agentes, distribuidores e consumidores, além de estimular a inovação tecnológica.

É oportuno assinalar que a instauração de um mercado com maior nível de competição é um fator de estímulo à inovação e ao incremento da qualidade, sem esquecer a questão ambiental, bastante enfocada na atualidade, que prega a concepção do gás natural como uma opção para a redução da emissão dos gases de efeito estufa em comparação aos demais combustíveis fósseis.

Acrescentam-se outras características as quais 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, deixam de ser eficientes, tornando-se um simples desperdício de recursos.

Igualmente, a oferta nesses mercados deve responder a fortes oscilações de demanda e ao crescimento sustentado e de longo prazo. A consequência

¹⁹ A necessidade de interconexão do sistema oferta, quais sejam, produção, exploração, transporte e distribuição, caracteriza o setor de gás natural como indústria de rede.

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 que acompanhar a demanda, sob pena de gerar um desestímulo em seu consumo.

Outro fator significativo no setor de infra-estrutura aqui estudado é o elevadíssimo custo de implantação, em que o investimento inicial é significativo e com prazo de maturação bastante elevado, refletindo em economias de escopo e na necessidade de coordenação dos empreendimentos.

Somam-se, a isso, os elevados *sunk costs* que implicam no aumento do risco da decisão em investir, tendo em vista a possibilidade da não cobertura dos investimentos iniciais. Para tanto, vale salientar que, em regra, essas estruturas mostram a forte interdependência dos agentes integrantes da cadeia.

Ocorre também a existência de economias de integração em que as “empresas envolvidas nessas atividades 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” (CECCHI, 2001, p.27).

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

Observou-se que na indústria de infra-estrutura os rendimentos de escala não eram apenas inicialmente crescentes como também não se tornavam decrescentes jamais. O monopólio incide 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.

Os economistas usualmente definem essa estrutura de mercado como aquela onde há a presença de economias de escala, em que o custo de acréscimo de uma unidade do produto é decrescente, implicando na possibilidade de um baixo preço final do produto, criando barreiras à entrada de outras empresas, porque a exploração por uma única firma possui uma maior racionalidade.

Essa falha de mercado corresponde a quando “uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que o fariam duas ou mais empresas” (MANKIW, 2001, p.318). Assim, para a teoria econômica, tal figura aparece quando existe economia de escala ao longo da faixa relevante da produção, ou seja, os custos de produção de uma unidade a mais são barateados (os custos tendem a serem declinantes com o aumento da produção). Sendo assim, quando advém a divisão de mercado entre mais de uma

empresa num setor com características de monopólio natural, o custo total médio sobe e cada uma delas produz menos.

A visão geral dada sobre a estruturação da indústria brasileira de gás natural, com o predomínio da integração vertical²⁰, traz para a presente análise a existência de dois aspectos negativos ao bem-estar, quais sejam: 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 econômico. Dentre as vantagens da verticalização podem ser apontadas as reduções nos custos fixos e de transação, situando as desvantagens em torno de práticas anticompetitivas (LEE e HAMILTON, 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.

Berg e Tschirhart (1988, p.22), partindo de estudos da doutrina norte-americana concernente a monopólio natural, afirmam que dois conceitos são fundamentais para o entendimento e delineamento da matéria, quais sejam: que o custo médio é decrescente e a existência sub-aditividade na sua função (de custos). Sendo o significado do primeiro atinente aos custos decrescentes na medida em que ocorre incremento na produção. Já no segundo, apregoam que uma empresa ao aumentar os custos de sua unidade é capaz de produzir a um dado nível de custos menores do que uma empresa multiprodutora²¹.

²⁰ A verticalização seria uma forma de assegurar a estabilidade de suprimento dos insumos para o processo produtivo. Assim, não apenas se deve considerar a *commodity* oferecida em determinada indústria de rede, mas também a disponibilidade do seu serviço. Nos setores de rede esta questão se coloca na medida em que a operação dos ativos de determinado segmento está amarrada ao demais estágios, numa forma de externalidade (de rede), no sentido que a ação de uma agente na cadeia tem reflexos sobre terceiros e sobre o sistema como um todo (SCG, 2005).

²¹ Oliveira e Rodas (2004, p.134) expressam esse entendimento da seguinte forma: a função custo de uma empresa MN qualquer é sub-aditiva quando o custo de produzir uma quantidade q^* é inferior a qualquer combinação de produções de outras k empresas. A fórmula que a expressa é deduzida por: $C_{mn}(q) = C(q_1) + C(q_2) + \dots + C(q_k)$; onde $q^* = q_i$, $i = 1, 2, \dots, k$. Assim, para esses autores que acompanham o entendimento de Berg e Tschirhart é necessária a existência de economias de escopo e de escala para que ocorra um monopólio natural, pois em uma firma multiprodutora tal condição não se verifica.

Vale salientar que o monopolista goza de poder de mercado e sem a devida supervisão pode não atender às necessidades da sociedade, provocando a redução dos 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, na expectativa de que os ganhos de custos unitários associados à instalação e operação de uma única unidade (planta ou empresa) mais que compensem os custos e os riscos de ineficiência de sua regulação” (POSSAS, FAGUNDES e PONDE, 2001, p.101). Por isso, esses autores corroboram no sentido de que a regulação²² dentro desse ponto de vista passa a ser defendida como a solução para se evitar a:

livre operação de uma única empresa privada que acabará por restringir a quantidade ofertada e praticar preços de monopólio; a livre operação de várias empresas privadas com escalas sub-ótimas, o que implica preços e custos elevados, embora as margens de lucro possam ser reduzidas; e a produção estatal com uma escala de produção eficiente, mas sujeita a ineficiências oriundas de uma gestão politizada ou meramente sem incentivos para buscar ganhos de produtividade e qualidade.

Nesse desiderato, é importante que um agente (poder concedente) influia nesse poder de mercado, proporcionando a harmonização das forças produtivas. Daí o registro da tradição norte-americana²³, em que as empresas pri-

²² A acepção de regulação de forma ampla foi incorporada ao trabalho de Salomão Filho (2001, p.15) que englobou o termo como “toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”. No âmbito econômico a acepção gira em torno da redução da intervenção do Estado e do aumento da concentração econômica.

²³ A regulamentação da indústria de gás natural nos Estados Unidos teve início em 1938, com a imposição de limites ao preço do gás, passando a encarar essa indústria como monopólio natural. No tocante à regulamentação do livre acesso à rede de transporte de gás natural, observa-se que nos Estados Unidos esse debate se iniciou com a *Federal*

vadas estavam sob o âmbito de um ente de regulação. Constatava-se, destarte, que a alocação ótima dos recursos exigia a supervisão de um ente externo, sob controle público. O Brasil, como já foi abordado, apresentou inicialmente o Estado como financiador, empreendedor e gestor da construção e desenvolvimento da indústria de infra-estrutura. Porém desde a década de 1990 alterou-se tal paradigma e se caminhou para a regulação de mercados.

Para tanto, a regulação irá agir de forma a manter a produção capitalista e a restrição da autonomia das decisões dos agentes privados, “substituindo a busca do lucro por regras administrativistas na determinação do comportamento da empresa regulada em certas áreas”. Assim, tais regras giram em torno de três categorias: “limitações quanto à entrada e à saída em um mercado; especificações quanto à qualidade dos produtos fornecidos; e fórmulas para a determinação dos preços dos produtos oferecidos” (POSSAS, FAGUNDES e PONDE, 2001, p.102).

3. Panorama da distribuição de gás natural canalizado no Brasil

O setor de distribuição de gás canalizado ao possuir as características tratadas no tópico anterior introduz o estudo atinente à maneira de como foram

Power Commission (FPC), nos anos 30. Em 1985, com a Order 436, o tema concernente ao livre acesso foi novamente retomado, não obstante o insucesso dessa medida, tendo em vista a continuidade do exercício de poder mercado pelas companhias transportadoras.. Todavia, em 1988, editou-se a Order 497 em que se estabeleceu a uniformização das transações realizadas entre carregadores, afiliados ou não. Em seguida, foi promulgada a Order 636, em que a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) visou ao cumprimento dos objetivos de efetivação do livre acesso (CECCHI, 2001). Cremer, Gasmí e Laffont (2003, p.05) apontam exatamente essa tendência de competição na indústria do gás a partir da década de oitenta, quando os países se concentram na importância da concorrência e nos benefícios desta para o consumidor, assim, dizem “the last two decades have witnessed a general trend throughout the industrialized world to promote competition in the natural gas industry. A number of countries have launched extensive programs of structural reforms aimed at introducing gas-to-gas competition which is expected to bring economic benefits to consumers. An important component of these deregulatory policies is the need to liberalize access to the networks of pipelines which, prior the reforms, were under the complete control of regional or national incumbent monopolies”. Importante, contudo, é realçar que a indústria de gás se encontra em diferentes estágios de desenvolvimento ao redor do mundo. No caso dos Estados Unidos, já se enxerga uma indústria madura, com extensa rede de gasodutos, o que é muito diferente no Brasil. Portanto, as reformas regulatórias nesse país devem levar em consideração tais fatores e verificar a situação fática para que a norma tenha eficácia e proporcione bons resultados.

realizadas as concessões ao longo das unidades federativas. Essa atividade é de competência dos Estados da Federação, assim, com o advento do art. 25, § 2º da Constituição Federal, a partir da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 05/95, esses entes passaram a exercerem diretamente ou por meio de concessão tal serviço²⁴.

Em primeiro lugar, ao se tratar esse setor como pertencente ao âmbito de serviço público no Brasil, há de se realçar as especificidades da configuração constitucional e contratual existentes. Em segundo lugar, por ser um dos últimos segmentos da cadeia de valor do gás natural, passa a ser relevante os aspectos relacionados à integração entre áreas concorrenciais e monopolistas, principalmente na ótica de possíveis mecanismos para dinamizar a competição no setor, apesar da existência de ampla regulação sobre preços, entrada e qualidade.

Nesse sentido, Marques Neto (2001, p.108), em trabalho sobre a matéria em comento, expõe que:

a eficiência econômica perseguida pela competição deve ser posta em cotejo com a eficácia das políticas públicas elegíveis para tal segmento. Nos quadrantes da Constituição vigente, não se põe aceitável privilegiar o ângulo da competição nos serviços públicos sem assegurar meios e condições para o atendimento de metas e de parâmetros de universalização e continuidade da prestação da utilidade pública. E na identificação do ponto de equilíbrio entre estas duas dimensões deve-se adotar, como chave, a identificação dos beneficiários potenciais, evitando que parcelas hipersuficientes da sociedade se beneficiem em detrimento de segmentos menos afortunados e excluídos da fruição do serviço público.

Portanto, a regulação da atividade de distribuição dentro desse novo arcabouço delineado para a área do gás natural no país deve se pautar, dentre outros, pelos seguintes princípios: (i) promoção da concorrência nos segmentos da indústria nos quais a mesma seja viável; (ii) correção das imperfeições do mercado; (iii) determinação de regras para o livre acesso às redes de distribuição de gás; (iv) garantia de modicidade tarifária; (v) estímulo à eficiência; (vi) garantia da qualidade do serviço; e (vii) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão²⁵ (SGC, 2005). Apesar de alguns desses pontos estarem longe de aplicabilidade por fatores que

²⁴ Desde a década de noventa, com exceção dos Estados de São Paulo e de Rio de Janeiro (as quais já possuíam empresas de distribuição local), as demais unidades federativas passaram a instituir as suas concessionárias de gás natural.

²⁵ Vale salientar que tais setores são regidos pelos seguintes dispositivos e diplomas: artigo 175 da Constituição Federal de 1988, Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) e a Lei nº 9.074/95.



serão ventilados nos parágrafos seguintes, as suas previsibilidades reforçam a tendência de inserção de vetores de competição nesse segmento.

Dentro de uma visão geral desse setor, tem-se que excetuando os concessionários dos serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado do Espírito Santo²⁶, de Minas Gerais²⁷, do Paraná²⁸, do Rio de Janeiro²⁹ e de São Paulo³⁰, as demais apresentam a seguinte configuração em termos de capital acionário: o governo estadual controla a distribuidora com 51% de seu capital, a Petrobrás Gás S.A. (GASPETRO – subsidiária integral da Petrobrás) dispõe de 24,5% de participação e a iniciativa privada detém os 24,5% restantes (SCG, 2005).

Ressalta-se também a instituição paralela das agências ou secretarias de regulação desses estados, com o intuito de, dentre várias funções, fiscalizar e regular a implementação dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado, bem como exercer o monitoramento das tarifas de distribuição, da qualidade dos serviços prestados e dos investimentos a serem realizados pelos concessionários³¹.

²⁶ No caso do Espírito Santo, a concessão para a exploração do serviço público de gás canalizado foi outorgada a Petrobrás Distribuidora S. A., durante um período de 50 anos, a contar de 16 de dezembro de 1993.

²⁷ Já em Minas Gerais, o controle majoritário da distribuidora local, GASMIG, pertence à Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

²⁸ No Paraná, a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) é proprietária de 51% do capital votante da concessionária local (COMPAGÁS), possuindo a Petrobrás como acionista.

²⁹ No Rio de Janeiro as companhias CEG e CEG-Rio S.A. (RJ) foram privatizadas em julho de 1997, sendo, atualmente, controladas pela Gas Natural SDG, S.A.

³⁰ A privatização da COMGÁS (SP) ocorreu em abril de 1999, passando seu controle acionário às empresas BG International e Shell. Quanto às distribuidoras paulistas Gás Brasileiro (SP) e Gás Natural São Paulo Sul (SP), elas são controladas, respectivamente, pelos grupos ENI International B.V./Italgas e Gas Natural SDG S.A.

³¹ Dentre as agências ou secretarias que ficaram com a atribuição de fazer às vezes do poder concedente se citam: a ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas Amazonas; ARSAM – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Amazonas; AGERBA – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia; Ceará ARCE – Agência de Regulação do Ceará; ADERES – Agência de Desenvolvimento em Rede do Espírito Santo; AGR – Agência Goiânia de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos; AGER/MT – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso; AGEPAN – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul; ARCON – Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Pará; AGEEL – Agência Estadual de Energia da Paraíba; ARPE – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Pernambuco; AGERNERSA – Agência

Dentre as características desses contratos de concessão, além do grande prazo de concessão, destacam-se (i) condições de prestação dos serviços de distribuição; (ii) metas de expansão das redes e de qualidade dos serviços prestados; (iii) investimentos a serem realizados pelas concessionárias; (iv) prerrogativas e deveres das concessionárias; (v) direitos e obrigações dos usuários; (vi) metodologia de cálculo e reajuste das tarifas de distribuição; (vii) fiscalização dos serviços pelo Poder Concedente; (viii) penalidades aplicáveis às concessionárias; (ix) casos de intervenção e encampação dos serviços; e (x) extinção da concessão e reversão dos bens vinculados (SCG, 2005).

Segundo estudo da Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da ANP (SCG, 2005), esses contratos estão divididos em três grupos bem nítidos. O primeiro refere-se aos de elevado prazo e com a incorporação da comercialização na distribuição de gás canalizado, ou seja, contratos extremamente rígidos, sem qualquer cláusula que permita um *by pass* comercial depois de determinado período da concessão. O segundo grupo agrega o contrato estabelecido pelo órgão regulador do Estado do Rio de Janeiro, que possui cláusulas mais avançadas na ótica de incremento da competição. E, finalmente, o modelo contratual firmado no Estado de São Paulo, que é considerado o mais adequado à idéia de desenvolvimento de mercado de gás natural, inclusive, a área desse estado foi dividido entre três empresas concessionárias, o que denota a intenção de ampliar os horizontes concorrenciais.

Assim, há de se realçar a existência do *by pass* comercial³² como um instrumento de incremento da competição, pois permite que um maior número de fornecedores forneça o gás sem necessariamente o usuário final ter que comprá-lo da distribuidora. Ou seja, adquire-se o gás diretamente do comercializador e apenas se paga uma tarifa à distribuidora pelo uso da sua rede.

No caso do Rio de Janeiro, para usuários com um consumo acima de 100.000 m³/dia é previsto o *by pass* comercial após 10 anos da vigência do contrato de concessão. Com relação a São Paulo, foi estabelecido o prazo de doze anos, a partir da assinatura do contrato de concessão³³, para a efetivação

Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro; ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte; AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS; CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia (São Paulo); ASES – Agência Reguladora dos Serviços Concedidos do Estado de Sergipe. Para maiores detalhes, *vide*: www.abar.org.br.

³² Registra-se que o *by pass* físico, “no qual o consumidor liberado opta por não utilizar os serviços e nem mesmo a rede da distribuidora, conectando-se diretamente ao sistema de transporte”, não se encontra previsto em nenhum contrato (SGC, 2005, p.21).

³³ Essa regra vale para o caso da COMGÁS, em relação às outras empresas concessionárias.



do *by pass* comercial, excetuando-se os usuários residenciais e dos comerciais para os quais permanecem a exclusividade da distribuidora local de gás natural canalizado durante todo o período de concessão (30 anos)³⁴.

Dentro da lógica acima esposada, Viscusi, Vernon e Harrington (2000) informam que além da variável referente ao preço, o número de firmas também é determinante para a alocação e para a eficiência produtiva³⁵. Nesse sentido, é importante observar que a ausência de mecanismos que permitam a entrada de agentes no mercado de distribuição de gás canalizado, na maioria dos contratos de concessão dos Estados brasileiros, não se encontra condizente com os princípios da Ordem Econômica elencados no art. 170 da Carta Magna.

4. Apontamentos sobre a interação entre regulação e concorrência: o caso da distribuição de gás natural canalizado

Pelo desenho estrutural apresentado, o transporte de gás natural pertence à seara de atividade econômica em sentido estrito³⁶, bem como se visualiza ações da ANP no tocante à regulação econômica e técnica, com destaque para a regulamentação do livre acesso à infra-estrutura, visando ao acesso não discriminatório a terceiros interessados.

Por seu turno, a distribuição de gás natural canalizado se enquadra como serviço público e pode ser composta por mecanismos de fixação de preço, de entrada e saída de agentes e de controle da qualidade, previstos tanto no contrato de concessão de serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado, como na legislação estadual que trata essa matéria.

rias, Gás Natural São Paulo Sul e Gás Natural Brasileiro, o prazo é de 20 anos da assinatura do contrato de concessão ou de 12 anos a partir da entrada em operação da Estação de Transferência de Custódia, o que vier primeiro.

³⁴ Além dessa regra, o contrato de concessão do Estado de São Paulo prevê restrições à integração vertical, pois o concessionário é impedido de fornecer mais do que 30% do volume total de gás a empresas a ele vinculado, bem como é vedada a sua atuação no setor térmico e condiciona-se a validade dos contratos firmados entre a empresa concessionária e outras empresas do grupo controlador após o seu exame pelo órgão regulador (CSPE, 2005). Para maiores detalhes, *vide*: www.cspe.gov.br.

³⁵ Viscusi, Vernon e Harrington (2000) também citam o controle da quantidade do produto a ser vendido como mecanismo de regulação, contudo explicam que no caso do gás natural não há restrições a quantidade quando ocorre regulação pelo preço, pois essa ao se empregada controla o fluxo da oferta e da demanda. No tocante ao controle de entrada e de saída de agentes, esses autores trazem à tona o caso da regulação do mercado de telecomunicações entre as cidades, em que na oportunidade a permissão da FCC outorgou a entrada da MCI em 1969.

Assim, perante a atividade de distribuição de gás natural canalizado e diante de uma proposta de análise da interação entre regulação e concorrência, surgem duas questões. A primeira é referente à possibilidade de imunidade da aplicação do direito concorrencial quando existe uma autorização ou concessão.

A segunda é pertinente ao cabimento da aplicação das regras de direito antitruste em mercados regulados, ou seja, se uma norma regulatória pode dispor de forma contrária ao direito antitruste.

Em sede de diferenças das áreas concorrenciais e regulatórias valem registrar que os objetivos da defesa da concorrência são mais restritos, em virtude da consecução da eficiência alocativa, enquanto os fins da regulação demonstram um maior conjunto de metas.

Ademais, o método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, já a regulação procura substituí-los; no tocante ao momento de atuação, a ação antitruste, em regra, é posterior, sendo a regulação, por sua vez, anterior. Igualmente, a autoridade antitruste tem preferência por remédios estruturais os quais, uma vez adotados, restabeleceriam o funcionamento dos mecanismos de mercado; por seu turno, a autoridade regulatória teria propensão a adotar remédios comportamentais (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

Diante de uma interação entre entes regulatórios³⁷ e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência “sugere-se que uma possível configuração seja a concentração das atividades da autoridade antitruste na aplicação universal da defesa da concorrência, ficando o regulador setorial incumbido da regulação técnica e econômica” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 131).

Dessa forma, a interação entre a defesa da concorrência e a regulação no que tange ao estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar ou, pelo menos, atenuar as falhas de mercado. Agindo de forma a estabelecer preceito que impeça o monopolista de abusar de sua posição.

Oliveira e Rodas (2004) lecionam que tendo em vista o caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos, bem como do fato de as condições de custo, tecnologia e demanda variarem consideravelmente no tempo, algumas estruturas de monopólios naturais ao invés de serem

³⁶ Dessa forma, aplica-se o artigo 173 da Constituição Federal por tal atividade pertencer ao domínio econômico. O § 4º, desse dispositivo, prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico.

³⁷ O desenho institucional das agências reguladoras segundo os teóricos a fim de diminuir o risco e aumentar o investimento são a independência, a transparência, delimitação precisa de competência, autonomia financeira, gerencial e excelência técnica.



permanentes se configurariam como temporárias e, portanto, poderiam ser regidos por regras de mercado.

Esses autores, ainda, apontam que os mecanismos de interação da regulação e da concorrência são de suma importância para o processo de modernização da economia, porém a inércia e rigidez institucional, bem como os custos de coordenação (custos burocráticos de transação) são elencados como fatores que geram entraves para essa interação.

Além disso, é importante lembrar que as divisões de competência existentes ao nível de regulação federal e estadual muitas vezes não colaboram para a harmonização institucional. Para se ter uma idéia de tal fato, a ANP se diz competente para regular a distribuição de GNC e GNL, pois na sua interpretação a Constitucional Federal apenas considerou a competência dos Estados no concernente à distribuição de gás canalizado. Todavia, muitas agências estaduais não concordam com esse entendimento e continuam legislando sobre esse assunto.

Quanto ao que deve ser submetido à seara do direito antitruste, ou melhor, a existência de imunidade nesse âmbito, Salomão Filho (2001, p.152) conclui que:

- a não ser no caso da atividade estatal planejada e dos serviços formal e materialmente públicos, em que há uma clara intenção de substituição do sistema concorrencial, não é possível insentar do controle antitruste comportamental e estrutural qualquer tipo de atuação do Estado. Como critério para a verificação da legalidade da regulação em ambos os casos aparecem (i) a verificação da existência de poderes efetivos para regular a matéria concorrencial e (ii) a assunção efetiva da função de verificação dos aspectos concorrenciais pelo órgão governamental ou pessoa jurídica primariamente encarregada do controle respectivo. O judiciário e/ou o CADE deverão aplicar, no caso de exercício ilegal de poder regulamentar, ao Estado, e no caso de autorização para prática de atividade, ao particular – com base na ampla definição de sujeitos ativos dos delitos concorrenciais contida no art. 15 da Lei 8.884, de 1994 -, as sanções pelas ilegalidades cometidas.

A partir da exposição supra, esse autor nota a necessidade de manifestação da lei em substituir o regime concorrencial pelo regulamentar ou quando o Estado “cria diretamente a utilidade pública” determinando as variáveis pelas quais as empresas se pautarão. Dessa forma, encaixam-se as empresas concessionárias ou delegadas de serviços públicos, em razão do contrato de concessão trazer as regras pelas quais as firmas deverão se comportar perante o Poder Concedente (SALOMÃO FILHO, 2001).

Por outro lado, Silva (2002, p.130) expõe que com “a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição, setores inteiros da eco-

nomia passam a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste (...), o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado”. A questão perpassa não somente pela articulação de competências entre as agências e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas também pela inserção desse Conselho na nova configuração regulatória³⁸.

Nos segmentos característicos de atividade econômica em sentido estrito, não se verifica nenhum tipo de imunidade ao direito antitruste, pelo contrário a ANP e os órgãos do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) possuem, inclusive, acordo de ações conjuntas.

Todavia, em relação ao setor de distribuição de gás canalizado por se tratar de serviço público, cabe refletir se a razão estaria com Salomão Filho (2001) que apregoa a existência de uma imunidade, pois a atividade regulamentar já cobriria todo plano de atuação da empresa concessionária. Ou com Silva (2002) que enxerga a mudança do papel do Estado como um novo propulsor da aplicação da Lei Antitruste como harmonizador de todo o mercado.

Doutrina mais amena, no caso da indústria de redes, defende Faraco (2003, p.295), pois segundo esse autor, o direito concorrencial adquire um papel mais restrito, “sem prejuízo de poder-se verificar a sua aplicação em âmbitos nos quais o exercício do poder econômico não for suficiente contido ou limitado pela regulação existente”.

Assim, em sede de controle de estruturas, de forma prática, as concentrações são, em regra, autorizadas pelas agências, o que não afasta o controle posterior pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Por sua vez, as concentrações não autorizadas pelas agências, por não estarem concretizadas no plano fático, não serão sequer examinadas pelo CADE.

Outrossim, as condutas reprimidas no âmbito regulatório podem não ensejar a repressão na seara da defesa da concorrência e vive-versa, em virtude dos agentes regulados terem a liberdade de ação limitada pela regulação. Dessa forma o antitruste é aplicado na medida em que não compromete as finalidades regulatórias.

³⁸ Na concepção desse autor, por mais que a maioria dos setores regulados seja dotada de imperfeições estruturais, os quais legitimam a regulação, não se pode afastar aplicação do antitruste. Nesse sentido, Salomão Filho explica que a aplicação dos princípios constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa ao tratar de setores regulados, em razão do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados concentrados. Assim, no caso da ANATEL a Lei que a criou (Lei 9472/97) atribuiu a essa agência as funções pertencentes a SDE e a SEAE, ocorrendo a nítida divisão de trabalho, em que a agência cuida da regulação técnica e econômica, enquanto o CADE cuida da defesa da concorrência por meio da aplicação da lei antitruste.



No que tange à possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras por essas não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção (principalmente em setores de atividade econômica em sentido estrito), Silva (2001) expõe que os princípios da ordem econômica alcançam tanto agentes privados quanto públicos. Portanto, a aplicação da Lei Antitruste irá atingir as agências reguladoras, conforme interpretação dada ao art. 7º, X, desse diploma, com a previsão de o CADE poder requisitar dos agentes públicos às medidas necessárias ao cumprimento da Lei.

Nesse sentido, o conselheiro Mercio Felsky, no caso da privatização da CEG (Companhia de Energia e Gás), pronunciou-se no sentido de que o CADE somente poderá expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei. Por outro lado, o conselheiro Gesner de Oliveira expõe um entendimento mais amplo e traz a comento que o CADE poderá requisitar desses órgãos o cumprimento da Lei Antitruste. Todavia, registra esse conselheiro que a interpretação do art. 7º ainda não é pacífica na doutrina, porém “não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências” (SILVA, 2001).

Uma outra questão significativa é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares por acaso deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam risco à ordem concorrencial. Silva (2001) ilustra que a jurisprudência do CADE tem admitido uma competência residual em matéria de regulação.

Todavia, a posição de Salomão Filho (2001, p.148) é bastante elucidativa ao apontar que os atos fiscalizatórios ou normativos das agências “não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais”, esse autor pugna pela submissão de tais atos ao judiciário conforme dispõe a Constituição Federal. Inclusive, quando a regulação for além da delegação legislativa, o órgão de controle competente é o legislativo.

No tocante ao controle concorrencial dos monopólios naturais, de acordo com Silva (2001, p.150), pelo prisma constitucional e legal, o CADE deve ter uma postura mais ativa, apesar da regulamentação emitida pelas agências. Continua esse autor enfatizando que “isso não afasta a atuação do CADE, já que conflitos envolvendo compartilhamento trazem repercussões à economia como um todo, influenciando a concorrência em diversas etapas da cadeia produtiva e afetando grande número de consumidores”.³⁹

³⁹ Milagres (2002, p.319) corrobora que “a competência dos entes de regulação não se confunde com aquela própria do CADE (...). Trata-se, em verdade, de competências distintas

No plano dos abusos que podem ser vislumbrados em se tratando de *essential facilities*, Oliveira e Rodas (2004) mostram que as condutas mais freqüentes em primeiro lugar se cingem ao preço de acesso, em que o órgão regulador deve defini-lo e o órgão concorrencial precisa zelar para que este valor não represente uma barreira à entrada. Em segundo lugar se citam os preços de interconexão (no caso do gás se tem o livre acesso), ou seja, os cobrados pelos serviços prestados intra-rede no sentido de integrar as várias partes do sistema. A terceira área de abuso ocorre pela verticalização, no qual o mercado de origem é o da infra-estrutura essencial, que ao se constituir como um monopólio natural influencia o segmento de destino e gera mais barreiras à entrada.

A doutrina norte-americana ao aplicar a acepção de infra-estrutura essencial apresenta quatro elementos caracterizadores de um caso de abuso de poder de mercado por parte de uma empresa detentora da *essential facilities*, quais sejam, o controle dessa por um monopolista, a impossibilidade de duplicação da infra-estrutura, a possibilidade de oferta de serviços associados, a efetiva verificação de recusa do uso (FARACO, 2003).

Nesse desiderato, Oliveira e Rodas (2004) continuam explicando que caberá à autoridade antitruste analisar se o detentor da infra-estrutura essencial não estaria elevando artificialmente o custo do concorrente mediante discriminação de preços, recusa de negociação, exigência de venda casada, entre outras praticas restritivas. Assim, segundo esses autores a regulação por si só não seria aplicada, contaria com a presença do órgão antitruste.

As autoridades de regulação e de defesa da concorrência se defrontam freqüentemente com decisões difíceis, pois um rigor excessivo no acesso à rede por parte de concorrentes pode desestimular o investimento e induzir uma postura oportunista por partes dos entrantes. Tal fato leva ao subinvestimento, ocasionando a inibição da concorrência no médio prazo. Se por outro lado, as autoridades não tomarem atitudes relacionadas a coibir as práticas restritivas de detentores de infra-estru-

e complementares, os entes distintos do CADE, regulam as condições de concorrência no âmbito das atividades que lhe são afetas, esse ultimo, por sue turno, não regula nenhum setor da econômica, apenas julga, a teor da Lei n. 8.884/94, atos concretos de concorrência, em manifesta atividades de adjudicação”. Assim, importante realçar conforme dito por Silva (2001, p.28) que a defesa da concorrência é também um vetor da atuação das agências reguladoras, ainda que sob aspectos diferenciados em relação a atuação do CADE. Para esse autor “as agências possuem um raio de atuação autônomo, que não se confunde com a atuação do CADE, relativo à tarefa de implementar e tutelar a concorrência em setores específicos – alguns com descendência direta de monopólios naturais (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc), por meio de mecanismos regulatorios previstos em lei”.

tura essencial, o monopólio não será contestado, ocasionando prejuízo para o funcionamento do mercado e para o consumidor (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

No mercado em estudo é forçoso ressaltar que a maneira pela qual serão aplicados os mecanismos de livre acesso poderá implicar no desestímulo quanto à extensão da rede e a conseqüente inviabilidade do crescimento da oferta, acarretando a necessidade de uma postura adequada do órgão regulador.

No exemplo do transporte de gás natural a ANP detém competência específica para regular o livre acesso às redes por terceiro, consoante se nota do art. 58 da Lei do Petróleo. Igualmente, o art. 10 desse diploma, prevê que a ANP ao tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração, deverá comunicar ao CADE e a Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como o parágrafo único desse artigo dispõe que independente de comunicação, o CADE notificará a ANP do teor de decisão relacionada a alguma infração da ordem econômica cometida por empresas atuantes no setor petróleo e gás.

Contudo, ao se criar o livre acesso no segmento de transporte e ao se manter barreiras à entrada de agentes nos setores mais à jusante da cadeia (manutenção da união entre as atividades de comercialização a distribuição), estar-se-ia criando incoerências nesse sistema, assim, apesar das características específicas da distribuição de gás canalizado, a atuação do órgão regulador deve ser pautado em criar mecanismos estruturais que permitam a agregação de uma cultura competitiva nesse segmento.

Atualmente, constata-se a necessidade de previsão da forma de articulação dos sistemas regulatórios e de defesa da concorrência na lei criadora da agência estadual e/ou no decreto que conceda os serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado. Em se tratando de omissão, recomenda-se a celebração de convênios de atuação conjunta e sistemática entre esses órgãos (GARCIA, 2002).

5. Considerações finais

A constatação de que um ambiente competitivo é a melhor alternativa para o desenvolvimento dessa indústria aconteceu desde o século passado, levando diversos países a legislarem sobre o livre acesso a rede de transporte. Pois como foi visto, o problema crucial do gás não é a sua extração, mas a sua chegada nos mercados consumidores, tendo em vista a necessidade de que exista uma infra-estrutura de escoamento.

Todavia, a sistemática de competências previstas no transporte e na distribuição de gás canalizado acarreta políticas regulatórias distintas, em virtude de ao nível federal existir um intuito de efetivar a concorrência naquele setor; e,

por outro lado, no âmbito estadual (exceção dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro) permanecer estruturas pautadas na preservação de fatias de mercado, em razão de contratos de longo prazo de duração, além de ausência da separação entre distribuição e comercialização.

Assim, enxerga-se a necessidade de uma avaliação, pelas instituições regulatórias e concorrenciais, dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado existentes visando a instigar mecanismos que permitam a entrada de agentes nesse mercado e, por conseguinte, a ampliação dos benefícios oriundos da competição.

6. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP (2004). Boletim mensal do gás natural: setembro de 2004. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

_____. Contratos das Distribuidoras de Gás. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de maio de 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, n. 02, 2004, p.144-201.

BERG, Sanford V., TSCHIRHART, John. *Natural monopoly regulation: principles and practice*. New York: Cambridge, 1988.

CECCHI, José Cesário. Indústria Brasileira de gás natural: regulação atual e desafios. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA – CSPE. Contratos de Concessão. In: <http://www.cspe.sp.gov.br>. Acesso em 08 de setembro de 2005.

CREMER, Helmuth, GASMI, Farid, LAFFONT, Jean-Jacques. *Access to pipelines in competitive gas markets*. *Journal of Regulatory Economics*. 24:1, p.5-33, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de Competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, a. XI. Alexandre Santos de Aragão (coord.). São Paulo: Lumen Juris, 2002.

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.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 8, n. 4, 2001, p. 95-122.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 305-321, 2002.

MEDEIROS, Gilson. Fundamentos do Gás Natural. Centro de Tecnologia do Gás (CTgas). Notas de aula, Natal, 2000.

OLIVEIRA, Gesner, RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aspectos concorrenciais do gás natural. Revista do Direito da Energia, n. 01, 2004.

POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge, PONDÉ, João Luiz. Defesa da Concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 8, n. 8, p. 99-121, 2001.

SANTOS, Edmilson Moutinho dos (coord.). Gás Natural: estratégias para uma energia nova no Brasil. São Paulo: Annablume, FAPESP, Petrobrás, 2002.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Nova era da defesa da concorrência: o Direito antitruste e os mercados regulados. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 127-153, 2002.

_____. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. Revista do IBRAC, São Paulo, a. 8, n. 2, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo Malheiros, 2001.

SCHWYTER, Anton A. SAUER, Ildo Luís. A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios (On-line Site-BT IEE-USP), 2001.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts, 2000