

Ministério da Justiça**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48

Representantes: Companhia Nacional de Álcalis, Companhia Siderúrgica Nacional, Valesul Alumínio S/A, Proscint Produtos Sintéticos S/A, Cia Salinas Perynas, Refinaria Nacional de Sal.

Representadas: Companhia Estadual de Gás (CEG) e Riogás S/A.

Conselheiro-Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto

ACÓRDÃO

Processo administrativo instaurado para apurar urna suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão corno infração está descrita no art 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94. Competência do regime regulatório. Condições para atuação do CADE em mercado objetos de regulação econômica. Atuação do CADE em relação a atos de agências reguladoras. Preliminar de mérito, com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo. pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE. A ASEP-RJ por não desempenhar atividade econômica direta, dá a compreensão de que só poderia figurar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro. Adequação da state action DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃOtrine pelo direito brasileiro. O CADE pode agir em lugar da política regulatória quando está não for especificamente delineada na legislação, ou quando o órgão regulador age positiva ou negativamente de modo a inutilizar ou ultrapassar sua política regulatória, abrindo margem ao mercado pala condutas infrativas da ordem econômica. O CADE pode atuar em mercado regulados cuja estipulação reguladora de seu órgão responsável permita a atividade livre no mercado. Detectado que os atos da agência reguladora estão razoavelmente dentro de suas perspectivas regulatórias. O sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social. O sistema de by-pass comercial está adequado, mas. foi verificada a necessidade de estado preventivo de seu funcionamento pela agência reguladora. As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na

obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro. No tocante às alegações referentes às possíveis restrições nos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público. Conhecido o recurso de ofício, Sendo, porem, improvido no mérito, determinando-se O arquivamento do processo e a extinção da medida preventiva aplicada ao caso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por unanimidade, conhecer o recurso de ofício, e, no mérito, negar provimento, determinando o arquivamento do processo, com a conseqüente extinção da medida preventiva aplicada ao caso. Participaram do julgamento o Conselheiro Mércio Felsky, respondendo pela presidência e os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca, Hebe Teixeira Romano, Thompson Almeida Andrade, Celso Fernandes Campilongo, Afonso A de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Ausente, justificadamente, o Presidente João Grandino Rodas.

Brasília, 31 de janeiro de 2001 (data do julgamento).

AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO
Conselheiro-Relator

MÉRCIO FELSKY
Presidente do Conselho Substituto

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

1. Das Representantes

1.1. Companhia Nacional de Álcalis

Trata-se de uma sociedade anônima que tem por objeto a pesquisa, a lavra, o beneficiamento, o transporte, a industrialização, a distribuição, o comércio, a importação, a exportação e qualquer outra atividade referente a substâncias minerais e produtos químicos, especialmente os que tenham ligação com as indústrias dos Álcalis, Operador portuário, prestador de serviços, bem como a participação em outras sociedades.

A Companhia Nacional de Álcalis é a única produtora nacional de barrilha. Enfrenta a concorrência dos seguintes produtos similares estrangeiros: barrilha sintética (de origem européia) e barrilha natural (dos Estados Unidos). Localiza-se em Arraial do Cabo, Estado do Rio de Janeiro.

Os seus principais produtos são: carbonato de sódio, barrilha, cloreto de sódio, salmora e sal moído. As principais matérias primas utilizadas pela Álcalis são: sal grosso, calcário, amônia e gás carbônico. Segundo a empresa, o gás natural "é o principal insumo da barrilha fabricada pela Álcalis, representando quase 50% do custo marginal do produto."

1.2. Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)

Trata-se de uma empresa de capital aberto privatizada em abril de 1993. Responde por mais de 17% da produção nacional de aço bruto. Atua na fabricação, transformação e comercialização, inclusive importação e exportação de produtos siderúrgicos, bem como no estabelecimento e na exploração de quaisquer outras atividades correlatas e afins, que possam direta ou indiretamente interessar às finalidades da companhia, tais como: indústrias de mineração e de transporte ferroviário, atividades de operação portuária, de navegação e de construção, fabricação e montagem de estruturas metálicas. A CSN possui estrutura verticalizada, onde se inclui uma divisão de mineração, a Mineração Casa de Pedra, em Congonhas (MC). Segundo o *Panorama Setorial - Mineração*, do Jornal Gazeta Mercantil, a mina da CSN tem capacidade para produzir 12 milhões de toneladas anuais e, além de fornecer minério de

ferro para consumo próprio, comercializa minério com a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a Ferteco e a Açominas. A receita obtida na venda para terceiros em 1997 é estimada em US\$ 13 milhões.

No setor de transporte ferroviário de cargas, a CSN possui participação no capital votante de três Malhas privatizadas da RFFSA: 20% na Manor (antiga Malha Nordeste), 12,5% na FCA (ex-Malha Centro-Leste) e 20% na MRS Logística (ex-Malha Sudeste). A CSN arrendou por meio de leilão, em 1998, um terminal de contêineres no Porto de Sepetiba (RJ), o qual é servido pela ferrovia MRS. Cabe registrar que a CSN é a principal acionista do Consórcio VALEPAR (que controla a CVRD) juntamente com o Grupo Vicunha (o qual, por sua vez, controla a CSN).

1.3 Valesul Alumínio S.A.

A Valesul é uma empresa do Grupo Vale do Rio Doce. Trata-se de empresa privada que atua no setor de *indústria metalúrgica*, no qual encontra-se na 42ª posição dentre as empresas localizadas no país. Dedicar-se à área de alumínio primário e possui um ativo Total de R\$1 87 milhões e Receita Operacional Líquida anual de R\$65 milhões.

1.4. Prosint Produtos Sintéticos S.A.

Trata-se de empresa pertencente ao Grupo Peixoto de Castro. Desde 1984 utiliza o gás natural como matéria-prima na produção de metanol, em substituição à nafta (a qual era utilizada até então). Utiliza o gás também como calorífico.

A produção de metanol da Prosint é de cerca de 130 mil t/ano. Embora seja a maior fábrica do país, sua escala de produção é pequena em termos internacionais. O Brasil importou no ano de 1997 mais de 600 mil toneladas de metanol, o que representou um valor de cerca de US\$100 milhões. A empresa se diz capaz de se expandir e suprir toda a demanda nacional, desde que possa comprar gás natural a preços viáveis.

2.Das Representadas

2.1. Riogás

A Constituição Federal, em seu art. 25, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 5, de 15.08.95, atribuiu aos Estados a exclusividade na exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado, diretamente ou mediante concessão. A partir daí, os Estados brasileiros passaram a organizar suas próprias companhias para assumir esse serviço, o qual até então era efetuado diretamente pela Petrobrás. Regra geral, cada Estado montou apenas uma companhia para exercer o serviço de distribuição. Mas o Rio de Janeiro, além da CEG que já existia, criou uma segunda concessionária, a Riogás S.A.

A divisão da exclusividade do serviço em duas áreas de concessão veio em consequência da atuação da Petrobrás na venda direta do gás natural produzido na Bacia de Campos a 11 indústrias situadas em diversos municípios do Estado. Em 1996, a Petrobrás fornecia em média 2,2 milhões de m³/dia, o que foi motivo de conflito entre o governo estadual e a empresa. A questão foi resolvida com a Riogás, cuja criação, embora tenha sido autorizada ainda em 1994, pela Lei n.º 2.367, de 09.12.94, só se efetivou em 1997. Como parte do acordo para a Riogás assumir a distribuição de gás natural para as indústrias atendidas pela Petrobrás, a BR Distribuidora (subsidiária da Petrobrás) obteve 25% de participação no capital social da Riogás S.A., ficando o Estado do Rio de Janeiro com os restantes 75%. Ainda conforme o acordo, a CEG passou a deter a concessão para distribuição de gás canalizado apenas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, enquanto fora dessa região a distribuição ficou a cargo da Riogás S.A.

Assim, conforme o contrato de concessão, a Riogás S.A. tem exclusividade para a distribuição de gás canalizado para qualquer utilização, em qualquer quantidade, nas Regiões Norte Fluminense, Noroeste Fluminense, nas Baixadas Litorânea, Serrana, no Médio Paraíba, Centro-Sul e na Baía da Ilha Grande, todas do Estado do Rio de Janeiro.

A empresa não possui capacidade instalada para processamento de nafta e obtenção do gás manufaturado. Apenas atua na distribuição de gás natural, tal como recebe da Petrobrás, diretamente às indústrias consumidoras. Conforme informações da empresa, a rede de distribuição da Riogás é composta por cerca de 220 km de tubos, em bom estado de conservação, adquiridos da CEG e da Petrobrás, localizados nos municípios de Resende, Porto Real, Barra Mansa, Volta Redonda, Campos, Macaé, Rio das Ostras, Casemiro de Abreu, Cabo Frio e Arraial do Cabo.

2.2.CEG

Embora sua história remonte ao século passado, a CEG com suas características atuais foi constituída em 30.05.69. Nessa época, fornecia gás manufacturado a partir da nafta, tendo iniciado a distribuição de gás natural apenas a partir de 1982. A empresa possui cinco unidades cíclicas de craqueamento de nafta leve ou gás natural para produção do gás manufacturado, com capacidade total de produção de 126.000 m³ por hora. Segundo informações da companhia, não há previsão de aumento de unidades ou de aumento de capacidade das mesmas, já que existe a obrigatoriedade contratual de substituir o fornecimento de gás manufacturado pelo de gás natural.

A CEG possui cerca de 2 180 Km de tubos de ferro fundido, aço carbono e polietileno, nos mais variados diâmetros, cujo estado de conservação é considerado bom. Essa malha de distribuição atende a cerca de 575.000 consumidores, nos diversos segmentos. As vendas da CEG no ano de 1996, em termos de volume e receitas, apresentaram a seguinte composição.

Tabela 1		
Vendas da CEG em 1996 por segmento de consumo		
	Segmento	VolumeReceitas
	Industrial	50%28,1 %
	Matéria- prima Petroquímica	21 %4,3%
	Residencial	15%47,8%
	Comercial	5%17,0%
	Cogeração	4% 1,4%
	Veicular	3% 1,0%
	Geração de Energia Elétrica	2 % 0,4 %
Fonte: CEG.		

O desempenho da Companhia Estadual de Gás nos exercícios anteriores à privatização pode ser visualizado a partir de suas demonstrações financeiras. A tabela seguinte mostra contas representativas desse desempenho nos exercícios de 1992 a 1996.

Como se pode observar, a CEG, com exceção de 1993, somente obteve resultados operacionais negativos durante o período. Antes da privatização, a companhia passou por um programa de reestruturação¹ buscando o saneamento das finanças e o enxugamento da empresa, especialmente nos níveis gerenciais. O quadro de pessoal foi reduzido de 1.953 funcionários, no início

de 1995, para 1.157, em meados de 1996, sendo que o número de cargos comissionados passou de 431 para 103. A empresa foi privatizada com menos de 1.100 funcionários.

Tabela 2
Desempenho Patrimonial de CEG no período anterior à privatização

	1992 (Cr\$ mil)	1993 (Cr\$)	1994 (R\$)	1995 (R\$)	1996 (R\$)
Patrimônio líquido	1.401.254.037	33.422.791.199	101.546.036	154.595.525	149.392.488
Vendas de gás	545.474.988	11.761.739.660	92.500.813	142.873.424	168.516.550
Resultado Operacional	(264.757.469)	569.563.663	(1.069.679)	(32.139.086)	(9.837.609)
Lucro líquido	(91.792.855)	(1.203.480.753)	(14.081.149)	(9.379.697)	(5.044.818)

Fonte: Demonstrações contábeis da CEG

3. Da Conduta

O Processo é motivado por Representação apresentada pela Companhia Nacional de Álcalis em 26 de agosto de 1998. A Álcalis requereu que fosse "instaurado Processo Administrativo para apuração da prática de infrações à ordem econômica e aplicação das sanções previstas em lei." Requereu, ainda, que fosse cessada a prática anunciada pela Riogás - a majoração dos preços do gás natural - até que fosse julgado o caso, em virtude dos danos irreparáveis que poderia causar.

Em Ofício dirigido à SDE em 26 de agosto de 1998, a Companhia Nacional de Álcalis afirma que:

i) O gás natural representa quase 50% do custo marginal da barrilha fabricada pela Álcalis.

ii) A Portaria DNC n.º 24, de 07.06.94, estabeleceu que o preço máximo do gás natural vendido pela Petrobrás às distribuidoras deveria corresponder a 75% do preço do Óleo Combustível ATE 1 A, considerando-se a equivalência energética entre os dois produtos.

iii) Antes da criação da Riogás, a Petrobrás distribuía o produto

com uma margem de distribuição de 21,1%. No entanto, desde que surgiu a Riogás, o preço é cobrado da Álcalis elevou-se duas vezes: subiu 0,33% após sua criação, quando ainda era estatal (passando a margem para 21,5%) e 0,32% após a privatização (com a margem chegando a 21,9%). Em 26 de janeiro de 1998, a Riogás comunicou à Álcalis que haveria novo aumento do preço do gás, a partir do qual a margem da Riogás chegaria a 48,1%. A Riogás alegou que segue uma estrutura tarifária fixada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro e que poderia ainda, caso quisesse, reajustar seus preços conforme a variação do IOP-M. Após negociações, a Riogás adiou o aumento para 01.10.98.

iv) Caso se concretizasse tal aumento, a Álcalis teria que paralisar suas atividades.

v) A jurisprudência brasileira sobre tarifas de concessões aponta que deve haver perfeito equilíbrio entre os interesses da empresa (para que a mesma tenha assegurado um "lucro razoável") e os do consumidor (de forma que o preço "esteja economicamente a seu alcance ou compatível com o mercado").

VI) De acordo com a Lei nº 8.987/95, as concessões de serviços públicos devem respeitar o princípio da modicidade das tarifas. Além do que, essa mesma Lei, em seu art. 13, prevê a diversidade de tarifas conforme as diferentes categorias de consumidores, em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos segmentos de usuários.

vii) A Lei do Petróleo determina, no que tange ao "aproveitamento racional das fontes de energia", que se deve "proteger os interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos (...) e incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural",

viii) Ainda de acordo com a Lei do Petróleo: "Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte" de petróleo, seus derivados e gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral. "A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado".

IX) A Riogás ameaça com a suspensão do fornecimento caso não se chegue a um acordo quanto ao preço a ser cobrado.

x) A Álcalis deseja comprar direto da Petrobrás, usando o duto construído em 1984 para tal uso.

Em 22/09/98, a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) manifestou-se sobre o processo, afirmando que:

i) A Riogás detém monopólio e essa estrutura "está gerando abuso de poder de mercado por meio de aumento de preços e demais práticas nocivas à concorrência no setor, como, por exemplo, ameaça de corte de fornecimento" (*grifos no original*). A Representada está "exercendo de forma abusiva sua posição dominante ao determinar arbitrariamente reajustes de preço e ameaçar seus consumidores com cortes de fornecimento." A cláusula de *by pass* comercial, prevista no Contrato de Concessão "reforça, em última instância, esta exclusividade" no fornecimento que a Riogás possui.

ii) A Riogás ameaça com "preços excessivos, o que causará, certamente, aumento de custos e conseqüentes prejuízos à competitividade da CSN, tanto no mercado interno quanto no mercado externo".

iii) Em janeiro de 1996, a Petrobrás já aumentara o preço cobrado da CSN em 11,7% em relação a 02/95. Três meses depois, aumentou em mais 0,4%. Em janeiro de 1997, foi criada a Riogás, a partir do que a empresa propôs 17,6% de aumento. Como a CSN não suportaria tal elevação de custos, a Riogás apresentou outra proposta: 5,1% em out/98, 3,8% em abr/99 e 3,6% em jan/2000; o que representa um acréscimo 13,1% nos preços então vigentes.

iv) Em apoio à Representação em epígrafe, seja adotada a medida preventiva com ordem de cessação solicitada, para que não ocorra o aumento nem o corte de fornecimento.

Também, baseando-se na Representação da Álcalis, a empresa Valesul Alumínio S.A. solicitou, em 23 de setembro de 1998, *adesão ao Processo* tendo em vista que é cliente da Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro (CEG), cujo controle acionário pertence ao mesmo *Grupo* que controla a Riogás. A Valesul afirmou que:

i) Consome mais de 500 milhões de m³/ano de gás natural, o qual era fornecido pela Petrobrás desde 1983.

ii) Em 23/01/97, a Valesul foi informada pela CEG de que esta passara a ser a fornecedora desde 17/01/97.

iii) Houve várias negociações sobre o Contrato de Fornecimento a ser assinado pelas partes. Dada a existência de discordâncias, "a Valesul aceitou proposta de condições provisórias formulada pela CEG enquanto se prosseguia a negociação, [assim, foi estabelecida:] alteração do faturamento de mensal para quinzenal e a cobrança da tarifa de R\$0,1312/m³ com acréscimo de taxa ASEP, encargos financeiros de 2% e aluguel de medidor, a partir de 01.07.98. Dado que até essa data a VALESUL pagava uma tarifa de R\$0,11811m³, a nova tarifa resultou em aumento de 11,09%, o que é inadmissível dentro do contexto de uma economia estável." (*grifos no original*)

iv) Em setembro de 1998, a CEG apresentou uma nova proposta de escalonamento do aumento de seus preços: 2,89% em abril de 99 e 6,19% em janeiro do ano 2000.

v) A privatização da CEG "criou um monopólio particular (...) [com um] poder absoluto de ditar as regras", inclusive fazendo-se valer da ameaça de suspensão do fornecimento.

vi) Todas as alterações propostas pela CEO foram apresentadas sem ter havido qualquer aumento nos preços do gás fornecido pela Petrobrás, **"além da CEG não ter feito qualquer investimento (...) pois o gasoduto e o medidor já estavam instalados e funcionando há muitos anos e a CEG está auferindo enriquecimento sem causa, em detrimento da Valesul, (...) o que caracteriza abuso de poder econômico"** (*grifos do original*).

Em 28/09/98, em referência ao Ofício 486/98 MF/SEAE/COGSI, a Gerdau reclama de que recebeu "carta, emitida pela CEO, informando alterações profundas, a partir de 01/10/98, nos preços e nas demais condições técnicas e comerciais vigentes" à época em que a Petrobrás era a distribuidora do gás natural.

A empresa Prosint Produtos Sintéticos S.A., cliente da Riogás, ofereceu, em 28 de setembro de 1998, *peça de adesão à Representação* feita pela Alcalis. A Prosint afirmou, então, que a Petrobrás era sua fornecedora de gás natural desde 1984 e que, no início de 1997, foi informada que a CEO passaria a lhe distribuir o produto. Segundo a Prosint, o "preço do gás natural petroquímico foi majorado em 5,5% e o combustível em 37,1% após a privatização da Companhia." Esse cliente afirma ainda que a Cláusula de *by pass* constante no Contrato de Concessão inibiu qualquer iniciativa sua de construção de um gasoduto próprio. Ademais, argumenta que o preço do gás natural para a indústria petroquímica no RI está 6,56% superior ao da Bahia e que, quando utilizado para esse fim, é menor o preço do que quando usado para combustão (daí porque as distribuidoras não têm interesse de realizar contratos de fornecimento de prazo maior. A Prosint diz "que não tem alternativas de suprimento de sua matéria-prima e mesmo com a liberação de importação do gás natural não será beneficiada, seja pelos elevados custos de sua liquefação para seu transporte, seja pela existência do monopólio da distribuição de gás canalizado da CEG, que impede a compra sem a intermediação da empresa distribuidora." Por fim, destaca a importância de manter inflacionando suas instalações, mostrando que poderia suprir toda a demanda nacional (que inclui importações de US\$100 milhões anuais) caso tivesse solucionada sua questão com a CEG.

Em 01/10/98 a Riogás informou à CSN que em 30 dias passaria a ser cobrada a tarifa máxima permitida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Rio de Janeiro (ASEP-RJ) posto que as partes não haviam chegado a um acordo até então.

4. Da Defesa

Em carta endereçada à Valesul, datada de 14 de setembro de 1998, a CEG argumenta que:

i) O Contrato de Concessão estabelece limites máximos para as tarifas e "tanto a CEG quanto a Riogás praticam uma série de tarifas aos distintos segmentos de consumidores, em função dos volumes, modalidade do fornecimento e das características técnicas de utilização pelo cliente."

ii) Visando "alcançar um tratamento uniforme em matéria tarifária entre as indústrias supridas pela CEO, propomo-lhes a modificação da tarifa atualmente praticada por outra, que é o resultado da aplicação de descontos nas tarifas máximas autorizadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro".

Segundo o jornal Gazeta Mercantil, 01/04/99, p. A-10, a "CEG nega que tenha aumentado os preços após a privatização. A empresa diz que pratica tarifas em níveis bem inferiores aos limites estabelecidos pelo governo estadual, que definiu uma política de preços na época da privatização. A CEO informa que sua prática de preços foi autorizada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Rio de Janeiro (ASEP-RJ)."

5. Dos Contratos de Concessão

A CEG e a Riogás foram adquiridas através de leilão público de ações de propriedade do Estado do Rio de Janeiro realizado em 14 de julho de 1997 na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. O grupo formado pelas empresas *GEC Participações Ltda*, *Iberdrola Investimentos Sociedade Unipessoal Ltda*, *Gas Natural SDG SA* e *Pluspetrol Energy Sociedad Anonima* sagrou-se vencedor, passando a controlar tanto a Riogás S.A. (concessionária de distribuição de gás canalizado no interior do Estado do Rio de Janeiro) quanto a CEO (concessionária da região metropolitana do RJ)⁷ A seguir, são brevemente descritos aspectos do Contrato de Concessão considerados relevantes na presente análise.

Obrigações da concessionária

Na prestação dos serviços a concessionária procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas (Cláusula Primeira, § 3º).

Além disso, segundo a cláusula quarta do contrato de concessão, a concessionária obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.

Relações contratuais com clientes e fornecedores:

Com relação aos fornecedores e clientes da concessionária, o § 1.0 da cláusula quarta obriga esta a celebrar contratos com os seguintes objetivos, entre outros: assegurar o suprimento de matéria-prima (item 15); instituir 'Condições Gerais de Fornecimento' que regulem o fornecimento do gás e os preços dos serviços prestados, para cada classe de consumidores, estabelecendo as regras, obrigações e deveres mútuos entre a concessionária e seus consumidores (item 16); e recolher a taxa de regulação a que se refere a Lei estadual n.º 2.686, de 13.02.97 (item 19).

Já o § 3º, ainda da cláusula quarta, estabelece que a concessionária poderá suspender ou interromper o serviço pelas seguintes razões, entre outras: não cumprimento por parte do consumidor de condições constantes de contratos específicos de fornecimento (inciso VI); negativa de o consumidor celebrar ou renovar contrato de distribuição de gás ou de prestação de serviços (inciso VIII); negativa, por parte do consumidor que recebe serviço interruptível, de descontinuar o uso do gás após receber a notificação devida (inciso XIII); motivo relevante decorrente de falha do suprimento de matéria-prima, podendo a concessionária, nesta hipótese, atender a alguns consumidores, deixando de atender outros, com base em critérios objetivos, comunicando o fato de imediato à ASEP-RJ (inciso XV).

Regime Tarifário:

Os contratos de concessão determinam que as tarifas para distribuição de gás canalizado terão como limites máximos, já considerada a alíquota de 12% do ICMS, valores indicados em tabelas anexadas aos contratos. A seguir, é reproduzida parte das tabelas constantes em ambos os contratos de concessão, que trata do segmento industrial. Observados os limites indicados, a concessionária poderá cobrar tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de consumidores.

Tabela 3

Limites tarifários para consumidores industriais - CEG e Riogás

Faixa de Consumo m ³ /mês	Tarifa Limite R\$ m ³
0 -200	0,7676
201 -2.000	0,4013
2.001 -10.000	0,3436
10.001 -50.000	0,2642
50.001 -100.000	0,2330
100.001 -300.000	0,2001
300.001 - 600.000	0,1605
600.001 -1.500.000	0,1596
1.500.001 -3.000.000	0,1566
acima de 3.000.000	0,1469

Fonte: Anexo I dos contratos de concessão.

Os limites tarifários indicados sofrerão modificações nas seguintes circunstâncias:

a) **Atualização monetária anual, ou no menor prazo que a lei venha a permitir, com base no IGP-M**, publicado pela Fundação Getúlio Vargas. Deverá dar-se ciência prévia à ASEP-RJ e aos consumidores no prazo mínimo de trinta dias (Cláusula Sétima, § 17).

b) ***Sempre que ocorrer variação nos custos de aquisição do gás, para mais ou para menos.*** Também nesse caso, a concessionária deverá apresentar a estrutura tarifária ajustada à ASEP-RJ, podendo aplicá-la imediatamente, desde que dê prévia ciência também aos consumidores com antecedência de no mínimo trinta dias. Verificando a ocorrência de erro no cálculo e/ou no procedimento utilizado pela concessionária, a ASEP-RJ determinará as

correções, no prazo máximo de 15 dias (Cláusula Sétima, § 14).

c) ***Sempre que ocorrer acréscimo, ou redução de tributos, salvo impostos incidentes sobre a renda.*** Nessa hipótese, a ASEP-RJ terá no máximo trinta dias para homologar os novos limites, sendo admissíveis apenas ressalvas sobre os novos limites tarifários que sejam relacionadas com erros de cálculo e/ou com os procedimentos utilizados (Cláusula Sétima, § 16).

Além das atualizações ou correções acima citadas, os limites tarifários serão revistos a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital, considerando-se, ainda, a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da redução de custos e a evolução efetiva desses custos e da produtividade da concessionária e do setor de gás (Cláusula sétima, § 2,0). Para fins dessa revisão quinquenal, a concessionária apresentará à ASEP-RJ, no penúltimo semestre de cada quinquênio, urna proposta de revisão do valor limite das tarifas e da estrutura tarifária, para vigorar para o quinquênio subsequente, instruída com as informações que venham a ser exigidas pela referida agência (Cláusula sétima, § 3º).

Serão considerados custos todos aqueles referentes a: (i) aquisição de gás; (ii) demais despesas e custos operacionais, excetuadas as despesas financeiras; (iii) depreciação dos ativos operacionais; (iv) tributos, inclusive os incidentes sobre o faturamento, mas não os incidentes sobre a renda; e (v) remuneração, líquida de imposto de renda, a incidir sobre o ativo operacional imobilizado, a título de remuneração do capital (§ 5º).

By-pass comercial:

De acordo com o § 18 da cláusula sétima, consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³/dia de gás canalizado poderão fazê-lo diretamente do produtor, mas tal aquisição dependerá, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da concessionária. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à concessionária o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite para o tipo de consumidor em questão, e o preço que a concessionária paga na aquisição de gás, da mesma supridora.

Fiscalização dos Serviços:

Os serviços prestados pela concessionária, sem prejuízo da responsabilidade desta, serão permanentemente fiscalizados pela ASEP-RJ, por de-

legação do Estado, tendo a ASEP-RJ poderes normativos para assegurar a manutenção de serviço adequado com tarifas razoáveis, observando-se o disposto no contrato de concessão e mantendo-se sempre o seu equilíbrio econômico-financeiro.

A fiscalização abrangerá o acompanhamento e o controle das ações da concessionária nas áreas técnica, contábil, comercial e econômico-financeira, podendo estabelecer diretrizes de procedimento ou sustar procedimentos considerados incompatíveis por parte da concessionária em relação aos requisitos da prestação de serviços aludidos no § 3º da Cláusula Primeira (eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas).

6. Do Mercado Relevante

Como afirmado acima, tanto a CEG quanto a Riogás são controladas pelo mesmo consórcio econômico. Enquanto a primeira detém a concessão referente à região metropolitana do RJ, a segunda explora o restante do Estado. Dessa forma, na presente análise, a dimensão geográfica do mercado relevante a ser considerada é o Estado do Rio de Janeiro.

O mercado relevante do produto a ser considerado, por sua vez, será o gás natural para uso industrial. O produto não possui substituto para esse tipo de uso devido a questões relativas a custos de adaptação e de operação.

A SEAE encaminhou ofícios aos principais clientes da Riogás e da CEG solicitando o posicionamento dessas empresas sobre a possibilidade de se substituir o gás natural por óleo combustível. As respostas recebidas em atenção a essa solicitação apontaram diversos entraves e dificuldades para tal substituição. Senão vejamos.

Clientes da Riogás

EMPRESAS	POSICIONAMENTO
Cia. Metalúrgica Barbarense	Considera "um retrocesso industrial o retorno ao uso do óleo combustível porque este já não é mais usado devido ao fato de o gás natural apresentar grandes vantagens (maior confiabilidade do sistema, menos poluente e de custo competitivo). Um retorno ao uso do óleo combustível demandaria investimentos de cerca de R\$ 3 milhões

Cia, Nacional de Álcalis	Afirma não ser interessante o retomo ao uso do óleo combustível e expõe como motivos: (i) foram desativadas as instalações que possibilitavam tal uso; (ii) foram feitos enormes investimentos para a empresa se adaptar ao gás natural, inclusive com incentivos governamentais; (iii) por uma questão de logística, seria tecnicamente inviável suprir a empresa com a quantidade de óleo combustível necessária para seu funcionamento; (iv) um eventual vazamento de óleo seria mais danoso para o meio ambiente local (dada a localização da Álcalis a beira-mar) do que um de gás; (v) seriam necessários "investimentos pesados" para a empresa se readaptar ao gás; (vi) o óleo combustível contamina o produto final com fuligem, diminuindo sua qualidade.
CSN	A CSN diz que o não fornecimento do gás natural levaria a paralisação da produção de aço. Afirma ser inviável a volta ao uso do óleo combustível, pois isso demandaria grandes gastos em reconversão bem como longo tempo. Além disso, a CSN destaca que a queima do óleo combustível é bem mais poluente que a de gás natural, o que traria perdas para comunidade e para a empresa (tanto pelo desgaste de sua imagem - como, por exemplo, a perda do certificado ISO 14.000, 'principal instrumento que possibilita a exportação' de seus produtos - quanto pelos custos de aquisição de novos equipamentos anti-poluentes. Esse cliente afirma ainda que sua linha de produtos revestidos não poderia funcionar a óleo, pois o enxofre contido em sua composição suja o produto final.
PURAC	Afirma haver desvantagens em se usar o óleo combustível ao invés do gás natural: (i) dificuldades dada à própria natureza do óleo, o qual suja os equipamentos; (ii) descontinuidade da produção e dificuldade de manutenção de pressão constante do sistema de destilação a alto vácuo como consequência do item anterior; (iii) emissão de partículas contendo alto teor de CO ₂ , como o consequente dano ambiental. Optou pelo gás natural por ser bem menos poluente. Esse cliente diz ainda que espera que a ASEP-RJ consiga controlar os preços do gás natural para que não se elevem as tarifas a partir de decisões unilaterais das Concessionárias.
Cia, Ind. de Papéis Pirahy	Informa que "devido a restrições constantes da Licença de Operação emitida pelo órgão regulador das condições ambientais no Estado do Rio de Janeiro, FEEMA, não pode realizar este tipo de conversão de combustíveis.
Cia. Salinas Perynas	Considera inaplicável o retomo ao uso do óleo combustível, o que afirma ser um "retrocesso que, na prática, obrigaria a se construir uma nova fábrica, a custos elevadíssimos". A Cia.

	Salinas diz que “foi instada pela Petrobrás a substituir o óleo combustível que vinha consumindo desde 1955 pelo gás natural da Bacia de campos, o que efetivou em 1987 com base no argumento de substituição de importação de petróleo e a oferta crescente de gás natural da Bacia de Campos”. Dessa forma, o cliente afirma que desativou todo o sistema que possibilitava o uso do óleo combustível em sua planta, inclusive cumprindo determinação do órgão estadual protetor do meio-ambiente (FEEMA).
Refinaria Nacional de Sal	A “Refinaria Nacional de Sal S/A é, na atualidade, dependente do uso do gás natural, seu principal combustível”. No passado, essa empresa “utilizava-se de óleo combustível em suas caldeiras, para o que mantinha o necessário equipamento. No entanto, devido a incentivos do governo federal (por meio da Petrobrás) essa empresa desativou grande parte das instalações que permitiam o uso do óleo na produção de vapor (o qual é usado na secagem do sal). Dessa forma, atualmente, apenas 15% de sua necessidade de vapor poderiam ser obtidas por meio do uso do óleo combustível. “ Não é viável, hoje, técnica e economicamente, efetuar a substituição do gás natural pelo uso do óleo combustível, nem do gás pobre de carvão (...) posto que implicaria em custos altíssimos. Destaque-se o custo de transporte e, especialmente, o prejuízo ao meio ambiente que tal medida acarretaria devido à grande potencialidade poluidora do óleo combustível.

Clientes da CEG

EMPRESAS	POSICIONAMENTO
PROSCINT Produtos Sintéticos S/A	Afirma "não ser passível para essa empresa a substituição do gás natural por óleo combustíveis devido às características tecnológicas do processo de produção”.
Fábrica Carioca de Catalisadores	Informa "não ser possível, por questões relacionadas ao (...) processo de fabricação, a substituição de gás natural por óleo combustível”.
GERDAU S.A.	Acrescentou que a substituição do gás natural por óleo combustível requereria investimentos tempo para sua realização. Seria preciso implantar "toda uma logística de transportes para garantir o abastecimento da empresa com o óleo, além da necessidade de se manter tanques para sua estocagem. Afirmou que, no Brasil, as margens de lucro dos fornecedores de gás natural são muito elevadas e que seus preços estão acima do patamar internacional, de forma que o uso desse energético não é estimulado.

Vidraria Rio Minas S/A - RIMISA	Afirma ser tecnicamente possível a troca do gás natural por óleo combustível (o qual era, no passado, utilizado pela empresa). Entretanto, a instalação que permitiria esta substituição foi desmontada quando da conversão para o gás. Assim, seria necessário investir-se em um novo projeto e em instalações adequadas de alimentação dos fornos de fusão. Afirma também que, em seu processo produtivo, o gás natural é de melhor aplicação que o óleo combustível.
Vitronac Ind. Com. Ltda.	Segundo esse cliente, "é possível a substituição do gás por óleo combustível no que concerne à operacionalização"
VITROFARMA	Afirma que os níveis de preços praticados atualmente "já favorecem a substituição" do gás natural pelo óleo combustível. A Vitrofarmajá utiliza os dois energéticos e diz que não passa a usar somente o óleo devido a "questões próprias do processo produtivo e por razões estratégicas e ambientais"
VALESUL Alumínio S.A.	Considera possível a troca do gás natural por óleo combustível. No entanto, destaca que este tipo de energético é mais poluente que aquele (o qual contém enxofre), o que contraria seus princípios de proteção ambiental. Afirma que, em 1984, adaptou-se ao uso do gás devido à grande disponibilidade do produto e à facilidade de sua obtenção pelo meio dutoviário. Afirma ainda que o retorno ao uso do óleo seria inevitável quando o preço do gás ultrapassasse R\$ 0,1319/m ³ , o que deverá ocorrer em abril de 1998 (dado o plano de aumento escalonado de preços já anunciado pela CEG, que deverá levar a um aumento do preço do gás de 21,42% em relação ao praticado pela Petrobrás em 1997).

O Sindicato das Indústrias de Vidros, Cristais e Espelhos do Estado do Rio de Janeiro, após pedir para manifestar-se em nome de todas as empresas do setor, informou:

i) "o uso do gás natural, (...) nas indústrias de vidro, há alguns anos, passou a representar um fator de custo superior ao usual, quando seu preço foi alterado para equivaler, calorificamente, ao óleo combustível";

ii) "no decorrer dos anos, o preço do gás natural sofreu aumentos em proporções superiores aos dos óleos combustíveis, passando a ser, portanto, mais oneroso às empresas

iii) a reconversão para o óleo demandaria "investi-

mentos na área de controle ambiental, em virtude de os óleos apresentarem maior volume de emissão de partículas poluidoras na atmosfera";

iv)'face ao aumento das concorrências interna e externa, aliadas à situação econômica do mercado, as empresas se vêem forçadas a reavaliar suas posições, na busca de reduções de custos, o que pode ocasionar, no caso em análise, o retorno dos óleos combustíveis aos seus processos produtivos."

Aspectos estruturais do mercado de gás

Conforme os dados obtidos pela SEAE e SDE, assim como no caso do petróleo, todas as etapas envolvidas na cadeia do gás natural, desde a sua extração até o consumo, exigem grandes investimentos. Com relação aos custos envolvidos nas diversas fases, o gás natural, no entanto, possui algumas particularidades, conforme descrito a seguir:

A) Exploração e Desenvolvimento: Inclui todos os dispêndios feitos durante a *pesquisa*, a descoberta, os testes de avaliação, a construção dos equipamentos que permitem a extração. Quando se trata de gás natural, em função dos elevados custos a jusante - transporte, distribuição -, o peso relativo da exploração/produção é, em média, cerca de 30% do total dos custos. Como no caso do petróleo, a exploração de gás se beneficia de significativas economias de escala: quanto maiores são os volumes produzidos e transportados, menores proporcionalmente são os custos por metro cúbico produzido.

No Brasil, a exploração do gás natural ainda é feita exclusivamente pela Petrobrás. Com a flexibilização do monopólio e abertura do setor de exploração a outras empresas (Emenda Constitucional n.º 09/95 e Lei n.º 9.478/97) essa situação deve mudar dentro de poucos anos.

B) Transporte: Após extraídos os compostos mais pesados e líquidos, o gás natural é enviado às refinarias ou diretamente aos grandes consumidores ou, ainda, aos centros de estocagem das companhias distribuidoras. O custo de transporte do poço até esses pontos é particularmente alto em razão da menor densidade do gás e de dificuldades técnicas relativas à construção de gasodutos, o que faz do transporte, ainda hoje, o maior ponto de estrangulamento da cadeia de produção do gás natural.

No Brasil, o transporte do gás natural produzido em território nacional, desde o poço até os city-gates é feito, exclusivamente, até o momento, pela Petrobrás.

C) Distribuição: Transportado até as proximidades das aglomerações urbanas e centros industriais, o gás natural ainda deve ser distribuído. Por ser formado por moléculas muito leves, possui uma baixa temperatura crítica e não se liquefaz à temperatura ambiente, **não sendo possível seu acondicionamento em botijões, como no caso do GLP.** Para distribuí-lo às residências, é necessária a construção de uma rede de dutos urbanos que chegue a cada cliente individualmente. Como o volume de consumo de cada família é bastante reduzido, o retorno dos investimentos só pode ser assegurado se essa rede de dutos for suficientemente extensa de forma a atingir um grande número de residências. Compreende-se assim o interesse das companhias de distribuição em atrair o segmento industrial, cuja demanda é por grandes volumes de gás e mais constante ao longo do tempo.

D) Comercialização: Este é o último estágio da cadeia de fornecimento de gás natural. É formado pelos agentes que compram e vendem o produto. A separação entre distribuição e comercialização rompe o monopólio da venda de gás natural das distribuidoras locais junto aos consumidores localizados na área de concessão. No caso da Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS), recentemente privatizada, o Contrato de Concessão explicita essa diferença entre ambas as etapas do processo de fornecimento do produto aos consumidores finais.

7. Dos Pareceres

O parecer da SEAE conclui pela que, não obstante estarem amparadas pelo Contrato de Concessão, as decisões de reajuste de tarifas da CEG e da Riogás aparentam não atender à condição de "modicidade das tarifas" Como a empresa detém poder de monopólio na prestação do serviço em questão e o regime tarifário a ela aplicável não é o adequado a um operador monopolista, pode-se considerar que há indícios de abusividade do poder de monopólio, que poderá ser corrigido por meio de mudanças nas condições impostas à concessão do serviço.

A análise da SDE apontou inúmeros problemas presentes no Contrato de Concessão adotado pelo Estado do Rio de Janeiro para o serviço de dis-

tribuição de gás canalizado. Esses problemas foram analisados de forma mais extensiva nos pareceres técnicos desta Secretaria sobre as privatizações da CEG e Riogás

Entretanto, interessa ao SBDC a alegação da representante e das demais empresas que aderiram à representação de que as representadas estariam abusando de sua posição dominante nas tarifas praticadas. Pelo que se verificou, não ser verdade, vez que as tarifas que as representadas pretendem adotar estão abaixo dos limites tarifários previstos no Contrato de Concessão.

Diante do exposto, concluiu pela não-procedência da representação em tela, vez que não é possível responsabilizar as representadas pelo estipulado no Contrato de Concessão. Dessa forma, recomenda-se o arquivamento do presente feito, com a revogação da Medida Preventiva adotada, e o seu encaminhamento ao CADE para as providências de sua competência.

Por fim, o Parecer da Procuradoria Geral do CADE, segue o mesmo entendimento da SDE, se posicionando pelo arquivamento do presente feito, uma vez que não há qualquer infração à ordem econômica na conduta de preços praticada pelas Representadas.

É o Relatório.

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

Conforme visto em relatório, o presente processo administrativo foi instaurado a fim de apurar basicamente uma suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art. 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94.

Para proceder à análise dos fatos alegados no presente Processo Administrativo, é preciso, com base nos dados fornecidos nos autos, dividi-la sob os dois enfoques em que foram instruídos e analisados os autos pela SEAE e SDE.

Em primeiro lugar, como preliminar de mérito com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo, pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE.

No caso em tela, dado que a ASEP-RJ não desempenha atividade econômica direta, depreende-se que só poderia figur

ar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro.

Nos Estados Unidos, a relação entre regulação estatal (no caso, estadual) e direito antitruste foi pacificada com a *State Action Doctrine*, cuja melhor e mais recente formulação, segundo o Prof. Calixto Salomão Filho², foi dada pela Suprema Corte em *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*, julgado em 1980.

A Suprema Corte definiu, nessa ocasião, dois critérios para determinar quando as diretrizes da regulamentação estadual seriam acatadas. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão de regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Em segundo lugar, deve haver supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (*active supervision requirement*). Ausentes quaisquer desses dois requisitos, a ação estadual é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial.

A *State Action Doctrine* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo CADE em diversos julgados. Apenas a título de exemplo, podemos citar o PA 08000.021660/96-05, no qual o CADE se declarou competente para conhecer da alegação de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do Poder Municipal. Nesse caso, o CADE afirmou ser a "*Doutrina americana da state action ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado*".

Na Representação 07/93, movida por CEBRACAN contra RODO-NAL, o CADE entendeu, por unanimidade, que, embora se tratasse de setor regulamentado, quando o regulamento fosse deficiente ou a autoridade fiscalizadora inerte, haveria competência residual para a aplicação do Direito da Concorrência. Do voto vogal do Conselheiro Antônio Fonseca, cabe extrair o seguinte trecho:

"Entendo que institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Depar-

2 "Direito Concorrencial: as estruturas", Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 200.

tamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era marcadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência.

Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação".

Na apreciação da Averiguação Preliminar nº 08000.025952/96-54, em que a Inspeção Regional da SDE em São Paulo representou "ex officio" contra o Departamento de Aviação Civil – DAC, a Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva entendeu configurada a competência do CADE para apuração de infração à ordem econômica e manifestou-se nos seguintes termos:

"No caso dos autos, trata-se de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE

identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão".

Cumpra então verificar se, no caso em tela, a regulamentação do serviço de fornecimento de gás natural para o Estado do Rio de Janeiro segue política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispõe de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações por ela impostas.

Não há dúvida de que o Estado do Rio de Janeiro, ao regulamentar o fornecimento de gás, faz uso de competência constitucional e infraconstitucional claras. Da Constituição Federal de 1988 se depreende 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" (art. 25, § 2º).

Examinando a questão quanto ao mérito de aplicação do sistema regulatório. A competência constitucional foi exercitada na Constituição do Estado do Rio de Janeiro e na Lei Estadual nº 2.686/97 e Portaria/ASEP-RJ n.º 003/98, que tratam, respectivamente, da criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro Estadual - a quem cabe "*estabelecer as diretrizes da política tarifária dos serviços públicos estaduais*" - e da regulamentação procedimental da apuração de denúncias por consumidores.

O serviço de distribuição de gás natural emprega uma rede de dutos que carregam o gás em estado gasoso, sob pressão. A rede se espalha em ramais que conectam o fornecedor de gás, que no caso é a Petrobrás, com os consumidores industriais, comerciais ou residenciais. A rede atinge grande capilaridade em áreas urbanas de alta densidade populacional com pequenos consumidores individuais. Ramais de maior capacidade carregam o gás destinado a muitos consumidores ou a consumidores individuais de grandes quantidades. Devido a esta capacidade de atender a muitos consumidores com ramais comuns, o fornecimento de gás tem a propriedade de economias de escala.

Economias de escala existem se o custo médio de produção declina quando aumenta a quantidade produzida. Na distribuição de gás, a conexão de um novo cliente na rede provoca a queda do custo de fornecimento de cada um dos consumidores já ligados. Como tipicamente ocorre nos serviços públicos, existem custos fixos importantes ligados à instalação e manutenção da infraestrutura e pequenos custos marginais do serviço ao consumidor individual.

A presença de economias de escala na tecnologia de uma firma significa que quanto mais a firma produzir menor será o dispêndio de recursos com cada unidade produzida. Por outro lado, se toda a demanda por um determinado bem pode ser suprida ao menor custo possível por uma única firma, então temos uma configuração espontânea de mercado como um monopólio natural. Nessa situação, do ponto de vista da minimização dos custos de produção na economia, a melhor estrutura de mercado admite uma única firma operando. Em contrapartida, surge a possibilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma que o domina completamente, se deixada livre para escolher o padrão de produção que lhe proporciona o maior lucro.

Como se sabe, o padrão de operação do monopolista envolve a fixação de preço para o produto acima do custo marginal de produção, o que representa uma perda de eficiência alocativa para a economia: os consumidores estariam dispostos a pagar, por uma unidade adicional do bem, mais do que custaria sua produção. Cria-se assim uma incompatibilidade de objetivos: por um lado a produção por uma única firma minimiza os custos de produção, por outro a ausência de concorrentes diretos propicia o exercício de poder de mercado e a ineficiência alocativa.

Como aqui, por definição, a solução concorrencial não cabe, já que não se pretende mitigar o poder de mercado do monopolista natural pelo aumento da concorrência, a solução para se obter um comportamento socialmente desejável da firma no mercado é a regulação. A regulação pretende acrescentar restrições de atuação para a firma, com a intenção de alterar o seu próprio objetivo como empresa e com isso fazê-la se comportar espontaneamente no interesse público.

No caso do monopólio natural, as restrições regulatórias idealmente pretenderão manter uma única firma fornecendo a demanda ao custo mais baixo possível, e ao mesmo tempo cerceando a sua capacidade de explorar o poder de mercado ao seu alcance. É preciso assim incentivar a firma a operar produzindo uma quantidade igual a que venderia se o mercado fosse perfeitamente competitivo, o que levaria o seu preço a igualar o seu custo marginal de produção.

Claro está, então, que, a partir da Constituição Federal, seguiu-se a competência para a definição e implantação de política de regulamentação. Fica também provida a racionalidade econômica da concessão de exclusividade e imposição de limites regulatórios a um monopólio natural de distribuição de gás natural canalizado. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

A solução regulatória clássica do monopólio natural consiste em se fixar diretamente o preço do serviço ao mesmo nível do custo marginal de produção da firma. Tanto a preços acima quanto abaixo do custo marginal a quantidade produzida cai abaixo da competitiva. Se o preço for acima, incorre-se em maior ineficiência pelo aumento de margem. Se for abaixo, a ineficiência decorre do excesso de demanda criado, cujo resultado será a geração de filas para ser atendido.

O problema com esta estratégia é a possibilidade de que o custo marginal do monopólio natural esteja abaixo do custo médio, o que é bastante provável já que os monopólios naturais são comumente marcados com custos médios decrescentes em todos os níveis de produto, devido aos grandes custos fixos. Nesse caso, a prática de preço igual ao custo marginal provocaria o acúmulo de prejuízos para a firma, que deixaria assim de operar, desvirtuando a intenção original de promover a eficiência. Por isso, caso a firma fosse obrigada a vender ao custo marginal no interesse público, seria necessário lhe conceder um subsídio suficiente para que ela pudesse operar com lucro pelo menos igual a zero.

Quando o subsídio do governo é impraticável, ainda assim se pode proporcionar os recursos para viabilizar o equilíbrio operacional da firma através da instituição de uma estrutura de tarifas não lineares. Uma estrutura tarifária gera preços não lineares quando o preço de cada unidade do serviço vai depender da quantidade total do serviço comprada. A tarifa não linear mais simples é construída pela fixação de dois elementos na composição do valor a ser paga na compra de uma quantidade qualquer (two-part tariff): determina-se o pagamento de um valor fixo (ou preço de acesso) qualquer que seja a quantidade comprada e adicionalmente de um preço fixo por unidade.

O emprego de tarifas em duas partes permitiria a determinação de um valor para o componente fixo da tarifa que fosse suficiente para cobrir um eventual prejuízo operacional da monopolista que fosse obrigada a praticar um preço unitário máximo igual ao custo marginal pela autoridade reguladora. Desse modo se preservaria a possibilidade de obter um padrão de operação eficiente da firma e ao mesmo tempo proporcionar o seu equilíbrio financeiro, isto é, a possibilidade que opere com lucro positivo ou zero.

As tarifas em duas partes apresentam no entanto um inconveniente, que é a possibilidade de que o valor do seu componente fixo (preço de acesso) calculado para cobrir os prejuízos do monopólio regulado seja tão alto que o preço médio resultante para o serviço fique alto demais para aqueles consumidores que compram pequenas quantidades. Como o preço final por unidade pago pelo consumidor declina com a quantidade comprada, a tarifa em duas partes pode implicar um preço médio final alto para os pequenos consumido-

res e afastá-los do mercado, o que ainda caracteriza ineficiência da solução. Haveria em tese a possibilidade de se diferenciar as tarifas caso a caso, individualmente, no intuito de atrair os consumidores mais sensíveis ao componente fixo da tarifa. No entanto a legislação coíbe a discriminação de preços entre consumidores identificados pessoalmente, de modo que qualquer que seja a solução, ela deve ser imbuída de impessoalidade, isto é, deve oferecer condições de livre escolha para os consumidores.

Uma estratégia comumente usada na regulação de tarifas de serviços públicos, que tem boas propriedades econômicas como solução do problema exposto, e é caracterizada por impessoalidade de oportunidades é o emprego de tarifas diferenciadas por blocos de consumo. Esse é o sistema de tarifas usado por CEG e RioGás, de acordo com as diretivas do Contrato de Concessão nos anexos I e II. O sistema de tarifas diferenciadas por blocos estabelece um preço por unidade comprada do serviço diferente para cada intervalo de quantidades compradas. Assim as primeiras unidades só podem ser compradas por um preço alto, as correspondentes ao próximo bloco a um preço unitário menor e assim por diante até o último bloco, que fixa o preço unitário para qualquer quantidade comprada acima de um dado limite.

O sistema de tarifas diferenciadas por blocos também estabelece preços não lineares para o serviço, isto é, o preço final por unidade comprada varia com a quantidade comprada. Ele pode ser interpretado como um menu de várias tarifas em duas partes (*two-part tariffs*) encadeadas, cada uma oferecendo uma combinação diferente de valores para os componentes fixo (de acesso) e variável (preço unitário). Assim, tipicamente, a primeira tarifa em duas partes do menu terá um valor do componente fixo bastante baixo e um custo por unidade alto; a segunda terá um componente fixo um pouco mais caro, e em contrapartida um preço unitário um pouco mais baixo; e assim por diante até a última, que teria o componente fixo mais caro de todas e um preço por unidade comprada aproximadamente igual ao custo marginal do monopolista.

O conjunto das várias tarifas em duas partes é oferecido aos consumidores para sua livre escolha, e evidentemente será escolhida aquela composição que permite que a quantidade desejada do serviço seja comprada ao preço médio mais baixo. Evidentemente o consumidor comprará as primeiras unidades pela tarifa com menor componente fixo, as próximas pela tarifa com componente fixo de valor imediatamente acima, e assim por diante.

O emprego de tarifas diferenciadas por blocos permite, por um lado, a imposição de um preço enfrentado na margem pelo monopolista igual ao seu custo marginal. Basta para isso fixar os valores dos componentes fixo e variável da última tarifa em duas partes que compõe o sistema em blocos de tal

forma que o preço médio da demanda total seja aproximadamente igual ao custo marginal do monopolista. Por outro lado, se preserva a possibilidade proporcionada pelas tarifas em duas partes de viabilizar a transferência de receita necessária ao equilíbrio financeiro da firma regulada, porém com uma vantagem adicional. Os pequenos consumidores, que pagariam um preço médio final alto sob um sistema de tarifas em duas partes, agora tem a possibilidade de pagar um preço menor, permitindo uma redução da chance de ineficiência alocativa no mercado. Além disso o mecanismo de tarifas diferenciadas em blocos é não discriminador, já que se trata de um cardápio de opções dentro do qual os consumidores se auto-selecionam conforme as suas características individuais próprias.

Para tornar o sistema de tarifas em blocos operacional, no entanto, é necessário estabelecer um procedimento para estimar os custos médios e os custos marginais da firma, de modo a se poder ajustar os valores dos limites tarifários de acordo com os seus objetivos originais. Esta é uma tarefa que exige informações detalhadas da tecnologia de produção e da estrutura de custos da empresa. Tal levantamento é custoso e por isso só pode ser feito em profundidade a intervalos regulares de tempo. A previsão contratual da concessão é de que essas revisões da estrutura de custos da empresa se façam de cinco em cinco anos.

A fixação de período determinado de tempo (cinco anos) entre revisões da avaliação dos custos de produção da empresa tem a função adicional de servir de incentivo ao aumento de produtividade. Se a empresa sabe que tem um período garantido de tempo durante o qual pode auferir como lucro toda a economia de custos que puder realizar então ela estará estimulada a realizar os investimentos em tecnologias e práticas gerenciais que reduzem custos. A revisão periódica da estrutura de custos então é capaz de repassar ao consumidor esses ganhos de produtividade na forma de uma redução do valor real das tarifas.

O procedimento de reajuste imediato dos valores das tarifas em função de variações dos preços de insumos como o gás, também faz parte da metodologia de aferição da estimativa dos custos médios e marginais de produção da empresa. Apenas esses ajustes são feitos a cada momento em que ocorrem devido ao baixo custo de operacionalização, enquanto a aferição de variações de custo por inovações tecnológicas ou gerenciais são feitas periodicamente.

Conclui-se que o sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social.

No tocante ao sistema *by-pass comercial*, de acordo com o § 18 da cláusula sétima, consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³/dia (última categoria tarifária) de gás canalizado podem fazê-lo diretamente do produtor, mas tal aquisição dependerá, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da concessionária. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à concessionária o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite para o tipo de consumidor em questão, e o preço que a concessionária paga na aquisição de gás, da mesma supridora.

Os Pareceres da SEAE e da SDE defendem medidas destinadas a retirar das concessionárias o poder de autorizar ou não *by-pass*, além de medidas que viabilizem o acesso de concorrentes no mercado de suprimento de gás à rede de distribuição.

A própria presença da cláusula de *by-pass* indica um reconhecimento pelo poder concedente de que deve haver previsão para a separação futura dos mercados de distribuição e de comercialização de gás. Hoje todo o gás fornecido à rede de distribuição é produzido pela Petrobrás, e seu preço é tabelado pelo Governo a partir do preço do óleo combustível e em função da correspondência de poder calorífero com este. No futuro, certamente haverá mais produtores em condições de fornecer gás à rede de distribuição a custos competitivos com os da Petrobrás, e a possibilidade de que um usuário consiga diretamente do produtor um preço para o gás mais baixo do que o pago pela distribuidora passará a ser um fator concorrencial importante para a disciplina dos preços. De acordo com David Newberry em “Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities” – The Walras-Pareto Lectures, MIT Press 1999:

“ The local distribution companies raise few regulatory issues that have not already been addressed and resolved. The decisive regulatory innovation is the creation of spot and future markets for gas and gas storage to supplement (and partly substitute for) the less flexible system of long-term contracts. Provided there are a sufficient number of competing producers (which has been assisted by interconnecting and extending the European gas grid) competition can replace the system of regulated access that led to high prices and considerable inefficiency”

Deduz-se que a abertura e o funcionamento pleno do mercado de comercialização de gás depende da presença de vários participantes e da instalação de uma estrutura de produção e logística sofisticada. A adaptação dos termos contratuais da concessão ao funcionamento eficiente de um mercado de comercialização pode ser realizada por imposição do Poder Concedente no nível de detalhamento e na época propícia. A atual formulação da possibilida-

de de by-pass não chega a configurar uma restrição relevante do ponto de vista concorrencial à organização espontânea do mercado de comercialização

O requisito de obtenção de autorização das concessionárias para o by-pass pode ser justificado pela necessidade de compatibilização da disponibilidade de capacidade de atendimento dessas com os planos de demanda individuais dos usuários. Em uma situação em que o usuário adquire o gás no mercado de comercialização, há que se coordenar o seu fornecimento com a programação da distribuidora de forma compatível com as limitações e normas de segurança para a operação da rede.

Quanto à obrigação do pagamento à concessionária da tarifa correspondente ao volume distribuído, deduzida do seu custo de aquisição do gás, é uma mera expressão do direito de exclusividade que a concessionária detém para a exploração do serviço.

Passamos então à análise da conduta em si, ou seja, a verificação da possibilidade do exercício de poder de mercado por parte das empresas CEG e Riogás no sentido de praticarem preços em patamares excessivos de acordo com o parágrafo único do art. 21. é taxativo, quanto à forma de avaliação do que seja preço abusivo.

Seguindo os requisitos de análise do referido dispositivo de lei, temos que a conduta das representadas CEG e Riogás, encontra amparo sob uma perspectiva legal.

Verificou-se nos autos que as propostas de reajustes de tarifas feitas aos requerentes por parte da CEG e da Riogás se enquadram nos limites de preços máximos fixados pela ASEP-RJ. Verificou-se também nos autos que a parcela dos reajustes nos preços pretendidos pelas representadas referentes ao aumento do custo de aquisição do gás, corresponde aos aumentos do preço do gás natural fixados pelo Ministério da Fazenda.

Em função disso, corroboro o entendimento da SEAE e da SDE de que o comportamento de preços das representadas encontra-se dentro do quadro regulatório do setor, proposto pela ASEP-RJ, e de tal modo não pode ser considerado como um comportamento de preços abusivos em relação ao marco regulatório.

Como foi demonstrado anteriormente que o marco regulatório aplicado pela ASEP-RIO está perfeitamente adequado às suas competências e também às diretrizes legítimas de aplicação da regulação, verifica-se a impossibilidade da caracterização de conduta anticoncorrencial.

Assim, cabe, resumidamente, destacar:

1- As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro.

2- No tocante às alegações referentes às possíveis restrições dos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público.

Dessa forma, em função dos argumentos acima, e de acordo com os pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria Geral do CADE, concluo que a conduta investigada não configura infração à ordem econômica. Voto, portanto, pelo arquivamento do presente processo administrativo, com a conseqüente extinção da Medida Preventiva aplicada ao presente feito. Por fim, determino seja feita a solicitação à ASEP – RIO para que tome ciência do caso analisado a fim de que esta venha a agir conforme sua competência.

É o voto.

Brasília, 31 de janeiro de 2001.

Afonso Arinos de Mello Franco Neto
Conselheiro Relator

