

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO**

JOÃO ANTONIO DE SOUZA E SILVA

**UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA REGULAÇÃO DE GÁS NATURAL
ENTE OS MERCADOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS**

**SÃO PAULO
2014**

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO**

JOÃO ANTONIO DE SOUZA E SILVA

**UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA REGULAÇÃO DE GÁS NATURAL
ENTE OS MERCADOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS**

**SÃO PAULO
2014**

Souza e Silva, João. Barrionuevo, Arthur. Uma Análise Comparativa da Regulação de Gás Natural entre os Mercados do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo, 2014. 29p. Trabalho de Conclusão apresentado ao programa do Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas.

O trabalho tem o objetivo de comparar os principais elementos dos regimes regulatórios do setor do gás natural no Brasil e dos Estados Unidos. Após conduzir a caracterização dos dois regimes, o estudo passa a compará-los e identificar potenciais sinergias e distinções. Para tanto, em uma primeira etapa, são descritos os principais componentes dos mecanismos legais de regulação de cada país. Em seguida, alguns dos componentes identificados são comparados. Finalmente, a última seção se dedica a elencar breves conclusões sobre a comparação entre os mecanismos de regulação do setor de gás dos dois países.

Palavras-chave

Gás Natural, Regulação, Análise Comparada, Brasil, Estados Unidos

Abstract

Souza e Silva, João. Barrionuevo, Arthur. A Comparative Analysis of Natural Gas Regulations in Brasil and the United States. São Paulo, 2014. 29p. Capstone Thesis Project presented as part of the Professional Master's Degree Program in Management and Public Policy, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo.

This work has the objective of presenting the main elements of the regulatory regime of natural gas in Brazil and in the United States. After describing both regimes, the work compares both regulatory systems, identifying the main synergies and differences. To do so, firstly the main components of regulatory legal mechanisms are presented. Afterwards, some of the main components of both systems are identified and compared. Finally, the last section of this work is dedicated to list brief conclusions about the comparison between regulatory mechanisms in both countries.

Key-words

Natural Gas, Regulation, Comparative Analysis, Brazil, United States

Sumário

1. O Problema

1.1 Introdução e Objetivos - 7

1.2 Delimitação e Relevância do Estudo - 7

2. A Regulação do Setor

2.1. O Regime Jurídico do Setor, no Brasil - 8

2.2 A Lei do Petróleo – 9

2.3 O Marco Legal do Gás Natural - 12

2.4 A Regulação do Setor Através de Agências Reguladoras - a ANP - 17

3. O Caso dos Estados Unidos

3.1 Contextualização Conceitual - 18

3.2 A Regulação Norteamericana - 19

4. Comparação Entre as Regulações - 22

5. Conclusões - 25

6. Bibliografia – 26

7. Anexo 1 - 29

1. O Problema

1.1 Introdução e Objetivos

Desde meados do século XX que o gás natural passou a desempenhar um importante papel na economia mundial. Rússia e Estados Unidos são os principais produtores mundiais, seguidos por Qatar, Irã e Canadá. Notoriamente, o produto configura-se como uma alternativa a outras fontes de energia, particularmente de origem fóssil, contribuindo, dessa forma, com a redução da emissão de gases que acarretam no aumento do efeito estufa.

Tanto os Estados Unidos (EUA), quanto o Brasil possuem dimensões continentais. Os EUA encontram no gás natural uma importante resposta às necessidades energéticas do país, em ambas as finalidades: industrial e residencial. O Brasil possui características geográficas e processos de industrialização distintos, e assim buscou mais tardiamente no gás natural respostas para suas necessidades energéticas.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é realizar uma análise comparativa da regulação do setor de gás natural entre o Brasil e os Estados Unidos. O trabalho pretende identificar as principais diferenças entre os países analisados, identificando desafios para o desenvolvimento da regulação de um mercado, no Brasil.

1.2 Delimitação e Relevância do Estudo

O presente estudo examinará a estrutura institucional do mercado de gás natural no Brasil e nos Estados Unidos, analisando algumas das iniciativas conducentes à formação de mercados competitivos e relativas à regulação do setor. Este estudo considerará ainda, de maneira não exaustiva, de que forma as responsabilidades das agências reguladoras refletem a formação econômica do mercado ao nível nacional dos países.

Atualmente, é comprovada a ineficácia da regulamentação do setor em vigor no Brasil, especialmente no que diz respeito a alterar o *status quo* monopolista e fomentar a concorrência. É então neste contexto, e não obstante as limitações deste trabalho, que se pretendeu desenvolver recomendações concretas, que possam servir de referência para as entidades envolvidas prosseguirem a busca pelo fomento de um mercado mais competitivo no sector do gás natural.

2. A Regulação do Setor

2.1. O Regime Jurídico do Setor no Brasil

O cenário atual do mercado de gás natural brasileiro se caracteriza pelo crescimento tanto da oferta, quanto da demanda pelo produto, sendo a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), - empresa que atua na área de energia, majoritariamente detida pelo Estado Brasileiro - a entidade que se apresenta como principal *player* comercial no setor do gás natural do país. De fato, até a alteração do art. 177.º da Constituição Federal, em 1995 (pela Emenda n.º 9), a qual veio possibilitar o acesso de empresas privadas para a comercialização na cadeia do petróleo, a Petrobras era a empresa legalmente instituída para representar o Estado no seu monopólio no setor do petróleo e seus derivados, o que em muito explica a origem da posição de domínio da empresa nos dias de hoje. Desde então, deram-se algumas inovações legislativas no setor do petróleo e do gás, com vista ao fomento da concorrência.

No texto atual da Constituição Federal de 1988 (CF-88), dois são os artigos que mais influenciam a comercialização do gás natural: os artigos 175º e 177º. O primeiro, vem incumbir o Poder Público da prestação de serviços públicos, no geral, prevendo no entanto, a possibilidade deste concessionar ou permitir a sua prossecução destes a terceiros, sempre através de licitação. Segundo este artigo, para tal será necessário definir, por lei, os correspondentes regimes de concessão ou permissão, incluindo as condições contratuais, direitos dos usuários bem como a obrigação de manutenção de um serviço adequado, por parte de quem o venha a prestar esse serviço. Quanto ao segundo artigo *supra* mencionado, vem este determinar constituirem “monopólio da União” determinados setores estratégicos para o Estado, nos quais se inclui “ *I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural (...);, bem como o seu transporte, seja ele marítimo ou através de dutos constitui monopólio da União (inciso IV)*”, acrescentando no seu §1º que “*A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.*”

2.2 A Lei do Petróleo

No campo da legislação infraconstitucional brasileira, foi promulgada, em 1997, a Lei do Petróleo - Lei N.º 9.478, de 6 de Agosto (LP) que dispôs sobre a política energética nacional e, em particular, sobre as atividades relativas à comercialização do petróleo, instituindo ainda as principais entidades relacionadas com a sua exploração e comercialização - o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

A importância deste marco legal está em muito relacionada com a efetiva abertura das atividades petrolíferas a outras entidades comerciais, para além da Petrobras. De particular importância no que diz respeito ao setor do gás natural, veio então determinar o artigo 23.º que:

*“As atividades de **exploração, desenvolvimento e produção** de petróleo e de **gás natural** serão exercidas mediante contratos de **concessão**, precedidos de **licitação**, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de **partilha de produção**”*

Fazendo uma breve referência aos conceitos contidos nesta disposição, a Lei entende “exploração”, “desenvolvimento” e “produção”, das seguintes formas:

- *“Pesquisa ou Exploração: conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural;” (XV do Art. 6.º)*
- *“Desenvolvimento: conjunto de operações e investimentos destinados a viabilizar as atividades de produção de um campo de petróleo ou gás;” (XVII do Art. 6.º)*
- *“Lavra ou Produção: conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação;” (XVI do Art. 6.º)*

Relativamente à definição concessão, vem esta definida no II do Art. 2.º da Lei N.º 8987/95, segundo o qual:

“concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou

consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”

Quanto ao que se entende por *licitação*, em termos gerais, é o procedimento administrativo em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços, com vista a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

No que se refere à *partilha de produção* este é uma espécie de contrato em que empresa financia, por sua conta e risco, a exploração e o desenvolvimento da área contratada e, em caso de sucesso, recuperará seus custos e obterá seu lucro através do recebimento de uma parcela da produção.¹

Assim, conforme disposto no supermencionado artigo 23.º, as atividades da cadeia do gás natural, passaram a ser suscetíveis de serem exercidas por diferentes entidades, pondo-se fim ao monopólio da *execução* das atividades, mas mantendo-se monopólio da titularidade, que continuaria a pertencer à União, a qual é exercida primordialmente através do seu poder de regulação dessas atividades.

Assim, com esta alteração no ordenamento jurídico brasileiro, a Petrobras perdeu, ao menos formalmente, o monopólio destas actividades, de que gozava até então. No entanto, a este propósito, será de ressaltar o mencionado nas normas de transição para as atividades em curso, dos artigos 31.º e seguintes segundo as quais:

- a Petrobras viu ratificados os seus direitos sobre cada um dos campos que se encontravam em efetiva produção, (Art. 32.º); e
- nos casos em que a Petrobras tinha realizado descobertas comerciais ou promovido investimentos na exploração, pôde também prosseguir nos trabalhos de exploração e desenvolvimento, pelo prazo de três anos, e, nos casos de êxito,

¹ A este propósito, consultar modelos de contrato de partilha de produção aprovados em http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/edital.asp

prosseguir nas atividades de produção, excepto se se verificasse falta de capacidade de investimento (Art. 33.º);

Quanto aos blocos legalmente abertos para licitação:

“Art. 35. Os blocos não contemplados pelos contratos de concessão mencionados no artigo anterior [blocos atribuídos à Petrobras] e aqueles em que tenha havido insucesso nos trabalhos de exploração [pela Petrobras], ou não tenham sido ajustados com a ANP, dentro dos prazos estipulados, serão objeto de licitação pela ANP para a outorga de novos contratos de concessão, regidos pelas normas gerais estabelecidas na Seção anterior.”

Relativamente aos rumos políticos nacionais, delinearam-se, nesta Lei, os principais objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia. Para este estudo será de destacar a necessidade de *“promover a livre concorrência”* (IX do Art. 1.º), bem como de *“proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos”* (III do Art. 1.º).

Finalmente, será ainda de referir que a Lei do Petróleo instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Assim, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, o CNPE ficou incumbido de propôr políticas nacionais e medidas específicas para aproveitamento dos recursos energéticos (Art. 2.º), enquanto que à ANP, cabe o papel de órgão regulador da indústria do petróleo e gás natural (Art. 7.º), promovendo *“(…) a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.”* (Art. 8.º), dispendo a Lei sobre as suas atribuições, organização institucional e processo decisório.

No campo das definições relacionadas com a cadeia do gás natural, veio a LP a definir ainda o seguinte:

- “Tratamento ou Processamento de Gás Natural: “conjunto de operações destinadas a permitir o seu transporte, distribuição e utilização;” (VI do Art. 6.º)

- “Transporte: movimentação de petróleo, seus derivados, biocombustíveis ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral;” (VII do Art. 6.º Redação dada pela Lei nº 12.490, de 2011)
- “Transferência: movimentação de petróleo, seus derivados, biocombustíveis ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades;” (VIII do Art. 6.º Redação dada pela Lei nº 12.490, de 2011)
- “Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis; (XX do Art. 6.º)”
- “Distribuição de Gás Canalizado: serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal;” (XII do Art. 6.º)”
- “Estocagem de Gás Natural: armazenamento de gás natural em reservatórios próprios, formações naturais ou artificiais.” (XXIII do Art. 6.º)

Apesar do elenco de definições a respeito da cadeia do gás natural, a regulação do setor foi pouco desenvolvida na LP, principalmente no que se refere às atividades de transporte. Faltava, então, entre outros aspectos, definir os instrumentos adequados para a sua regulação, bem como a forma de acesso à atividade por parte de diferentes agentes econômicos, o que veio a acontecer apenas em 2009.

2.3 O Marco Regulatório do Gás Natural

Tendo aumentado a importância do setor do gás natural, ao longo de 11 anos desde a entrada em vigor da Lei do Petróleo, e na sequência de uma série de reivindicações dos agentes econômicos do setor do gás, foi então sancionada a Lei 11.909/2009, de 4 de Março, hoje conhecida como a Lei do Gás (LG). Na verdade, até à aprovação da lei, praticamente todos os

gasodutos de transporte de gás eram controlados pela Petrobras e não existia regulação que desse a necessária segurança jurídica e previsibilidade dos custos de transação, de forma a efetivamente permitir a entrada de novos agentes no mercado do gás natural.

Pertendia-se então colmatar-se as insuficiências da LP, fomentando-se a concorrência através da abertura do mercado do gás a novos agentes comerciais, o que se esperava promover o aumento de produção doméstica do produto, reduzir a dependência de importação e fomentar a ampliação da rede de transporte do produto no país.

Analisando o texto da Lei, em termos gerais, esta veio instituir “ (...) *normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, [...], bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural*” (Art. 1.º da LGN). Destacando, esquematicamente, os principais avanços trazidos pela LG, serão de mencionar:

1. Concessão como regime jurídico da atividade de transporte:

“A atividade de transporte de gás natural será exercida por sociedade ou consórcio cuja constituição seja regida pelas leis brasileiras, com sede e administração no País, por conta e risco do empreendedor, mediante os regimes de: I - concessão, precedida de licitação; ou II - autorização.” (Art. 3.º)

De notar que “autorização” significa um ato administrativo discricionário, unilateral e precário, *“pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração”*. A autorização, ao contrário da concessão, não é um tipo de contrato administrativo, mas sim um ato administrativo, pelo que, não carece de licitação prévia. No âmbito do transporte do gás, estes aplicam-se aos gasodutos que envolvam acordos internacionais e não aos gasodutos considerados de interesse geral (§1 do Art. 3.º LG)

2. **Adoção de chamada pública** como sendo o *"(...) procedimento, com garantia de acesso a todos os interessados, que tem por finalidade a contratação de capacidade de transporte em dutos existentes, a serem construídos ou ampliados;"* (VII do Art. 2.º). Este tipo de concurso visa identificar os potenciais carregadores e dimensionar a demanda efetiva, antes da licitação para a atividade de transporte que contemple a construção ou a ampliação de gasodutos (Art. 3.º LG).
3. **Estabelecimento de tarifas máximas previamente definidas**, tanto para os carregadores interessados na contratação de capacidade de transporte (§2 do Art. 5.º).
4. **Clarificação do papel dos agentes públicos relacionados com a comercialização de gás natural.**
 - a. O Ministério de Minas e Energia (MME) viu o seu papel reforçado no campo do gás, já que passou a ser a entidade responsável por delinear as políticas para o setor. Por outro lado, ficou com as incumbências de definir o regime de concessão ou autorização (III do Art. 4.º), de propor os gasodutos de transporte a ser construídos ou ampliados (I do Art. 4.º), de fixar o período de exclusividade dos carregadores iniciais para exploração da capacidade contratada dos novos gasodutos (§2 do Art. 3.º), de estabelecer as diretrizes para o processo de contratação de capacidade (II do Art. 4.º) e de coordenar o comitê de contingenciamento em situação de contingência no suprimento de gás natural (Art. 51.º);
 - b. A ANP, para além das suas comuns atribuições, fica responsável por promover o processo de chamada pública para a concessão da atividade de transporte que inclua a construção ou a ampliação de gasodutos (Art. 6.º §2), outorgando autorizações aos carregadores (Art. 5.º §1), fixando a tarifa máxima a ser aplicada aos interessados na contratação de capacidade de transporte (Art. 5.º §2) e celebrando termos de compromisso de compra da capacidade solicitada pelos carregadores que participaram nos processos de chamada pública (Art. 5.º §3). Por outro lado, promove o processo de licitação para concessão da atividade de transporte de gás natural (Art. 11.º), elaborando os processos editais de licitação, celebrando os contratos de concessão para a construção ou ampliação e operação dos gasodutos de

transporte, mediante delegação do Ministério de Minas e Energia (Art. 12.º). Define também as tarifas de transporte de gás natural a serem pagas pelos carregadores (Art. 13.º §2) e homologa os contratos de transporte a serem celebrados entre os concessionários e os carregadores (Art. 22.º I).

Por outro lado, o marco legal do setor de gás estabeleceu uma serie de definições para os agentes que operam do setor. Dentre elas, destacam-se as figuras dos:

a. Consumidores livres: consumidor de gás natural que tem liberdade para adquirir o produto de qualquer agente provedor, seja ele produtor, importador ou comercializador;

b. Auto-produtores: um agente explorador e produtor que utiliza sua própria produção de gás como combustível para suas instalações industriais;

c. Auto-importador: um agente autorizado a realizar a importação de gás natural, que utiliza parte ou totalidade do produto importado como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais. Segundo o marco legal, estes agentes tem a oportunidade de construir dutos e outras instalações para usos específicos.

O principal duto fornecedor do produto cruza o país oriundo da Bolívia. Muito embora a legislação atual preveja a existência de um mercado de gás nacional, apenas uma margem pequena do preço pode ser controlada na distribuição (dentro dos mandatos das agencias reguladoras estaduais, uma vez que só a distribuição não esta sujeita ao controle econômico com efeito monopolista da Petrobrás em todas as outras etapas da cadeia. A regulação do sector prevê a possibilidade de realização de leilões para adjudicação de contratos de transmissão e construção de novos dutos visando expandir a malha de transmissão. A LG prevê a possibilidade de o MME propor a construção de gasodutos de transporte, ou outras formas de ampliação da infraestrutura existente da cadeia. Isto pode se dar por iniciativa própria do Ministério, ou a partir da provocação de outros atores do setor. A construção de novos gasodutos de transporte se dá através de concessão, precedida por licitação pública com critério de maior pagamento pelo uso do bem público.

O marco legal estabelece que controle sobre o gasoduto (i.e. transporte do gás natural) seja desempenhado sob o regime de concessão. Para isso, os contratos possuem prazo de 30

anos, renováveis por mais 30 anos. Esse prazo também se aplica às autorizações fornecidas e aquelas que já estão em vigor. O início do prazo é contado a partir da data de publicação do marco.

Por último, as tarifas pagas pelos carregadores são determinadas pela ANP, durante o processo de licitação. Para os gasodutos de transporte internacional, o marco legal prevê um regime de autorização determinado pelo MME. Este deve ser feito sob a supervisão do CNPE, que visa garantir a racionalização/otimização dos estoques de todos os tipos de combustíveis no país.

O acesso de outras empresas aos gasodutos concedidos para o transporte (em todo ou em parte) é permitindo, para que a capacidade não utilizada seja revendida. Este processo é feito através de uma chamada pública, onde há três modalidades para a contratação deste serviços de transporte: 1. Firme – de forma constante em capacidade já concedida e disponível; 2. Interruptível - de forma intermitente em capacidade ociosa; e 3. Extraordinário – ocorrendo em capacidade disponível em momentos isolados.

Visando facilitar Parcerias Público Privadas, o MME tem autonomia para estabelecer um período de exclusividade de até dez anos as empresas que, ao contratar a nova capacidade, tenham viabilizado ou contribuído para a construção do gasoduto.

É importante ressaltar que o livre acesso a terceiros não se aplica aos gasodutos de escoamento da produção, às instalações de tratamento ou processamento de gás natural, assim como aos terminais de liquefação e regaseificação. A inibição ao livre acesso visa estimular a construção desse tipo de instalações, com relevância para a segurança de abastecimento do mercado. Cabe ressaltar ainda que, sobre garantia de abastecimento interno, o marco estabelece que o CNPE tem liberdade para alterar contratos sob controle da União em situações de contingência.

As atividade de estocagem, acondicionamento também operam sob o regime de concessão, mediante licitação, ou autorização. Também está sujeita à autorização a atividade de acondicionamento de gás natural entendida como o confinamento de gás natural na forma gasosa, líquida ou sólida para o seu transporte ou consumo. As atividades de pesquisas exploratórias dependem de aprovação da ANP.

2.4 A Regulação do Setor Atraves de Agencias Reguladoras - a ANP

O Decreto nº 2.455 instituiu a ANP como a entidade reguladora das atividades que integram a indústria do petróleo e gás natural e a dos biocombustíveis no Brasil. Esta competência é prosseguida de forma a implementar a política nacional para o setor energético do petróleo, gás natural e biocombustíveis, de acordo com a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997).

No âmbito dos seus poderes regulatórios, a ANP emite portarias (que visam regulamentar leis ou decretos), instruções normativas (que visam complementar outros atos normativos), e resoluções (que são atos normativos decorrentes de competências privativas). A ANP tem também a competência para fiscalizar as indústrias, de forma a que estas cumpram o regime normativo em questão.

Dentre as normas emitidas pela ANP, serão de destacar para este estudo as resoluções nº 51 e 52 /2011, que tratam do registro de autoprodutor e auto-importador. Estas vêm na sequência do marco legal do setor de gás natural que permitiu que sociedades implantem dutos para seu uso específico, se a distribuidora estadual não possuir esta capacidade. Estas normas também tratam da autorização para o exercício da atividade de comercialização de gás natural, do registro de agente vendedor e de contratos de comercialização. Além disso, cabe ressaltar que estas normas disciplinaram o processo de formação de preços do gás natural, separando a parcela do transporte e da molécula de gás.

3. O Caso dos Estados Unidos

3.1 Contextualização Conceitual

Embora a cadeia produtiva e infraestrutura necessárias para exploração do gás natural sejam essencialmente as mesmas em diferentes localidades, determinadas escolhas de Estado sobre a regulação aplicável ao setor podem influenciar na forma como o mercado funcionará. O exemplo dos EUA apresenta caminhos, já traçados, para o progresso e também alguns desafios em um mercado de gás natural mais maduro, onde existe um regime de regulação de mercado mais antigo brasileiro.

Na teoria econômica, a regulação existe não somente para inibir falhas do mercado mas também para estabelecer um equilíbrio entre interesses privados e públicos. Nota-se assim que algum grau de regulação é essencial para o funcionamento de qualquer mercado, pois sem tal ferramenta podem ocorrer potenciais atos de abuso em relações econômicas desiguais (ex. relações monopolísticas). Por outro lado, demasiada regulação apresenta o potencial de agir como um obstáculo econômico. Embora determinar o nível exato de regulação seja tarefa complexa, em geral economistas concordam que regulação excessiva crie condições adversas ao crescimento econômico, enquanto uma redução de regulação pode criar condições mais abertas para os mercados, que por sua vez se apoiam em mais concorrência e portanto, maior produtividade. (KIRKPATRICK, COLIN, 2012)

Tanto os EUA como o Brasil são países de tamanho continental, e como tais é de se esperar que enfrentem desafios similares na exploração, transporte e distribuição de gás, que devem cobrir longas distâncias. Porém, como será constatado, os regimes de regulação dos dois países variam bastante. Nos EUA, o gás tem um papel maior na resposta às necessidades energéticas do país. Tanto no uso industrial quanto no uso residencial, o produto é profundamente utilizado para responder à demanda para calefação em regiões mais frias, considerações que de maneira geral não existem no Brasil.

Cabe ressaltar que o sistema legal americano, diferente do que o modelo brasileiro, é baseado no conceito inglês de *Common Law*. Este sistema se baseia na ideia de *case law*, ou seja, os tribunais utilizam exemplos baseados na história prévia de casos com feições semelhantes que poderiam ser aplicados ao caso em questão para fazer julgamentos.

Um fator que pode ser utilizado para ilustrar a relação entre crescimento, regulação e ultimamente para o funcionamento do mercado de gás, é o desenvolvimento de infraestrutura. Sem um produto viável a ser transportado e vendido, faz pouco sentido fazer investimentos maciços para construir gasodutos. Artigo 20, IX da Constituição de 1988 especifica que todos os recursos minerais no território são bens da União. Este fato faz com que a etapa de exploração esteja impedida no Brasil, pelo menos do lado privado, como qualquer substância derivada do subsolo no fim - e apesar de qualquer investimento - será propriedade da república a não ser que o Estado fornecesse condições ou direitos especiais.

Explorações limitadas portanto restringem a possibilidade de mais oferta doméstica e mesmo o presidente da Empresa de Pesquisa Energética, uma entidade brasileira governamental, reconhece que “sem gás, não faz sentido licitar gasodutos.” (CARRO, PAMPLONA, 2014) No caso americano o contraste é frontal. O surgimento de barato gás de xisto nos últimos anos através de operações popularmente conhecidas como *fracking* tem a sua base no fato que o direito de ter propriedade privada - ou seja, terra e os recursos encontrados dentro da propriedade de indivíduos - forma a fundação do ambiente para investimento. (HEFNER, 2014) Também houve uma mudança no ambiente de regulação que abriu o mercado, separando mais claramente as funções da cadeia produtiva e fornecendo mais transparência econômica ao setor. Contudo, esta situação nem sempre foi assim.

3.2 A Regulação Norteamericana

Antes de 1985, existia nos EUA um regime de regulação que ate certo ponto pode ser considerado fechado. Mesmo sem contemplar a existência de recursos nacionalizados, o governo dos EUA, através da *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* possuía controle sobre todas as etapas da cadeia produtiva. Notoriamente, este fator levou a distorções de preço, particularmente por limitar a oferta de gás (JURIS, 2014). As agências reguladoras também apoiavam a assinatura de contratos de longo prazo no suprimento de gás - uma feição do ambiente brasileiro - algo que deixou pouco espaço para movimento.

Apenas a partir de 1985, o governo norteamericano começou o processo de liberalizar o mercado de gas no país. Através da Ordem No. 436 de 1985 da *FERC*, foi introduzido o acesso livre às malhas de transporte entre os estados da união. Atraves da mesma ordem, limitou-se a

assinatura de contratos de longo-prazo para o transporte do produto. Posteriormente, em 1992 a Ordem No. 636 mandou o “*unbundling*” de serviços da cadeia produtiva, algo que acabou com o que essencialmente era um mercado verticalizado.

Nos Estados Unidos, as “Ordens” são instrumentos reguladores emitidos pela *FERC*, para controlar e orientar o desenvolvimento dos mercados. Similarmente, as resoluções da ANP, foram estabelecidas por leis superiores, no caso norte-americano, pelo *Code of Federal Regulations*.

Assim, adicionalmente, a Ordem No. 636, expandindo o sentido da Ordem No. 436, também encorajou a troca livre de contratos de curto-prazo para a capacidade ociosa de gasodutos. Empresas de transporte costumavam assinar contratos de longo-prazo para ter acesso às malhas, porém isto fez com que a capacidade não estivesse utilizada de uma forma eficiente. Empresas compravam contratos de transporte, mas mesmo que uma empresa não utilizasse a capacidade total, não havia nenhum recurso legal para transferir o direito de usar o duto a uma empresa que tinha os meios de utilizar a capacidade ociosa (JURIS, 1998). Quanto mais longo o prazo do contrato, menos o acesso à capacidade ociosa. A Ordem No. 636 criou um segundo mercado para a troca desta capacidade subutilizada. Em 2000, a *FERC* emitiu Ordem No. 637, que criou mecanismos ainda mais fáceis e transparentes para trocar espaço nos gasodutos.

No caso americano após desregulação, com mais acesso às malhas e regras mais fáceis governando condições para investimento, também houve um aumento significativo de novas explorações, o que catalisou o desenvolvimento de novos gasodutos. Nos dez anos que seguiram a mudança na lei, a abertura fez com que houvesse mais transparência econômica no mercado também, resultando em uma situação onde preços refletiam o ambiente mais competitivo; o preço atacado real caiu 26%. Uma distribuidora cobraria uma tarifa que garantia que haja recursos suficientes para manutenção do sistema e uma possível expansão, enquanto fornecendo um serviço de qualidade ao consumidor. (SCHWYTER, 2001) Em geral este processo emprega o uso de fórmulas complexas que tentam chegar a estimativas de produtividade. Com a desregulação, porém, houve menos casos de informações assimétricas, e portanto as agências reguladoras não tinham que lidar com tamanha complexidade apenas para tentar chegar a tarifas que assegurassem preços justos. O setor também realizou eficiências ao longo de cada etapa da cadeia produtiva.

Nesta altura do estudo, vale mencionar o conceito de Facilidades Essenciais, que é baseado na lei antitruste americana. O conceito teve certa relevância na abertura do mercado de gás natural nos EUA e também têm sido aplicadas várias iterações da ideia em outros contextos na Europa. Existem diferenças substanciais, porém, tanto no contexto legal brasileiro quanto na estrutura do mercado em si mesmo, que talvez limitariam o uso da doutrina aqui. A aplicação do conceito acontece geralmente em um mercado mais verticalizado onde uma empresa tem controle de várias porções da cadeia de serviços. A doutrina é também conhecida como a “Teoria Econômica dos Gargalos”, porque a empresa tipicamente está negando acesso a uma etapa específica da cadeia para proteger seu domínio do mercado contra concorrentes. Uma facilidade é considerada essencial quando acesso à facilidade em questão é preciso para entrar o mercado e replicar ela não seria razoável ou mesmo impossível. Por isso, a doutrina é frequentemente associada com serviços públicos como eles têm redes de infraestrutura enormes.

A obrigação do requerente para comprovar abuso sob esta doutrina é complexa. Inicialmente, é preciso comprovar que o competidor tem poder monopolístico, para posteriormente, este ter que mostrar que a replicação da facilidade não é razoável. Nos terceiros e quartos requisitos, tem que ser mostrado que a empresa que controla a facilidade está negando acesso, porém, que fornecer acesso sob condições razoáveis é possível. Mesmo hoje em dia nos EUA, é raro que um tribunal aceite a aplicação deste conceito, devido ao fato de ser extremamente difícil comprovar que foram cumpridos todos os aspectos exigidos para poder se caracterizar a doutrina.

É preciso lembrar dos detalhes da liberalização do mercado de gás no contexto americano em entender a aplicação do conceito. Com o começo da abertura do mercado de gás natural nos EUA, desregulação parcial à nascente criou condições onde mais empresas podiam comprar gás. Com a nova demanda, claro, houve mais demanda para transporte mas as empresas que controlavam os gasodutos negavam acesso aos novos compradores; os novos *players* utilizavam a doutrina para obterem acesso às malhas e os tribunais concordaram com o argumento deles (PODELL, 2014). Vale destacar que a petição para acesso somente aconteceu depois do surgimento da nova oferta de gás.

4. Comparação entre regulações

Como abordado na seção dois, o processo de regulação do setor do gás natural no Brasil se deu pela necessidade de disposições que detalhassem as especificidades do setor do gás natural, para além da regulação já existente para o setor petrolífero, que até 2009 regia o setor. Naturalmente, torna-se necessário regular um setor para garantir parâmetros de funcionamento para os mercados regulados. Desse modo, as iniciativas regulatórias brasileiras apresentadas mostram uma lógica de setorização da regulação energética, que se aplicou não apenas para o setor do petróleo, mas como para outras fontes de energia da matriz nacional, como o gás e a energia elétrica.

No contexto brasileiro, é difícil enxergar como a doutrina das Facilidade Essenciais, apresentado na seção três, poderia ser aplicada de forma efetiva. Um dos requisitos da doutrina exige a necessidade de se mostrar que a replicação da facilidade não é razoável. A lei do gás tecnicamente garante acesso aos gasodutos por terceiros e a Lei 11.909 de 2009 essencialmente não reconhece que a construção de nova infraestrutura seja o desafio econômico que é. A não ser que fosse através de uma ação radical da parte de diferentes entes do Estado, as opções sob a doutrina são limitadas no Brasil.

O que seria mais próximo à situação quanto à distribuição de gás no Brasil são políticas públicas que encorajam mais concorrência na venda de gás a domicílios e operações comerciais em todos os exemplos mencionados acima. Sob estes programas, pessoas têm a opção de escolher quais carregadores, ou seja, fornecedores de gás que eles queiram utilizar. Se eles não estiveram satisfeitos com o serviço, eles retêm o direito de mudar de carregador de gás. Como analisado, nos EUA, mais de vinte estados adotaram programas nesse sentido. O programa introduzido pelo estado de Geórgia em 1997 talvez tenha sido o exemplo mais conhecido na literatura econômica (COSTELLO, 2002).

O mercado dos Estados Unidos possui um grau de liberalização que presentemente não existe no Brasil. A quebra do monopólio econômico estatal é um fato pouco provável sem uma mudança radical na opinião oficial do Estado quanto às indústrias extrativas. De maneira geral, as evidências indicam que concorrência verdadeira deve iniciar no começo da cadeia, na produção. Economistas concordam que os preços atacados à nascente representam o maior componente dos preços pagos por consumidores (HARMAN, 2000). Por isso, mesmo em países

com fartura de oferta de gás, a introdução de oferta estrangeira de países restringe a habilidade de distribuidoras e varejistas de oferecerem preços mais baixos.

Quanto às malhas de transporte e distribuição, os custos iniciais obviamente são mais do que substanciais. No entanto, uma rede bem desenvolvida apresenta ambas economias de escopo e de escala. Posteriormente ao investimento maciço, ou seja, os custos fixos para instalar os gasodutos em si mesmos, os custos variáveis para transportar o gás são relativamente baixos.

Além disso, o perfil de risco de uma distribuidora faz com que ela não esteja em uma posição de poder na compra de gás; ela tem pouca flexibilidade em responder à demanda por causa da posição dela nas etapas finais da cadeia. Economicamente, o produto físico é homogêneo; gás é gás, e as únicas feições do produto que a distribuidora pode alterar são os termos do pacote oferecido (HARKER & PRICE, 2006). Melhor dizer, as opções para diferenciar preços, dado a estrutura presente do mercado, infelizmente parecem limitadas.

Talvez o pior aspecto da discussão seja o fato que o Brasil sabe que a estrutura presente está criando mais desafios do que benefícios para o desenvolvimento doméstico do setor. A própria ANP reconhece que a situação estrutural presente é inviável. A Lei do Gás, no próprio diagnóstico da agência, não reduziu suficientemente as barreiras à entrada de novos agentes/players; sustenta condições onde permaneçam faltas de transparência econômica afetando preços e portanto consumidores; e mantém dificuldade no acesso à infraestrutura de transporte (MAIA DA COSTA, 2013).

Em um mercado de livre concorrência, os preços são o sinal econômico para investimento em infraestrutura. O Plano Decenal da Expansão da Malha de Transporte Dutoviário (PEMAT) é em sua essência uma tentativa de se criar, artificialmente, condições para investimento que somente um mercado livre poderia criar. Não chega a ser a primeira vez que o Estado tentou criar condições assim através do uso da lei, que parece insuficiente para livrar tais forças do mercado. A Lei 11.909/2009 diz o seguinte sobre investimento nos gasodutos:

“O consumidor livre, o autoprodutor ou o auto-importador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora estadual a sua operação e manutenção,

devendo as instalações e dutos ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, quando de sua total utilização.”

Esta cláusula nega as realidades econômicas básicas sobre investimentos em infraestrutura. Dado as nacionalizações de empresas de energia na América do Sul nos últimos anos na Bolívia e na Argentina - ações que não ajudaram essas nações em lidarem com seus desafios de energia - o trecho sobre a incorporação das instalações ao patrimônio estadual manda uma mensagem clara a investidores potenciais; o Brasil não quer mudar a estrutura institucional e econômica do setor.

A desregulação do mercado americano foi um processo demorado e que mesmo hoje em dia está em processo de aperfeiçoamento. Porém, nestes exemplos o Estado tomou uma decisão consciente de começar o processo. Sem uma mudança radical na estrutura da cadeia produtiva, o Brasil continuará enfrentar as mesmas questões sobre o futuro de energia no país. Contudo, em 2013 a agência também reconheceu que a importação de GNL não é uma resposta viável às necessidades energéticas do Brasil no longo prazo (LUNA, 2014). Hoje o Brasil é um importador líquido de gás - importando 489 bilhões de pés cúbicos (bpc) em 2012 e exportando só 16 bpc – porém, não é um fato comprovado que o país tenha atingido o auge do seu potencial de produzir gás natural.

5. Conclusões

Mecanismos de regulação de mercados competitivos de gás natural começaram a ser introduzidos nos EUA bem antes da entrada em vigor do Marco Regulatório do Setor do Gás Natural no Brasil. Notoriamente, os EUA apresentam ferramentas que permitiram liberalização difilmente comparáveis com os níveis brasileiros - especialmente se considerados termos práticos, e não apenas legais. Sobre isso, a quebra do monopólio econômico da Petrobras é fato pouco provável. Nota-se também divergência quanto a aplicação de teorias de Facilidades Essenciais como guias de regulamentação e quebra de desequilíbrios de mercado.

6. Bibliografia

BRASIL. Capítulo VII: Do Transporte de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Artigo 58, Lei No. 9.478/1997.

BRASIL. Seção VIII: Do Acesso de Terceiros aos Gasodutos e da Cessão de Capacidade, Lei No. 11.909/2009

CARRO, Rodrigo e Nicola Pamplona. Brasil pode passar uma década com pouco suprimento de gás. IG: Economia, 15 Janeiro 2014. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/empresas/industria/2014-01-15/brasil-pode-passar-uma-decada-com-pouco-suprimento-de-gas.html>> Acesso em: 15 Junho 2014.

COSTELLO, Ken. The Competitiveness of the Georgia Regulated Gas Market. The National Regulatory Research Institute, Janeiro, 2002, pg. 24.

HEFNER, Robert A. The United States of Gas: Why the Shale Revolution Could Have Happened Only in America. Foreign Affairs, Nova Iorque, Nova Iorque, Maio/Junho, 2014. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/141203/robert-a-hefner-iii/the-united-states-of-gas>> Acesso em: 7 Junho 2014.

GASPAR, Marcel. Mercado de Gás no Brasil Precisa Crescer Mesmo se Não Chover. Brazil Infrastructure Insights, 5 Dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.brinfrastructure.com.br/artigos/mercado-de-gas-natural/>> Acesso em: 29 Junho 2014.

HARKER, Michael & Catherine Waddams Price. *Introducing Competition and Deregulating the British Domestic Energy Markets: a Legal and Economic Discussion*. Center for Competition Policy Working Paper, 06-20, Londres, Reino Unido, Novembro, 2006, pg. 7.

HARMAN, Julie. *Gas Market Development and Regional Gas Flows in Eastern Australia*. ABARE Conference Paper 2000.12, 7 Junio 2000, pg. 7. (Doravante: Harman)

HELENA LOPES MAIA DA COSTA, Heloise. *A Indústria do Gás Natural no Brasil e a Ação Regulatória da ANP*. Audiência Pública, Câmara dos Deputados, Brasília, 24 Setembro 2013, pg. 3.

LUNA, Denise. *Estudo da ANP alerta para mudança no uso de GNL pelo Brasil*. Mercado: Folha de São Paulo, 13 Maio 2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/05/1277830-estudo-da-anp-alerta-para-mudanca-no-uso-de-gnl-pelo-brasil.shtml>> Acesso em: 29 Junho 2014.

JURIS, Andrej. *Competition in the Natural Gas Industry: The Emergence of Spot, Financial and Pipeline Capacity Markets*. The World Bank Group, Note No. 137, Washington, D.C, Março, 1998, pg. 7. Disponível em:

<<http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/137juris.pdf>> Acesso em: 7 Julho 2014. (Doravante: Note No. 137)

JURIS, Andrej. *Development of Competitive Natural Gas Markets in the United States*. The World Bank Group, Note No. 141, Washington, D.C., Abril, 1998, pg. 2. Disponível em:

<<http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/141juris.pdf>> Acesso em: 7 Junho 2014. (Doravante: World Bank)

KIRKPATRICK, COLIN & David Parker. The Economic Impact of Regulatory Policy: A Literature Review of Quantitative Evidence. Organization for Economic Cooperation and Development, Expert Paper No. 3, Paris, França, Agosto, 2012, pg. 11.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro . 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág 190

PODELL, David M. The Evolution of the Essential Facilities Doctrine and Its Application to the Deregulation of the Natural Gas Industry. University of Tulsa Law Review, Vol. 24, Issue 4, Mineral Law Symposium, Tulsa, Oklahoma, Estados Unidos, 1988, pg. 609. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol24/iss4/3/>> Acesso em: 7 Julho 2014.

SCHWYTER, Anton. A Regulação da Distribuição de Gás Natural em São Paulo: Questões e Desafios. 201.164 f. Tese, (Mestrado, Instituto de Eletrotécnica e Energia), Universidade de São Paulo, Brasil, Dezembro, 2001, pg. 22.

Anexo 1

Os principais instrumentos jurídicos aplicáveis à indústria do gás natural são os seguintes:

Instrumento	Objeto
Artigo 177 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	Que determina constituírem patrimônio da União “a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”
Lei nº 9.478/1997	Lei do Petróleo: Que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.
Decreto nº 2.455/1998	Que implanta a ANP
Decreto nº 2.705/1998	Que define critérios para cálculo e cobrança de royalties e participações especiais
Lei nº 9.847/1999	Que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis
Lei 11.909/2009	Lei do Gás: Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.
Decreto Nº 7.382/2010.	Regulamenta os Capítulos I a VI e VIII da Lei no 11.909, de 4 de março de 2009.