

ESTRATEGIA & VALOR

CONSULTORES ASSOCIADOS

Rio de Janeiro, 18 de Novembro de 2003.

Excelentíssimo Senhor Embaixador
Sebastião Rego Barros
MD Diretor Geral da Agência Nacional do Petróleo ANP

Ref: Consulta Pública Portarias que Regulamentam o Art 58 da Lei 9478/97

Prezados Senhores,

Em atenção ao despacho 997/2203 do Diretor Geral da Agência Nacional do Petróleo ANP, estamos encaminhando nossas considerações e sugestões às Portarias que regulamentam o transporte dutoviário de gás natural.

Expressamos nosso sincero reconhecimento do elevado espírito público com que esta ANP vem conduzindo a regulamentação do setor do gás natural, o que nos leva a pautar esta contribuição na objetividade.

Entendemos que o texto da minuta de Portaria tratando do Livre Acesso ora em Consulta Pública, representa um retrocesso no processo de abertura da indústria bem como um cerceamento à implantação de competição, denotando fundamental alteração na política do setor que extrapola a regulamentação e não tem amparo legal.

Contexto Legal

Com o advento da Lei 9478/97 deu-se o início da abertura do setor de gás natural, viabilizando-se elevadíssimos investimentos nos diversos elos da cadeia de suprimento de gás natural ao mercado Brasileiro, tendo a participação privada superado U\$ três Bilhões.

Passado o período de otimismo inicial a indústria encontra-se atualmente numa encruzilhada, pela falta de clareza na direção que Governo Brasileiro quer imprimir. É amplamente aceito que o atual marco legal da indústria se tornou insuficiente tanto pela existência de fortes obstáculos à entrada de novos agentes como a falta de transparência nas condições em que se dará a concorrência.

Um dos elementos centrais do desapontamento tem sido o não cumprimento de algumas das disposições na Lei 9478/97, onde no Art 58 prevê-se *"Facultar-se á qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações"* e no Art 65, prevê-se *"A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações....."*

A Lei ao prever que a atividade de transporte seja delegada por autorização caracterizou esta atividade como competitiva. Ao prever a constituição de

empresa independente e garantir o acesso não discriminatório de terceiros interessados, balizou como se daria à competição no suprimento do gás.

Entretanto a Lei ao manter o poder de mercado e verticalização das atividades da incumbente, transferiu para a ANP a responsabilidade de regulação sem a respectiva capacidade para operacionalizá-la.

Contexto Regulatório

Desenvolver a indústria do gás em regime concorrência requer a efetiva regulação das atividades monopolísticas, sob risco da criação de ineficiências econômicas e abuso dos consumidores, pela obtenção de rendas de monopólio. Mantida a verticalização da incumbente, a efetivação do acesso não discriminatório ao transporte é o único mecanismo para viabilizar a introdução de concorrência no suprimento de gás.

Em 1998 a ANP publicou a Portaria 169 regulamentando o livre acesso.

Entretanto em 2001 a Portaria 169 foi revogada, justamente após o primeiro caso-teste da real e efetiva aplicação do livre acesso, que aliado ao descumprimento de algumas das determinações da ANP, sinalizaram o poder de “embarrerramento” da incumbente e interrupção da abertura do setor.

O vácuo criado pela inexistência de regulamentação e a desconexão entre a previsão legal e seu efetivo cumprimento, começaram a demonstrar o “realpolitik” do setor e a fragilidade do marco regulatório para efetivar os comandos legais de abertura e de introdução de competição no setor de gás natural.

As Minutas de Portaria que Estiveram em Consulta em 2002

Em 2002 a ANP colocou em Consulta Pública minuta de Portaria para de acesso livre, contendo importantes avanços, fruto da experiência acumulada ao longo da vigência da Portaria 169. Lastreadas na Nota Técnica 037/2002 – SGC, tais minutas refletiam os princípios de “Garantia de Livre Acesso Não Discriminatório, o Respeito a Livre Iniciativa e Eliminação de Barreiras à Entrada de Novos Agentes” e confirmavam a determinação da introdução de competição no setor pela efetiva operacionalização do acesso livre.

Audiência Pública, realizada em 14 de Outubro de 2002, tratou dos “quatro temas para a efetividade da regulamentação proposta”:

- Definição de transportador independente para coibir práticas anticompetitivas.
- Acesso à capacidade de transporte em novos gasodutos.
- Mecanismos que visem evitar reserva de mercado, Cessão Obrigatória de Capacidade (“Use or Lose”); Percentual de Repasse da Receita Interruptível (50% ou mais); Destino da Receita Repassada e Nível da Tarifa Interruptível.
- Procedimentos para cessão de capacidade.

Em 2002 era patente o compromisso da ANP em efetivamente operacionalizar o livre acesso não discriminatório dentro do marco legal vigente como também ampliar seu conhecimento das barreiras existentes.

As Minutas de Portaria em Consulta em 2003

Em 2003 a ANP colocou em Consulta Pública novas minutas de Portaria que regulamentam o acesso livre, desta vez totalmente distinta de toda tradição da ANP. Seguindo as diretrizes políticas do Ministério de Minas e Energia abandona-se todo o acervo de experiências e princípios e opera-se completa reversão.

Caso a Portaria que regulamenta o livre acesso venha a ser publicada na forma ora em consulta, acreditamos que os seguintes efeitos danosos possam ocorrer;

Art 1º Possibilitar que direitos advindos de contratos que possam eventualmente estar em desacordo com a regulamentação vigente à época de sua celebração venham a receber um "waiver" (vide Resolução da Diretoria ANP nº 238 de 11.04.2001 ou as preferências detidas pela incumbente, como bem ressalvado pelos participantes do Concurso Aberto para a expansão do Bolívia – Brasil) em flagrante confronto aos princípios da isonomia e da livre concorrência.

Art 2º Conceituação de mercado correspondente à concessão estadual é matéria de competência exclusiva dos Estados. A regulamentação das condições em que se dará o exercício da distribuição é parte da Política Estadual e deve estar lastreada em Lei Estadual específica.

Art 4º Derrogação do acesso é ressalva ao princípio da livre concorrência, não está prevista em lei, portanto flagrantemente ilegalidade querer instituí-lo por portaria.

Art 4º Derrogação do acesso nos novos sistemas por prazos que não guardam qualquer justificativa econômica com as situações específicas, não atende ao princípio da razoabilidade, portanto passível de ser entendida ilegal.

Art 4º Derrogação do acesso nos novos sistemas destinados a Mercados ditos Emergentes retira das distribuidoras as prerrogativas (direito e obrigação) na busca de suprimento ao menor custo. Sendo a operação da distribuição Estadual competência exclusiva dos Estados é flagrantemente a ilegalidade pela invasão de competência.

Art 5º Restrição à contratação do STI no sistema com fator de carga inferior a 70%, cria proteção de mercado em detrimento do desenvolvimento de um mercado secundário essencial à viabilização competitiva do parque termelétrico bem como na modicidade tarifária.

Art 5º Falta de regramento operacional inviabiliza a efetivação do acesso livre pelo transportador, a exemplo do prazo máximo para resposta as solicitações de serviços, ou no atendimento de solicitações de novos serviços possam inclusive ensejar a modicidade tarifária. O histórico das resoluções de conflito está repleto de exemplos.

Art 5º Falta de regramento operacional, por inviabilizar a efetivação do livre acesso, fortalecer o carregador/controlador da transportadora, transferindo a estes o poder de negociar, nos termos e condições que desejar, eventuais serviços de transporte para terceiros interessados.

Art 7º Cria direitos de preferência além da previsão contratual em prejuízo do CPAC, que deve ocorrer em condição de isonomia entre todos participantes. Flagrante prejuízo da competição. Interessante contradição com o Art 1º.

Art 8º Inviabiliza neutralidade do CPAC. A adoção de critério do menor preço de gás natural é de grande complexidade (efeito financeiro de todas outras cláusulas deve ser considerado) e pode ser tendencioso, pela possibilidade de subsídio cruzado resultante do poder de mercado da incumbente.

Art 9º Possibilita a criação de reserva de mercado nos sistemas de produção que sejam reclassificados, pois exclui a possibilidade de acesso de terceiros interessados na nova capacidade que venha a ser futuramente construída.

Tal reversão de rumo e suas conseqüências são justificadas pelo MME como necessárias para atrair investimentos na expansão da malha de transporte dutoviária no país, "redução de riscos que, sob a ótica do investidor, restringem a expansão da infra-estrutura de transporte, estimulando a construção de novos gasodutos". Cria-se a figura do "Carregador – Investidor", figura incestuosa, contrariando o princípio básico do marco regulatório em vigor: a separação das atividades competitivas das de monopólio e a efetiva regulação dos monopólios. Assegurando ao "Carregador – Investidor" uma reserva de mercado pela derrogação e/ou pela impossibilidade de operacionalização do acesso livre a comercialização de gás natural, atividade eminentemente competitiva, passa a ser beneficiada com um monopólio, uma reserva de mercado de 4 a 8 anos.

Do ponto de vista segurança jurídica, cabe entender como se deflagram propostas de mudanças desta magnitude no modelo setorial. Dado o poder de mercado da incumbente deve-se contemplar o risco de "gaming" onde o programa de investimentos que tem papel central. A inexistência de Nota Técnica justificando o texto ora em consulta é sintomático da precariedade do lastro conceitual às propostas. É fato que tais mudanças extrapolam a regulamentação em muito, e busca-se legitimá-las justifica-se um "novo" entendimento do Artigo 58 da Lei 9478/97. Tal construção jurídica é patentemente ofensiva ao princípio da legalidade pelo desrespeito a hierarquia e as previsões dos marcos legais tanto setorial como da concorrência.

É de se esperar que a política sinalize uma opção pela competição e não por um competidor e que a regulamentação cumpra o papel de garantir a efetiva e incondicional aplicação do regime de competição onde o livre acesso é elemento central.

A Correta Contextualização dos Exemplos

Na União Européia, a Diretiva de Gás que prevê a derrogação do acesso de terceiros o faz como exceção legal. Tal Diretiva encontra-se atualmente em revisão, de forma restringir sua aplicação. A derrogação do livre acesso é uma exceção à regra e está amparada também numa situação de mercado onde as empresas que atuam e tem posição dominante nas cadeias de suprimento dos diferentes energéticos são totalmente distintas, portanto resta assegurada a competição intercombustíveis. No contexto do Cone Sul (Argentina, Bolívia e Brasil) o nível de concentração de mercado já é excessivamente alto, dois supridores já detêm posição dominante nas cadeias de suprimento dos principais energéticos ao mercado industrial (gás natural e o óleo combustível) e ao mercado de geração termelétrica (gás natural).

No caso Mexicano, manteve-se o monopólio da Pemex, porém a Diretiva de Gás Natural assegura a não ocorrência de ganhos de monopólio sobre os consumidores. O preço do gás é regulado, seu preço máximo é "export parity" ao mercado competitivo mais próximo, Houston Ship Channel. Desta forma resta assegurada à competitividade intercombustíveis. No caso Brasileiro, apesar do monopólio de facção da incumbente, os preços praticados no Brasil são 30 – 50% superiores aos do mercado competitivo mais próximo, Buenos Aires.

No caso do setor elétrico Brasileiro, o setor de transmissão é referencial. O modelo lastreado em uma concessão, necessariamente precedido de licitação, pelo critério da menor tarifa, é sucesso na atração de investidores em projetos de expansão da rede. Trabalha-se com retorno sobre o capital inferior a 10% nominais ao ano. Talvez pelo fato do acesso de terceiros ser mandatório e a operação do sistema totalmente independente, os preços reflitam a realidade do balanço de oferta e demanda, ao contrário do que acontece no setor do gás natural. A falta de competitividade e desaceleração da penetração do gás na matriz energética Brasileira segue desconectada do excesso de oferta no Cone Sul.

Desenvolvimentos Recentes

Vemos com otimismo os trabalhos em execução com vistas a estudar a problemática do setor, tanto no âmbito do contrato do Ministério de Minas e Energia MME e Banco Mundial, via ESTAL (Energy Sector Technical Assistance Loan) para assegurar sustentabilidade na implantação das reformas nos setores de eletricidade e gás natural, como também no âmbito da ANP, que contratou estudo de modelo de desenvolvimento para a indústria do gás natural no Brasil.

Entendemos que tais estudos possam prover o governo Brasileiro dos elementos necessários a uma correta avaliação das barreiras ao desenvolvimento da indústria do gás natural no país, de forma competitiva e na definição de um modelo para o setor.

Propostas

Acreditamos que a solução para a questão do investimento e da competição passa pela independência nos serviços de transporte, advinda da revisão do instrumento de outorga de autorização para concessão. Só a independência dos transportadores assegura o desenvolvimento dos serviços de transporte de forma a otimizar a utilização dos sistemas. A semelhança da transmissão no setor elétrico, a licitação do serviço transporte de gás por concessão permitirá a adoção do critério da menor tarifa de transporte permitindo enormes reduções tarifárias. No regime de concessão o acesso é mandatório viabilizando efetiva competição entre os carregadores pelo atendimento do mercado, mercado agora expandido pela substancial redução de preços resultante do novo ambiente. Adicionalmente pelas características do contrato de concessão é possível tornar transparente e dar eficácia à utilização dos recursos públicos disponibilizados (CDE e CIDE) necessários à expansão de alguns sistemas, mantida a modicidade tarifária.

Conclusão

Caso as Portarias venham a ser publicada conforme o texto ora em Consulta entendemos haverá completa frustração dos objetivos de abertura da indústria e introdução de competição. Vêmos patente ofensiva ao princípio da legalidade pelo desrespeito a hierarquia e as previsões dos marcos legais tanto setorial como da concorrência em total desarmonia ao marco regulatório que esta ANP vem implantando.

A exemplo do ocorrido na formulação de novo modelo setor elétrico (Resolução 05/2003 CNPE), entendemos fundamental o MME aprove junto ao Conselho Nacional de Política Energética CNPE as justificativas e diretrizes básicas a serem observadas na modelagem do setor de gás natural previamente a qualquer proposta de mudança na regulação.

Tenham certeza que a viabilização de investimentos na expansão dos sistemas passa pela "blindagem" da atividade de transporte de forma a eliminar a influencia da incumbente e não pela inviabilização do livre acesso.

O setor só resgatará a atratividade junto aos investidores privados pela substancial redução do risco regulatório, resultado de uma política setorial lastreada em marco legal específico - Lei do gás natural que trate do papel dos diferentes agentes, da estrutura de mercado, da regulação do acesso e das tarifas e do regime de penalidades entre outros.

Recebam nossas sinceras e cordiais saudações.

Atenciosamente,

François Moreau