



# 2º CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO & GÁS

## CONTRATO DE CONCESSÃO E CORREÇÃO DE FALHAS DE MERCADO: O CASO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO ESTADO DA BAHIA.

Maria Olívia de Souza Ramos <sup>\*</sup>, Patrícia Viana <sup>\*\*</sup>

<sup>\*</sup> Universidade Salvador – UNIFACS. Professora do Mestrado em Regulação da Indústria de Energia. Av. Cardeal da Silva, 132, Federação. [molivia@unifacs.br](mailto:molivia@unifacs.br)

<sup>\*\*</sup> Universidade Salvador – UNIFACS. Aluna do Mestrado em Regulação da Indústria de Energia. Av. Cardeal da Silva, 132, Federação. [pvslima@terra.com.br](mailto:pvslima@terra.com.br)

**Resumo** – Este artigo faz uma análise do Contrato de Concessão de Distribuição de Gás Canalizado no Estado da Bahia à luz dos critérios estabelecidos pela teoria econômica tradicional para a correção de falhas de mercado. Tal avaliação procura focar a questão-chave da atividade de regulação que é a busca constante da qualidade dos serviços públicos concedidos.

Palavras-Chave: Regulação; Distribuição Gás Canalizado; Avaliação Econômica; Falhas de Mercado

**Abstract** – This article at analyzing the Concession Contract for Channeled Gas Distribution in Bahia State, according to theoretical criteria, established by traditional Economics, for Market flaw Correction purposes. Such an evaluation seeks to focus on the Regulation Activity key-question by constantly researching for quality, within the public services being granted.

Regulation; Channeled Gas Distribution; Economy Avaliation; Market flaw

## 1. Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar os conteúdos normatizados nas cláusulas do contrato firmado entre o Governo do Estado da Bahia e a Companhia de Gás da Bahia – Bahiagás<sup>1</sup>. A análise procura verificar se as cláusulas contratuais atendem ao ideário do Estado mínimo, exigente quanto aos padrões de concorrência, de universalização dos serviços públicos e de preservação do meio ambiente e em segundo lugar, com os procedimentos teóricos prescritos pela teoria economia tradicional.

O texto está dividido em três seções. A primeira seção trata das atribuições do Estado, segundo a argumentação da teoria econômica de falhas de mercado. A segunda ressalta algumas influências da concepção de Estado nas leis brasileiras concernentes à regulamentação dos serviços públicos. A terceira dedicada à análise do Contrato de Concessão da Bahiagás.

## 2. As Funções do Estado Segundo a Teoria das Falhas de Mercado

Segundo a teoria econômica dominante existem falhas de mercado em contextos em que as forças de mercado não fomentam uma alocação ótima dos recursos produtivos. Três tipos de falhas de mercado justificam as regulações econômicas: assimetria de informação, bens públicos, externalidades e monopólios naturais<sup>2</sup>.

As **assimetrias de informações ocorrem** ou quando todos os elementos que agem sobre os preços e custos não são plenamente conhecidos, ou quando os montantes de informações disponíveis para vendedores e compradores não são iguais. A presença de assimetria de informações, nos mercados, impede o estabelecimento de preços que reflitam os custos reais de produção e entorpece a percepção, por parte dos consumidores, sobre a qualidade dos bens e serviços adquiridos<sup>3</sup>.

Os contratos, entre agentes privados ou entre agentes privados e públicos, constituem-se em uma das principais formas de arranjos institucionais para atenuar os efeitos adversos provocados pelas assimetrias de informação<sup>4</sup>. Através deles estabelecem-se critérios de aplicação de recursos, procedimentos tecnológicos, montantes de inversão de investimentos, índices de competitividade, padrões mínimos de qualidade e licenciamento para desempenho da atividade, etc.

A **externalidade** é um tipo de falha de mercado que se produz quando os custos e benefícios privados, relativos a uma dada produção, diferem dos custos e benefícios para a sociedade. Ou seja, existem efeitos externos quando a atividade de um agente tem repercussões sobre a utilidade ou o lucro de outros agentes, sem que tenha havido uma transação no mercado (não há uma relação de compra e venda entre quem provoca a ação e quem sente a ação). Os efeitos gerados podem ser positivos ou negativos. Uma **externalidade positiva** é gerada quando a atividade empreendida por alguns agentes afetam positivamente a utilidade ou a produtividade de outros agentes. Neste caso, existem custos arcados pelo produtor que não são considerados nos custos sociais, portanto o custo social marginal é menor do que custo privado marginal. Um exemplo bastante conhecido é o da geração de inovações tecnológicas. Os benefícios gerados pelo desenvolvimento de uma técnica particular poderão ser colocados em proveito de outros agentes além daqueles que estão na sua origem. Gera-se **externalidade negativa** quando a atividade privada obriga a sociedade a arcar com um custo que está fora das suas transações mercantis. Este custo, não sendo incorporado no preço, pode fazer com que a sua curva de demanda não considere os danos causados à sociedade, incentivando a produção privada para além do que seria a produção determinada pelo custo marginal social.

A existência de divergências entre benefícios/custos privados e benefícios/custos para a sociedade revelam que, para alguns atividades econômicas e sociais, os mecanismos de mercados não são suficientes para uma alocação ótima dos recursos. Nestes casos, segundo a teoria das falhas de mercado, o Estado deve intervir a fim de levar as firmas, ou outros agentes econômicos, a fornecerem níveis eficientes da atividade causadores de externalidades. Para este fim, o Estado pode subsidiar ou estabelecer regras claras de direito de propriedade para as atividades geradoras de externalidades positivas e impor pesadas taxas e regulamentos restritivos àquelas que provocam externalidades negativas. O Estado pode ainda: a) estimular a formação de mercados, para estas atividades, o que proporcionaria uma eliminação das diferenças entre os custos sociais e os custos privados; e, b) criar mecanismos para a internalização da externalidade, fundindo os que estão na origem do problema com os que sofrem os efeitos - por exemplo, através da compra da fábrica poluente pelos poluídos, os quais passariam a adotar tecnologias mais limpas

Verifica-se um contexto de **Monopólio Natural** quando o custo de produzir em um única firma é menor do que o somatório dos custos de produção de diferentes firmas. Neste caso, a firma se caracteriza por possuir rendimentos crescentes de escala com os custos marginais de produção sempre inferiores ao custo médio. Esta situação inviabilizaria

<sup>1</sup> O contrato intitulado “Contrato de Regulamentação da Concessão para exploração Industrial, Comercial, Institucional e Residencial dos Serviços de Gás Canalizado no Estado da Bahia” foi celebrado, em 06/12/1993

<sup>2</sup> Vários autores tratam deste tema, entre eles podem ser consultados: PINDYCK, R. S. e RUBINFELD, D. L (1994) e VICKERS, J. e YARROW, G.(1988).

<sup>3</sup> Esta questão é tratada na literatura econômica como um problema de agente/ principal e foi bastante desenvolvido pela chamada Teoria da Captura. Ela discute as formas e as consequências da captura das instituições reguladoras do Estado por interesses privados. Stigler (1962) é o seu grande representante, segundo ele o regulador tem uma função objetivo em que a sua utilidade deriva de sua remuneração e dos votos dos eleitores.

<sup>4</sup> O papel dos contratos como forma de atenuação das assimetrias e internalização das externalidades positivas é amplamente desenvolvida pela Teoria dos Custos de Transação. Ver, WILLIAMSON, O.E (1979).

o estabelecimento do preço pelo custo marginal pois a empresa teria prejuízo. Como é interessante para a sociedade a presença deste tipo de firma, porque produz a um menor custo, o Estado deve estimular a sua presença garantido a remuneração do seu investimento através de uma política de fixação de preços pelo custo médio. Dois grandes fatores econômicos estão na origem deste fenômeno: fatores tecnológicos, a natureza da demanda<sup>5</sup>. Os **fatores tecnológicos** dizem respeito a indivisibilidade de certos processos produtivos - aos quais estão associados elevados custos fixos, e por outro lado, à presença de certas características presentes no processo produtivo como por exemplo o uso insumos comuns na produção de um conjunto de produtos ou serviços. Os elevados custos fixos necessitam que o tamanho de operação da firma seja grande o suficiente para proporcionar o aparecimento de rendimentos de escala, levando a uma queda do custo médio de operação à medida que se amplie a atividade. Já os insumos comuns proporcionam o aparecimento de economias de escopo, ou de variedade, que proporcionam também uma queda do custo médio à medida que a atividade produtiva cresce. **A natureza da demanda** contribui igualmente para a existência de monopólios naturais em alguns setores. Por exemplo, quando a demanda de um serviço público apresenta flutuações que são previsíveis (com pontas em alguns períodos) e que o bem não é estocável, a imposição de serviço público obriga a que a capacidade de produção, instalada, corresponda à da demanda de ponta. Isto significa que a empresa que oferece para este mercado trabalho sempre com capacidade ociosa fora da ponta, o que no caso da presença de várias firmas levaria somente a uma ampliação deste excedente.

O Estado, para exercer a sua função reguladora de correção das falhas de mercado, vale-se da: 1) **Regulamentação** – medidas que se assemelham, no conteúdo e poder normativo, a uma lei e através das quais os poderes públicos influenciam diretamente no funcionamento de uma atividade qualquer; 2) **Autorização** - ato administrativo discricionário 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; 3) **Fiscalização** – instrumento de verificação da conformidade de um agente econômico, produto ou instalação em relação às regras vigentes e, em caso de não conformidade, aplicação de medidas corretivas que podem incluir ou não penalidades<sup>6</sup>.

### 3. Algumas Influências desta Concepção de Estado na Regulamentação do Serviço Público no Brasil.

O artigo 175 da constituição se coaduna com a visão econômica de um Estado Regulador, o qual deve está municiado para corrigir as falhas que levam os mercados para longe da estrutura ideal de concorrência perfeita.

*“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.*

Em atendimento aos preceitos constitucionais e econômicos, acima descritos, foi promulgada em 13.02.95 a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, regulamentando o artigo 175 da Constituição. Assim diz parte do texto legislativo:

*Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

Esta lei estabelece ainda regras quanto à política tarifária, licitação, cláusulas essenciais do contrato e encargos do poder concedente e da concessionária.

Além da citada Lei das Concessões, também a Lei 9.074, de 07 de julho de 1995, disciplina o Art. 175 da constituição, estabelecendo normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Conforme o artigo terceiro:

*Art. 3º - Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei no 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:*

- I - garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;*
- II - prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;*
- III - aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;*
- IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;*
- V - uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.*

<sup>5</sup> Ver ENCAOUA, D. (1986) ou ainda, THOMPSON, A.A. e FORMBY, J.P. (1998)

<sup>6</sup> Ver MEIRELLES, H.L. (2001)

A prestação de serviços públicos (conforme explicita o art. 175 Constituição Federal) pode ser realizada de forma direta - quando o Estado se incumbe do encargo por seus próprios meios - ou indireta, quando delega o desempenho de suas atribuições a terceiros, em regime de concessão ou permissão. É necessário considerar que a execução de serviços públicos, por meio de concessões e permissões, deve estar submetida e regulada por um regime normativo específico que disponha sobre o caráter especial dos contratos, bem como sobre as condições de caducidade, fiscalização e rescisão, direitos dos usuários, política tarifária, e, ainda, acerca da obrigação de oferecer e manter serviços adequados, conforme assevera a regulamentação explicitada nas Leis 8.987/95 e 9.074/95. Assim, ao Estado, como titular do serviço, cabe delegar o desempenho do serviço público, sem se furtar ao dever de regulá-lo de maneira abrangente acerca dos direitos dos usuários (Art 175), da política tarifária (Art. 175), do oferecimento de serviços adequados (Art. 175, Lei 8.987), do pleno atendimento ao mercado através da dos serviços prestados universalização (Lei 9.074), ao aumento da eficiência e da competitividade (Lei 9.074) e o uso racional das riquezas nacionais (Lei 9.074). Estas são, portanto, as severas atribuições do chamado Estado Gerencial Regulador. Ainda que não mais pese sobre ele o ônus decorrente dos investimentos, manutenção e operação dos serviços públicos, lhe incumbe totalmente o papel de fiscalizador dos seus executores, as empresas concessionárias.

O Estado para exercer o seu papel de agente regulador se vale das agências reguladoras, entidades submetidas a um regime autárquico especial, dotadas de marco regulatório próprio e de autonomia administrativa. As agências fixam regulamentos específicos relacionados às suas atribuições e competências. Cumpre às agências realizarem suas atribuições contidas no novo papel do Estado Regulador. No entanto, elas enfrentam sérios problemas para realizá-las. Primeiro, para que possa exercer o seu papel de forma eficiente, o agente regulador necessita de informações detalhadas sobre as atividades econômicas - financeiras e operacionais das firmas. Ora, as melhores fontes de obtenção dessas informações são as próprias firmas reguladas que podem perfeitamente escamoteá-las, configurando um caso clássico de assimetria de informações. Segundo, no processo de obtenção de informações, o agente regulador pode ser capturado pelo agente regulado o qual dispõe de condições de oferece-lhe ganhos e benefícios pessoais, afastando-o da sua finalidade que é a de proporcionar condições para que se estabeleça o bem estar da sociedade<sup>7</sup>.

#### 4. Análise do Contrato de Concessão da Bahiagás

Atualmente o único instrumento regulatório sobre o serviço público de gás canalizado no Estado da Bahia é o Contrato de Concessão. Trata-se de um instrumento complexo, que compreende diversos elementos interdependentes – valor e prazo da concessão, regras de fixação das tarifas, condições de financiamento, direitos e obrigações, entre outros. É importante sublinhar que, por força do Acordo de Acionistas da Bahiagás, selado em 23/11/1993, bem como do Estatuto da Bahiagás (Art 6º, §3º), para promoverem-se alterações contratuais e acordos de quaisquer naturezas, é condição necessária que se obtenha voto afirmativo dos acionistas que representem no mínimo 80% do capital social com direito a voto.

Dado o grande número de cláusulas do contrato, que perfazem um total de 25, selecionou-se aquelas que permitem verificar se o Contrato de Concessão torna possível ao Estado exercer a suas atribuições de agente regulador.

A Cláusula Primeira do contrato, item 1.1. apregoa que:

*“A concessão objeto do presente é pelo prazo de 50 (cinquenta anos), prorrogáveis, contados a partir da publicação do Decreto Estadual nº 4.401/91”.*

*“A exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado se dará em todo o Estado da Bahia, única e exclusivamente pela CONCESSIONÁRIA”.*

A atividade de distribuição de gás possui as características atribuídas a um Monopólio Natural sendo, portanto, correto conferir exclusividade a uma única concessionária. Porém, ao estabelecer um contrato tão longo, o poder concedente não considera: a) que poderá haver alterações nas condições tecnológicas de distribuição e produção do gás; b) que produtos substitutos ao gás poderão surgir e c) que novos concessionários, com uma maior capacidade econômico-financeira, queiram entrar na competição eliminando as justificativas da permanência desta prestação de serviço como monopólio natural. De fato, o agente regulador está privando-se de, no futuro, vir a estabelecer mecanismos que promovam a competição e a concorrência neste mercado.

A Cláusula Segunda do contrato, item 2.4., diz:

*“Em razão da especificidade e complexidade técnica dos serviços concedidos, estes serão prestados conforme normas técnicas a serem propostas pela CONCESSIONÁRIA (grifo nosso), que utilizará padrões e dispositivos adotados atualmente para a prestação dos mesmos serviços em outros Estados da Federação (...) Estas normas serão submetidas à apreciação e aprovação técnica do CONCEDENTE (...) que poderá optar por não se pronunciar neste período (grifo nosso), considerando-se, então, como aprovadas as normas a ele submetidas.”*

<sup>7</sup> Ver teoria da captura bem como as chamadas críticas às falhas do governo. Além de Stigler, já citado, estes argumentos são desenvolvidos por Peltzman, S. (1976) e Becker, S. (1983).

Esta cláusula sinaliza que o Contrato estimula a formação de uma situação de assimetria informação e todos os problemas daí decorrentes<sup>8</sup>. O órgão regulador, pela falta de parâmetros técnicos, não tem garantias de que as informações sobre os custos da empresa sejam verdadeiras ficando, por um lado, impossibilitado de estabelecer tarifas adequadas, tanto para o consumidor quanto para a firma, e de outro lado, na incapacidade de estabelecer critérios que garantam uma prestação de serviço de qualidade pela concessionária.

Assevera o contrato, em sua cláusula sétima que trata do Investimento da Concessionária, item 7:

*“A CONCESSIONÁRIA promoverá, a seu encargo exclusivo, todas e quaisquer obras, instalação de canalizações, redes e equipamentos nas áreas cujos estudos de viabilidade econômica justifiquem a rentabilidade dos investimentos realizados, segundo as taxas de retorno não inferiores a 20% (vinte por cento) ao ano (grifo nosso), para tal considerada como média ao longo do ano e critérios de depreciação estabelecido no presente Contrato, garantindo sempre a segurança e a justa retribuição do capital investido”.*

A taxa de retorno fixada em 20% se contrapõe ao Princípio da Universalidade do atendimento, essencial à prestação de serviço público. Esta taxa, além de ser bastante significativa por representar o dobro da taxa de depreciação da rede e outros ativos (prevista no Anexo I, item 8.2. do contrato), pode tornar inviável o atendimento ao segmento de mercado residencial e comercial, pulverizado e de baixo consumo per capita. Seria conveniente deixar patente em uma possível alteração desta cláusula, ou sua complementação, que o montante do retorno deva ser atingido levando-se em conta investimentos globais a serem realizados (taxa de retorno média), e não tomando estes isoladamente.

Do ponto de vista do que dispõem a o artigo 175 e da Lei de Concessão, sobre a garantia e a qualidade da prestação do serviço, a cláusula do Contrato que trata das condições de fornecimento é bastante questionável. As partes fixaram: *“No caso do usuário não atender à condição de estar localizado a uma distância que permita economicamente a sua ligação ao sistema de distribuição de gás já implantado pela CONCESSIONÁRIA, poderá, ainda assim, solicitar a instalação do sistema, desde que arque com a parcela das despesas que torne a ligação à rede existente economicamente rentável (grifo nosso)”*. Ou seja, o consumidor fica à mercê de um deferimento por parte da concessionária quanto ao seu atendimento, quando, na verdade, o objetivo de todo serviço público é a sua universalização. Esta cláusula contribui para que a concessionária contrarie o que assevera a cláusula primeira - que estende “a todo e qualquer consumidor” os serviços de distribuição de gás canalizado - pois pela lógica econômica, em não havendo a obrigatoriedade, a empresa não fará investimentos que não considere rentáveis, apesar de atenderem aos princípios de universalização. Outro aspecto que merece consideração é o trato da questão tarifária. A cláusula décima quarta, sobre Tarifas, Encargos e Revisão fixa no seu *caput* que: *“As tarifas do serviço de distribuição e gás canalizado serão fixadas pela CONCESSIONÁRIA e aprovadas pelo CONCEDENTE (grifo nosso), de forma a cobrir todas as despesas realizadas pela CONCESSIONÁRIA e a remunerar o capital investido”*. É prerrogativa única e exclusiva do Poder Concedente a fixação tarifária, o que lhe confere um importante instrumento regulador. De um lado, como mostra a experiência do setor elétrico brasileiro<sup>9</sup> e vários estudos empíricos realizados em outros países<sup>10</sup>, este tipo de tarifa pode gerar investimentos excessivos e ineficientes posto que a remuneração estaria garantida. De outro lado, as assimetrias de informação não permitiriam ao órgão regulador checar e controlar os custos ali imputados. De fato, deveriam ser aplicados novos modelos tarifários, a exemplo do Price Cap (tarifa limite) e do fator X, que têm se revelado melhores instrumentos de coerção para que as firmas reguladas busquem a redução dos custos e o aumento da produtividade em benefício dos usuários.

## 5. Conclusões

Este estudo procurou mostrar como o instrumento delegatário da concessão de distribuição de gás canalizado no Estado da Bahia encontra-se defasado e em dissonância com os novos parâmetros referentes ao papel do Estado na economia. Viu-se que o atual Contrato de Concessão da Bahiagás preserva a estrutura de mercado na forma de monopólio e limita bastante o poder do estado ao exercer o papel de agente regulador ficando, tanto o Estado, quanto o consumidor, à mercê da Concessionária. Os pontos estudados revelam a necessidade de se proceder imediatamente à revisão e o aperfeiçoamento dos sistemas normativos, bem como os consequentes sistemas de fiscalização.

## 6. Referências

AVERCH, H. e JOHNSON, L. Behavior of the firm under regulatory constraint. *American Economic Review*, v. 52, 1962.

<sup>8</sup> Ver PINDYCK e RUBINFELD, citado anteriormente.

<sup>9</sup> Ver PIRES, J.C. L. e PICCININI, M. S. ( 1998)

<sup>10</sup> O principal foi realizado por AVERCH, H. e JOHNSON, L. ( 1962)

- BAHIA. Contrato de Regulamentação da Concessão para exploração Industrial, Comercial, Institucional e Residencial dos Serviços de Gás Canalizado no Estado da Bahia, de 06 de dezembro de 1993. Celebrado entre o Estado da Bahia e a Companhia de Gás da Bahia – Bahiagás – para a exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado.
- BECKER, GARY S. “ A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”. *Quarterly Journal Of Economics*, Vol 98, pp 371-400, 1983.
- ENCAOUA, D. Réglementation et concurrence: quelques éléments théoriques économiques, *Economie et Prévision*, nº 76, 1986.
- MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 2001.
- PELTZMAN, S. “Toward a more general theory of regulation”, in *Journal of Law and Economics*, nº19, Agosto de 1976
- PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1994.
- PIRES, J.C.L. e PICCININI, M. S. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico : a experiência internacional e o caso brasileiro*, Textos para Discussão, BNDES, 1998.
- SÃO PAULO. Regulamento de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado no Estado de São Paulo, de 10 de março de 1999. Disciplina a exploração dos serviços de gás canalizado no Estado de São Paulo.
- STIGLER, G. J. e FREIDLAND, C “What can regulators regulate? The case of electricity”, in *The Journal of Law and Economics*, vol V, oct. 1962.
- THOMPSON, A.A. e FORMBY, J.P. *Microeconomia da Firma*, Prentice-Hall do Brasil, Rio de Janeiro, 1998.
- VICKERS, John e YARROW, George “ Privatization: An Economic Analysis,” The MIT Press, Cambridge, Massachusettes, 1988.
- WILLIAMSON, O.E . “ Transaction – Cost Economics: the governance of contractual relations.” *Bell Journal of Economics and Management* Vol 22, 1979, pg.233-262.