

À
AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO -
ARSESP

Contribuição TPSA à Consulta Pública nº 07/2015

Prezados Senhores.

TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS, sociedade civil, inscrita no CGC/MF sob o nº 19.151.254/0001-39 e na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de São Paulo sob o nº 15.061, com endereço à Avenida Paulista 37 4ª Andar, conj. 41 CEP 01311-902, Capital do Estado de São Paulo, Tel.: +55 11 2246 2743, neste ato devidamente representada por seu sócio, que a presente subscreve, vem, através desta, apresentar nossa contribuição na **CONSULTA PÚBLICA** sobre a Portaria CSPE Nº16 de 15 de setembro de 1999, nos seguintes termos:

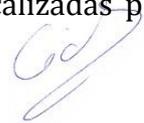
Consulta Pública

A Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - Arsesp, nos termos da Lei Complementar nº 1025, de 7 de dezembro de 2007, comunicou aos usuários e agentes do setor de gás canalizado, e demais interessados, a realização de Consulta Pública para tratar do regulamento que tem por objetivo colher contribuições e informações que subsidiarão a deliberação a ser aprovada pela Diretoria da Arsesp sobre a proposta de eventual revogação da Portaria CSPE 16, de 15 de setembro de 1999, que dispõe sobre a defesa da concorrência e restrições relativas à integração horizontal dos diversos Agentes de Distribuição na prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

A Nota Técnica Preliminar NTG/007/2015 referente à proposta de eventual revogação da Portaria CSPE 16, de 15 de setembro de 1999, está disponível para consulta no *site* da Arsesp, no âmbito da Consulta Pública nº 07/2015.

Finalmente, a R. Agência propõe a revogação da Portaria CSPE 16/99, amparada pela presente Nota Técnica, concluindo que:

- a) não há vedação legal e contratual quanto à possibilidade do mesmo conglomerado empresarial deter o bloco de controle de mais de uma concessionária de distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo;
- b) as regras da concessão estão estabelecidas no Contrato de Concessão, na revisão tarifária, nas normas em vigor, as quais são reguladas, controladas e fiscalizadas pela Arsesp independente do controlador;



- c) o período de exclusividade na comercialização de gás canalizado pelas concessionárias se encerrou e atualmente o mercado livre está implementado nas três áreas de concessão; e
- d) um grupo econômico ao passar a controlar duas áreas de concessão poderá trazer ganhos de eficiência, em face da sinergia e economia em diversas atividades, o que contribuirá para a modicidade tarifária e capitalização da rede distribuição de gás canalizado.

Portaria CSPE nº 16, de 15 de setembro de 1999

1. A Portaria foi fundamentada:

- a. no ingresso de novos Agentes de Distribuição no setor de distribuição de gás canalizado em decorrência do processo de privatização do controle acionário das empresas titulares de concessão, permissão ou autorização de exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, bem como do processo de licitação de novas concessões;
- b. na necessidade de se propiciar condições para uma efetiva concorrência entre os Agentes de Distribuição, impedindo a concentração econômica nos serviços e atividades de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, de modo a proteger e defender os interesses do cidadão e do consumidor;
- c. na necessidade de criar condições que ampliem a participação de Agentes de Distribuição no setor de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo;
- d. na importância do conceito de influência relevante decorrente de outros tipos de vínculos societários ou não que interfiram na direção das atividades sociais e no funcionamento da Concessionária, para efeito de estabelecer restrições às participações cruzadas;

2. Nesta questão, os consumidores industriais sabem da dificuldade que é negociar com concessionárias distintas, principalmente aqueles que têm unidades nas três áreas de concessão.

3. Como mencionado na Nota Técnica Preliminar NTG/007/2015:

A única restrição que existia estava presente no §1º do artigo 24 da Lei Estadual nº 9.361, de 5 de julho de 1996, que criou o Programa Estadual de Desestatização – “Lei do PED.” De acordo com o mencionado dispositivo ficava vedada a participação majoritária das empresas estatais federais nas concessionárias de distribuição de gás canalizado do estado de São Paulo. Cumpre mencionar que tal restrição foi alterada com a revogação do dispositivo legal pela Lei nº 12.639, de 06 de Julho de 2007.

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.639/2007, o estado de São Paulo passou a poder contar com concessionária distribuidora de gás controlada por empresa estatal federal.

4. As Leis¹ que regulam o regime jurídico dos serviços público, não preveem tais restrições. Portanto, entendemos que a Portaria CSPE nº 16, de 15 de setembro de 1999, deveria ser revogada.

¹ Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei Estadual (SP) nº 7.835, de 8 de maio de 1992.

Comercialização

5. No que tange a comercialização, prevista no item 3 do tema II e na conclusão² da letra “c” do tema III da Nota Técnica nº NTG/007/2015, avaliamos os seguintes aspectos.
6. Com a promulgação da Constituição Federal (CF), em 1988, ficou estabelecido no parágrafo 2º do Artigo 25, que caberia somente a empresas estaduais a exclusividade da distribuição de gás canalizado.
7. A Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, modificou parágrafo 2º do artigo 25 da CF, retirando do texto a exclusividade de empresa estadual na distribuição de gás canalizado, passando a vigorar com a seguinte redação:

§2º - 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.

8. Com a promulgação de tal Emenda Constitucional, as concessões de serviços exploração de gás canalizado passavam a atender os termos do art. 175 da CF:

Art. 175. 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.

9. Sendo a distribuição de gás canalizado um serviço público, está sujeito ao regramento emanado da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.
10. Portanto, a atividade de exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado é uma prestação de serviço público, amparada, tão somente pela Lei Federal nº 8.987/1995.
11. E no caso do Estado de São Paulo, também pela Lei Estadual nº 7.835, de 8 de maio de 1992.
12. A Ilustre Jurista Maria D’ Assunção da Costa explica que: “...a distribuição (movimentação do gás do ponto de recepção ao ponto de entrega ao usuário, por meio do sistema de distribuição), que é histórica e legalmente um serviço público de competência estadual, regulado em cada Estado da Federação é subordinado a um regime jurídico específico, o da Lei de Concessões de Serviços Públicos, também conhecida como a Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95)”³
13. Em 2009, com advento da Lei Federal nº 11.909 de 4 de março de 2009 (Lei do Gás Natural), instituiu normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do caput do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.

14. O referido texto legal define que:

²Letra “c” do tema III – Conclusão a Nota Técnica nº NTG/007/2015: “O período de exclusividade na comercialização de gás canalizado pelas concessionárias se encerrou e atualmente o mercado livre está implementado nas três áreas de concessão;”

³ Maria D’ Assunção da Costa - Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478, de 6-8-1997 - 2ª Edição - São Paulo _ Editora Atlas. – página 139.

VIII - Comercialização de Gás Natural: atividade de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na ANP, ressalvado o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal;

15. A exploração das atividades de comercialização, de que trata a Lei, correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público.
16. E mais, que as atividades econômicas de comercialização de gás natural serão reguladas e fiscalizadas pela União, na qualidade de poder concedente, podendo, no entanto, ser exercidas por empresa ou consórcio de empresas constituídos sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.
17. Mas adiante, a Lei incumbe aos agentes da indústria do gás natural:
 - (a) explorar as atividades relacionadas à indústria do gás natural, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas e ambientais aplicáveis e nos respectivos contratos de concessão ou autorizações, respeitada a legislação específica local sobre os serviços de gás canalizado; e
 - (b) permitir ao órgão fiscalizador competente o livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações vinculadas à exploração de sua atividade, bem como a seus registros contábeis.
18. Ao incluir o inciso XXVI no Art. 8º da Lei 9.478 de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), fica estabelecido que cabe exclusivamente à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União
19. É importante frisar que a Lei do Gás Natural foi regulamentada pelo Decreto nº 7.382, de 2 de dezembro de 2010.
20. Dentro de sua atribuição, a ANP edita a Resolução nº 52, de 29 de setembro de 2011 estabelecendo diretrizes e procedimentos para a atividade de comercialização de gás natural no âmbito federal. E ainda, cria penalidade para o não atendimento ao disposto da referida Resolução, sujeitando o infrator às sanções administrativas previstas na Lei Federal nº 9.847, de 26 de outubro de 1999 e no Decreto Federal nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999, sem prejuízo das penalidades de natureza civil e penal.
21. No Art. 15, a referida Resolução concede o prazo para regularização da atividade de comercialização:

As sociedades ou consórcios que tenham iniciado a comercialização de gás natural anteriormente à data de publicação desta Resolução, e que tenham interesse na continuidade do exercício de suas atividades, terão o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para requerer a respectiva autorização nos termos desta Resolução e remeter os contratos de compra e venda de gás natural vigentes que não tenham sido encaminhados para a ANP para o devido registro.
22. Antes de 2009, não havia normas federal sobre a atividade de comercialização de gás natural, assim, os Estados puderam suprir a lacuna normativa com legislações locais.
23. Na medida em que foram editadas normas federais, que regularam a atividade de comercialização de gás natural no âmbito federal, as legislações estaduais, embora constitucionais, perderam a força normativa, nos pontos contrastarem com a legislação federal, conforme previsto nos parágrafos do Art. 24 da CF.

24. Assim, no período em que não existia a Lei do Gás Natural, as normas estaduais vigoram regulando a matéria, mas com a superveniência da lei federal, as normas estaduais ficaram suspensas, naquilo que forem contrárias à lei federal.
25. As normas estaduais editadas, após a promulgação da Lei do Gás Natural, sobre a atividade de comercialização de gás natural, nascem em desacordo com a Constituição Federal.
26. Em 2011, a Arsesp edita as Deliberações de nº 230 e de nº 231, ambas de 26 de maio de 2011, ferindo o sistema jurídico brasileiro do ordenamento hierárquico que se compõe da supremacia de uma norma superior sobre outra inferior.
27. A Arsesp, como Órgão do Estado de São Paulo, excedeu a sua competência legal, ao criar normas para a atividade de comercialização do gás natural, visto que a competência para legislar, normatizar e fiscalizar é exclusiva da União, através da ANP.

Conclusão

- a) No cenário atual, se justifica a revogação da Portaria CSPE nº 16, de 15 de setembro de 1999.
- b) A atividade de comercialização de gás natural e a atividade de exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado possuem regimes jurídicos distintos.
- c) A atividade de comercialização de gás natural é de competência exclusiva da União, cabendo - exclusivamente - a ANP, autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União, conforme o inciso XXVI do art. 8º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.
- d) A exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado é de competência exclusiva dos Estados, conforme previsto no parágrafo 2º do Artigo 25 CF, e na forma prevista pela Lei Federal nº 8.987/1995
- e) Com as alterações introduzidas pela Lei do Gás Natural e demais normas federais, sobre a atividade de comercialização de gás natural, a Arsesp deveria, proceder às alterações indispensáveis nas normas estaduais, principalmente, no conteúdo das Deliberações Arsesp de nº 230 e nº 231, ambas de 26 de maio 2011.

Por todo o exposto, esta é a nossa singela contribuição à Consulta Pública ARSESP nº 07/2015 sobre a Portaria CSPE nº 16, de 15 de setembro de 1999 e demais temas.

Certos de termos contribuído, apresentamos as nossas cordiais saudações e nos colocamos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente



TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Cid Tomanik Pompeu Filho
(cid@tomanikpompeu.adv.br)

Tpsa14102915245