

São Paulo, 07 de setembro 2020

À ARSESP - Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo

Av. Paulista, 2313, 3º andar - São Paulo – SP. CEP: 01311-300

Assunto: Contribuições à Consulta Pública 10/2020

Assunto: Contribuições à Consulta Pública nº 10/2020

Prezados(as) senhores(as) da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – Arsesp.

Preliminarmente, gostaríamos de parabenizar a iniciativa da Arsesp de promover a ampla participação dos agentes econômicos do gás natural na discussão de tema tão fundamental ao desenvolvimento do mercado quanto este por meio da Consulta Pública nº 10/2020, que se propõe rever as normas aplicáveis ao mercado livre paulista (“Consulta Pública”).

Embora esta signatária tenha reservas, na forma e no mérito, quanto a certas propostas regulatórias para o mercado livre de gás no Estado de São Paulo contidas na minuta de deliberação, é meritório que a discussão se dê da maneira mais profunda possível, em linha com os objetivos da Consulta Pública.

É certo que o mercado é sempre favorável a qualquer iniciativa que vise incentivar o desenvolvimento do mercado de gás canalizado no Estado de São Paulo, de modo a promover a ampliação do uso deste energético com competitividade e eficiência, como objetiva a ARSESP, conforme motivos por ela expostos em sua NT.G.0003-2020. Todavia, há fortes razões para se acreditar que certos dispositivos ali previstos operam de maneira contrária a tais objetivos, podendo, inclusive, afetar negativamente a livre concorrência entre agentes regulados e acabar por sufocar a consolidação desse mercado livre de gás no longo prazo.

Nesse sentido, apresentamos no Formulário a seguir os comentários e sugestões que visam trazer dinamismo para o mercado livre de gás e segurança jurídica regulatória, sem a qual não haverá adequado desenvolvimento do mercado.

Formulário de comentários e sugestões Consulta Pública nº 10/2020

Participante:	Compass Comercialização	
Meios de Contato:	Sérgio Luiz da Silva (CEO) sergiosilva@cpas.com.br	
<input checked="" type="checkbox"/> agente econômico <input type="checkbox"/> representante de órgão de classe ou associação <input type="checkbox"/> Consumidor ou usuário <input type="checkbox"/> representante de instituição governamental	<input type="checkbox"/> representante de órgãos de defesa do consumidor <input type="checkbox"/> Outros: _____ _____	
Disciplinar as regras para prestação do serviço de distribuição de Gás Canalizado para os Usuários Livres, as condições para Autorização do Comercializador e as medidas para fomentar o Mercado Livre de Gás Canalizado no estado de São Paulo, e revoga as Deliberações Arsesp Nº 230/2011, 231/2011, 263/2011, 296/2012, 297/2012 e 430/2013		

(a) Tabela de Contribuições e sugestões de Alteração na Proposta de Deliberação objeto da Consulta Pública ARSESP nº 10/20

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
Não existente.	Entende-se fundamental que seja criado a definição de “Usuário Parcialmente Livre”, de forma a tornar a Deliberação mais facilmente entendida e menos repetitiva.	Art. 2º (...) XVII. Usuário Parcialmente Livre: Usuário que possui contratação simultânea no Mercado Livre e no Mercado Regulado.
Art. 2º (...) I. Capacidade Contratada: É a capacidade que a Concessionária deve reservar em seu Sistema de Distribuição para movimentação de quantidades de Gás Canalizado contratadas pelo Usuário Livre ou Unidade Usuária	Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido.	Art. 2º (...) I. Capacidade Contratada: É a capacidade que a Concessionária deve reservar em seu Sistema de Distribuição para movimentação de quantidades de Gás Canalizado contratadas pelo Usuário Livre ou Usuário Parcialmente Livre, junto ao Comercializador e disponibilizadas à Concessionária no Ponto de Recepção, para movimentação até o Ponto de Entrega,

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado, junto ao Comercializador e disponibilizadas à Concessionária no Ponto de Recepção, para movimentação até o Ponto de Entrega, expressa em metros cúbicos por dia, nas condições de referência, conforme estabelecido no Contrato de Uso do Sistema de Distribuição.		expressa em metros cúbicos por dia, nas condições de referência, conforme estabelecido no Contrato de Uso do Sistema de Distribuição.
Art. 2º (...) II. Comercialização: Consiste no relacionamento comercial de compra e venda de Gás Canalizado, formalizado por intermédio de instrumentos contratuais, entre Comercializador e Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado.	Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido	Art. 2º (...) II. Comercialização: Consiste no relacionamento comercial de compra e venda de Gás Canalizado, formalizado por intermédio de instrumentos contratuais, entre Comercializador e Usuário Livre ou Usuário Parcialmente Livre.
Art. 2º (...) III. Comercializador: Pessoa Jurídica	Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido	Art. 2º (...) III. Comercializador: Pessoa Jurídica Autorizada pela ARSESP, por prazo

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
Autorizada pela ARSESP, por prazo indeterminado e em caráter precário, a adquirir e vender Gás Canalizado, de acordo com a legislação vigente, a Usuários Livres ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado.		indeterminado e em caráter precário, a adquirir e vender Gás Canalizado, de acordo com a legislação vigente, a Usuários Livres ou Usuário Parcialmente Livre.
Art. 2º (...) VI. Contrato de Compra e Venda de Gás: Acordo de vontades celebrado entre o Comercializador e o Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado, objetivando a Comercialização.	Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido	Art. 2º (...) VI. Contrato de Compra e Venda de Gás: Acordo de vontades celebrado entre o Comercializador e o Usuário Parcialmente Livre, objetivando a Comercialização.
Art. 2º (...) VIII. Gás Excedente: Parcela não utilizada do volume total de Gás contratado pelo Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado. O volume de Gás	Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido	Art. 2º (...) VIII. Gás Excedente: Parcela não utilizada do volume total de Gás contratado pelo Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado. O volume de Gás excedente somado à quantidade de Gás consumida pelo Usuário Livre ou Usuário Parcialmente Livre, não deve ultrapassar a capacidade

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>excedente somado à quantidade de Gás consumida pelo Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado, não deve ultrapassar a capacidade contratada no Contrato de Uso do Sistema de Distribuição.</p>		<p>contratada no Contrato de Uso do Sistema de Distribuição.</p>
<p>Art. 2º (...) IX. Mercado Livre: Mercado de Gás Canalizado nas áreas de Concessão, onde a Comercialização é exercida em livre competição, obedecidos os critérios de enquadramento para o Usuário Livre ou Unidade Usuária que possua contratação simultânea no Mercado Livre e Mercado Regulado e de Autorização para o Comercializador, no âmbito do Estado de São Paulo.</p>	<p>Considerando que a figura do “Usuário Parcialmente Livre” foi definida, sugere-se menção ao termo conhecido</p>	<p>Art. 2º (...) IX. Mercado Livre: Mercado de Gás Canalizado nas áreas de Concessão, onde a Comercialização é exercida em livre competição, obedecidos os critérios de enquadramento para o Usuário Livre ou Usuário Parcialmente Livre e de Autorização para o Comercializador, no âmbito do Estado de São Paulo.</p>
<p>Art. 4º. A Concessionária ou grupo econômico por ela integrado,</p>	<p>Entendemos que a restrição estabelecida pelo §2º é indevida na medida em que ignora os ganhos de eficiência</p>	<p>Art. 4º. A Concessionária ou grupo econômico por ela integrado, para exercer a atividade de Comercializador</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>para exercer a atividade de Comercializador deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à Comercialização, a qual deverá ter independência operativa e contábil da concessionária, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros, das instalações, dos sistemas operacionais e empresas contratadas.</p>	<p>que o compartilhamento de recursos entre empresas mesmo do mesmo grupo econômico em cenários que não comprometem a independência operacional das empresas.</p> <p>Tais ganhos de eficiência podem ser obtidos mediante, por exemplo, a implementação de centros de serviços compartilhados, ou mesmo pela utilização de contratos globais onde o grupo econômico obtém contratações de bens e serviços em termos mais vantajosos em virtude de uma contratação em maior escala. Não se trata aqui de eficiências que somente poderiam ser obtidas por grupos econômicos compostos de Comercializadores e Concessionária: Qualquer Comercializador que seja parte de qualquer grupo econômico poderia se beneficiar das mesmas estratégias.</p> <p>Além disso, a vedação indiscriminada a “empresas contratadas” limita situações que potencialmente podem expor empresas do mesmo grupo econômico a dificuldades práticas, como, por exemplo, a contratação de auditores independentes para auditar as contas das empresas do grupo econômico, ou o caso de contratação de serviços escassos, de poucos</p>	<p>deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à Comercialização, a qual deverá ter independência operativa e contábil da concessionária, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros e das instalações.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
	<p>fornecedores disponíveis no mercado.</p> <p>Também vale mencionar que, desde 2016, no setor elétrico, a ANEEL permite o compartilhamento de recursos humanos e infraestrutura entre agentes relacionados que atuam em elos da cadeia separados por restrições à verticalização, semelhantemente ao caso de Comercializadoras e Concessionárias no Estado de São Paulo.</p> <p>Os princípios de independência fundamentais ao Mercado Livre de Gás devem ser resguardados através de mecanismos de governança e de separação institucional que garantam o controle pela Arsesp contra abusos e conflitos de interesse, o que entendemos já estar satisfatoriamente endereçado na presente minuta de deliberação e outros regulamentos sobre o tema.</p>	
<p>Art. 6º. As transações entre o Comercializador e o Usuário Livre devem ser feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações: (...)</p>	<p>Com a maturidade do mercado e sofisticação das operações, Comercializadores trabalharão com <i>portfolios</i> de fontes de diversificadas fontes de suprimento, podendo não ser possível atribuir um preço específico de transporte para cada molécula entregue ao Usuário Livre. Além disso, não há <i>pass-through</i> desse custo ao Usuário Livre, uma vez que se trata de mercado com</p>	<p>Art. 6º. As transações entre o Comercializador e o Usuário Livre devem ser feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações: (...) III. Preço do Gás, separado em molécula, transporte (caso aplicáveis), tributos e taxas aplicados;</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>III. Preço do Gás, separado em molécula e transporte, tributos e taxas aplicados;</p>	<p>negociações bilaterais, de modo que não é justificável obrigar o detalhamento desse custo indireto no contrato do nível estadual.</p> <p>Ademais, buscando evitar o risco de questionamentos quanto à legitimidade da norma regulatória proposta, recomenda-se que a ARSESP permaneça dentro dos limites de transparência já determinados pela Resolução ANP 52/2011 quanto à formação do preço em contratos de comercialização de gás na esfera da União.</p>	
<p>Art. 6º. As transações entre o Comercializador e o Usuário Livre devem ser feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações: (...) VIII. Penalidades por falha de fornecimento e procedimento para sua retomada;</p>	<p>A questão das penalidades por falha de fornecimento e procedimento de retomada é uma matéria de caráter negocial e de liberalidade entre as partes. Nesse sentido, acreditamos que a imposição desta obrigação contradiz às pretensões de um mercado livre ao ferir frontalmente a liberdade de iniciativa e negociação entre as partes.</p> <p>Ademais, disposições de penalidades por falha de fornecimento e procedimentos de retomada são costumeiras em contratos da indústria de gás natural e estão associadas às noções de melhores práticas nacionais e internacionais dos agentes do setor. Logo, a criação de obrigação regulatória para o estabelecimento dessas provisões em contratos privados, além de redundante,</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
	<p>pode acabar por limitar a evolução das boas práticas da indústria na medida em que restringe a habilidade das partes em negociar novos arranjos mais adequados a novas circunstâncias de mercado.</p> <p>Ademais, buscando evitar o risco de questionamentos quanto à legitimidade da norma regulatória proposta, recomenda-se observar que a Resolução ANP 52/2011 que estabelece os requisitos para comercialização de gás na esfera da União, não determina inclusão de cláusula de penalidades por falha de fornecimento nos contratos de compra e venda. Assim, poderia se argumentar que a ARSESP está extrapolando os limites de sua competência legal para regulação da atividade.</p>	
<p>Art. 6º. As transações entre o Comercializador e o Usuário Livre devem ser feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações: (...) §1º. (...) II. cláusula de Garantia mútua, consistente em Carta Fiança</p>	<p>O estabelecimento de garantias de cumprimento é uma matéria de alta relevância comercial e que deve permanecer como um quesito de liberalidade entre as partes. Nesse sentido, acreditamos que a imposição desta obrigação contradiz às pretensões de um mercado livre ao ferir frontalmente a liberdade de iniciativa e negociação entre as partes.</p> <p>Ademais, a limitação do tipo de garantia à Carta de Fiança Bancária, instrumento</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>Bancária, emitida por instituição financeira de 1ª linha, devidamente aprovada pela parte contrária, e vigente pelo mesmo prazo previsto no contrato, para garantia integral do Contrato de Compra e Venda de Gás</p>	<p>financeiro de custo elevado, pode limitar o perfil de clientes dos Comercializadores, assim como impedir que usuários de médio e pequeno porte migrem para o mercado livre, resultados absolutamente indesejáveis para as pretensões de consolidação de um ambiente competitivo e diversificado para a comercialização do gás natural no Estado de São Paulo.</p> <p>Assim, buscando evitar o risco de questionamentos quanto à legitimidade da norma regulatória proposta, observamos que a Resolução ANP 52/2011 que estabelece os requisitos para comercialização de gás na esfera da União, não determina inclusão de garantia mútua entre as partes. Assim, poderia se argumentar que a ARSESP está extrapolando os limites de sua competência legal para regulação da atividade de comercialização de gás natural.</p>	
<p>Art. 6º. §4º. O Comercializador deverá comprovar à ARSESP que possui Contratos de Suprimento com volume contratado superior aos previstos nos Contratos de Compra e Venda de Gás celebrados com</p>	<p>A obrigação do Comercializador em contratar volumes superiores aos efetivamente fornecidos sob contratos de compra e venda pode onerar o custo final do gás sob esses contratos visto que no próprio sistema de transporte há a figura de gás de empacotamento e o suprimento de última instância, os quais,</p>	<p>Art. 6º. §4º. O Comercializador deverá comprovar à ARSESP que possui Contratos de Suprimento com volume contratado suficientes aos previstos nos Contratos de Compra e Venda de Gás celebrados com os Usuários Livres, de modo a garantir disponibilidade para eventuais flexibilidades contratuais. A comprovação poderá ser feita</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>os Usuários Livres, de modo a garantir disponibilidade para eventuais flexibilidades contratuais. A comprovação poderá ser feita por meio da somatória de todos os Contratos de Suprimento celebrados pelo Comercializador.</p>	<p>Comercializadores e consumidores livres podem tomar a decisão de utilizar em suas tratativas comerciais.</p> <p>Assim, enquanto a situação fática do mercado não permite alcançar uma determinação justa para essa provisão, propõe-se redação mais neutra que garanta, ao mínimo, os volumes a serem efetivamente fornecidos.</p>	<p>por meio da somatória de todos os Contratos de Suprimento celebrados pelo Comercializador.</p>
<p>Art. 9º (...) §2º. A ARSESP divulgará mensalmente, até o décimo dia útil do segundo mês subsequente, o preço médio de venda de Gás aos Usuários Livres, ponderado pelo volume comercializado, de forma segmentada, por área de concessão dos serviços de distribuição de Gás Canalizado.</p>	<p>Medidas de divulgação ou de transparência relacionadas a preços devem ser avaliadas com muita cautela vis-à-vis as particularidades do mercado em que se pretende implementar tais medidas. Isso porque, para além dos impactos negativos de redução da concorrência, há elevado risco de aumento geral dos preços em um mercado, quando medidas de transparência de custos e preços são publicados, já que esta são variáveis chave, essenciais e estratégicas para a concorrência, conforme já apontados pelo próprio Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) por meio da Nota Técnica nº 33/2018.</p> <p>Além disso, outro risco inerente à divulgação de preços que o Cade também aponta é a facilitação da cartelização do mercado</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
	<p>relevante através da combinação indireta de preços por concorrentes.</p> <p>Propõe-se a exclusão do §2º do Artigo 9º da minuta deliberação, remetendo-se a proposta para consideração futura, quando o Mercado Livre tenha atingido maior nível de maturidade nas áreas de concessão do estado de São Paulo.</p>	
<p>Art.10. Será devido à ARSESP, conforme disciplina específica, Taxa de Fiscalização e Controle sobre a Comercialização, de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do faturamento anual diretamente obtido com a atividade de Comercialização, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, nos termos da Lei Complementar nº 1025, de 07 de dezembro de 2007, e do Decreto Estadual nº 52.455, de 7 de dezembro de 2007.</p>	<p>A cobrança de taxa de fiscalização na mesma proporção do cobrado das Concessionárias para o exercício do poder de polícia da Arsesp para a proteção do Mercado Cativo nos parece manifestamente desarrazoado.</p> <p>No Mercado Livre, a liberdade e sofisticação das partes é significativamente maior, podendo-se argumentar que a Arsesp não precisaria dedicar o mesmo nível de recursos e esforços que são necessários para a defesa dos interesses dos consumidores cativos. Além disso, existe uma sobreposição de competências fiscalizatórias entre Arsesp e ANP para as atividades de comercialização no âmbito do mercado livre, o que também poderia justificar uma atividade fiscalizatória relativamente menos intensa por parte da Arsesp.</p>	<p>Art.10. Será devido à ARSESP, conforme disciplina específica, Taxa de Fiscalização e Controle sobre a Comercialização, de 0,1% do faturamento anual diretamente obtido com a atividade de Comercialização, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, nos termos da Lei Complementar nº 1025, de 07 de dezembro de 2007, e do Decreto Estadual nº 52.455, de 7 de dezembro de 2007.</p>
<p>Art. 24 (...) §4º. A ARSESP poderá aplicar pena</p>	<p>A leitura do dispositivo implica que o direito ao contraditório e ampla defesa</p>	<p>Art. 24 (...) §4º. A ARSESP poderá aplicar pena de suspensão ou</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
de suspensão ou revogação da Autorização, sempre precedida de processo administrativo, independentemente das eventuais penalidades aplicadas, exceto quando a multa não for recolhida no prazo.	através de processo administrativo seria deliberadamente removido do agente infrator caso a multa não seja recolhida no prazo, o que é manifestamente inconstitucional (Art. 5ª, LV da CF/88).	revogação da Autorização, sempre precedida de processo administrativo, independentemente das eventuais penalidades aplicadas.
<p>Art. 25. No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização não poderá cometer infrações à ordem econômica, nos termos da Lei Federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p> <p>(...)</p> <p>§3º. Independente da decisão dos órgãos de defesa da concorrência quanto à representação de que trata o parágrafo anterior, a ARSESP poderá aplicar a medida acautelatória de suspensão ou a decisão definitiva de cancelamento da autorização para a atividade de Comercialização de Gás Canalizado no</p>	<p>Entendemos que essa provisão gera grande risco de conflitos entre decisões entre CADE e Arsesp, o que deve ser evitado a fim de afastar o risco de insegurança jurídica para aos agentes regulados, assim como o risco de judicializações contra decisões da Agência.</p> <p>Inclusive, vale observar que a referida Lei Federal nº 12.529/2011 tem como um de seus objetivos centrais, segundo as comissões legislativas responsáveis por seu trâmite, promover a máxima convergência possível entre as autoridades da defesa da concorrência e as agências de regulação setorial. Nesse sentido, o texto legal da referida norma prescreve diversos mecanismos de interação e interface entre esses dois órgãos, evidentemente buscando facilitar situações de cooperação técnica entre esses, conforme necessário.</p>	<p>Art. 25. No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização não poderá cometer infrações à ordem econômica, nos termos da Lei Federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p> <p>(...)</p> <p>§3º. A ARSESP poderá aplicar a medida acautelatória de suspensão ou a decisão definitiva de cancelamento da autorização para a atividade de Comercialização de Gás Canalizado no Estado de São Paulo a agente regulado que praticar infração à ordem econômica, desde que reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou por decisão judicial.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
Estado de São Paulo.	<p>Como referência, valei citar a lei de penalidades da ANP (Lei nº 9.847/99), que somente prescreve a penalidade de cancelamento de autorização para agentes regulados em razão de infração à ordem econômica reconhecida pelo Cade ou por decisão judicial.</p> <p>Assim, recomenda-se alteração do dispositivo para refletir o conceito com maior segurança jurídica.</p>	
<p>Art. 26. No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização ou o seu grupo econômico não poderá controlar mais do que 20% (vinte por cento) do volume de Gás Canalizado do Mercado Livre de Gás, sendo que o percentual será calculado por área de concessão dos serviços de distribuição de Gás Canalizado.</p> <p>§1º. A ARSESP publicará, mensalmente, no seu sítio eletrônico, até o décimo dia útil do segundo mês subsequente, o percentual de participação de cada</p>	<p>Em um regime de livre concorrência e negociação entre os agentes, a proposta de limitar o market share de cada agente comercializador em 20% não encontra respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, traz graves inseguranças jurídicas para o mercado livre do estado, além de aparente inconstitucionalidade para a minuta de deliberação.</p> <p>Para melhor visualização das razões que nos levam recomendar a exclusão desse artigo, ao final dessa tabela apresentamos mais detalhadamente os motivos que justificam nossa proposta de exclusão.</p>	Excluir.

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>Comercializadora na venda de Gás aos Usuários Livres, em cada área de concessão dos serviços de distribuição de Gás Canalizado.</p> <p>§ 2º. Caso a Comercializadora ultrapasse o percentual referido no caput, será obrigatório o retorno ao limite percentual, em prazo não superior a 15 (quinze) dias, sob pena de revogação da autorização e sem prejuízo das penalidades cabíveis.</p> <p>§3º. Não será considerado processo natural de conquista de mercado, nos termos do §1º, do artigo 36, da Lei Federal nº 12.529/2011, qualquer percentual acima do estabelecido no caput, apurado a qualquer momento, quando se tratar de Comercializadora que faça parte de grupo econômico que possua participação relevante na</p>		

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
indústria de Gás Canalizado.		
<p>Art. 28 (...) §3º. No caso de Comercializador do mesmo grupo econômico da Concessionária, a redução do prazo previsto no parágrafo anterior, deverá ter prévia e expressa anuência da ARSESP.</p>	<p>Neste estágio embrionário de abertura de mercado as possibilidades de migração via contratação de capacidade de transporte e aquisição de molécula tem ocorrido de forma pontual e com janelas curtas de oportunidade e decisões. Um excesso de regulamentação e burocracia poderá gerar insegurança aos agentes e a não abertura do mercado. Dessa forma, tal avaliação e decisão deveria ser de responsabilidade única da Concessionária e independente de qual Comercializador envolvido, uma vez que o relacionamento da Concessionária é diretamente com o usuário.</p> <p>Complementarmente, a criação de distinção entre o Comercializador do mesmo grupo econômico da Concessionária e os demais comercializadores contradiz a importância do tratamento não discriminatório e isonômico entre Usuários, preconizada pela própria Arsesp na NT.G-0003-2020.</p> <p>Ora, já existem obrigações de independência entre Comercializadores e Concessionárias do mesmo grupo econômico, além disso, a deliberação estabelece diversos mecanismos de fiscalização que permitirão à Arsesp identificar e penalizar</p>	<p>Art. 28 (...) §3º. A redução do prazo previsto no parágrafo anterior, dependerá da prévia e expressa anuência da Concessionária e comunicação à ARSESP.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
	<p>o rompimento dessas obrigações de independência entre ambos os agentes, de modo que não deve ser criada barreira burocrática adicional para que ao Usuário complete sua migração para o Mercado Livre o mais rápido possível, independentemente do comercializador escolhido.</p>	
<p>Art. 29. A opção pelo Mercado Livre somente será efetivada após a assinatura de Termo de Reconhecimento de Dívida, pelo Usuário, quando for o caso de pagamento da parcela de saldo da Conta Gráfica, incluindo a do Gás e do Transporte, Encargo de Capacidade (EC) e Preço de Gás de Ultrapassagem (PGU), e, de Perdas. §1º. O valor do Termo de Reconhecimento de Dívida da Conta Gráfica do Gás e Transporte será o resultado da divisão do saldo em reais (R\$), desta conta pela média do volume distribuído pela concessionária nos últimos doze meses, multiplicado</p>	<p>É prática atualmente estabelecida através da regulação vigente da Arsesp que, no mercado regulado, o abandono definitivo de usuários da base de clientes de determinada Concessionária não gere contribuições a pagar para o esgotamento dos saldos de conta-gráfica. Igualmente, os novos usuários do mercado regulado, pagam um fator de recuperação de saldos não gerados por eles.</p> <p>Portanto, tais saldos não são calculados individualmente e sim são compensados com o movimento constante de entrada e saída de usuários, sendo absorvidos ou gozados pela linha basal de usuários do Sistema de Distribuição.</p> <p>Logo, em nosso entendimento, o tratamento aos usuários livres deveria seguir a mesma lógica, ou seja, deixando de ser usuário do mercado regulado o cliente livre deixa também de pagar/receber o fator de recuperação de saldos, sob pena de violação do princípio de tratamento não</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>pela média de consumo do Usuário nos últimos doze meses. §2º. O valor do Termo de Reconhecimento de Dívida, quanto à Conta Gráfica de Encargo de Capacidade (EC) e Preço de Gás de Ultrapassagem (PGU), será o resultado da divisão do saldo em reais (R\$) desta conta pela média do volume distribuído pela concessionária nos últimos doze meses, multiplicados pela média de consumo do usuário nos últimos doze meses. §3º - O valor do Termo de Reconhecimento de Dívida, quanto à Conta Gráfica de Perdas, será o resultado da divisão do saldo em reais desta conta pela média do volume distribuído pela concessionária nos últimos doze meses, multiplicados pela média de consumo do usuário nos últimos doze meses.</p>	<p>discriminatório entre Usuários Livres e Cativos.</p> <p>Em adicional, é válido lembrar que os usuários, ao optarem ir para o mercado livre assumem uma série de riscos inexistentes no mercado regulado que, somado ao passivo aqui proposto, pode acabar por inviabilizar a migração para o mercado livre.</p> <p>Criaria ainda adicionais e complexas discussões: Caso o cliente migre para um outro energético (biomassa, óleo combustível etc.), mude sua produção para outro estado, país, teria ele que realizar o mesmo termo de reconhecimento de dívida? Novos usuários que iniciarem atividades industriais em São Paulo, não teriam que arcar com tais valores? Enfim, tal condição por certo criará grande e complexa discussões, com alta probabilidade de judicializações inclusive.</p>	

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>§4º - Os valores de referência, mencionados nos parágrafos anteriores, são os números divulgados pela ARSESP, no seu sítio eletrônico, nos termos das Deliberações ARSESP nº 1.010/2020, nº 765/2017 e nº 977/2020, respectivamente, no quinto dia útil anterior à data prevista para o Usuário se tornar Usuário Livre.</p> <p>§5º. O vencimento do Termo de Reconhecimento de Dívida será de dois meses a partir da data de migração. No vencimento, o valor será recalculado, com base nos valores referentes à data da efetiva migração, na forma do disposto nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º.</p>		
<p>§6º. O valor apurado, conforme o parágrafo anterior, poderá ser pago pelo usuário em até 3 (três) parcelas mensais e consecutivas, sendo a primeira com</p>	<p>Permanecendo válidos os argumentos apresentados no tópico anterior, caso mantido o mecanismo previsto no art. 29, deve-se considerar que o esgotamento dos saldos de cada usuário livre deve respeitar o mesmo período que está considerado nos</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>vencimento em quinze dias após a apuração. Art. 30. Caso o saldo da Conta Gráfica, incluindo o Gás e Transporte, Encargo de Capacidade (EC) e Preço de Gás de Ultrapassagem (PGU) e, de Perdas, apurado, conforme artigo anterior, seja a crédito do Usuário, a Concessionária deverá fazer o pagamento em até três parcelas mensais e consecutivas, sendo a primeira com vencimento em quinze dias após a apuração prevista no parágrafo 5º do artigo anterior. Art. 31. O Usuário Livre continuará responsável pelo pagamento da parcela de recuperação da Conta Gráfica de Redes Locais e de Interconexão de Redes entre as Concessionárias, devendo haver previsão expressa no Contrato de Uso do Sistema de Distribuição nesse sentido.</p>	<p>fatores de recuperação nas tarifas no momento da saída (por exemplo, atualmente, o período de recuperação do saldo de conta-gráfica de Gás, EC/PGU e perdas é de 12 meses). A imposição de pagamento dos saldos em três parcelas mensais e consecutivas pode gerar ônus ao Usuário que acabe por desmotivá-lo à migração, ou sendo um desincentivo ao Mercado Livre.</p> <p>Do mesmo modo, quando da volta do usuário livre ao mercado regulado, ele não deve arcar com valores de saldos de contas gráficas gerados antes de sua entrada, sendo responsável por valores gerados apenas após sua entrada.</p> <p>Este tratamento diferencia os usuários livres dos do mercado regulado e gera bastante complexidades para sua operacionalização.</p>	

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
<p>Art. 43 (...) §5º. Sempre que houver condições técnicas, nos casos em que há o atendimento de mesma Unidade Usuária no Mercado Livre e no Mercado Regulado, a suspensão por inadimplência se dará somente no mercado em que o usuário estiver inadimplente. Caso não existam condições técnicas de efetuar a separação da suspensão por inadimplência da Unidade Usuário que possua contratação simultânea no Mercado Livre e no Mercado Regulado, o corte ocorrerá em ambos os Mercados – Livre e Regulado.</p>	<p>Em caso de inadimplência, seja no ambiente livre ou regulado, seja na atividade de comercialização ou no serviço de distribuição, o corte total de fornecimento do usuário deve ser considerado, independentemente das condições técnicas de corte parcial.</p> <p>Não é razoável admitir casos de inadimplência em apenas parte da cadeia, ainda mais se tratando de uma indústria de rede, uma vez que tende a prejudicar o desenvolvimento do setor como um todo. Dessa forma, é importante aprimorar a regulamentação para não legitimar a percepção de que é possível ficar inadimplente sem consequências, ou que, em caso de dificuldade financeira, o usuário poderá preferir a inadimplência “parcial” para manter seu fornecimento.</p>	<p>Excluir.</p>
<p>Art. 44. A Unidade Usuária que tenha contratado simultaneamente no Mercado Livre e no Mercado Regulado, após dois anos da publicação desta deliberação, deverá migrar para o Mercado Livre.</p>	<p>A possibilidade de Usuário Parcialmente Livre favorece a gestão de riscos pelo consumidor em cenários de baixa diversidade de oferta de gás, levando ao desenvolvimento e consolidação do mercado livre.</p> <p>No entanto, acreditamos que a extinção dessa modalidade de consumo não seja o melhor caminho para a consolidação do mercado livre de gás no</p>	<p>Excluir.</p>

Dispositivo da minuta	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
	<p>estado, principalmente no médio prazo. Tal extinção pode gerar impactos negativos ainda não analisados no desenvolvimento do mercado.</p> <p>Dessa forma, sugere-se que após 2 anos da publicação da resolução, a figura do usuário parcialmente livre seja levada para discussão pública</p>	

(b) DETALHAMENTO DA MOTIVAÇÃO PARA EXCLUSÃO DO ART. 26 PROPOSTO.

(b.1) DOS VÍCIOS LEGAIS

A segurança jurídica da regulação de setores como o de gás natural é de suma importância para seu melhor desenvolvimento, especialmente por se tratar de um mercado intensivo de capital e envolver segurança de abastecimento de diversos setores da economia.

No respeitoso entendimento desta comercializadora, a proposta do ar. 26 deve ser revista e excluída por completo, pois uma norma nesses termos estará eivada de diversas ilegalidades, o que apenas fará com que o mercado não atinja seu real potencial de desenvolvimento.

Nesse sentido, apresentamos abaixo uma tabela com os diversos vícios de legalidade da proposta apresentada no art. 26:

DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO	DETALHAMENTO DA ILEGALIDADE
Lei Federal nº 12.529/2011 Art. 36	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA:</p> <p><i>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</i></p> <p><i>I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</i></p> <p><i>II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;</i></p> <p><i>III - aumentar arbitrariamente os lucros; e</i></p>

<p><i>IV - exercer de forma abusiva posição dominante.</i> <i>§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.</i></p> <p>COMENTÁRIOS: Em sua Nota Técnica, a ARSESP alega que sua intervenção na possibilidade de participação de novos entrantes está respaldada na Lei Federal nº 12.529/2011, ao supor que essa <i>“importante lei, trouxe disposição expressa no sentido de presumir a infração à ordem econômica quando uma empresa ou grupo econômico controle mais do que 20% (vinte por cento) do mercado relevante do produto ou serviço.”</i></p> <p>Alega em sua Nota Técnica que o objetivo do art. 26 é <i>“deixar a extremo de dúvidas, no âmbito de sua competência, que não se admite quaisquer infrações à ordem econômica.”</i></p> <p>Ocorre que nos termos do disposto no art. 36, II e IV, constituem infração à ordem econômica “dominar mercado relevante de bens ou serviços” e “exercer de forma abusiva posição dominante.”</p> <p>Para que não haja qualquer dúvida, o Parágrafo Primeiro desse artigo é claro ao dispor que <i>“§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”</i></p> <p>Em um regime de livre concorrência, espera-se justamente que os agentes de mercado disputem a preferência dos consumidores, o que se traduz, necessariamente, em disputar participação de mercado. O ganho de participação é, portanto, uma decorrência natural e esperada da atuação mais eficiente de determinado agente em relação a seus rivais, traduzida na oferta de bens e serviços de maior qualidade ou a preços mais acessíveis. Ganhar mercado é o prêmio merecido pelo agente que se saiu melhor na disputa competitiva, e é esse prêmio que incentiva que os agentes, a todo o momento, estejam em busca de ser mais eficientes, reduzindo custos, melhorando serviços, inovando, baixando preços etc. – efeitos estes altamente benéficos aos consumidores. Isso é o cerne da escolha de um regime de mercado baseado na livre concorrência.</p> <p>Desse modo, ressalvadas as situações em que se verificam concretamente práticas anticompetitivas – como cartel ou abusos concretos, que são e devem ser fiscalizados pelas autoridades de defesa da concorrência–, não faz qualquer sentido e não há amparo legal em nosso ordenamento jurídico,</p>

<p>punir ou proibir o ganho de participação de mercado em si. É pacífico que a ilicitude deriva do abuso de um poder de mercado, e não do nível de poder de mercado em si:</p> <p><i>Cabe observar que, conforme se denota do texto do artigo 173, § 4º, da Constituição e dos dispositivos da Lei 12.529/2011, o estado brasileiro não condena o poder econômico em si, mas sim o seu abuso. O poder econômico é um dado estrutural comum e inerente à economia de mercado (...). A própria Lei Antitruste, em seu artigo 36, § 1º, prevê que ‘a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito [de dominar mercado relevante]’.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>O que [o art. 36, § 1, da Lei Antitruste] é na verdade uma deferência à livre concorrência, que tem como base relevante o fato de que, se um agente não cometer qualquer abuso ou ilícito, mas simplesmente for melhor que seus concorrentes, ofertando produtos melhores ou mais baratos, e assim conquistando consumidores, ele será premiado por isso, e não punido.”¹⁻²</i></p> <p>Essa compreensão foi assentada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgado recente: “[a] conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do artigo 36 da Lei 12.528/11”.³</p> <p>Ou seja, obter posição dominante ou participação relevante num mercado não é um ilícito <i>per se</i>, mas sim exercer de forma</p>
--

¹ RODRIGUES, Eduardo Frade. *O direito societário e a estruturação do poder econômico*. São Paulo: Singular, 2016, p. 57-58.

² Ver, no mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de Direito Econômico*. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p. 30.

³ Trecho da Ementa do seguinte julgado: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.535.727 – RS (2015/0130632-3). Relator: Ministro Marco Buzzi. DJe: 20/06/2016.

	<p>abusiva essa posição. Não cabe nenhuma outra interpretação a esse dispositivo legal, como pretende a ARSESP.</p> <p>Não pode a ARSESP pretender, por uma norma infralegal, impor uma restrição de participação de mercado à livre iniciativa supondo que apenas está deixando <i>“a extremo de dúvidas, no âmbito de sua competência, que não se admite quaisquer infrações à ordem econômica”</i>, quando a lei que se baseia deixa claro que conquista de mercado por eficiência não caracteriza infração econômica”.</p> <p>Assim, a previsão do art. 26, §3º, da minuta de normativo da Arsesp contraria frontalmente a legislação federal e a jurisprudência do STJ, incorrendo em vício de legalidade material e formal. O vício material de legalidade decorre da subversão da legislação federal ao se prever que, em um dado mercado, o ganho de participação de mercado, seja como ocorrer, não será considerado “processo natural de conquista de mercado”. A proposta literalmente diz o contrário da lei federal, basicamente afirmando que a Lei não será aplicável. Ocorre que não pode um ente administrativo afastar comandos expressos de Lei.</p> <p>Não menos grave o vício formal, portanto, consubstanciado na pretensão absurda de estabelecer uma exceção à lei federal em sentido formal a partir de uma previsão infralegal, de órgão da Administração, de âmbito estadual. A Arsesp, em sua proposta, revela conhecimento da legislação federal e lhe nega incidência no mercado de gás ao arrepio da hierarquia das normas, como se não estivesse vinculada às normas aprovadas pelo Congresso Nacional e como se estas não fossem preponderantes em relação a qualquer regulação infralegal que venha a editar.</p>
<p>Constituição Federal Art 170</p> <p>e</p> <p>Lei nº 13874 Art. 1º § 2º e Art. 4º</p>	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA: <u>Constituição Federal:</u> <i>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:</i> <i>I - soberania nacional;</i> <i>II - propriedade privada;</i> <i>III - função social da propriedade;</i> <i>IV - livre concorrência;</i></p> <p><i>Lei nº 13974</i> <i>Art. 1º</i></p>

<p>§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas. (...) <i>Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:</i> <i>I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;</i> <i>II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;</i> (...) <i>V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;</i> <i>VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;</i></p> <p>COMENTÁRIOS: O art 26 proposto afronta diretamente a Lei de Liberdade Econômica e Constituição Federal, na medida em que introduz limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas, bem como favorece artificial e discriminatória grupos ou empresas, pelo simples fato de seu grupo econômico não estar em outros elos da cadeia de indústria de gás. Além disso, de maneira flagrante impede a entrada de novos entrantes, ao impor uma limitação artificial na conquista de mercado por eficiência.</p> <p>Pela regulação proposta, uma vez atingido o percentual de 20% do market share definido pela ARSESP, a comercializadora terá 15 dias para readequar sua participação no mercado ao limite posto. Ora, como se sabe, os contratos de compra e venda no mercado livre são firmados por um período determinado de tempo previamente estipulado e deve haver segurança jurídica que garanta que tal ajuste entre as partes será respeitado pelo Estado. Ocorre que na forma proposta, se por eficiência da comercializadora ou por ineficiência das demais comercializadoras participação de mercado de um agente supere 20%, esse agente não poderá mais cumprir seu contrato, trazendo prejuízos e insegurança jurídica para si e seu cliente, que deixará de ser abastecido por um fator totalmente fora do controle das partes.</p> <p>Por fim, ao delimitar a participação de mercado de uma empresa antes mesmo do mercado existir, estar-se-á interpretando e regulando de maneira contrária a presunção da boa fé (conquista de mercado por eficiência) e livre iniciativa</p>

<p>Lei Complementar nº 1025/07 Art. 2º, III, IV e V</p>	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA: <i>Artigo 2º - A ARSESP, no desempenho de suas atividades, obedecerá aos princípios da legalidade (...);</i> <i>III - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;</i> <i>IV - mínima intervenção na atividade privada, admitidas apenas as proibições, restrições e interferências imprescindíveis ao alcance dos objetivos da regulação específica;</i> <i>V - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinem as suas decisões;</i></p> <p>COMENTÁRIOS: Se os potenciais novos entrantes nunca atuaram no mercado (que sequer existe), como pode a ARSESP concluir que é estritamente imprescindível limitar a participação futura e eventual desses novos entrantes a 20% do market share para atingir o objetivo de criação de um novo mercado de gás natural, como está obrigada nos termos do referido diploma legal.</p> <p>Na Nota Técnica a ARSESP alega que a restrição de market-share é necessária <u>“em ocasiões em que os mercados falham em garantir a concorrência, os governos devem solucionar o problema, a fim de aumentar a sua eficiência.”</u></p> <p>Pois bem, mesmo que se admita a intervenção de governos em alguns cenários onde o mercado falha na livre concorrência, o fato é que sequer existe o mercado livre de gás no Brasil, assim como não há um único cliente livre no Estado de São Paulo. Se a motivação é a criação de um novo mercado de livre competição (com o que concordamos integralmente), na verdade a ARSESP deveria gerar incentivos para que todo e qualquer potencial entrante passe atuar e oferecer produtos nesse mercado, fomentando sua criação e a competição. A restrição a novos entrantes, portanto, é diretamente contraditória aos pressupostos de fato e de direito utilizados.</p>
<p>Lei Complementar nº 1025/07 Art. 7º, IX</p>	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA: <i>Artigo 7º - Compete à ARSESP, respeitadas as competências e prerrogativas federais e municipais:</i> <i>XI - comunicar aos órgãos competentes os fatos que possam configurar infração à ordem econômica, ao meio ambiente ou a direitos do consumidor;</i></p> <p>COMENTÁRIOS:</p>

	<p>Conforme referido dispositivo legal, havendo um fato que possa ser entendido como infração à ordem econômica – o que também não é o caso no tema em discussão, já que sequer há mercado livre de gás dominado por uma comercializadora-, cabe a ARSESP comunicar tal fato aos respectivos órgãos competentes.</p> <p>Não encontramos respaldo legal que legitime a ARSESP para definir a priori (sem estar diante de um caso concreto de conduta anticoncorrencial praticada) o que é uma infração à ordem econômica.</p>
--	--

(b.2) DO MERCADO RELEVANTE E DOS EFEITOS ECONÔMICOS ESPERADOS POR TAL LIMITAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MERCADO

(b.2.1) Definição de mercado relevante

Além dos vícios de legalidade que impossibilitam a pretensão da ARSESP estabelecer um limite de participação de mercado quando a conquista de mercado se der por eficiência dos agentes, outro ponto a ser considerado se refere à definição de mercado relevante.

Conforme a própria autoridade concorrencial brasileira prevê, (...) *um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.*⁴

Portanto, a definição de mercado relevante deve usar uma determinada área geográfica que possa ser atendida por potenciais ofertantes e produtos substitutos para os quais usuários possam migrar.

Como é sabido, o mercado de gás natural concorre com diversos energéticos (GLP, óleo combustível, biomassa etc.) e o mercado livre de gás natural tem todos esses competidores potenciais, bem como o próprio mercado regulado, para onde um usuário livre pode migrar caso encontre nele preços mais competitivos.

Sendo assim, limitar o mercado relevante para qualquer análise concorrencial” ao volume de gás distribuído aos Usuários Livres em cada área de concessão dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo” mostra-se equivocado. Independente de não ser possível limitar a conquista de mercado por eficiência, conforme acima exposto, qualquer análise concorrencial deve considerar todo o volume de gás

⁴ <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia#:~:text=Assim%2C%20um%20mercado%20relevante%20%C3%A9,que%20com%20isso%20os%20consumidores>

natural comercializado no mercado livre e cativo, bem como os demais energéticos que concorrem com o gás natural

(b.2.2.) Dos efeitos econômicos que seriam produzidos

Mesmo que legalmente fosse possível criar uma limitação para a conquista de mercado por eficiência (o que não é, como visto acima), sob o aspecto econômico, a fixação de teto de participação não produzirá os efeitos pretendidos pela ARSESP, especialmente quando consideradas as características do mercado de gás. Trata-se de mercado que oferta produto homogêneo e marcado pela transparência, de modo que os consumidores possuem amplo acesso às informações sobre preço e oferta. Além disso, condutas anticompetitivas são amplamente fiscalizadas e reprimidas no setor, o que reforça a existência de condições favoráveis à livre escolha dos consumidores. Nesse quadro, limitar a participação de mercado significa, na prática, reduzir o leque de opções dos consumidores. A regulação proposta, ao invés de empoderar, enfraquece a posição do consumidor, distorcendo o ambiente de escolhas, limitando a oferta e engessando a competição no mercado.

De forma abrangente, a literatura concorrencial, regulatória e econômica contraindica, de modo eloquente, regras que engessam a concorrência ou que impõem via regulação um modelo de competição restritiva, como o congelamento de preços, mais comum, ou a mais rara fixação de teto de share, ora discutida.⁵

Entre os diversos efeitos adversos da fixação de teto de participação em específico, podem ser destacadas: (i) restrição à escolha dos consumidores a partir de critério estranho aos parâmetros competitivos de qualidade e preço (no caso, se um ofertante atingir 20% de market share, os consumidores não poderão adquirir o seu produto ainda que este seja melhor e mais barato); (ii) desincentivo à busca por mais eficiência pelos agentes, que seria premiada justamente com o ganho de participação; (iii) riscos de aumento de preços para o consumidor final, uma vez que a medida arrefece a competição por preço e, em alguns casos, obriga o consumidor a comprar do fornecedor mais caro em função de seu

⁵ A esse respeito, vale conferir posicionamento recente do Departamento de Estudos Econômicos do Cade: "Há que se atentar aos efeitos econômicos dos congelamentos de preços. Segundo VARIAN (2010, p. 265) e FRANK (2008, p. 35) preços teto podem gerar problemas de ineficiências alocavas. KRUGMAN & WELL (2009, p. 125) alegam que muitas vezes preços teto são adotados porque o governo não consegue compreender as ineficiências que este tipo de medida gera. Caso se estabeleça (congele) o preço do produto abaixo do que seria ótimo do ponto de vista social, é possível gerar um desabastecimento do mercado, já que os produtores não estarão dispostos a produzir ao preço estabelecido pela autoridade. Com efeito, a especulação de preços teto muito baixos com desabastecimento ocorreu de maneira muito clara no Brasil, com planos econômicos que buscavam congelar preços abaixo do que seria o equilíbrio de mercado e este tipo de fenômeno (desabastecimento) restou claro à população. Segundo Mariana Schimi, que comentou que o erro do Plano Cruzado com o congelamento de preços levou a uma "grave crise de abastecimento (prateleiras vazias)" e após alguns meses, a inflação que se buscava combater retornou. Ao congelar, cuida-se de um sintoma e não da causa principal dos preços altos" [Trecho da Nota Técnica n. 15/2020/DEE/CADE, emitida no âmbito do Processo n. 08027.000240/2020-70].

menor porte; (iv) riscos de limitação da oferta, o que se torna mais grave se considerado o caráter essencial do gás canalizado para a população em geral.

Esses efeitos se correlacionam e se reforçam mutuamente. O limite de participação proposto pelo regulador é um comando implícito para que o agente que atingir o “teto” permitido reduza a oferta do produto, sob pena de violar a regulação. Esse comando, em primeiro lugar, afetará os planos de expansão, inovação e ganhos de eficiência do agente – limitado a priori pela regulação – e, em segundo, implicará uma redução de oferta, o que produzirá, ao mesmo tempo, a restrição de alternativas e o aumento de preços para o consumidor final.

Em suma, sob o pretexto de incentivar a concorrência, a regulação vai na sua contramão, evita o livre mercado, limita as opções dos clientes, desvirtua a dinâmica concorrencial do mercado, enfraquece as potencialidades de desenvolvimento do setor, fomenta uma estabilidade prejudicial e, com isso, tende a premiar agentes menos eficientes e penalizar os consumidores finais.

Por fim, se o limite de participação é, em qualquer caso, além de ilegal, uma solução regulatória inadequada e contraindicada, sua fixação em apenas 20% é um reforço aos vícios da medida. Trata-se de um patamar baixíssimo, sem fundamento e que, sob qualquer perspectiva, se mostra injustificado. A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 36, §2º, estabelece esse como um parâmetro a partir do qual demanda-se maior nível de atenção sob uma ótica concorrencial. Na aplicação da lei, o Cade jamais vedou que um agente, de qualquer setor, controlasse mais do que 20% do mercado ou demonstrou preocupação com o mero fato de um agente deter esse tamanho de participação. Como explica Forgioni, “*nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante*”⁶. Desse modo, além da inadequação da ideia em si, a calibragem do teto pela proposta se mostra descolada de qualquer parâmetro concorrencial razoável, o que tende a agravar os efeitos negativos da medida.

(b.3) CONCLUSÕES

Em resumo de tudo quanto exposto acima, nota-se que a proposta de regulação, ao pretender fixar um limite máximo à participação no mercado de comercialização de gás, apresenta graves problemas, que se traduzem em iminentes riscos jurídicos e econômicos. O artigo 26 da minuta em consulta é, como se demonstrou, ilegal, inconstitucional e economicamente prejudicial ao setor, de modo que produzirá efeitos contrários aos pretendidos pelo regulador.

⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.p. 273.