



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE  
SUBSECRETARIA DE INFRAESTRUTURA

São Paulo, 4 de setembro de 2020

**MANIFESTAÇÃO TÉCNICA SIMA/SSI 041/2020**

Diante da abertura da Consulta Pública nº 010/2020 da ARSESP, que visa disciplinar as regras para prestação do serviço de distribuição de Gás para Usuários Livres, as condições para Autorização do Comercializador e as medidas para fomentar o Mercado Livre, esta Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente apresenta suas contribuições.

Com seu habitual protagonismo na regulação da distribuição de gás, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, após a publicação da Lei Federal 11.909/2009 (Lei do Gás), publicou as Deliberações ARSESP nº 230/11 e 231/11, visando incentivar a criação e o desenvolvimento do Mercado Livre de Gás Canalizado no Estado, posteriormente aprimoradas por meio das Deliberações ARSESP nº 263, 296, 297 e 430.

Em que pese todo o esforço da ARSESP em regulamentar as figuras do consumidor livre, autoprodutor, autoimportador e regras para a comercialização e o fato de referidas deliberações serem adotadas como modelo por outros entes da federação, passados quase 10 anos o mercado livre de gás não se desenvolveu no Estado de São Paulo e nem no país e ainda não há um único usuário livre de gás em todo Estado.

Como mencionado pela ARSESP na Nota Técnica NT.G-0003-2020 integrante da Consulta em tela, “embora possua arcabouço regulatório robusto e bem estruturado, desde 2011, até o momento [o mercado livre de gás] não se desenvolveu como o esperado, ante a escassez de ofertantes e dificuldades de acesso à infraestrutura, em um sistema verticalizado onde, hoje, existe um único supridor de gás [PETROBRAS].” (grifos nossos)

Nesse cenário e com o intuito de aprimorar as regras aplicáveis ao mercado livre de gás e aos agentes que atuam no Estado, a ARSESP, de maneira louvável, deu início à Consulta Pública nº 10/2020, propondo minuta de nova Deliberação que substituirá as Deliberações ARSESP 230/11 e 231/11,

RC



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE**  
**SUBSECRETARIA DE INFRAESTRUTURA**

disponibilizando a Nota Técnica NT.G-0003-2020 e demais documentos mencionados referenciados na proposta de nova Deliberação.

Referida proposta de Deliberação traz diversas inovações na regulação vigente, cuja tecnicidade não será comentada.

Todavia, entendemos oportuno contribuir com essa Agência em disposição específica prevista na referida minuta, qual seja, seu art. 26, que assim dispõe:

*"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.*

*§1º. A ARSESP publicará, mensalmente, no seu sítio eletrônico, até o décimo dia útil do segundo mês subsequente, o percentual de participação de cada Comercializadora na venda de Gás aos Usuários Livres, em cada área de concessão dos serviços de distribuição de Gás Canalizado.*

*§ 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.*

*§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 indústria de Gás Canalizado.*

*§4º. A participação acima do limite estabelecido no caput, alcançada no primeiro ano de vigência desta deliberação, ressalvado impedimento imediato relativo à disposição do parágrafo anterior, não será considerada como processo natural de conquista de mercado, nos termos do §1º, do artigo 36, da Lei Federal nº 12.529/2011.*

*§5º. Considera-se grupo econômico para os efeitos do caput, sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia,*



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE**  
**SUBSECRETARIA DE INFRAESTRUTURA**

*integrem grupo econômico. O grupo econômico será solidariamente responsável pelas obrigações decorrentes desta deliberação."*

Embora passível de admitir que o objetivo deste artigo seja inibir condutas anticoncorrenciais observadas nos últimos anos do agente monopolista, temos preocupações acerca de medida regulatória dessa natureza, em função do exposto a seguir.

É cediço que o alcance dos efeitos pretendidos pelo Estado na edição de toda e qualquer regulamentação pode ser comprometido sempre que referida disposição infralegal criar ou incrementar a insegurança jurídica para os jurisdicionados. Por conseguinte, maiores são os efeitos alcançados pelo Estado ao estabelecer regulamentação que promova a segurança jurídica aos concessionários.

Essa preocupação deve ser redobrada, especialmente em casos como o enfrentado pela ARSESP na Consulta em questão, já que pretende introduzir medidas que assumem a impossibilidade de irrestrita concorrência entre os potenciais interessados em criar e competir por um mercado que sequer existe ainda, mesmo havendo regulação para tanto desde 2011.

Nesse sentido e visando garantir a segurança jurídica, inegociável para persecução dos objetos pretendidos, o ingresso do disposto no art. 26 da minuta no mundo jurídico-regulatório deve vir acompanhado de prévia demonstração inequívoca da Agência:

(a) quanto à existência de competência legal para regular matérias de direito concorrencial de agentes sob sua jurisdição e, caso confirmada, se é possível exercê-la também em casos abstratos (onde não há um ilícito constatado), com a imposição de restrições à conquista de um mercado ainda inexistente;

(b) que o nível de intervenção na atividade privada, pretendido pelo art. 26, é o mínimo possível dentre todos os outros estudados pela ARSESP para atingir o objetivo almejado, conforme impõe o disposto no art. 2º, IV da Lei Complementar Estadual 1.025/07. Para tanto, importante dar publicidade a



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE**  
**SUBSECRETARIA DE INFRAESTRUTURA**

todas as outras alternativas menos intervencionistas avaliadas e as razões para sua não adoção;

(c) que a referida disposição convive de maneira pacífica e harmônica com o disposto (i) nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estabelecidos no art. 170 da CF/1988, (ii) na Lei 13.874/2019 - Lei de Liberdade Econômica, com destaque para o disposto em seu artigo 4º, (iii) no art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB e (iv) no art. 36, §1º, da Lei 12.529/2011 - Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em relação a esse último dispositivo legal, em uma leitura preliminar, nos parece que referido diploma legal, que não pode ser contrariado por norma infralegal, traz justamente previsão oposta à pretendida pelo art. 26 da mencionada minuta de Deliberação, já que excetua do rol de infrações concorrenciais a conquista de mercado por eficiência do agente, não fazendo qualquer distinção quando o agente participa ou não de outros mercados relevantes (elos da cadeia), especialmente por tratar-se de um mercado ainda inexistente.

Além destas questões mais atinentes à legalidade do art. 26 da Deliberação, para garantir a dinâmica saudável do mercado livre de gás, consideramos relevante que a ARSESP explicita como esta restrição à conquista de mercado por um agente que se mostre mais eficiente - seja por oferecer preços mais competitivos, por garantir condições de contratação mais aderentes ao interesse dos usuários ou ainda por aportar inovações ao setor - e consiga atrair o interesse de um maior número de clientes pode favorecer usuários e estimular o desenvolvimento de um mercado mais competitivo, como todos os agentes almejam.

Apresentadas nossas contribuições à proposta de redação do art. 26 da minuta de Deliberação, reiteramos nosso reconhecimento à postura protagonista da ARSESP no desenvolvimento do mercado livre.