



São Paulo, 07 de setembro de 2020

## **CONSULTA PÚBLICA ARSESP Nº 10/2020**

### **Aprimoramento das regras do Mercado Livre de Gás Natural no Estado de São Paulo**



A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) apresenta suas contribuições no âmbito da Consulta Pública nº 10/2020 da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), cujo objetivo é “disciplinar as regras para prestação do serviço de Gás para Usuários Livres, as condições para Autorização do Comercializador e medidas para fomentar o Mercado Livre”.

## Considerações iniciais

O setor de gás natural passa por um momento de importantes mudanças no país. Desde a publicação da Resolução CNPE nº 16, em 24 de junho de 2019, que lançou as bases do Novo Mercado de Gás (NMG), passando pela assinatura do Termo de Cessação de Conduta (TCC), entre o CADE e a Petrobras, em 8 de julho de 2019, e agora com as discussões sobre a Nova Lei do Gás (PL 6407/2013). Todos instrumentos legais e regulatórios buscando a abertura do mercado de gás, com aumento da concorrência e queda nos preços ao consumidor final.

Nesse contexto, a FIESP parabeniza a ARSESP pela iniciativa de colocar em Consulta Pública a modernização das regras do mercado livre de gás natural no Estado de São Paulo. No geral, entendemos que algumas propostas apontam no sentido correto, ao dar mais liberdade de escolha aos consumidores, com a extinção do limite mínimo para migração ao ambiente livre e a permissão da venda de excedentes. A própria consolidação das regras em uma mesma Deliberação deve ser considerada como positiva, por tornar a regulamentação mais transparente e de fácil acesso.

Todavia, fica evidente em diversos pontos da NT.G-0003-2020 e da Minuta de Deliberação, ora em consulta, que a ARSESP sucumbe ao *vício do regulador*, que deseja “liberalizar” o mercado, mas sem perder o controle sobre cada ação e transação feita. Assim, ao invés de retirar barreiras para o livre desenvolvimento do mercado, a Agência acaba criando inúmeras outras, com *potencial de inibir o crescimento do mercado livre e aumentar* – injustificadamente – *os custos de transação entre os agentes*.

Lembramos a ARSESP que a “lei do mercado” não foi escrita por qualquer legislador e, muito menos, por qualquer agência reguladora moderna. Talvez possa-se dizer que foi explicitada em 1776, quando Adam Smith publicou a primeira versão de “*A riqueza das nações*”. Porém, é muito anterior a ele, dado que sempre regeu as relações comerciais, desde os primórdios da civilização.

Logo, toda discussão a respeito da “regulamentação” do mercado livre deve ter apenas um alvo: **retirar barreiras legais e regulatórias, a fim de que o mercado se desenvolva e realmente possa ser chamado de livre**. Do contrário, criaremos em São Paulo uma figura bastante estranha – uma espécie de “mercado livre regulado” –, que não poderemos chamar de mercado e muito menos de livre.

## Introdução

Um ponto introdutório a ser avaliado é a motivação da ARSESP para a presente Consulta Pública. Conforme relatado na Nota Técnica, o mercado livre de gás canalizado está regulamentado em São Paulo desde 2011. Porém, apesar de contar com 17 comercializadoras habilitadas e 230 potenciais usuários livres<sup>1</sup>, há apenas 1 usuário livre no Estado até hoje. Diante dessa realidade, a ARSESP faz o seguinte diagnóstico:

*Passados mais de 9 (nove) anos da abertura do Mercado Livre de Gás Canalizado em São Paulo, e embora possua arcabouço regulatório robusto e bem estruturado, desde 2011, até o momento 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. (...) Assim, em razão das dificuldades para efetivar o Mercado Livre e tendo em vista o desenvolvimento do NMG, o qual traz mudanças significativas, tais como Contratos de Suprimento celebrados com curta vigência e previsão de flexibilidade da Quantidade Diária Contratual (QDC) ao longo dos anos, bem como a assinatura de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) entre o CADE e Petrobras, consistente em plano de desinvestimento por parte da estatal a ser concluído até 31/12/2021 visando a abertura do mercado e considerando os sinais de amadurecimento do setor a Arsesp decidiu aprimorar as normas relativas ao Mercado Livre. (grifo nosso)*

A ARSESP entende que a barreira fundamental para o não desenvolvimento do mercado livre em São Paulo encontra-se na falta de ofertantes e na dificuldade de acesso às infraestruturas essenciais – temas de competência exclusivamente federal e que serão endereçados pelas mudanças legais em curso no país. Depreende-se desse ponto, que se há ajustes a serem feitos na regulamentação estadual, eles devem ser no sentido de ampliar possibilidades de acesso ao mercado livre e diminuir os custos de transação. Afinal, um Estado que possui um “arcabouço regulatório robusto e bem estruturado” sobre o mercado livre, não deve ampliar as regras, mas simplificá-las.

Portanto, ressaltamos que não basta ter um diagnóstico correto a respeito do problema, é preciso também ter objetivos adequados para a nova regulamentação. E o objetivo central deve ser o desenvolvimento de um mercado livre e dinâmico, sem que o peso do regulador paralise a livre iniciativa dos agentes.

O segundo ponto introdutório diz respeito aos limites de competência da ARSESP sobre a comercialização de gás no Estado de São Paulo. Não cabe aqui fazer ampla discussão sobre os conflitos jurídicos existentes em torno da competência sobre a atividade de comercialização. Mas entendemos que há princípios que devem nortear a elaboração da presente norma.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2Q0szRP>. Acesso em: 02/09/2020.

Primeiro, é evidente que a Constituição Federal de 1988 (CF 88) delegou aos Estados a competência sobre os “*serviços locais de gás canalizado*” (conforme redação dada pela EC 05/1995). Além disso, os Estados firmaram, com empresas do segmento de distribuição, contratos de concessão de longo prazo (30 a 50 anos de extensão), estabelecendo metas de investimentos, critérios para regulação tarifária e para fiscalização da prestação dos serviços.

Alguns contratos, como os firmados no Estado de São Paulo, incluíram um período no qual as distribuidoras teriam exclusividade sobre a comercialização de gás com o mercado consumidor. Findo este prazo, inicia-se o processo de abertura do mercado (o “*by-pass comercial*”). Foi o que ocorreu em São Paulo, a partir de 2011.

Dado que há íntima relação entre a atividade de comercialização exercida pelas distribuidoras (com o consumidor regulado) e pelas comercializadoras (com usuários livres), é imprescindível que a agência reguladora estadual estabeleça regras claras sobre o funcionamento de cada um dos ambientes de contratação. Nesse sentido, é preciso que sua atuação sobre os agentes livres respeite as competências federais, reguladas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Nesse sentido, como a linha de separação entre as competências federais e estaduais sobre a atividade de comercialização é um tanto tênue, apelamos para outro princípio constitucional que deveria reger as decisões da ARSESP: o **princípio da razoabilidade**. Inclusive, ressaltamos que a Lei Complementar nº 1025, de 7 de dezembro de 2007, estabelece, em seu Art. 2º, que a ARSESP *deverá observar*, no desempenho de suas atividades, *o princípio da razoabilidade* (entre outros).

Segundo define Bandeira de Mello,

*enuncia-se com este princípio [da razoabilidade] que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.*<sup>2</sup> (g.n.)

Ou seja, ainda que existam áreas cinzentas na legislação do gás canalizado, que deem espaço para atuação discricionária da Agência, ela deverá atuar de forma razoável (“*em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas*”), guardando coerência entre

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

o que se pretende alcançar (finalidade) e os instrumentos empregados para tanto (meio). Em outras palavras, importa ter objetivos corretos e propor meios corretos para alcançá-los.

A adoção de condutas “*desarrazoadas, bizarras, incoerentes*”, não apenas abrem espaço para disputas judiciais intermináveis, como podem prejudicar, sensivelmente, o desenvolvimento do mercado. Esperamos que não seja demais, a exigência para que a ARSESP atue neste caso com prudência e sensatez.

Assim, como argumentaremos adiante, é fundamental que a Agência evite: sobreposição com a atuação da ANP; exigências exageradas de informações; cobrança irrazoável de taxas dos agentes; e intervenção sobre a forma de empresas privadas atuarem comercialmente. Nesse sentido, vale destacar outra importante diretriz para a atuação da ARSESP, disposta no Art. 2º, da Lei Complementar nº 1025/2007:

*IV - mínima intervenção na atividade privada, admitidas apenas as proibições, restrições e interferências imprescindíveis ao alcance dos objetivos da regulação específica; (g.n.)*

Fica evidente que a atuação da ARSESP sobre o mercado livre de gás deve se pautar pela “*mínima intervenção na atividade privada*”, atuando apenas sobre aquilo que for “*imprescindível*” ao bom funcionamento do mercado. Infelizmente, essa diretriz é desrespeitada em diversos pontos da Minuta de Deliberação.

Já no Art. 8º, que trata sobre as competências da ARSESP sobre os serviços de gás canalizado, encontramos qual é seu papel sobre a comercialização de gás natural:

*VIII - autorizar a atividade do comercializador de gás natural a usuários livres;*

Ponto. Nada mais é dito a respeito. Logo, causa certo estranhamento a leitura dos documentos em consulta, que dão a impressão da ARSESP tratar a comercialização de gás como uma atividade regulada, no mesmo “nível” da distribuição. Salienta-se, aqui, que uma comercializadora não é uma concessionária de distribuição, assim como um usuário livre não é um consumidor regulado. Portanto, é preciso que a ARSESP limite, ao máximo, sua atuação sobre este ambiente contratual, a fim de não extrapolar suas competências – inclusive aquelas dadas pela sua própria Lei de criação.

Um último ponto introdutório, que deve pautar a atuação da Agência neste estágio do mercado, é a *garantia de acesso* dos consumidores aos sistemas de distribuição (conforme inciso VII, Art. 8º, da Lei Complementar 1025/2007) e a “*proteção ao consumidor no que respeita a preços, continuidade e qualidade do fornecimento de energia*” (inciso VIII, Art. 2º, da mesma Lei).



Em suma, a FIESP defende que a ARSESP deve se pautar, especialmente neste primeiro momento, pela simplificação das regras, pela razoabilidade das normas, pela retirada de barreiras que inibam o crescimento do mercado e pelo respeito aos Contratos e ao direito dos consumidores. Não teremos um mercado livre em São Paulo se a ARSESP tentar impor uma norma que alcance cada relação comercial, cada modelo de negócio, cada decisão empresarial. Todas contribuições da FIESP seguirão estes princípios norteadores.

## Das definições

A ARSESP define “Comercializador”, conforme inciso III, Art. 2º:

*Pessoa Jurídica 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;*

Conforme discussão feita na Introdução, é preciso cuidado para não avançar sobre atribuições da ANP, ou para não criar conflito entre as competências. Logo, propõe-se que o agente “Comercializador” seja definido não apenas como “Pessoa Jurídica Autorizada pela ARSESP”, mas “Pessoa Jurídica Autorizada pela ARSESP e pela ANP”, uma vez que os comercializadores terão que registrar seus contratos de compra e venda na ANP e devem ser autorizados, também por ela, a exercer a atividade de comercialização.

Frisa-se que uma comercializadora não está restrita à atuação apenas em um Estado da Federação. Portanto, a regulação da ARSESP deve se limitar ao que for específico de São Paulo.

## Do comercializador e da comercialização de gás canalizado

Primeiramente, sugerimos a supressão do inciso XI, do Art. 5º:

*XI. colaborar na promoção das políticas de eficiência energética.*

Entendemos que não há qualquer justificativa razoável para elencar, dentre as responsabilidades de uma comercializadora, a promoção de políticas de eficiência energética.

Já no Art. 6º, sugerimos a supressão do inciso I, do § 1º, que exige cláusula específica nos Contratos de Compra e Venda, proibindo a retirada de volumes de gás adicionais às quantidades contratadas e programações. Mais uma vez, não há justificativa razoável para tal redação. Desvios, mesmo em relação à quantidade programada, podem acontecer normalmente. Caso haja disponibilidade do Agente Supridor e por parte da Concessionária para atendimento, não há por que limitar o uso do gás neste caso.

Mais problemático ainda é o inciso II, do mesmo parágrafo e artigo. É um típico exemplo no qual a atuação do regulador pode elevar, sobremaneira, os custos de transação. Instituir a “Carta Fiança Bancária” como único instrumento de garantia para os contratos já é limitador, por si só. Além disso, a ARSESP ainda define que a carta fiança deve ser “*vigente pelo mesmo prazo previsto no contrato*”.

Não cabe à Agência definir qual instrumento de garantia será firmado entre as partes. Este é um instrumento bilateral, que deve ser pactuado entre a comercializadora e o usuário livre. Caso seja necessária a exigência regulatória de cláusula de garantia nos contratos, deve-se deixar em aberto o tipo de instrumento a ser utilizado.

Outra exigência absurda consta do § 4º, 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 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.*

Ora, a consequência prática exigência acima é uma só: aumento de custos para o consumidor final. Exigir que a comercializadora tenha montantes contratuais superiores aqueles que ela tem vendidos, expõe a empresa a cláusulas de *take-or-pay*, dando a ela pouquíssima flexibilidade sobre seu portfólio contratual. Uma vez que ela tenha que tomar maior risco de contratação, isto certamente se refletirá nos seus preços – que, por definição, já têm uma margem pequena.

Inclusive, este dispositivo entra em contradição com as discussões conduzidas pela ARSESP, no âmbito da CP 09/2020, que tratou sobre a “Conta Gráfica Penalidades”. Ali, o objetivo foi tornar as distribuidoras mais eficientes na contratação de gás junto às suas supridoras, diminuindo o pagamento de penalidades contratuais. Assim, não faz sentido exigir que a concessionária seja 100% precisa na contratação do gás e exigir que a comercializadora comprove contratação acima do seu mercado.

Por fim, dentro desta seção, entendemos que o § 2º, do Art. 8º, é todo ele uma completa intervenção da Agência sobre uma atividade privada. Não faz sentido incluir

como responsabilidade do Comercializador, seguir um guia de “boas práticas comerciais”, elaborado por uma agência reguladora de serviços públicos. A ARSESP não tem condições de fiscalizar esse tipo de prática e não pode chamar para si a responsabilidade de dizer como uma empresa privada deve, ou não, atuar na sua atividade comercial.

## Das atribuições da ARSESP

Nesta seção, fica novamente evidente a quantidade de atribuições que a ARSESP toma para si, quando deveria buscar limitar seu espaço de atuação e focar naquilo que é essencial. Retomamos, assim, os princípios expostos na Introdução, como fundamento para as contribuições que serão feitas aqui.

Dois incisos foram incluídos pela ARSESP no Art. 9º, sem a devida justificativa:

- VI. gerenciamento dos Contratos de Suprimento e Contratos de Compra e Venda de Gás;*
- VII. fiscalização e controle da atividade de Comercialização. (g.n.)*

Sobre o inciso VI, entendemos que não é atribuição da ARSESP gerenciar os contratos da atividade de comercialização. Contratos são instrumentos de acordo bilateral, ato jurídico perfeito, com informações estratégicas e capazes de influenciar importantes decisões empresariais. Lembramos que a ANEEL já exigiu, no passado, a entrega dos contratos do mercado livre a ela, o que se demonstrou absolutamente inviável com o tempo. Não há razões para seguir a mesma prática.

Nesse sentido, trazemos como contribuição o racional que motivou a ANEEL suspender a exigência do registro de contratos do mercado livre na Agência. Conforme se lê na Nota Técnica nº 169/2008–SEM/ANEEL<sup>3</sup>:

*60. Dessa forma, para a execução do acompanhamento e da supervisão do mercado de energia elétrica, é evidente que a Agência deva dispor de informações confiáveis sobre as transações comerciais realizadas. Todavia, ao contrário do que acontece no ACR, no ACL tais transações não exigem a chancela direta do regulador, vez que não trazem ônus às tarifas reguladas.*

*61. Adicionalmente, a utilização do instituto de registrar contratos bilaterais no ACL faz com que a ANEEL se responsabilize por instrumentos livremente pactuados entre as partes, com as mais diversas condições técnico-comerciais. Com isso, esta Agência assume um risco considerável ao consentir com tais contratos, haja vista que algum problema não detectado na análise dos mesmos possa ocasionar futuras situações desfavoráveis ao bom funcionamento do setor elétrico.* (g.n.)

<sup>3</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3INZ5ly>. Acesso em: 03/09/2020.

Fica claro, a partir da análise feita pela ANEEL, que o registro de contratos firmados entre agentes do mercado livre, constitui risco para a própria agência reguladora, a expondo a riscos técnicos e comerciais, que não lhe dizem respeito, ao fazer o mero registro destes contratos. Além disso, como exposto pela ANEEL, a própria aprovação dos contratos firmados no ambiente livre não é competência da Agência, cabendo a ela apenas acompanhar a comprovação das condições mínimas para transacionar energia elétrica nesse ambiente. Entendemos que há forte paralelo com a atividade de comercialização de gás natural.

Assim, ainda que num primeiro momento se faça necessário o registro dos contratos na ARSESP, defendemos que nem todas as informações do Contrato sejam submetidas à Agência (como, por exemplo, preço) e que, em prazo não superior a 12 meses, a ARSESP abra consulta pública específica sobre o assunto. Nesta ocasião, solicitamos que a ARSESP apresente propostas de instituições privadas independentes que possam fazer essa gestão contratual – à semelhança do que é feito pela CCEE no setor elétrico. Outras instituições, como a B3, poderiam ser avaliadas, considerando sua credibilidade junto ao mercado e *expertise* no trato de informações confidenciais. Ou ainda pode-se avaliar uma parceria com a própria CCEE, que tem experiência na gestão de contratos do setor elétrico.

Essa outra instituição poderia colaborar com a ARSESP, na definição do sistema de garantias mútuas, que daria maior robustez e confiabilidade ao mercado.

Já o inciso VII não discrimina que tipo de “*controle*” a ARSESP deseja exercer sobre a atividade de Comercialização. De qualquer forma, sugerimos a supressão da expressão “*controle*”, mantendo apenas “*fiscalização*”. Reiteremos que quanto menor a participação da ARSESP sobre a atividade de comercialização, menor o risco de atuação indevida sobre atividades privadas.

Ainda no Art. 9º, no seu § 2º, encontramos outra grave proposta feita pela ARSESP, a saber: a divulgação, mensal, do preço médio ponderado de venda de gás aos usuários livres. Curiosamente, trata-se de mais uma medida adotada no setor elétrico que fracassou<sup>4</sup>. Na verdade, a publicação dos preços médios praticados no mercado livre de energia elétrica foi medida tão polêmica, que jamais chegou a se concretizar, em virtudes de inúmeras liminares judiciais. Frisa-se que o mercado de energia elétrica não foi afetado pela não divulgação dos preços médios, sugerindo tratar-se de medida dispensável ao funcionamento do mercado.

---

<sup>4</sup> A publicação dos preços praticados no ACL foi prevista pela Portaria MME nº 455, de 02 de agosto de 2012. A Portaria foi alvo de intensa judicialização, até que foi revogada, em julho de 2018.

A proposta tem vários problemas. Primeiro porque preço é uma informação estratégica, para negociações privadas. Segundo, porque considerando o incipiente mercado livre de gás que temos no Estado, a divulgação de preços médios, a partir desse momento, poderia balizar as negociações por muito tempo. Assim, os primeiros contratos fechados acabariam por se tornar referência para todos os demais – o que pode diminuir, consideravelmente, as possibilidades de ganhos dos consumidores.

Novamente, a ARSESP erra ao tentar regular um mercado livre – e que sequer existe ainda. Mais uma evidência de que a ARSESP parece considerar a comercializadora como uma concessionária, por ela regulada, está no Art. 10º.

Não faz sentido cobrar 0,5% de Taxa de Fiscalização, especialmente sobre o faturamento anual, das comercializadoras. A fiscalização exercida pela ARSESP sobre a atividade de comercialização é infinitamente mais limitada do que aquela exercida sobre as concessionárias. Não há: revisão tarifária, reajuste anual, avaliação sobre equilíbrio econômico-financeiro, fiscalização da base de ativos, acompanhamento de Plano de Negócios etc.

Além disso, comercializadoras realizam uma série de atividades de *trading* e operações de curto prazo, que compõem o faturamento das empresas, mas não guardam relação com a atuação da ARSESP<sup>5</sup>.

Essa a proposta conta com mecanismos “bizarros”, como aquele do § 2º:

*§2º. A taxa de fiscalização, no primeiro ano da atividade de Comercialização, será calculada com base no faturamento projetado do Comercializador para o ano corrente. A partir do segundo ano, a diferença entre o valor realizado e o valor projetado no ano anterior será compensada nos valores pertinentes ao faturamento do ano vigente. (g.n.)*

Que capacidade a ARSESP tem para projetar o faturamento de uma comercializadora de gás? Isso não é razoável.

Assim, contribuímos pela supressão do Art. 10º e de todos seus parágrafos. Alternativamente, propomos que o cálculo da Taxa não seja feito sobre o faturamento anual das empresas, mas como um valor fixo sobre cada contrato de comercialização registrado, ou proporcionalmente ao volume final consumido. Por óbvio, o § 2º deve ser excluído, assim como o § 8º, por se tratar de intervenção indevida sobre a atividade de comercialização.

---

<sup>5</sup> Fora que a ARSESP vem acumulando, ano após ano, superávits orçamentários bastante consideráveis, a ponto de contar com R\$ 747 milhões em caixa (2019). Qual o sentido de uma agência reguladora manter um caixa desta monta, tendo despesas anuais da ordem de R\$ 60 milhões?



O Art. 11º versa sobre o pedido de autorização para exercer a atividade de comercialização no Estado. Nada é dito sobre o registro do comercializador junto à ANP, tratando a autorização como se fosse dada exclusivamente pela ARSESP. Ora, este é um caso no qual o bom senso deveria atuar.

O Comercializador deve, nos termos da Lei 9478/1997 e da Resolução ANP nº 52/2011, ter autorização da ANP para exercer a atividade de comercialização. Assim, ainda que seja justificável o registro junto à ARSESP, é possível reduzir a quantidade de informações que devem ser prestadas à agência estadual, diminuindo assim a burocracia e aumentando a eficiência. Sugere-se, aqui, que as agências atuem de forma cooperada, buscando o compartilhamento de informações e dados de registros.

Sugerimos que seja incluído um inciso no Art. 11º, exigindo a comprovação de registro junto à ANP, e que o restante da documentação exigida seja apenas àquela estritamente relacionada à atuação no âmbito estadual.

Em suma, pedimos atenção da ARSESP sobre sua atuação sobre a atividade de comercialização. Como dito na Introdução, quanto maior a burocracia e a intervenção da Agência, maiores os custos de transação e mais barreiras se impõem para o desenvolvimento do mercado.

## Das penalidades aplicáveis ao Comercializador e à Concessionária

Neste quesito, a ARSESP alcança o ápice do intervencionismo sobre o mercado livre de gás natural. Portanto, de partida, manifestamos nossa total discordância com o disposto nos artigos 25º e 26º da Minuta de Deliberação.

Começando pelo Art. 25º, julgamos inócuo o disposto no *caput* e em seu § 1º. Por óbvio, o agente de comercialização “*não poderá cometer infrações à ordem econômica*”. Porém, isso não será vedado por uma Deliberação da ARSESP, mas por força da Lei Federal 12.529/2011. O mesmo pode ser dito sobre o § 1º, afinal, conforme prevê o inciso XI, do Art. 7º, da Lei Complementar 1025/2007, compete à ARSESP:

*XI - comunicar aos órgãos competentes os fatos que possam configurar infração à ordem econômica, ao meio ambiente ou a direitos do consumidor; (g.n.)*

Este inciso delimita, claramente, a competência da ARSESP sobre os casos de infração à ordem econômica: “**comunicar** aos órgãos competentes”. Foi esta competência dada pelo legislador estadual à Agência.

Logo, torna-se necessário a supressão do § 2º e do § 3º, do Art. 25º, que permitem a atuação da ARSESP, “independente da decisão dos órgãos de defesa da concorrência” (g.n.). A ilegalidade da proposta é evidente. Por meio de uma Deliberação, a ARSESP não apenas expande a competência que lhe foi outorgada pelo legislador estadual, como toma para si a competência do órgão de defesa da concorrência federal, uma vez que se confere a liberdade de atuar *independente* da decisão dos órgãos de defesa da concorrência.

Não satisfeita em tomar para si uma competência federal (do CADE), no Art. 26º a ARSESP avança sobre qualquer princípio e impõe uma barreira (quase) intransponível ao desenvolvimento do mercado. E, assim o faz, a partir de uma interpretação duvidosa da Lei Federal.

Vejamos como argumenta a ARSESP, na NT.G-0003-2020:

*Desta forma, o legislador ordinário, seguindo os preceitos do constituinte, elaborou a Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei Federal nº 12.529/2011). Nesta 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.*

*Em sendo assim, atenta a estas disposições, bem como, ao fato de que a quebra do monopólio do mercado de gás natural no âmbito federal não pode levar a criação de monopólios no âmbito estadual, a ARSESP propõe deixar a extremo de dúvidas, no âmbito de sua competência, que não se admite quaisquer infrações à ordem econômica, pelos serviços de comercialização, nas áreas de concessão de distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo.*

*Para tanto, a Arsesp propõe, inicialmente, a inclusão do mesmo limite estabelecido pela lei federal, ou seja, 20% (vinte por cento) do mercado relevante. E, deixa claro, que o mercado relevante considerado é aquele correspondente 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.*

*Outrossim, a fim de evitar a concentração econômica em grupos econômicos com participação em outros ramos da cadeia de Gás Canalizado, não admite valores acima de 20% (vinte por cento) nem mesmo como processo natural de concentração, nos termos do § 1º do artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/2011.*

Em resumo, a ARSESP raciocina da seguinte forma:

- i. A Lei Federal considera que há infração à ordem econômica sempre que uma empresa ou grupo econômico controla mais do que 20% do mercado relevante de um produto ou serviço;
- ii. O mercado livre de gás em São Paulo é um “mercado relevante”;
- iii. Logo, fica expressamente proibido o controle por uma empresa ou grupo econômico de mais do que 20% do mercado livre de gás em São Paulo.

Não é preciso ter feito curso de lógica para perceber o erro do raciocínio, pois o ponto ‘iii’ não é a conclusão lógica dos pontos ‘i’ e ‘ii’. E tanto isso é verdadeiro, que a própria Lei 12.529/2011 (“Lei do CADE”) não chega a este extremo. Senão, vejamos o que diz a Lei, em seu Art. 36º:

*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 - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*

*II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;*

*III - aumentar arbitrariamente os lucros; e*

*IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

*§ 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.*

*§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (g.n.)*

Para uma correta compreensão daquilo que é disposto no inciso II, é preciso compreender o que diz o § 1º e o § 2º. Além disso, é preciso atenção ao disposto no inciso IV, para não incorrer em conclusões precipitadas.

Para que o domínio de mercado relevante (inciso II) seja considerado “infração à ordem econômica” é preciso levar em conta como se deu o processo de “conquista de mercado” (§ 1º). Ou seja, não há como se considerar, *a priori*, que o controle de 20% do mercado constitui “infração à ordem econômica”, salvo no caso de abuso da posição dominante (inciso IV).

E é neste ponto que o raciocínio da ARSESP falha (item iii, acima), porque o simples fato de controlar mais do que 20% do mercado relevante não quer dizer, por si só, que há infração à ordem econômica. É preciso que haja abuso da posição dominante, ou que o processo de conquista do mercado não seja resultado de eficiência econômica em relação aos seus competidores (inciso I).

Além disso, a Lei do CADE não define apenas o que é infração à ordem econômica, mas também as penalidades que deverão ser aplicadas – ver artigos 37º a 45º, da Lei 11.529/2011. Porém, em um processo de simplificação absurdo, a ARSESP opta por impor o limite de 20% sobre qualquer empresa ou grupo econômico.

Até aqui, argumentamos que a ARSESP extrapola sua competência com a redação proposta para os artigos 25º e 26º, mas também faz uma interpretação equivocada (ou parcial) da Lei do CADE. Porém, ainda é preciso demonstrar porque a proposta da Agência pode ser fatal para o desenvolvimento do mercado em São Paulo.



Ainda que sua preocupação com a concentração de mercado seja justa, a ARSESP precisa lembrar que sequer há mercado livre de gás em São Paulo atualmente. Assim, caso a proposta da ARSESP seja aplicada, é possível que o mercado jamais aconteça. Afinal, enquanto não houver ao menos cinco usuários livres, com consumos equivalentes, supridos por cinco comercializadoras, com contratos equivalentes, sempre haveria infração à ordem econômica.

Além disso, a proposta gera insegurança ao consumidor, uma vez que, se a comercializadora alcançar o limite estabelecido pela ARSESP, deverá reduzir seu volume de contratos (nos termos do § 2º, do Art. 26º), lançando o consumidor num limbo ou na gestão de outra empresa que ele tem qualquer relacionamento comercial.

Na prática, a proposta acaba por premiar ineficiências (comerciais e/ou econômicas), dado que a empresa que for mais eficiente na captura de novos clientes se verá limitada pelo dispositivo. Restaria aos demais consumidores, que não poderão ser atendidos pela empresa mais eficiente, as demais, que não necessariamente têm preços tão competitivos ou práticas de gestão tão excelentes.

É óbvio que o resultado dessa proposta é apenas um: distorção dos preços e ineficiência econômica. As comercializadoras perdem o incentivo para serem tão eficientes quanto puderem ser e o mercado perde a credibilidade, pois nunca se poderá ter certeza de que o patamar de preço alcançado foi o de equilíbrio do mercado, ou aquele imposto pelo “teto regulatório”.

Poderíamos dizer que, neste caso, é a ARSESP que incide em infração à ordem econômica, nos termos do inciso I, do Art. 36º, da Lei 12.529/2011, ao “prejudicar a livre concorrência” e “a livre iniciativa”.

É, portanto, fundamental que a Agência retire da Deliberação os artigos 25º e 26º. Sua responsabilidade institucional é acompanhar o funcionamento do mercado. Caso observe indícios de infração à ordem econômica, deve-se reportar aos órgãos competentes, para que eles apurem tais práticas e tomem as devidas providências, sempre na forma da Lei.

## Das condições de enquadramento no Mercado Livre

Como dito anteriormente, a retirada do limite mínimo para o Usuário se tornar livre é a medida mais positiva da presente proposta. Logo, defendemos que seja mantida, sem qualquer restrição. Também entendemos que a redução do prazo para denúncia do contrato no mercado regulado, de 6 para 3 meses, é positiva, melhorando a dinâmica do mercado.



Sobre o prazo de retorno para o mercado regulado, previsto no Art. 33º, entendemos que este deve ser reduzido de 2 anos para 1 ano, sem a cláusula de exceção do § 2º. Permitir o retorno antecipado, nos “*casos em que houver disponibilidade técnica de atendimento imediato*”, além de vago, concede discricionariedade às concessionárias – supondo que esta “*disponibilidade técnica*” seria avaliada por elas.

Assim, se mantida a cláusula de exceção, a ARSESP deve definir de forma transparente quais são os requisitos para comprovação de “disponibilidade técnica” que deverão ser utilizados na análise do pedido. Tais requisitos devem garantir tratamento isonômico a todos consumidores que optarem pelo retorno ao mercado regulado.

No § 6º, do Art. 33º, há previsão sobre a tarifa aplicável ao consumidor que retornar ao mercado regulado. Porém, nenhum dos dois casos (incisos I e II) esclarece sobre como se dará o pagamento da Conta Gráfica por este usuário. Por isonomia, e considerando o disposto no Art. 29º, sugerimos que a tal usuário só venha arcar com a parcela de Conta Gráfica que lhe diz respeito (ou seja, após o término do saldo em amortização e, se necessário, com ajuste financeiro e cálculo *pro rata*).

Por fim, também consideramos como positiva a proposta de cessão do gás excedente, ainda que por meio de comercializadora. Este tipo de proposta tem o potencial de dinamizar o mercado e começar a criar as condições necessárias para o surgimento do mercado livre.

## Das disposições finais e transitórias

O Art. 44º prevê que o Usuário parcialmente livre deverá migrar integralmente para o mercado livre dois anos após a publicação da Deliberação. Entendemos que esta medida não contribui com o desenvolvimento do mercado e deve, portanto, ser suprimida da proposta.

A figura do consumidor “parcialmente livre” é fundamental para o desenvolvimento inicial do mercado. Neste sentido, dois anos é prazo extremamente exíguo para a extinção de tal possibilidade. Além disso, exigir que, após tal prazo, o consumidor migre compulsoriamente para o mercado livre é mais uma intervenção desarrazoada. Na prática, o consumidor que tomasse a decisão de se tornar parcialmente livre hoje, teria que imaginar um cenário de, ao menos, quatro anos (dois anos como parcialmente livre e mais dois anos – como a proposta da ARSESP – para voltar ao mercado regulado).

Em tese, não vemos óbice à manutenção do usuário parcialmente livre. Além de conferir segurança aos consumidores que desejam iniciar sua migração, a contratação em ambos os mercados não gera impactos para os demais consumidores regulados.



Porém, alternativamente, sugerimos processo de consulta pública específica, dois anos após a publicação desta Deliberação, para reavaliar a possibilidade de contratação simultânea nos ambientes livre e regulado.

Ainda nas disposições transitórias, sugerimos a inclusão de um novo artigo tratando sobre o Supridor de Última Instância. Este tema constava entre aqueles discutidos no âmbito do Workshop online, mas não foi contemplado na Minuta de Deliberação. Nossa proposta é que, ao menos neste primeiro momento, esta deve ser uma responsabilidade da concessionária de distribuição, que também deverá fazer o balanceamento físico da rede.

Se, num momento posterior, o mercado ganhar maior maturidade e outros agentes puderem realizar esse serviço, que o tema seja reavaliado. Porém, trata-se de previsão importante, para dar segurança aos consumidores a respeito da confiabilidade do atendimento.

## Outras questões não tratadas na Minuta de Deliberação

O Art. 1º da Minuta de Deliberação explicita a quais segmentos de usuários se aplicam as regras da livre comercialização. Por força do Contrato de Concessão, os segmentos Residencial e Comercial ficam de fora neste momento, a menos que algum dispositivo venha alterá-lo.

Porém, uma questão que fica em suspenso é qual classificação de usuários será efetivamente aplicada, uma vez que os segmentos de consumo previstos no Contrato de Concessão não necessariamente são os mesmos da tabela tarifária da ARSESP. A alteração dos segmentos e classes tarifárias pode ocorrer a cada revisão tarifária, conforme previsto na Quinta Subcláusula, da Cláusula Décima Primeira, dos Contratos de Concessão. Isso pode acabar por criar algumas situações nebulosas.

Cita-se aqui o exemplo do segmento de refrigeração, que consta da tabela tarifária da Comgás, por exemplo, mas que pode estar alocado em um edifício comercial. A contribuição da FIESP tem como objetivo apenas tornar mais claro qual será o limite de aplicação da norma, a fim de não criar situações conflituosas.

Um outro ponto que não recebeu o devido tratamento na Nota Técnica foi sobre as consequências para os consumidores do mercado regulado, em virtude de ampla migração para o mercado livre. Sabe-se que é um tema sensível e muitas vezes utilizados pelos oponentes do mercado livre para inibir o desenvolvimento deste.

Entendemos que alguns riscos estão endereçados na Minuta, como o pagamento da Conta Gráfica no caso de migração. Porém, falta previsão sobre o tratamento a ser dado a possíveis excessos contratuais pelas concessionárias de distribuição.



Avaliando os novos contratos firmados com a Petrobras (NMG), vemos que há previsão (a partir da cláusula 4.3) de redução da quantidade diária contratual (QDC) no caso de migração de usuários para o mercado livre. Porém, o limite para tal redução é de 50% da QDC e não se aplica a todas as migrações, como no caso do Usuário Livre que migrar venha a comprar gás de empresa do mesmo grupo econômico da concessionária (conforme item 4.4.1, do Contrato de Suprimento).

Sugerimos, assim, que a ARSESP atue de forma mais efetiva, a partir da nova Deliberação, para garantir que os novos contratos de suprimento contenham com cláusulas de flexibilização do montante contratado, no caso de migração para o mercado livre. Essa medida é fundamental para não onerar os consumidores que não migrarem com penalidades pela não-utilização do gás e da capacidade não-contratada.

Ainda sobre a contratação de gás pelas concessionárias de distribuição, sugerimos que a ARSESP inclua um dispositivo na presente regulamentação, prevendo que o suprimento seja contratado por meio de chamadas públicas. Ainda que não seja um tema totalmente afeto ao mercado livre, entendemos que há relação entre os assuntos.

A contratação por meio de chamada pública permitirá às concessionárias diversificar seu portfólio de contratos, não apenas pela multiplicidade de ofertantes, mas também com diferentes produtos (contratos mais curtos e mais longos). Isso inclusive aumentaria a flexibilidade das concessionárias, no caso de migração de usuários ao mercado livre, conforme abordamos acima.

Além disso, torna o processo mais transparente, permitindo aos consumidores acompanhar o processo de contratação pelas concessionárias e a disputa de preços – que afetará, também, os prazos e preços negociados no mercado livre.

## Resumo das contribuições da FIESP

Em suma, a FIESP apoia a revisão das regras do mercado livre de gás em São Paulo, com destaque para a retirada do volume mínimo necessário para migração, redução do tempo para denúncia do contrato no mercado regulado e previsão da cessão de excedentes, via comercializadoras.

Por outro lado, apresentamos uma série de contribuições no sentido de alterar a Minuta de Deliberação, ou suprimir dispositivos que sejam lesivos ao desenvolvimento do mercado de gás, especialmente considerando seu estágio ainda embrionário. Também alertamos para que a ARSESP se atenha ao princípio da razoabilidade, naquilo que for da sua esfera de discricionariedade, e respeite competências federais, como da ANP e do CADE.

Por fim, defendemos que é fundamental a ARSESP se atentar às competências definidas pela Lei Complementar 1025/2007, entendendo que as diretrizes e limites impostos pelo legislados estadual devem prevalecer sobre qualquer impulso da Agência de intervir em áreas que não são da sua competência.

Propomos a alteração dos seguintes dispositivos:

- Inciso III, do Art. 2º, para incluir o registro na ANP;
- Inciso II, § 1º, Art. 6º, a fim de incluir outros instrumentos de garantia mútua, que não apenas Fiança Bancária;
- Inciso IV, § 1º, Art. 6º, uma vez que basta a comprovação de montante contratado suficiente para atender ao volume vendido;
- Art. 10º, dado que comercializadoras não são fiscalizadas da mesma forma que concessionárias e, portanto, não é razoável a cobrança de taxa de 0,5% sobre o faturamento anual;
- Art. 11º, a fim de diminuir a burocracia no registro de comercializadoras e a quantidade de informações duplicadas com a ANP;
- § 2º, do Art. 33º, para diminuir o tempo para retorno ao mercado regulado (de 2 anos para 1 ano), sem a cláusula de exceção;
- § 6º, do Art. 33º, incluir a previsão sobre como se dará a cobrança da parcela de Conta Gráfica no retorno ao mercado regulado;

Propomos a supressão dos seguintes dispositivos:

- Inciso XI, do Art. 5º, por não ser responsabilidade das comercializadoras desenvolver políticas de eficiência energética;
- Inciso I, § 1º, Art. 6º, por não ser razoável proibir o consumo de gás acima do contratado, caso haja disponibilidade para a entrega;
- § 2º, do Art. 8º, dado que não é atribuição da Agência ensinar boas práticas comerciais ao mercado;
- Incisos VI e VII, do *caput* do Art. 9º, por não ser competência da ARSESP a gestão de contratos firmados entre empresas privadas;
- § 2º, do Art. 9º, dado que a divulgação de preços médios pode ser extremamente nociva ao mercado e aos consumidores;
- Art. 25º, por ser parcialmente inócuo (*caput* e § 1º) e extrapolar a competência da ARSESP (§ 2º e § 3º);
- Art. 26º, por invadir a competência federal dos órgãos de defesa da concorrência e significar importante barreira ao desenvolvimento do mercado;
- Art. 44º, pois a possibilidade de contratar simultaneamente nos ambientes livre e regulado e positiva para o desenvolvimento do mercado;



Propomos a inclusão dos seguintes dispositivos:

- Previsão de nova consulta pública, a fim de determinar instituição privada independente, responsável pela gestão dos contratos firmados no mercado livre de gás em São Paulo;
- Previsão de nova consulta pública, dois anos após a publicação da Deliberação, sobre o consumidor “parcialmente livre”;
- Regulamentação do Supridor de Última Instância, que, ao menos no momento inicial, deverá ser a concessionária de distribuição;
- Explicitar a classificação de segmentos de usuários que poderão ser livres, ou não, para evitar conflitos com o Contrato de Concessão;
- Acompanhamento da ARSESP sobre os contratos de suprimento do mercado regulado, para que contenham cláusula de flexibilização do montante contratado no caso de migração para o mercado livre;
- Incluir que a contratação pelas distribuidoras deverá ser feita por meio de chamada pública, com diferentes produtos.

Atenciosamente,

Carlos A. Cavalcanti

Vice-Presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP

Diretor Titular do Departamento de Infraestrutura da FIESP