

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

Contribuições à Consulta Pública nº 04/2016

Prezados Senhores.

TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS, sociedade civil, inscrita no CGC/MF sob o nº 19151254000139 e na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de São Paulo sob o nº 15.061, com endereço à Avenida Paulista 37 4ª Andar, conj. 41 CEP 01311-902, Capital do Estado de São Paulo, Tel.: 55 11 2246 2743, neste ato devidamente representada por seu sócio, que a presente subscreve, vem, através desta, apresentar nossa contribuição na **CONSULTA PÚBLICA** que visa disciplinar as condições para aprovação da prestação de outras atividades da Indústria do Gás Natural (IGN) pelas concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

CONSULTA PÚBLICA

A Consulta Pública tem por objeto colher contribuições e manifestações que subsidiarão a Deliberação a ser aprovada pela Diretoria da Arsesp que visa disciplinar as condições para aprovação da prestação de outras atividades da Indústria do Gás Natural (IGN) pelas concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo, em decorrência da Minuta de Deliberação Arsesp e sobre a Nota Técnica do Gás – NTG nº 002/2016.

Em suma, a Minuta de Deliberação Arsesp e a Nota Técnica do Gás – NTG nº 002/2016, argumentam no sentido de criar condições para que as concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo possam explorar outras atividades da indústria do gás natural, tais como: importação, transporte, tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural, conforme previsto nos Contratos de Concessão das concessionárias paulistas. Segundo previsto as Concessionárias podem exercer outras atividades empresariais, mediante prévia e expressa autorização da Arsesp, desde que não interfiram na atividade principal de distribuição de gás canalizado.

EXERCER OUTRAS ATIVIDADES

O Art. 2º da Minuta de Deliberação Arsesp condiciona que a Concessionária somente pode exercer outras atividades, desde que constitua pessoa jurídica distinta e com fins específicos à atividade a que se destina, a qual deverá ter independência operativa e contábil da concessionária, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros e das instalações.

Este artigo fere frontalmente o princípio da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos), que regula a matéria de concessões de serviços público.

RECEITAS ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES OU ACESSÓRIAS

O Art. 11 da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos), dispõem a possibilidade da Concessionária em auferir receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Este é um mecanismo de financiamento do serviço concedido, que não onera os seus usuários e nem o poder concedente. A faculdade concedida pela Lei, em via de regra, é utilizada pelo Poder Concedente nos contratos de concessão. Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece que:

„as tarifas constituem-se, de regra, na remuneração básica, já que as "provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados" têm por finalidade "favorecer a modicidade das tarifas" (art. 11 da lei). O mesmo se dirá quando as tarifas forem subsidiadas pelo concedente. Logo,

a principal fonte da qual é sacada a remuneração do concessionário são as tarifas.¹

A Lei Estadual (SP) nº 7.835, de 08 de maio de 1992, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos também trata das receitas alternativas.

Artigo 11 - A tarifa, cobrada diretamente dos usuários, é o componente da remuneração devida ao concessionário, devendo ser fixada segundo critérios que propiciem harmonia entre a exigência de prestação e de manutenção de serviço adequado e a justa remuneração da empresa concessionária.

*Parágrafo único - O Poder Concedente poderá estabelecer ainda, em favor do concessionário, de acordo com as peculiaridades do serviço, **outras fontes acessórias de receita**, na forma prevista no edital, as quais deverão ser consideradas de modo a assegurar a modicidade da tarifa.*

Artigo 12 - A tarifa será atualizada segundo critérios e prazos fixados no edital.

Parágrafo único - Eventuais distorções decorrentes da atualização de que trata este artigo serão corrigidas, em casos excepcionais, mediante revisão da tarifa, levando-se em conta a variação do custo do serviço e a receita oriunda de fontes acessórias.

No Relatório do Conselheiro Antonio Roque Citadini - 34ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, DIA 3/10/2000 – do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - PROCESSO Nº: TC-000.231/026/2000²

A concessão para a exploração dos serviços de gás canalizado por 30 anos, prorrogáveis por mais 20, deverá ser realizada como função pública prioritária, onde há compromisso da Concessionária de somente exercer outras atividades empresariais mediante prévia e expressa autorização da CSPE, e desde que não interfira na atividade principal objeto da concessão e que as receitas auferidas sejam contabilizadas em separado e contribuam para o favorecimento da modicidade das tarifas cobradas, sendo devidamente consideradas por ocasião

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª Ed. Página 687 -São Paulo: Malheiros, 2005.

² Website <http://www.citadini.com.br/atuacao/2000/00023100.htm> em 10/10/2016.

da revisão das tarifas, podendo, a CSPE, exigir que a concessionária estabeleça pessoas jurídicas distintas, quando entender necessário para maior transparência do negócio.

Desta feita, outras receitas auferidas pela concessionária, provenientes de qualquer atividade não prevista como objeto da concessão, irá contribuir para o barateamento das tarifas.

CONCLUSÃO

Diante do revelado, concluímos que:

As concessionárias de gás canalizados, na qualidade de detentora de outorga de concessão para exploração, por sua conta e risco, dos serviços locais de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo **têm como função primordial o serviço concedido.**

Está previsto em Lei de Concessões de Serviços Públicos, o direito das concessionárias de exercerem outras atividades econômicas, chamadas **de receitas alternativas**, complementares, acessórias ou de projetos associados.

Como também, há previsão legal que as receitas provenientes das atividades alternativas, complementares, **acessórias ou de projetos associados, deverem servir para favorecer** a modicidade das tarifas.

Caso os acionistas da Concessionária desejarem exercer outras atividades, através de pessoa jurídica distinta e com fins específicos à atividade a que se destina, com **independência operativa, contábil, pessoal e instalações**, não caberia a ARSESP regulamentar esta empresa. Mas, caso a Concessionária fizer parte do quadro de acionistas, haverá **necessidade de autorização da ARSESP.**

Assim, com observância a Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos) e a Lei Estadual (SP) nº 7.835, de 08 de maio de 1992, as concessionárias estaduais de gás canalizado **podem exercer as atividades econômicas previstas na Lei do Gás Natural**, como: exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.

Para exercer as atividades acima, a Concessionária terá de obter autorização da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

(ANP), nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a fim de evitar a verticalização e o monopólio.

Por todo o exposto, esta é a nossa singela contribuição à Contribuições à Consulta Pública nº 04/2016.

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

Atenciosamente



TOMANIK POMPEU SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Cid Tomanik Pompeu Filho

(cid@tomanikpompeu.adv.br)



Contribuições à Consulta Pública nº 04/2016

Consulta Pública nº 04/2016	Nossa Sugestão
MINUTA DE DELIBERAÇÃO ARSESP Nº XXX, de XX de XXX de 2016 Dispõe sobre as condições para aprovação da prestação de outras atividades da Indústria do Gás Natural pelas concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo. A Diretoria da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, no exercício de suas competências que lhe foram atribuídas pela Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007 e no Decreto nº 52.455, de 7 de dezembro de 2007: Considerando que, nos termos do art. 25, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, cabe ao Estado de São Paulo, diretamente ou mediante concessão, explorar os serviços locais de Gás Canalizado em seu território. Considerando que, nos termos do art. 2º, VII, VIII e IX, da Lei Complementar nº 1.025/2007, a ARSESP tem como diretriz a proteção do consumidor em relação aos preços, à continuidade e à qualidade do fornecimento de energia, bem como à aplicação de metodologias que proporcionem a expansão dos serviços de distribuição. Considerando que compete à ARSESP, entre outras atribuições, a regulação, o controle e a fiscalização das instalações e dos serviços públicos de distribuição de Gás Canalizado no Estado de São Paulo, bem como aprovar níveis e estruturas tarifárias. Considerando que nos termos da segunda subcláusula, da cláusula primeira dos Contratos de Concessão, as concessionárias podem exercer outras atividades empresariais, mediante prévia e expressa autorização da Arsesp, desde que não interfiram na atividade principal de distribuição de gás canalizado, a qual deve ser exercida de forma prioritária. Considerando que nos termos da terceira e quarta subcláusula, da primeira cláusula dos Contratos Concessões de exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado está disposto que quando as atividades previstas forem de outras etapas da Indústria de Gás Natural como atividades de produção, importação, transporte e armazenamento de gás canalizado, a ARSESP poderá exigir que a concessionária estabeleça pessoas jurídicas distintas para maior transparência do negócio. Considerando, ainda, as observações da Nota Técnica do Gás n.º 002/2016 e as contribuições recebidas na Consulta Pública n.º 04/2016, que permitiram o aperfeiçoamento desta regulação. DELIBERA: Art. 1º - São adotadas as seguintes definições para os efeitos desta deliberação:	MINUTA DE DELIBERAÇÃO ARSESP Nº XXX, de XX de XXX de 2016 Dispõe sobre as condições para aprovação da prestação de outras atividades da Indústria do Gás Natural pelas concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo. A Diretoria da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, no exercício de suas competências que lhe foram atribuídas pela Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007 e no Decreto nº 52.455, de 7 de dezembro de 2007: Considerando que, nos termos do art. 25, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, cabe ao Estado de São Paulo, diretamente ou mediante concessão, explorar os serviços locais de Gás Canalizado em seu território. Considerando que, nos termos do art. 2º, VII, VIII e IX, da Lei Complementar nº 1.025/2007, a ARSESP tem como diretriz a proteção do consumidor em relação aos preços, à continuidade e à qualidade do fornecimento de energia, bem como à aplicação de metodologias que proporcionem a expansão dos serviços de distribuição. Considerando que compete à ARSESP, entre outras atribuições, a regulação, o controle e a fiscalização das instalações e dos serviços públicos de distribuição de Gás Canalizado no Estado de São Paulo, bem como aprovar níveis e estruturas tarifárias. Considerando que nos termos da segunda subcláusula, da cláusula primeira dos Contratos de Concessão, as concessionárias podem exercer outras atividades empresariais, mediante prévia e expressa autorização da Arsesp, desde que não interfiram na atividade principal de distribuição de gás canalizado, a qual deve ser exercida de forma prioritária. Considerando que nos termos da terceira e quarta subcláusula, da primeira cláusula dos Contratos Concessões de exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado está disposto que quando as atividades previstas forem de outras etapas da Indústria de Gás Natural como atividades de exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural, a ARSESP poderá exigir que a concessionária estabeleça pessoas jurídicas distintas para maior transparência do negócio. Considerando, ainda, as observações da Nota Técnica do Gás n.º 002/2016 e as contribuições recebidas na Consulta Pública n.º 04/2016, que permitiram o aperfeiçoamento desta regulação. DELIBERA: Art. 1º - São adotadas as seguintes definições para os efeitos desta deliberação:



I- Indústria do Gás Natural (IGN): atividades econômicas relacionadas com exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural; e

II- CONCESSIONÁRIA: Pessoa jurídica detentora da outorga de concessão, fornecida por prazo determinado pelo Poder Concedente, para exploração, por sua conta e risco, dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

Art. 2º - A CONCESSIONÁRIA para exercer outras atividades da IGN deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à atividade a que se destina, a qual deverá ter independência operativa e contábil da CONCESSIONÁRIA, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros e das instalações.

Art. 3º - O pedido de prévia autorização da CONCESSIONÁRIA à ARSESP deverá comprovar que o exercício de outra atividade na IGN não interferirá no desempenho da atividade prioritária de distribuição de gás canalizado da CONCESSIONÁRIA.

Art. 4º- Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

ESTADO DE SÃO PAULO

Página 3 de 3

José Bonifácio de Souza Amaral Filho

Diretor de Regulação Econômico-Financeira e de Mercados
respondendo como Diretor Presidente

I- Indústria do Gás Natural (IGN): atividades econômicas relacionadas com exploração, desenvolvimento, produção, importação, exportação, processamento, tratamento, transporte, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural; e

II- CONCESSIONÁRIA: Pessoa jurídica detentora da outorga de concessão, fornecida por prazo determinado pelo Poder Concedente, para exploração, por sua conta e risco, dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

Art. 2º - A CONCESSIONÁRIA para exercer outras atividades da IGN deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à atividade a que se destina, a qual deverá ter independência operativa e contábil da CONCESSIONÁRIA, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros e das instalações.

Paragrafo único: Para a CONCESSIONÁRIA em seu próprio nome outras atividades da IGN, que não interfira na atividade principal objeto da concessão, as receitas auferidas deverão ser contabilizadas em separado e estas contribuam para o favorecimento da modicidade das tarifas cobradas, as quais serão consideradas por ocasião da revisão das tarifas.

Art. 3º - O pedido de prévia autorização da CONCESSIONÁRIA à ARSESP deverá comprovar que o exercício de outra atividade na IGN não interferirá no desempenho da atividade prioritária de distribuição de gás canalizado da CONCESSIONÁRIA.

Art. 4º- Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

ESTADO DE SÃO PAULO

Página 3 de 3

José Bonifácio de Souza Amaral Filho

Diretor de Regulação Econômico-Financeira e de Mercados
respondendo como Diretor Presidente