



São Paulo, 14 de outubro de 2015.

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

**A/C: Diretoria Colegiada**

Avenida Paulista, 2313,

Edifício Nova Avenida, 4º andar,

CEP 01311-300 - São Paulo – SP

**Ref.: CONSULTA PÚBLICA DE GÁS CANALIZADO Nº 07/2015 – Eventual revogação da Portaria CSPE 16, de 15 de setembro de 1999, que dispõe sobre a defesa da concorrência e restrições relativas à integração horizontal dos diversos**

**SAMPAIO FERRAZ SOCIEDADE DE ADVOGADOS** (“**SAMPAIO FERRAZ**”), sociedade de advogados, com sede na Praça das Guianas, 92, Jardim América, 01428-030, São Paulo/SP inscrita no CNPJ sob o nº 09.814.214/0001-76, representada por seu sócio que esta subscreve, vem, tempestivamente, apresentar a sua contribuição à Consulta Pública de Gás Canalizado nº 07/2015.

Com os votos de apreço, estima e consideração, colocamo-nos à disposição para prestar os esclarecimentos que se fizerem necessários.



**Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**

**OAB/SP 194.021**

---

**São Paulo**

Praça das Guianas, 92 – Jardim América – CEP 01428-030  
Tel./Fax: +55 11 3063-4322 - 3063-4248  
e-mail: [sfa@sampaioferraz.com.br](mailto:sfa@sampaioferraz.com.br)  
[www.sampaioferraz.com.br](http://www.sampaioferraz.com.br)

**Brasília**

SIG, Qd 01, Lt. 495/505/515, Salas 232 e 233, Ed. Barão do Rio Branco  
CEP 70610-410  
Tel.: +55 61 3327-1250 / Fax +55 61 3326-7696  
e-mail: [sfabrasilia@sampaioferraz.com.br](mailto:sfabrasilia@sampaioferraz.com.br)



### **Contribuição à Consulta Pública de Gás Canalizado nº 07/2015**

A presente Consulta Pública tem por objetivo submeter à análise popular a proposta de eventual revogação da Portaria CSPE nº 16/1999, que dispõe sobre a defesa da concorrência e restrições relativas à integração horizontal dos diversos agentes na prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

Referida Portaria dispõe, em seu artigo 1º, sobre vedação de que o(s) agente(s) detentor(es) de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital votante de concessionária do serviço de distribuição de gás natural que atue(m) no Estado de São Paulo, ou a própria concessionária de gás canalizado, detenha(m) mais do que 50% (cinquenta por cento) de participação no capital votante de outra concessionária de distribuição de gás canalizado. Os artigos 2º e 3º apresentam definições a fim de clarificar a proibição do artigo 1º. O artigo 5º trata do procedimento para apurar situação de influência relevante que tenha os mesmos efeitos da restrição cruzada prevista no artigo 1º. O artigo 6º, por sua vez, trata das penalidades pelo descumprimento de tais normas.

Por fim, a Portaria CSPE nº 16/1999 também dispõe sobre o dever de as concessionárias ou permissionárias informarem à Comissão de Serviços Públicos de Energia (“CSPE”) a relação completa dos acionistas participantes de seu capital votante na ocasião da assinatura dos contratos ou quando solicitado (artigo 4º).

A Nota Técnica nº NTG/007/2015, que compôs a motivação à presente Consulta Pública, apresentou as justificativas para esta proposta. As conclusões da Nota Técnica nº NTG/007/2015 foram as seguintes:

“(i) não há vedação legal e contratual quanto à possibilidade do mesmo conglomerado empresarial deter o bloco de controle de mais de uma concessionária de distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo;

(ii) as regras da concessão estão estabelecidas no Contrato de Concessão, na revisão tarifária, nas normas em vigor, as quais são reguladas, controladas e fiscalizadas pela Arsesp independente do controlador;



(iii) o período de exclusividade na comercialização de gás canalizado pelas concessionárias se encerrou e atualmente o mercado livre está implementado nas três áreas de concessão; e

(iv) um grupo econômico ao passar a controlar duas áreas de concessão poderá trazer ganhos de eficiência, em face da sinergia e economia em diversas atividades, o que contribuirá para a modicidade tarifária e capilarização da rede distribuição de gás canalizado.”

Não há óbice jurídico à proposta de revogação da Portaria CSPE nº 16/1999. Contudo, algumas das justificativas apresentadas pela ARSESP para a medida não estão adequadas do ponto de vista da proteção da concorrência no setor de distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo.

Entende-se que a proposta esposada na Consulta Pública é aderente aos corolários da livre iniciativa e da livre concorrência na ordem econômica e ao dever do Estado de promover o mercado interno, conforme os artigos 170, caput, e IV, e 219 da Constituição Federal. Qualquer restrição ao acesso a mercados, ainda que num mercado regulado e titularizado pelo Poder Público (art. 175, CF), deve se fundamentar em situações de fato ou de direito que justifiquem tal restrição.

A proposta de revogar a Portaria CSPE nº 16/1999 é consentânea aos princípios da ordem econômica nacional, haja vista os possíveis benefícios de mercado trazidos por eventual controle acionário comum de distribuidoras de gás canalizado no Estado de São Paulo, conforme exemplificado na Nota Técnica nº NTG/007/2015<sup>1</sup>.

Por outro lado, eventualmente, determinada concentração econômica no setor de distribuição de gás canalizado poderia, em análise caso a caso, revelar traços prejudiciais à concorrência neste setor, no caso de criação ou reforço de posição dominante sem benefícios aos usuários ou ao mercado.

---

<sup>1</sup> Nos termos da Nota Técnica nº NTG/007/2015: “(...) eventual conexão entre redes de concessionárias de mesmo controlador pode, além da sinergia na operação com ganhos de escala e compartilhamento de expertise facilitar a expansão das redes, trazendo uma capilarização mais abrangente e eficiente no âmbito do estado de São Paulo”



Primeiramente, cabe frisar que as distribuidoras estaduais estão em regime de relativa competição. Para o mercado de usuários cativos, ainda que as concessionárias sejam fornecedoras exclusiva nas áreas em que atuam, há competição “pelo mercado”, ou seja, disputa de preços e condições de exploração no momento da outorga do serviço, cujas características se mantêm por toda vigência do contrato, resguardando-se o direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Mesmo no caso de transferência do controle societário, o pleiteante deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal exigidas no edital à época da licitação, bem como se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (artigo 27, § 1, I e II da Lei Federal nº 8.987/1995, aplicável nos termos da ementa dos contratos de concessão do serviço de distribuição de gás canalizado; e cláusula décima nona dos contratos de concessão).

No que tange ao mercado de prestação do serviço de comercialização de gás canalizado para segmentos de grandes usuários (autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres), por sua vez, há competição no mercado entre as distribuidoras de gás canalizado, na medida em que o preço do gás canalizado é fator relevante na escolha do local de instalação da planta industrial, termelétrica ou de outras atividades que utilizem o gás canalizado como insumo.

Este é o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”). Embora estejam em áreas distintas de concessão, o CADE reconheceu, no Ato de Concentração nº 08012.006171/2010-03, pelo qual a Petrobrás adquiriu a Gás Brasileiro Distribuidora S.A. (“GBD”), que distribuidoras locais de gás concorrem pela atração de indústrias em sua área de concessão, razão pela qual manifestou sua preocupação quanto a possíveis discriminações de preços em benefício da distribuidora verticalizada. Neste caso, a entidade destaca que o controle deve ser feito de modo *ex post*, por meio de reação tempestiva e contundente do CADE diante de condutas discriminatórias<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> O CADE reconheceu que a integração vertical poderia estimular a PETROBRAS a favorecer a GBD, em detrimento de outras concessionárias, tanto no tocante às condições de fornecimento de gás quanto de



Sendo assim, não é acertado o entendimento veiculado na Nota Técnica nº NTG/007/2015 de que inexistiria de competição entre concessionárias de distribuição de gás canalizado, em função da divisão territorial das concessões:

“a concorrência entre as concessionárias não é, em princípio, esperada, na medida em que uma concessionária não pode prestar o serviço de distribuição de gás canalizado senão no âmbito da sua área de concessão, nos termos do Decreto nº 43.888, de 10 de março de 1999, e da Primeira Subcláusula da Cláusula Primeira dos Contratos de Concessão.

Em suma, a participação acionária majoritária de um agente de distribuição em duas áreas de concessão não acarretaria concentração horizontal ou prejuízos à concorrência no setor, uma vez que as concessionárias já detêm monopólios de distribuição de gás natural garantidos pelos Contratos de Concessão, celebrados entre essas empresas e o Poder Concedente. Ademais, a eventual interligação entre os sistemas distribuição das concessionárias já está regulamentado e, a propósito, já ocorre entre os sistemas de distribuição da GBD e da Comgás.

A restrição à concentração vertical, que poderia trazer prejuízos a Usuários e potenciais Usuários, está regulamentada nos Contratos de Concessão, nos termos da Cláusula Décima Oitava, que estabelece que a Concessionária “não poderá fornecer a empresas a ela vinculadas (controladas, controladora e coligada) volume superior a 30% (trinta por cento) do volume total de sua aquisição de gás canalizado.”

Como colocado acima, as concessionárias concorrem de modo indireto, pelo mercado, na disputa por oferecer melhores condições para atração de grandes clientes.

---

implantação de infraestrutura para transporte, atraindo, para sua área de concessão, consumidores anteriormente instalados em áreas vizinhas (pertencentes a concessionárias não integradas), especialmente indústrias de cerâmica e de vidro, com relação às quais o gás natural representa entre 10% e 30% da estrutura de custos: “ 37. ***A operação gera, contudo, a possibilidade de a Petrobrás favorecer a GBD em detrimento de outras concessionárias, hipótese que será analisada na sequência.*** 38. ***Com efeito, está-se diante de uma situação em que um fornecedor monopolista de um insumo essencial (o gás natural) e da estrutura de transporte passar a ser verticalmente integrado, adquirindo uma das concessionárias de distribuição.*** No entanto, as preocupações quanto à discriminação foram deixadas para um controle *ex post*, pela repressão a condutas discriminatórias que viessem a ser adotadas pela **PETROBRAS**, de modo que o **CADE** apenas atuou no sentido de aprimorar os mecanismos de monitoramento e fiscalização pela **ARSESP**. Nesse sentido, o Conselheiro Relator Olavo Chinaglia destacou que, dadas as condições estruturais do mercado e os mecanismos de monitoramento adotados, se a **PETROBRAS** viesse a adotar condutas anticompetitivas –, como se verá, lamentavelmente, ser o caso –, estas práticas deveriam ser **“objeto de reação tempestiva e contundente”**



Por outro lado, a regulamentação setorial pode se dirigir à proteção da concorrência, mas também pode conter falhas e abrir espaços para condutas abusivas, ou mesmo mitigá-la, em nome da proteção de outro interesse público relevante para o setor ou para a localidade em questão, de modo que é salutar o controle genérico das condições de concorrência no mercado, por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A Portaria CSPE nº 160/2001, que dispõe sobre as condições gerais de fornecimento de gás canalizado no Estado de São Paulo, fez por bem estabelecer como direito do usuário de obter o serviço de acordo com as normas aplicáveis e comunicar à CSPE sobre as irregularidades praticadas pela concessionária na prestação do serviço (art. 3º, III, IV, V).

Tais poderes específicos da Agência para o serviço público regulado coadunam-se e compõem-se com o poder geral do CADE em prevenir e reprimir condutas discriminatórias. A jurisprudência do CADE traz uma série de exemplos de composição institucional e reconhecimento do relevante papel das agências reguladoras na fiscalização de condutas que possam trazer efeitos nocivos à concorrência, em particular no que se refere a discriminação no acesso a infraestrutura essencial.

Assim, deve-se reconhecer tanto a existência de relações de concorrência no setor, diretas ou indiretas, como a necessidade de atuação das autoridades de defesa da concorrência para a análise prévia de operações de concentração e repressão de condutas abusivas pelos agentes desse mercado e de mercados verticalmente relacionados.

Os contratos de concessão do serviço de distribuição de gás canalizado obrigam às concessionárias a submeterem previamente a CSPE “qualquer alteração do Estatuto Social que implique a transferência de ações ou mudança do controle acionário da sociedade, restrita ao bloco de controle, equivalente a, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento) das ações com direito a voto da concessionária.” (cláusula oitava).

A eliminação da Portaria CSPE nº 16/1999 não traz vácuo normativo ao exercício desta atividade administrativa, vez que a regra do artigo 37 da Lei Complementar nº



1025/2007 traz os critérios balizadores do controle pela ARSESP, com base no (i) ingresso de novos agentes no setor; (ii) na necessidade de propiciar condições para uma efetiva concorrência entre os agentes; (iii) impedindo a concentração econômica e (iv) de modo a proteger e defender os interesses do cidadão e do consumidor.

Diante do exposto, questiona-se:

**A ARSESP entende que o controle genérico de defesa da concorrência dos atos de concentração de distribuidoras de gás canalizado no Estado de São Paulo mantém-se após a revogação da Portaria CSPE nº 16/1999, sendo exercido nos termos da Lei Complementar Estadual nº 12529/11 e das Lei Federal nº 12.529/2011?**

\*\*\*

Colocamo-nos à disposição para prestar os esclarecimentos que se fizerem necessários.



Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

OAB/SP 194.021



Maria Isabela Haro Meloncini

OAB/SP nº 343.551