



**A LEI DO GÁS
E SEUS IMPACTOS NO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AUDIÊNCIA PÚBLICA
DA AGENERSA**

05/07/2012

INTRODUÇÃO

Partindo dos vários pronunciamentos colhidos nesta Audiência Pública, cabe trazer à consideração e reflexão aspectos jurídicos de vital importância para o exercício da atividade regulatória a cargo da AGENERSA, no que concerne às condições gerais e tarifas para autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres.

Sabe-se que a indústria do gás natural é caracterizada pela multiplicidade de agentes e atividades praticadas ao longo da cadeia produtiva e também pelo fato de que a Constituição Federal repartiu entre diferentes entes federativos (a União e os Estados) as competências para realizá-las e regulá-las. Tais competências são exclusivas de cada ente federativo.

Ao longo desta exposição, pretendemos demonstrar que as normas contidas na Lei do Gás(Lei 11.909/2009) e sua regulamentação(Decreto nº 7.382/2010) não conflitam com o Marco Regulatório dos Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado, devendo ser interpretadas e aplicadas de modo a compatibilizar o exercício regulatório das competências federal e estadual.

INTRODUÇÃO *(continuação)*

Outro ponto relevante que será destacado nessa exposição - e que deve estar presente na edição das normas regulamentares - diz respeito ao princípio constitucional e legal da preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público.

Esse é um pilar inarredável e irrenunciável, consagrado constitucionalmente e ditado pelo interesse público.

Assim, ao regulamentar a matéria em enfoque, cabe à Agência Reguladora assegurar a intangibilidade das cláusulas relacionadas à equação econômico-financeira dos contratos de concessão para prestação de serviços de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro.

É esse equilíbrio contratual que mantém toda a estrutura de desenvolvimento e expansão do serviço público e garante ao usuário a prestação do serviço adequado e a modicidade da tarifa, tal como exige a Lei de Concessões.

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE UNIÃO E ESTADOS

COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS E COMPLEMENTARES

- ✓ **Competência da União – art. 177, I, III e IV da CF – pesquisa, lavra, importação, transporte de gás natural, por meio de conduto (gás de qualquer origem).**
- ✓ **Regulação federal das atividades.**

- ✓ **Competência dos Estados – art. 25 §2º da CF – explorar os serviços de gás canalizado, diretamente ou por concessão.**
- ✓ **Regulação estadual da prestação dos serviços locais de distribuição de gás canalizado, de acordo com os interesses regionais.**

DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERALE E ESTADUAL

MOVIMENTAÇÃO DO GÁS

- ✓ Competência da União na movimentação de gás → termina onde começa a competência dos Estados.
- ✓ Transporte em percurso nacional (via gasoduto ou outro) até os *city gates* → regulado pela ANP.
- ✓ A partir do ingresso do gás na malha estadual de distribuição e sua entrega ao destinatário final → regulação do Estado onde se localiza o usuário final.

USUÁRIO FINAL

- ✓ Usuário final – aquele que se localiza, geograficamente, no ponto final da cadeia de canalização, independentemente da forma de utilização do gás (ex: termelétrica, indústria).

POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“A Constituição da República reservou para a União a parcela de competência referente ao transporte do gás das áreas produtoras para as concessionárias de recepção, competindo aos Estados-membros explorar os serviços locais de gás canalizado.”

“Portanto, a regra inserta em seu art. 177, em razão do qual cabe à União o monopólio do transporte de gás por condutos, é exceção, que deve ser, como tal, interpretada restritivamente. Uma das restrições é, justamente, aquela delimitada pela norma do art. 25, § 2º, é que reserva aos Estados o serviço local de gás.”

STF, Reclamação nº 4.210/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 14/11/2006.

DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERALE ESTADUAL - POSIÇÃO DO STF

- ✓ A atuação da União, no exercício do monopólio do transporte de gás, vai das áreas ou empresas produtoras até as concessionárias-distribuidoras; a normatização da relação entre as distribuidoras e os destinatários do gás ficou a cargo dos Estados;
- ✓ O monopólio da União sobre a atividade econômica de transporte constitui exceção à livre iniciativa e à livre concorrência, devendo, pois, ser interpretado restritivamente;
- ✓ Para a configuração do serviço local de gás canalizado, são irrelevantes a espécie de destinação e a quantidade adquirida de gás;
- ✓ A captação de gás diretamente dos gasodutos de transporte, mediante a construção de “braço” ou “ramal” do GASBOL, viola a competência outorgada pela Constituição Federal aos Estados. (STF, Medida Cautelar na Reclamação nº 4.210/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 07/04/2006).

CONSUMIDOR LIVRE, AUTOPRODUTOR E AUTOIMPORTADOR

Conceitos da Lei do Gás

• **Consumidor Livre:** *consumidor de gás natural que, nos termos da legislação estadual aplicável, tem a opção de adquirir o gás natural de qualquer agente produtor, importador ou comercializador.*

(art. 2º, XXXI da Lei do Gás e art. 2º, XIII do Decreto nº 7.382)

• **Autoprodutor:** *agente explorador e produtor de gás natural que utiliza parte ou totalidade de sua produção como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais.*

(art. 2º, XXXII da Lei do Gás e art. 2º, IV do Decreto nº 7.382)

• **Autoimportador:** *agente autorizado para a importação de gás natural que utiliza parte ou totalidade do produto importado como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais.*

(art. 2º, XXXIII da Lei do Gás e art. 2º, III do Decreto nº 7.382)

PREVISÃO DA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA ESTADUAL NA LEI DO GÁS

- *Art. 46. O consumidor livre, o autoprodutor ou o auto-importador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, **mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora estadual a sua operação e manutenção, devendo as instalações e dutos ser incorporados ao patrimônio estadual** mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, quando de sua total utilização.*
- *§ 1º **As tarifas de operação e manutenção das instalações serão estabelecidas pelo órgão regulador estadual** em observância aos princípios da razoabilidade, transparência, publicidade e às especificidades de cada instalação.*
- *§ 2º **Caso as instalações e os dutos sejam construídos e implantados pelas distribuidoras estaduais, as tarifas estabelecidas pelo órgão regulador estadual** considerarão os custos de investimento, operação e manutenção, em observância aos princípios da razoabilidade, transparência, publicidade e às especificidades de cada instalação.*

PREVISÃO DE REGULAÇÃO ESTADUAL NA LEI DO GÁS

Art. 46 (cont).

- § 3º Caso as instalações de distribuição sejam construídas pelo consumidor livre, pelo autoprodutor ou pelo auto-importador, na forma prevista no **caput** deste artigo, a distribuidora estadual poderá solicitar-lhes que as instalações sejam dimensionadas de forma a viabilizar o atendimento a outros usuários, **negociando com o consumidor livre, o autoprodutor ou o auto-importador as contrapartidas necessárias, sob a arbitragem do órgão regulador estadual.**
- Art. 47. **Ressalvado o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal, a comercialização de gás natural dar-se-á mediante a celebração de contratos registrados na ANP.”**
- **Decreto nº 7.382/2010** → contempla as mesmas previsões de regulamentação estadual → art. 63 e §§.
- **A competência regulatória estadual abrange outras matérias inerentes à distribuição de gás canalizado, mesmo não referidas na Lei do Gás e sua regulamentação.**

CONSUMIDOR LIVRE

REGULAMENTAÇÃO ESTADUAL NÃO CONFLITANTE COM A LEI DO GÁS

Consumidor Livre – *aquele que contrata junto à CEG ou CEG Rio uma CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA superior a 100.000 m³/DIA, nas condições de referência, para um único PONTO DE ENTREGA, situado junto à instalação receptora do CONSUMIDOR LIVRE, salvo se restar verificado que os PONTOS DE ENTREGA possuem condições de abastecimento idênticas, e que exerceu o direito assegurado no §18º da Cláusula Sétima do CONTRATO DE CONCESSÃO, adquirindo GÁS diretamente do PRODUTOR e utilizando o SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO da CEG ou CEG Rio.*

Deliberação AGENERSA nº 258/2008, alterada pelas Deliberações nºs 305/2008 e 431/2009.

CONSUMIDOR LIVRE

CONTRATO DE CONCESSÃO → PREVISÃO ADEQUADA AO INTERESSE REGIONAL DO ESTADO → NÃO CONFLITANTE COM A LEI DO GÁS E REGULAMENTAÇÃO FEDERAL.

Cláusula 7ª. § 18º - Consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³ (cem mil metros cúbicos) de gás canalizado por dia poderão efetuar tal aquisição diretamente do produtor, dependendo tal aquisição, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da CONCESSIONÁRIA. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à CONCESSIONÁRIA o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite da CONCESSIONÁRIA para o tipo de consumidor em questão, e o preço que ela, CONCESSIONÁRIA, paga na aquisição de gás, da mesma supridora.

PARTICIPAÇÃO DO CONSUMIDOR NA CONSTRUÇÃO DE DUTOS

- ✓ A construção de dutos pelo autoprodutor ou autoimportador somente pode ser viável após prévia e expressa manifestação da Concessionária no sentido da inviabilidade econômica para tal construção. Nesse caso, há possibilidade de participação financeira do consumidor em 90% (noventa por cento) do total do investimento necessário.
- ✓ Disposição não conflitante com a Lei do Gás.

Cláusula Quarta, § 1º, item 1 do Contrato de Concessão:

“§ 1º - Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:
1 – atender novos pedidos de fornecimento a consumidores, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo com as taxas previstas no § 9º, da Cláusula SÉTIMA abaixo, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, podendo a CONCESSIONÁRIA deixar de atender aos novos pedidos de fornecimento nas hipóteses de insuficiência de matéria prima ou ameaça à segurança, e naquelas em que seja obrigada a realizar investimentos, por ela não previstos, no sistema de distribuição; fica desde já ajustado que, caso se faça necessária a participação direta do consumidor no investimento necessário para atender ao próprio pedido de fornecimento, tal participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do investimento, visando sempre atingir as condições de rentabilidade acima referidas;...”

PARTICIPAÇÃO DO CONSUMIDOR NA CONSTRUÇÃO DE DUTOS

- ✓ Os dutos construídos pelo Consumidor passam à titularidade da Concessionária e serão revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão. Cabe à Concessionária a operação e manutenção do duto.

Cláusula Treze, item V do Contrato de Concessão:

“V – a realização de aporte por parte do consumidor não dará a ele participação nas instalações, cuja titularidade será exclusiva da CONCESSIONÁRIA;”

Cabe à Agência Reguladora estadual definir os critérios e procedimentos para que conceda a autorização de construção de duto em percurso estadual, destinado a atendimento a consumidores livres, autoprodutores ou autoimportadores, sempre que não for viável à concessionária o atendimento a esses agentes.

O consumidor livre, o autoprodutor e o autoimportador assumirão total e exclusiva responsabilidade pela construção dos dutos (para atendimento à sua unidade de consumo), e devem obter a licença para construir.

Considerando que a atividade de distribuição é atribuída com exclusividade à Concessionária, as normas devem prever uma remuneração adequada, a lhe ser paga pelo consumidor livre, autoprodutor ou autoimportador, de natureza compensatória, correspondendo à margem de distribuição que seria auferida com o desempenho de tal atividade, de modo a não romper o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

RESTRIÇÕES AO CONSUMIDOR LIVRE, AUTOPRODUTOR E AUTOIMPORTADOR

- ✓ O autoprodutor, o autoimportador e o consumidor livre devem conviver com a exclusividade de distribuição de gás canalizado, das Concessionárias.
- ✓ Diante desse caráter de exclusividade, a comercialização de gás canalizado, por outros agentes de mercado deve ser vedada.
- ✓ Já existe proibição de revenda de gás pelo consumidor livre a terceiros. (item 2.1.2.1 da **Deliberação AGENERSA nº 258/2008**).

A REGULAMENTAÇÃO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

- ✓ **O Estado deve garantir ao concessionário a intangibilidade da equação econômico-financeira original do contrato de concessão.**
- ✓ **As cláusulas dos contratos de concessão relacionadas às tarifas e classes de usuários dos serviços de distribuição não podem ser alteradas unilateralmente, sem anuência das concessionárias. Caso contrário, o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos seria afetado.**
- ✓ **As disposições do Contrato de Concessão que regulam a participação de consumidores livres nos investimentos da Concessionária se enquadram no conceito de cláusula econômica ou financeira, não podendo ser unilateralmente alteradas, por força de nova regulamentação a ser editada pela AGENERSA, sem expressa concordância das Consulentes.**

A REGULAMENTAÇÃO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

“A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato.”

STJ, 2ª Turma, REsp 216018/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 10/09/2001.

“Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela administração.”

STJ, Corte Especial, AgRg na Suspensão de Segurança 1.404/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06/12/2004.

MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

“A modificação unilateral do contrato administrativo atinge apenas as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de execução. Tal prerrogativa, entretanto, não pode comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Antes pelo contrário: a outra face da questão, contraposta às chamadas cláusulas exorbitantes, é justamente a intangibilidade da equação econômico-financeira da avença”.

TJRJ, Órgão Especial, MS 436/99, Rel. Des. SERGIO CAVALIERI FILHO, j. em 08/11/1999. Decisão confirmada pelo STJ (1ª Turma, REsp 621.163/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 13/03/2006).

“Embora seja admissível nos contratos administrativos a presença das chamadas ‘cláusulas exorbitantes’, as quais, por constituírem a expressão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, permitem até mesmo a alteração unilateral de alguns aspectos do contrato, é certo que as mesmas não alcançam a modificação da equação financeira estabelecida inicialmente entre as partes, devendo ser mantida a correspondência entre o encargo e a remuneração auferida pelo particular, cujos lucros não podem ser reduzidos arbitrariamente pelo Poder Público”.

TRF-2, 6ª Turma, Apelação Cível 127.213/RJ, Rel. Des. Federal SÉRGIO SCHWAITZER, DJ 14/07/2003.

A REGULAMENTAÇÃO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

- ✓ Os Contratos de Concessão, no § 18º de sua Cláusula Sétima, contemplam a existência de consumidores que adquirem gás diretamente do produtor (consumidor livre, autoprodutor e autoimportador), volume diário superior a 100.000m³.
- ✓ A regulamentação e o Contrato definem a tarifa aplicável, que observa as especificidades de instalação de cada tipo de usuário (residencial, comercial, industrial).
- ✓ Não há, portanto, conflito com a Lei do Gás.
- ✓ A AGENERSA, nas Deliberações 257/08 e 258/08, aprovou as condições para fornecimento de gás aos “consumidores livres” da CEG e CEG RIO, mantendo o mesmo volume previsto nos Contratos de Concessão.
- ✓ Uma nova alteração regulamentar, alterando o volume mínimo de consumo, para o enquadramento nas categorias de autoprodutor e de autoimportador, não poderia vir a afetar a equação econômico-financeira fixada na outorga da concessão, potencializando o aumento do número de consumidores livres.

CONCLUSÕES

- ✓ **As figuras do autoprodutor e do autoimportador se assemelham à do consumidor livre, na medida em que estão sob regime jurídico específico, distinguindo-se do consumidor cativo.**
- ✓ **A norma estadual que regula o consumidor livre pode, portanto, ser ampliada para abranger também o autoprodutor e o autoimportador.**
- ✓ **A fixação do volume de consumo superior a 100.000m³/dia, para enquadramento do consumidor livre, é matéria de competência estadual e revela-se adequado às características de mercado do Estado do RJ.**

CONCLUSÕES

✓ A fixação das tarifas deve atender, como no regime vigente, à especificidade das instalações do usuário final – residencial, comercial, industrial → inexistência de conflito com a Lei do Gás.

✓ A substituição da margem de distribuição prevista nos Contratos de Concessão por uma tarifa específica, remunerando somente os custos marginais incorridos no atendimento ao consumidor livre ou assemelhados, provocaria a oneração da tarifa aplicada aos consumidores cativos remanescentes.

CONCLUSÕES

✓ A edição de nova regulamentação deve buscar a preservação da equação econômico-financeira da Concessão → Cláusula Sétima, § 18º, dos Contratos de Concessão com a CEG e CEG RIO → cláusula econômica intangível → garantia constitucional e legal da Concessionária.

✓ Uma nova norma regulamentar, que se revele inadequada, pode ameaçar a eficiência da atual estrutura do sistema de distribuição de gás no Rio de Janeiro.

✓ O único aperfeiçoamento regulamentar cabível seria o atinente à construção de dutos pelo próprio consumidor, preservando o vigente regime remuneratório da Concessionária.