

IBP-GN 019/2019

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2019.

Ilmo. Sr. Presidente do Conselho Diretor da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA

Processo Regulatório nº E-22/007.300/2019

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCMBUSTÍVEL (IBP), com sede na Avenida Almirante Barroso, 52, Rio de Janeiro, RJ, CNPJ nº 33.634.254/0001-10, nos autos do processo administrativo acima referido, vem apresentar o seu **RECURSO** contra a Deliberação nº 3.967/19 que rejeitou os seus embargos de declaração e manteve na integralidade o texto original da Deliberação nº 3.862/19, nos seguintes termos:

1. Consideração inicial:

O IBP entende elogiável a iniciativa da AGENERSA que resultou na Deliberação nº 3.862/19 no sentido de melhorar a competitividade do Estado do Rio de Janeiro para atração de novos investimentos que são consumidores intensivos de gás natural.

Entretanto, para que essa iniciativa alcance o resultado esperado, ainda são necessários alguns aprimoramentos na Deliberação nº 3.862/19, motivo pelo qual o IBP se vê constrangido a interpor este recurso.

Importante esclarecer que nas suas manifestações anteriores o IBP enfrentou diversos argumentos contrários às novas regras introduzidas pela Deliberação nº 3.862/19 aplicáveis aos agentes livres.

O IBP reitera todas suas manifestações anteriores nesta oportunidade.

Contudo, para maior objetividade, este recurso será concentrado apenas nas questões que exigem alteração no texto da Deliberação nº 3.862/19

2. Emprego de termos definidos para maior precisão e clareza:

O texto da Deliberação nº 3.862/19 ganharia maior precisão e facilidade de compreensão se adotasse a técnica de usar termos definidos. Assim, por exemplo, a expressão “Agente Livre” poderia ser tornada um termo definido e empregada de forma uniforme ao longo de todo o texto da Deliberação nº 3.862/19. O mesmo poderia ser feito com a expressão “Gasoduto Dedicado” e assim por diante.

Especificamente no que tange a uso da expressão gasoduto dedicado e exclusivo seria importante dar mais clareza ao texto eliminando o termo “exclusivo”. O aspecto relevante nesse gasoduto parece ser o fato dele ser isolado da malha de distribuição e poder receber um tratamento tarifário específico e diferenciado, distinto daquele aplicável à malha como um todo. O fato de existir ou não compartilhamento do gasoduto dedicado não tem relevância nesse aspecto e pode dar margem a interpretações equivocadas.

3. O princípio da especificidade tarifária na Lei do Gás.

O art. 46 da Lei do Gás disciplina como deve ser calculada a remuneração devida à Concessionária por Agente Livre que usa gasoduto separado da malha de distribuição (basicamente o que a Deliberação nº 3.862/19 denomina de gasoduto dedicado).

Na situação de um gasoduto dedicado construído pela Concessionária com recursos próprios, a remuneração da Concessionária deve ser calculada em função do investimento realizado especificamente nesse gasoduto e dos seus custos de operação e manutenção, desconsiderado os investimentos nos demais ativos e o custo de operação e manutenção deles.

No caso de gasoduto dedicado construído pelo Agente Livre, a remuneração da Concessionária deve ser calculada em função apenas dos custos efetivos para a sua operação e manutenção.

Em outros países o grande consumidor possui o direito de construir o próprio gasoduto para se ligar a uma fonte de gás natural, não sendo obrigado a contratar a Concessionária local para nada, sequer para a operação e manutenção desse gasoduto.

A Lei do Gás adotou uma solução intermediária entre o que ocorre no resto do mundo e o desejo das Concessionárias de impor um monopólio absoluto.

A prevalecer o desejo das Concessionárias, a obrigação de contrata-las estaria sendo transformada, na realidade, em uma obrigação de natureza tributária, a qual se caracteriza pela ausência de contraprestação da parte do credor (vide art. 16 do Código Tributário Nacional).

Na contratação de um serviço, a remuneração devida pelo contratante deve sempre guardar proporcionalidade com o trabalho executado pelo prestador do serviço (contratado ou credor).

Esse conceito da Lei do Gás, que foi apelidado de “princípio da especificidade tarifária”, deve ser incorporado na regulação do Estado do Rio de Janeiro através da criação da TUSD-E, mas de forma clara.

Além disso, pela Lei do Gás, o princípio da especificidade se aplica em relação à remuneração devida à Concessionária por qualquer Agente Livre, sempre que ele usa um gasoduto dedicado.

Entretanto, a Deliberação nº 3.862/19 parece distinguir diversas situações para excluir algumas delas da aplicação da TUSD-E. Essa abordagem cria não apenas uma complexidade talvez desnecessária, mas também afasta da aplicação TUSD-E situações que deveriam ser alcançadas por ela, diante do que estabelece a Lei do Gás.

Adicionalmente, a forma como está posta a redação do Artigo 7º e do item “b” do inciso III do Art. 9º da Deliberação nº 3.862/19, pode levar ao entendimento de que aqueles Agentes Livres, cujos respectivos gasodutos dedicados foram construídos totalmente pela Concessionária, não possuem direito à TUSD-E.

Esse conceito insiste no erro do Anexo Único da Deliberação nº 1250/12 que foi revogada. Como se sabe, essa situação gerou ação judicial movida pela ABRAJET contra a AGENERSA e que resultou na suspensão temporária do processo de revisão tarifária que ocorria naquele momento.

Independentemente de quem constrói o gasoduto dedicado, o fato é que o serviço de operação e manutenção a ser prestado é o mesmo. A única diferença é se os investimentos serão ou não contabilizados para formação da TUSD-E.

O investimento feito pela Concessionária é considerado, mas não o investimento feito pelo Agente Livre, conforme já tratado no Art. 8º dessa Deliberação nº 3.862/19.

4. Tratamento isonômico regulatório entre as diversas espécies de Agentes Livres:

O art. 2º da Deliberação nº 3.862/19 está assim redigido:

Art. 2º - Conceder tratamento isonômico regulatório, especialmente na questão tarifária, aos agentes livres - Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres no Estado do Rio de Janeiro.

A afirmação de que Consumidores Livre, Autoprodutores e Auto-Importadores (Agentes Livres) serão tratados de forma isonômica pode ter sentido do ponto de vista tarifário, observada uma diferença relevante.

Com efeito, deve ser diferenciada a situação do Agente Livre que usa a malha de distribuição, daquele que usa gasoduto dedicado. Nos termos da Deliberação nº 3.862/19, o primeiro ficaria sujeito à TUSD, ao passo que o segundo ficaria sujeito à TUSD-E. Dessa forma, a isonomia deve ser entre as diversas espécies de Agentes Livres que se encontram na mesma situação.

Além disso, a generalidade presente no texto da Deliberação nº 3.862/19 causa preocupação porque dá margem para o entendimento de que Autoprodutores e Auto-Importadores poderiam ser também regulados pelo Estado, quando na realidade a regulação deles compete à União Federal, através da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP).

Nesse sentido, o texto da Deliberação nº 3.862/19 ficaria mais preciso se o art. 2º fosse redigido da seguinte forma:

Art. 2º Conceder tratamento isonômico em matéria tarifária aos Consumidores Livre, Autoprodutores e Auto-importadores (Agentes Livres), diferenciando a situação dos que usam gasoduto integrante da malha de distribuição, daqueles que usam gasoduto dedicado, conforme o disposto nesta Deliberação nº 3.862/19.

5. Garantia de reserva de capacidade para Consumidores Livres:

O § 1º do art. 4º da Deliberação nº 3.862/19 estabelece o seguinte:

§ 1º - Aos Consumidores Livres, anteriormente atendidos pelas Concessionárias no mercado cativo, fica garantida reserva de capacidade

mínima de transporte calculada pela média de consumo dos últimos 6 (seis) meses, não computados períodos de interrupção justificados.

Essa norma representa uma importante garantia para um usuário poder migrar do mercado cativo para o mercado livre, sem ficar exposto a dificuldades criadas pela Concessionária em termos de existência ou não de capacidade disponível no sistema de distribuição.

Entretanto, os contratos de fornecimento de gás natural com grandes consumidores geralmente usam como referência, para fins de reserva de capacidade no sistema, o conceito da quantidade diária contratada (QDC).

Havendo uma QDC acordada entre o usuário e a Concessionária, nos parece que essa grandeza deveria também ser considerada para efeito de determinação da reserva de capacidade.

Dessa forma, a Deliberação nº 3.862/19 poderia fazer referência ao que for maior, (i) a QDC informada no último contrato de fornecimento celebrado entre o usuário e a Concessionária antes da migração para o mercado livre ou (ii) a média de consumo dos últimos 6 meses (tal como consta da referida norma).

Além disso, para efeito de uniformização terminológica, seria preferível substituir o termo “capacidade mínima de transporte” pelo termo “capacidade mínima de movimentação”, a fim de facilitar a distinção entre a atividade da Concessionária regulada pelos Estados e a atividade das transportadoras de gás natural regulada pela União.

6. Definição das fontes de gás natural que podem ser acessadas pelo gasoduto dedicado:

O art. 5º procura definir o que seria ramal dedicado nos seguintes termos:

Art. 5º - Entende-se por ramal dedicado todo gasoduto de gás natural conectando o Autoprodutor, Auto-Importador ou Consumidor Livre diretamente ao transportador, UPGN ou terminal de GNL, por meio de ramal específico, não interligado à malha física de distribuição.

O termo “ramal dedicado” deveria ser substituído pelo termo “gasoduto dedicado” porque no mais das vezes o gasoduto em questão não será propriamente um “ramal” de qualquer outro gasoduto.

Adicionalmente, além de fazer referência a “transportador, UPGN e terminal de GNL”, seria recomendável que essa norma se referisse também a “qualquer outra fonte de gás natural”.

Existe uma rápida evolução tecnológica em andamento e o desenho da indústria do gás natural, tal como conhecemos hoje, pode ser muito alterado. Por exemplo, existe a possibilidade de uma termelétrica ser ligada diretamente a gasoduto de escoamento da produção (o gás natural não precisa ser processado antes de ser entregue à termelétrica).

Dessa forma, é importante que essa definição seja bastante elástica para acompanhar a evolução tecnológica sem a necessidade de ser permanentemente alterada.

7. A questão da exclusividade no gasoduto dedicado:

Este ponto se refere ao conceito de exclusividade no uso do gasoduto dedicado e da possibilidade da sua conexão com ramais de terceiros, tratado em diversas normas da Deliberação nº 3.862/19, das quais podemos destacar os parágrafos do art. 5º transcritos abaixo:

§ 1º - A definição de ramal dedicado e exclusivo poderá ser estendida aos agentes conectados ao mesmo gasoduto, desde que pertençam a empreendimento do mesmo grupo econômico, exercendo a mesma atividade econômica e situado em área contígua.

§ 2º - Posterior conexão de ramais de terceiros ao gasoduto de gás natural originalmente dedicado e exclusivo, não implicará na perda da sua exclusividade para o consumidor original nem alterará o seu tratamento tarifário.

§ 3º - Na hipótese do caput e do contido no § 1º, todos farão jus ao tratamento tarifário específico a ser calculado pela AGENERSA com base no investimento e custos específicos de operação e manutenção (TUSD-E).

A possibilidade de ser construído um gasoduto dedicado que possa ser usado com exclusividade pelo Agente Livre faz muito sentido e pode facilitar a implantação de diversos empreendimentos. Não são raras as vezes em que o compartilhamento de uma infraestrutura essencial para a operação do empreendimento constitui fonte de incertezas para os investidores pelos riscos que pode gerar.

Claro que, quando se está diante de uma infraestrutura relevante em termos de abastecimento de um determinado mercado, o conforto que o investidor deseja com o direito de uso exclusivo, precisa ser sopesado com o benefício que se consegue para a coletividade com o compartilhamento dessa infraestrutura.

Entretanto, na prática os grandes empreendimentos que podem ser atraídos para o Estado do Rio tendem a ser localizados o mais próximo possível da fonte do gás natural.

Logo, o compartilhamento do gasoduto dedicado construído pelo Agente Livre dificilmente será essencial para o desenvolvimento do mercado local.

Por outro ângulo, como se trata de infraestrutura construída por consumidor, não há como enxergar o seu compartilhamento como essencial para promover a concorrência entre agentes do setor. A situação aqui é diferente da que ocorre com outras infraestruturas essenciais para o desenvolvimento do mercado de gás natural, tais como gasodutos de transporte, unidades de processamento de gás natural, etc., cujo compartilhamento pode ser essencial para garantir um mercado competitivo.

Assim, melhor seria obrigar o compartilhamento da servidão de passagem para a construção de gasoduto dedicado em paralelo, como já ocorre em diversas regiões do mundo que se tornam polo de atração de empreendimentos que são consumidores intensivos de gás natural.

Diga-se de passagem, semelhante conceito já vem sendo aplicado para o aproveitamento da servidão de passagem por concessionários de outros serviços públicos, como se verifica na Resolução ANP nº 42/12.

Dessa forma, a Deliberação nº 3.862/19 poderia assegurar o direito ao uso exclusivo do gasoduto dedicado, se não sempre pelo menos quando construído pelo Agente Livre ou pela Concessionária com recursos do Agente Livre. O seu compartilhamento seria voluntário e ocorreria na medida em que tenha sentido econômico. Os termos e condições do compartilhamento seriam livremente negociados entre as partes.

De qualquer forma, não faz sentido a Deliberação nº 3.862/19 usar a expressão "gasoduto dedicado e exclusivo". Melhor seria usar apenas a expressão "gasoduto dedicado". O emprego do termo "exclusivo" pode gerar desconforto para o compartilhamento do gasoduto dedicado.

Em contrapartida, a Deliberação nº 3.862/19 poderia estabelecer como obrigatório o compartilhamento da servidão de passagem.

8. Direito do concessionário de construir o gasoduto dedicado:

O art. 6º da Deliberação nº 3.862/19 introduz a possibilidade de o gasoduto dedicado ser construído pelo Agente Livre:

Art. 6º - Os agentes livres, e somente eles, podem, se assim desejarem, construir suas instalações — gasodutos de gás natural no Estado do Rio de Janeiro, arcando com o valor total do investimento, respeitando regras de construção civil, de segurança e com projetos previamente aprovados pelas Concessionárias CEG e CEG Rio, contando com prévia ciência da AGENERSA.

O texto da Deliberação nº 3.862/19 condiciona a construção do gasoduto dedicado a uma aprovação por parte da Concessionária que pode ter interesse em dificultar essa possibilidade.

Melhor seria submeter a construção do gasoduto dedicado apenas à aprovação da própria AGENERSA, a qual não poderia ser negada caso o projeto demonstre a sua conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis.

9. Direito de assumir a operação (*step in*):

Como se sabe, ainda que o gasoduto dedicado seja construído pelo Agente Livre, a Concessionária deve ser contratada para fazer a sua operação e manutenção.

A Deliberação nº 3.862/19, aparentemente, deixou de considerar a possibilidade de dar ao Agente Livre o direito de assumir a operação e manutenção do gasoduto dedicado, ou contratar alguém para assumir essa atividade, bem como suspender o pagamento da remuneração à Concessionária, em caso de falha dela na prestação desse serviço, conforme definido no respectivo contrato.

Essa possibilidade foi muito discutida durante a audiência pública e pareceu contar com boa receptividade da própria AGENERSA.

Assim, mesmo que se entenda possível criar esse direito no contrato de operação e manutenção a ser celebrado entre o Agente Livre e a Concessionária, aumentaria a segurança jurídica das partes se a Deliberação nº 3.862/19 expressamente já assegurasse esse direito ao Agente Livre.

10. Direito do agente livre de continuar proprietário do gasoduto dedicado:

A Deliberação nº 3.862/19 estabelece que o gasoduto dedicado, ainda que construído pelo Agente Livre, deve ser transferido para a Concessionária ao final da construção, como se depreende, por exemplo, do seu art. 8º, I:

I - Quando a construção do gasoduto dedicado e exclusivo for custeada e realizada integralmente pelos agentes livres, ao seu término, o ativo será transmitido para a Concessão.

Essa norma parece conflitar com o disposto no art. 46 da Lei do Gás que estabelece que a transferência do gasoduto dedicado para a Concessionária ocorre apenas depois da “sua total utilização”.

Conquanto a expressão usada na Lei do Gás também não seja clara, parece que ela deve ser interpretada como se referindo ao momento em que o gasoduto deixa de ser usado pelo Agente Livre ou, alternativamente, quando da total depreciação desse ativo. Mas jamais ao momento do término da sua construção.

Portanto, a Deliberação nº 3.862/19 deve se adequar ao que estabelece a Lei do Gás escolhendo um desses dois momentos como sendo aquele no qual a propriedade do gasoduto dedicado deve ser transferida pelo Agente Livre para a Concessionária.

Além disso, como amplamente discutido durante a audiência pública, é importante que a propriedade do gasoduto dedicado continue com o Agente Livre. Isso permite que ele possa dar esse gasoduto em garantia (isto é, constituir sobre ele algum direito real de garantia tipo penhor ou mesmo fazer a sua alienação fiduciária em garantia). Dessa forma, o Agente Livre pode usar o financiamento eventualmente contratado para a construção do empreendimento principal como fonte de recursos para pagar os custos de construção do gasoduto dedicado.

11. Contribuição para a construção do gasoduto dedicado como condição para aplicação da TUSD-E:

Aparentemente, a Deliberação nº 3.862/19 limita o direito à TUSD-E aos Agentes Livres que (i) realizam a construção do gasoduto dedicado, (ii) forneçam recursos para a sua construção pela Concessionária ou (iii) pertençam ao mesmo grupo econômico dos Agentes Livres que se enquadram nos dois casos anteriores e exerçam a mesma atividade econômica em área contígua. É o que se depreende dos dispositivos transcritos abaixo:

Art. 5º - Entende-se por ramal dedicado todo gasoduto conectando o Autoprodutor, Auto-Importador ou Consumidor Livre diretamente ao transportador, UPGN ou terminal de GNL, por meio de ramal específico, não interligado à malha física de distribuição.

§ 1º - A definição de ramal dedicado e exclusivo poderá ser estendida aos agentes conectados ao mesmo gasoduto, desde que pertençam a empreendimento do mesmo grupo econômico, exercendo a mesma atividade econômica e situado em área contígua.

§ 2º - Posterior conexão de ramais de terceiros ao gasoduto originalmente dedicado e exclusivo, não implicará na perda da sua exclusividade para o consumidor original nem alterará o seu tratamento tarifário.

§ 3º - Na hipótese do caput e do contido no § 1º, todos farão jus ao tratamento tarifário específico a ser calculado pela AGENERSA com base no investimento e custos específicos de operação e manutenção (TUSD-E).

Art. 8º - Na construção de novos gasodutos dedicados, por agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres, ou pelas Concessionárias, ficam estabelecidas as seguintes regras:

(...)

II - Quando a construção do gasoduto for custeada e realizada integralmente pelos agentes, (...).

(...)

d) eventual conexão de terceiros, que não se enquadrem na hipótese da alínea "c", não implicará em perda de exclusividade por parte do agente

construtor do gasoduto, e terceiros não farão jus ao tratamento tarifário específico (TUSD-E).

(...)

III - Quando a construção do gasoduto for realizada pelas Concessionárias por solicitação dos agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres, a participação deles fica limitada a até 90% (noventa por cento) do valor dos investimentos.

(...).

e) Outros agentes que utilizarem o duto não terão direito ao pagamento da TUSD-E, excetuado aqueles descritos no artigo 5º, § 1º.

Logo, mesmo que esteja usando um gasoduto dedicado, o Agente Livre não teria direito à aplicação da TUSD-E se não se enquadrar em uma das 3 (três) hipóteses acima relacionadas.

Não se enxerga um racional para essa exclusão e, com certeza, existe aqui um conflito com o disposto na Lei do Gás que não dá margem para essa diferenciação.

Dessa forma, todo Agente Livre que usa um gasoduto dedicado deve ter direito à aplicação da TUSD-E, ainda que não o tenha construído ou contribuído com recursos para a sua construção pela Concessionária.

Se assim não for, no caso de Agente Livre que não tenha construído ou fornecido recursos para a construção do gasoduto dedicado, mas seja do mesmo grupo econômico de Agente Livre que tenha feito isso, poderia pelo menos ser flexibilizada a condição prevista no § 1º do art. 5º, eliminando a exigência de que também exerça a mesma atividade econômica e seja situado em área contígua.

12. Incertezas na aplicação da TUSD-E quando o gasoduto dedicado for construído pela Concessionária:

A Deliberação nº 3.862/19 trata da hipótese de um gasoduto dedicado construído pela Concessionária da seguinte forma:

III - Quando a construção do gasoduto for realizada pelas Concessionárias por solicitação dos agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e

Consumidores Livres, a participação deles fica limitada a até 90% (noventa por cento) do valor dos investimentos.

a) nos casos em que os investimentos no gasoduto forem superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ou quando o consumo mensal do agente livre for superior a 3.000.000 m³/mês, o valor total dos investimentos não será incluído no Plano de Investimentos das Concessionárias para fins regulatórios e tarifários da Revisão Quinquenal.

b) serão remunerados na tarifa os investimentos efetivamente realizados pelas Concessionárias, observadas as limitações da alínea "a", sem inclusão de valor referente a coparticipação dos agentes na construção do gasoduto.

c) os agentes livres que efetuarem coparticipação no investimento terão direito ao pagamento de tarifa específica pelo uso do sistema de distribuição (TUSD-E) a ser calculada com base nas especificidades da instalação e do investimento realizado.

Esses dispositivos suscitam algumas dúvidas.

Primeiro, conforme se depreende a contrário sensu da alínea "c" do inciso III do art. 8º, aparentemente não seria aplicável a TUSD-E caso o Agente Livre não participe com pelo menos parte dos recursos necessários para a construção do gasoduto dedicado, situação que se confunde com aquela já abordada na seção anterior e dispensa novos comentários.

Logo, qualquer Agente Livre que use gasoduto dedicado deve ter direito à aplicação da TUSD-E, pouco importando que tenha construído ou fornecido recursos para a construção desse gasoduto.

Segundo, a conjugação das alíneas "b" e "c" do inciso III do art. 8º gera uma certa incerteza quando os custos de construção do gasoduto dedicado são compartilhados entre a Concessionária e o Agente Livre. Poderia ficar mais claro que mesmo nessa situação, a integralidade da remuneração devida à Concessionária será calculada com base na TUSD-E e não apenas a parte proporcional à contribuição do Agente Livre.

Terceiro, não está clara a finalidade do disposto na alínea "b" do inciso III do art. 8º.

A impressão que essa norma passa é que o investimento realizado pela Concessionária no gasoduto dedicado vai entrar na base regulatória de ativos e ser considerado no cálculo da sua tarifa padrão, observados os limites previstos na alínea "a" do inciso III do art. 8º.

Por outro lado, também pode ser entendido que o investimento da Concessionária deve ser remunerado pelo Agente Livre, ainda que através da aplicação da TUSD-E.

A ser assim, a Concessionária poderia estar sendo duplamente remunerada, o que evidentemente não faz sentido.

Portanto, seria prudente deixar mais claro os pontos acima relacionados, sempre buscado compatibilizar a Deliberação nº 3.862/19 com o disposto no art. 46 da Lei do Gás.

13. Inconsistência na metodologia de cálculo da TUSD-E com o princípio da especificidade tarifária:

O inciso II do art. 9º da Deliberação nº 3.862/19 estabelece que a Câmara de Política Econômica e Tarifária – CAPET deverá calcular a TUSD-E, da seguinte forma:

II - TUSD-E: Tarifa específica para uso do sistema de distribuição para gasodutos dedicados e exclusivos.

a) determinar que a Câmara de Política Econômica e Tarifária - CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias, promova estudos quanto a tarifa específica para uso do sistema de distribuição, visando calcular o valor do desconto nas margens das Concessionárias para todos os agentes que sejam conectados por um gasoduto dedicado e exclusivo, considerando os custos de investimento, operação e manutenção.

Esse dispositivo parece entrar em conflito com as demais normas da própria Deliberação nº 3.862/19 que tratam da TUSD-E.

Como visto acima, se a Concessionária paga o custo de construção do gasoduto dedicado, a sua remuneração deve ser calculada considerando (i) apenas e especificamente o valor do investimento nesse gasoduto e (ii) os seus custos de operação e manutenção. Ou seja, deve desconsiderar o valor dos investimentos realizados pela Concessionária em outros ativos e os custos de operação e manutenção deles.

Se o gasoduto dedicado é construído pelo Agente Livre, a Concessionária deve ser contratada apenas para a sua operação e manutenção e a remuneração dela deve ser calculada (i) considerando apenas os efetivos custos de operação e manutenção desse gasoduto, (ii) desconsiderando a remuneração de qualquer investimento que realizado por ela em outros ativos e o custo de operação e manutenção dos mesmos.

Nesse contexto, não tem sentido em falar em “desconto na margem” da Concessionária.

O foco aqui deveria ser estabelecer critérios para determinar (i) o retorno que deve ser assegurada ao investimento realizado pela Concessionária quando paga o custo de construção do gasoduto dedicado, no todo ou em parte, e (ii) os efetivos custos de operação e manutenção de um gasoduto dedicado e (iii) a margem que deve ser acrescida ao reembolso dos referidos custos quando a Concessionária for contratada para fazer apenas a operação e manutenção do gasoduto dedicado.

14. Aplicação da TUSD – E para o Agente Livre que seja gerador termoeletrico:

A Deliberação nº 3.862/19 cria uma tarifa especial para o uso de gasoduto de distribuição por Agente Livre que seja gerador termoeletrico, nos termos do inciso III do art. 9º:

III - TUSD - Termoeletrica: Tarifa para uso do sistema de distribuição, específico para o segmento termoeletrico.

a) todos os agentes do segmento termoeletrico terão direito ao desconto de 22,5% (vinte e dois e cinco décimos por cento) no fator R da fórmula na margem de distribuição, obedecendo a seguinte fórmula:

b) nos casos em que o agente construir ramal dedicado e exclusivo, fica garantido o desconto da alínea "a", ou o direito ao pagamento de tarifa específica (TUSD-E), a ser calculada pela AGENERSA levando em consideração custos de investimento, operação e manutenção.

c) determinar que seja realizada a revisão anual dos descontos concedidos na fórmula (fator R) a fim de se compensar eventuais erros de projeção de demanda do segmento termoeletrico na Revisão Quinquenal nos anos anteriores, dentro de cada respectivo quinquênio, não podendo retroagir a quinquênios passados.

Esses dispositivos suscitam algumas indagações.

Na hipótese de uso de gasoduto dedicado por Agente Livre, a remuneração devida à Concessionária deveria ser sempre calculada pela metodologia da TUSD-E, sendo irrelevante o fato de o Agente Livre ser gerador termoeletrico ou de quem construiu o gasoduto dedicado.

Aparentemente essa foi a intenção da alínea “b” do inciso III do art. 9º.

Contudo a sua redação gera incertezas.

A expressão “nos casos em que o agente construir ramal dedicado e exclusivo” parece afastar a aplicação da TUSD-E na hipótese de gasoduto dedicado construído pela Concessionária, ainda que o Agente Livre pague parte do custo de construção.

Isso não faz sentido e nos remete aos problemas da Deliberação nº 1250/12, que está sendo revogada por essa Deliberação nº 3.862/19. Portanto, para evitar que voltemos 7 anos no tempo, insistindo em erros que já deveriam estar superados, é importante deixar a Deliberação nº 3.862/19 mais clara nesse ponto.

Além disso, esse mesmo dispositivo gera uma situação ambígua ao dizer, ao mesmo tempo, que garante o desconto previsto na alínea “a” e a aplicação da TUSD-E.

O correto seria simplesmente assegurar, pelo menos, o que for menor, (i) o valor resultante da fórmula prevista na alínea “a” ou (ii) o valor determinado com a aplicação da TUSD-E.

Como na prática dificilmente o valor resultante da referida fórmula será menor, melhor seria simplesmente assegurar a aplicação da TUSD-E na hipótese de Agente Livre atendido por gasoduto dedicado, independentemente de quem construiu o gasoduto.

Ainda no que diz respeito à alínea “b” do inciso III do art. 9º seria conveniente deixar mais claro que o “custo de investimento” será considerado no cálculo da TUSD-E apenas quando a Concessionária houver pago ao menos uma parte do custo de construção do gasoduto dedicado.

15. Compartilhamento de custos de construção do gasoduto dedicado entre o Agente Livre e a Concessionária:

A alínea “d” do inciso III do art. 8º da Deliberação nº 3.862/19 proíbe que o Agente Livre realize o pagamento antecipado do serviço a ser prestado pela Concessionária, como forma de transferir para ela recursos necessários para a construção do gasoduto dedicado:

- d) fica vedada a cobrança, pelas Concessionárias, de antecipação de receita ao agente livre para custear a construção do gasoduto.

Essa proibição pode causar mais dificuldades do que benefícios para o Agente Livre.

Se um Agente Livre não tiver interesse em construir o gasoduto dedicado, a alternativa será pedir à Concessionária que construa esse gasoduto.

Por sua vez, se a Concessionária não possuir recursos para pagar o custo de construção do gasoduto dedicado, então o Agente Livre deverá, de alguma forma, fornecer os recursos para pagar o custo de construção, ao menos em parte.

Se isso acontecer, será necessário encontrar uma forma jurídica para a transferência de recursos do Agente Livre para a Concessionária.

Pois bem, a forma jurídica adotada nessa situação vem sendo exatamente a antecipação de pagamento da remuneração devida à Concessionária pelo Agente Livre.

Se essa solução for proibida, a princípio, então o gasoduto dedicado deverá ter a sua propriedade compartilhada entre a Concessionária e o Agente Livre, na proporção da parcela do custo de construção que vier a ser paga por cada um.

Em outras palavras, o gasoduto ficará sujeito a um condomínio formado entre a Concessionária e o Agente Livre. Essa solução pode gerar mais complexidades para as partes do que a solução do pagamento antecipado da remuneração da Concessionária.

Assim, provavelmente, é preferível eliminar essa proibição.

Entretanto, no cálculo da TUSD-E deve ser considerado apenas o investimento realizado pela Concessionária. No limite, a remuneração devida à Concessionária deverá se aproximar do valor que seria devido se ela estivesse sendo contratada apenas para fazer a operação e manutenção do gasoduto dedicado.

Alternativamente, a AGENERSA deve verificar se a eventual recusa da Concessionária em pagar o custo de construção do gasoduto dedicado encontra justificativa razoável ou se constitui apenas a criação de uma dificuldade para impedir o desenvolvimento do mercado livre.

16. Limites à publicidade do contrato de suprimento de gás natural:

Existe uma preocupação da parte dos agentes comercializadores com a divulgação de todas as condições comerciais do contrato de compra de gás natural pela Concessionária.

Existem muitas informações que são estratégicas e precisam ser mantidas de forma confidencial.

Não existe desconforto com o fato desse contrato ser submetido ao conhecimento da AGENERSA na sua integralidade.

Entretanto, pode fazer mais sentido dar publicidade apenas para o preço do gás natural, mantendo a confidencialidade de outras condições comerciais, tais como o nível do compromisso de retirada de uma quantidade mínima de gás natural (take or pay) bem como as penalidades por descumprimento de obrigações contratuais.

17. Declaração de utilidade pública para obtenção de servidão de passagem:

Importante chamar atenção para o fato de que a Deliberação nº 3.862/19 ainda não tratou do procedimento pelo qual o Agente Livre pode obter uma declaração de utilidade pública da faixa de terreno no qual será construído o gasoduto dedicado.

Esse ponto foi objeto do voto do Conselheiro Presidente, mas deixou de ser abordado na Deliberação nº 3.862/19, ainda que determinando apenas a elaboração de estudos visando encontrar a melhor solução para essa questão.

18. A questão do supridor diferente do da Distribuidora

Da forma como está redigido o art. 7º da Deliberação nº 3.862/19, é possível entender que o regime da TUSD-E somente se aplica à agente livre que, além de usar um duto dedicado, compre gás natural de outra empresa que não aquela responsável hoje pelo suprimento da Distribuidora.

Em outras palavras, o regime da TUSD-E não poderia ser aplicado em favor de agente livre que compre gás natural da Petrobras, mesmo que use duto dedicado.

A redação desse dispositivo deve ser ajustada para corrigir essa falha, deixando claro que o regime da TUSD-E se aplica no caso da compra de gás natural de qualquer outra empresa que não a própria Distribuidora.

19. Exclusão do investimento da Distribuidora no duto dedicado na base regulatória de ativos da concessionária:

A Deliberação nº 3.862/19 deve deixar claro que o investimento da Distribuidora no duto dedicado deve ser remunerado exclusivamente pela TUSD-E paga pelo agente livre atendido pelo mesmo.

Os demais usuários da Distribuidora não devem ser obrigados a contribuir para a remuneração desse investimento, razão pela qual ele não deve ser considerado na sua base regulatória de ativos, sob pena de a Distribuidora ser remunerada em duplicidade.

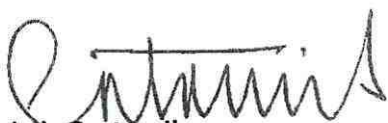
Havendo investimento da Distribuidora em duto dedicado não sujeito ao regime da TUSD-E por qualquer motivo, aí sim esse investimento deve ser considerado na sua base regulatória de ativos.

20. O custo do gás natural na fórmula da TUSD-Termoelétrica:

A fórmula de cálculo da TUSD-Termoelétrica deve eliminar a parcela correspondente ao custo do gás natural, porque esse custo é incorrido diretamente pelo agente livre e não pela Distribuidora.

Isto posto, o IBP reitera os termos dos seus embargos de declaração e espera que as suas propostas sejam acatadas para o aprimoramento do texto da Deliberação nº 3.862/19.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2019



Luiz Costamilan
Secretário Executivo de Gás Natural



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-22/007/300/2019
Data 12/10/2019 10h 23
Rubrica

ID. FUNCIONAL
3216046-1

CI PRESI/AGENERSA Nº. 1001/2019

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2019.

De: PRESIDÊNCIA

Para: SECEX

Assunto: RECURSO IBP-GN 019/2019 - PROCESSO E-22/007/300/2019.

De ordem superior, sirvo-me do presente para encaminhar o documento em anexo, para providência.

Atenciosamente,


Carol Bastos Reis
Chefe de Gabinete
ID: 2054136-8

RECEBIDO	
SECEX	
EM	25, 10, 2019
HORA:	10: 23
ID. FUNCIONAL	5592232
Assinatura e Matrícula	

IBP-GN 019/2019

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2019.

Ilmo. Sr. Presidente do Conselho Diretor da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA

AGENERSA Protocolo	
ID	6791
Data	24/10/2019
Horário	15:03
Rubrica	Fernanda da Silva ID Funcional: 443 1027-7 Assistente - SECEX AGENERSA

Processo Regulatório nº E-22/007.300/2019

AGENERSA PROTO	UPO INFORMATIZADO/DIGITALIZADO
Documento Gerador	081 AgenerSA Pro Local
Data e Rubrica	24/10/2019

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCUMBUSTÍVEL (IBP), com sede na Avenida Almirante Barroso, 52, Rio de Janeiro, RJ, CNPJ nº 33.634.254/0001-10, nos autos do processo administrativo acima referido, vem apresentar o seu **RECURSO** contra a Deliberação nº 3.967/19 que rejeitou os seus embargos de declaração e manteve na integralidade o texto original da Deliberação nº 3.862/19, nos seguintes termos:

1. Consideração inicial:

O IBP entende elogiável a iniciativa da AGENERSA que resultou na Deliberação nº 3.862/19 no sentido de melhorar a competitividade do Estado do Rio de Janeiro para atração de novos investimentos que são consumidores intensivos de gás natural.

Entretanto, para que essa iniciativa alcance o resultado esperado, ainda são necessários alguns aprimoramentos na Deliberação nº 3.862/19, motivo pelo qual o IBP se vê constrangido a interpor este recurso.

Importante esclarecer que nas suas manifestações anteriores o IBP enfrentou diversos argumentos contrários às novas regras introduzidas pela Deliberação nº 3.862/19 aplicáveis aos agentes livres.

O IBP reitera todas suas manifestações anteriores nesta oportunidade.

Contudo, para maior objetividade, este recurso será concentrado apenas nas questões que exigem alteração no texto da Deliberação nº 3.862/19

RECEBIDO
PRESIDÊNCIA

Em 24/10/2019

2. Emprego de termos definidos para maior precisão e clareza:

O texto da Deliberação nº 3.862/19 ganharia maior precisão e facilidade de compreensão se adotasse a técnica de usar termos definidos. Assim, por exemplo, a expressão “Agente Livre” poderia ser tornada um termo definido e empregada de forma uniforme ao longo de todo o texto da Deliberação nº 3.862/19. O mesmo poderia ser feito com a expressão “Gasoduto Dedicado” e assim por diante.

Especificamente no que tange a uso da expressão gasoduto dedicado e exclusivo seria importante dar mais clareza ao texto eliminando o termo “exclusivo”. O aspecto relevante nesse gasoduto parece ser o fato dele ser isolado da malha de distribuição e poder receber um tratamento tarifário específico e diferenciado, distinto daquele aplicável à malha como um todo. O fato de existir ou não compartilhamento do gasoduto dedicado não tem relevância nesse aspecto e pode dar margem a interpretações equivocadas.

3. O princípio da especificidade tarifária na Lei do Gás.

O art. 46 da Lei do Gás disciplina como deve ser calculada a remuneração devida à Concessionária por Agente Livre que usa gasoduto separado da malha de distribuição (basicamente o que a Deliberação nº 3.862/19 denomina de gasoduto dedicado).

Na situação de um gasoduto dedicado construído pela Concessionária com recursos próprios, a remuneração da Concessionária deve ser calculada em função do investimento realizado especificamente nesse gasoduto e dos seus custos de operação e manutenção, desconsiderado os investimentos nos demais ativos e o custo de operação e manutenção deles.

No caso de gasoduto dedicado construído pelo Agente Livre, a remuneração da Concessionária deve ser calculada em função apenas dos custos efetivos para a sua operação e manutenção.

Em outros países o grande consumidor possui o direito de construir o próprio gasoduto para se ligar a uma fonte de gás natural, não sendo obrigado a contratar a Concessionária local para nada, sequer para a operação e manutenção desse gasoduto.

A Lei do Gás adotou uma solução intermediária entre o que ocorre no resto do mundo e o desejo das Concessionárias de impor um monopólio absoluto.

A prevalecer o desejo das Concessionárias, a obrigação de contrata-las estaria sendo transformada, na realidade, em uma obrigação de natureza tributária, a qual se caracteriza pela ausência de contraprestação da parte do credor (vide art. 16 do Código Tributário Nacional).

Na contratação de um serviço, a remuneração devida pelo contratante deve sempre guardar proporcionalidade com o trabalho executado pelo prestador do serviço (contratado ou credor).

Esse conceito da Lei do Gás, que foi apelidado de “princípio da especificidade tarifária”, deve ser incorporado na regulação do Estado do Rio de Janeiro através da criação da TUSD-E, mas de forma clara.

Além disso, pela Lei do Gás, o princípio da especificidade se aplica em relação à remuneração devida à Concessionária por qualquer Agente Livre, sempre que ele usa um gasoduto dedicado.

Entretanto, a Deliberação nº 3.862/19 parece distinguir diversas situações para excluir algumas delas da aplicação da TUSD-E. Essa abordagem cria não apenas uma complexidade talvez desnecessária, mas também afasta da aplicação TUSD-E situações que deveriam ser alcançadas por ela, diante do que estabelece a Lei do Gás.

Adicionalmente, a forma como está posta a redação do Artigo 7º e do item “b” do inciso III do Art. 9º da Deliberação nº 3.862/19, pode levar ao entendimento de que aqueles Agentes Livres, cujos respectivos gasodutos dedicados foram construídos totalmente pela Concessionária, não possuem direito à TUSD-E.

Esse conceito insiste no erro do Anexo Único da Deliberação nº 1250/12 que foi revogada. Como se sabe, essa situação gerou ação judicial movida pela ABRAGET contra a AGENERSA e que resultou na suspensão temporária do processo de revisão tarifária que ocorria naquele momento.

Independentemente de quem constrói o gasoduto dedicado, o fato é que o serviço de operação e manutenção a ser prestado é o mesmo. A única diferença é se os investimentos serão ou não contabilizados para formação da TUSD-E.

O investimento feito pela Concessionária é considerado, mas não o investimento feito pelo Agente Livre, conforme já tratado no Art. 8º dessa Deliberação nº 3.862/19.

4. Tratamento isonômico regulatório entre as diversas espécies de Agentes Livres:

O art. 2º da Deliberação nº 3.862/19 está assim redigido:

Art. 2º - Conceder tratamento isonômico regulatório, especialmente na questão tarifária, aos agentes livres - Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres no Estado do Rio de Janeiro.

A afirmação de que Consumidores Livre, Autoprodutores e Auto-Importadores (Agentes Livres) serão tratados de forma isonômica pode ter sentido do ponto de vista tarifário, observada uma diferença relevante.

Com efeito, deve ser diferenciada a situação do Agente Livre que usa a malha de distribuição, daquele que usa gasoduto dedicado. Nos termos da Deliberação nº 3.862/19, o primeiro ficaria sujeito à TUSD, ao passo que o segundo ficaria sujeito à TUSD-E. Dessa forma, a isonomia deve ser entre as diversas espécies de Agentes Livres que se encontram na mesma situação.

Além disso, a generalidade presente no texto da Deliberação nº 3.862/19 causa preocupação porque dá margem para o entendimento de que Autoprodutores e Auto-Importadores poderiam ser também regulados pelo Estado, quando na realidade a regulação deles compete à União Federal, através da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP).

Nesse sentido, o texto da Deliberação nº 3.862/19 ficaria mais preciso se o art. 2º fosse redigido da seguinte forma:

Art. 2º Conceder tratamento isonômico em matéria tarifária aos Consumidores Livre, Autoprodutores e Auto-importadores (Agentes Livres), diferenciando a situação dos que usam gasoduto integrante da malha de distribuição, daqueles que usam gasoduto dedicado, conforme o disposto nesta Deliberação nº 3.862/19.

5. Garantia de reserva de capacidade para Consumidores Livres:

O § 1º do art. 4º da Deliberação nº 3.862/19 estabelece o seguinte:

§ 1º - Aos Consumidores Livres, anteriormente atendidos pelas Concessionárias no mercado cativo, fica garantida reserva de capacidade

mínima de transporte calculada pela média de consumo dos últimos 6 (seis) meses, não computados períodos de interrupção justificados.

Essa norma representa uma importante garantia para um usuário poder migrar do mercado cativo para o mercado livre, sem ficar exposto a dificuldades criadas pela Concessionária em termos de existência ou não de capacidade disponível no sistema de distribuição.

Entretanto, os contratos de fornecimento de gás natural com grandes consumidores geralmente usam como referência, para fins de reserva de capacidade no sistema, o conceito da quantidade diária contratada (QDC).

Havendo uma QDC acordada entre o usuário e a Concessionária, nos parece que essa grandeza deveria também ser considerada para efeito de determinação da reserva de capacidade.

Dessa forma, a Deliberação nº 3.862/19 poderia fazer referência ao que for maior, (i) a QDC informada no último contrato de fornecimento celebrado entre o usuário e a Concessionária antes da migração para o mercado livre ou (ii) a média de consumo dos últimos 6 meses (tal como consta da referida norma).

Além disso, para efeito de uniformização terminológica, seria preferível substituir o termo “capacidade mínima de transporte” pelo termo “capacidade mínima de movimentação”, a fim de facilitar a distinção entre a atividade da Concessionária regulada pelos Estados e a atividade das transportadoras de gás natural regulada pela União.

6. Definição das fontes de gás natural que podem ser acessadas pelo gasoduto dedicado:

O art. 5º procura definir o que seria ramal dedicado nos seguintes termos:

Art. 5º - Entende-se por ramal dedicado todo gasoduto de gás natural conectando o Autoprodutor, Auto-Importador ou Consumidor Livre diretamente ao transportador, UPGN ou terminal de GNL, por meio de ramal específico, não interligado à malha física de distribuição.

O termo “ramal dedicado” deveria ser substituído pelo termo “gasoduto dedicado” porque no mais das vezes o gasoduto em questão não será propriamente um “ramal” de qualquer outro gasoduto.

Adicionalmente, além de fazer referência a “transportador, UPGN e terminal de GNL”, seria recomendável que essa norma se referisse também a “qualquer outra fonte de gás natural”.

Existe uma rápida evolução tecnológica em andamento e o desenho da indústria do gás natural, tal como conhecemos hoje, pode ser muito alterado. Por exemplo, existe a possibilidade de uma termelétrica ser ligada diretamente a gasoduto de escoamento da produção (o gás natural não precisa ser processado antes de ser entregue à termelétrica).

Dessa forma, é importante que essa definição seja bastante elástica para acompanhar a evolução tecnológica sem a necessidade de ser permanentemente alterada.

7. A questão da exclusividade no gasoduto dedicado:

Este ponto se refere ao conceito de exclusividade no uso do gasoduto dedicado e da possibilidade da sua conexão com ramais de terceiros, tratado em diversas normas da Deliberação nº 3.862/19, das quais podemos destacar os parágrafos do art. 5º transcritos abaixo:

§ 1º - A definição de ramal dedicado e exclusivo poderá ser estendida aos agentes conectados ao mesmo gasoduto, desde que pertençam a empreendimento do mesmo grupo econômico, exercendo a mesma atividade econômica e situado em área contígua.

§ 2º - Posterior conexão de ramais de terceiros ao gasoduto de gás natural originalmente dedicado e exclusivo, não implicará na perda da sua exclusividade para o consumidor original nem alterará o seu tratamento tarifário.

§ 3º - Na hipótese do caput e do contido no § 1º, todos farão jus ao tratamento tarifário específico a ser calculado pela AGENERSA com base no investimento e custos específicos de operação e manutenção (TUSD-E).

A possibilidade de ser construído um gasoduto dedicado que possa ser usado com exclusividade pelo Agente Livre faz muito sentido e pode facilitar a implantação de diversos empreendimentos. Não são raras as vezes em que o compartilhamento de uma infraestrutura essencial para a operação do empreendimento constitui fonte de incertezas para os investidores pelos riscos que pode gerar.

Claro que, quando se está diante de uma infraestrutura relevante em termos de abastecimento de um determinado mercado, o conforto que o investidor deseja com o direito de uso exclusivo, precisa ser sopesado com o benefício que se consegue para a coletividade com o compartilhamento dessa infraestrutura.

Entretanto, na prática os grandes empreendimentos que podem ser atraídos para o Estado do Rio tendem a ser localizados o mais próximo possível da fonte do gás natural.

Logo, o compartilhamento do gasoduto dedicado construído pelo Agente Livre dificilmente será essencial para o desenvolvimento do mercado local.

Por outro ângulo, como se trata de infraestrutura construída por consumidor, não há como enxergar o seu compartilhamento como essencial para promover a concorrência entre agentes do setor. A situação aqui é diferente da que ocorre com outras infraestruturas essenciais para o desenvolvimento do mercado de gás natural, tais como gasodutos de transporte, unidades de processamento de gás natural, etc., cujo compartilhamento pode ser essencial para garantir um mercado competitivo.

Assim, melhor seria obrigar o compartilhamento da servidão de passagem para a construção de gasoduto dedicado em paralelo, como já ocorre em diversas regiões do mundo que se tornam polo de atração de empreendimentos que são consumidores intensivos de gás natural.

Diga-se de passagem, semelhante conceito já vem sendo aplicado para o aproveitamento da servidão de passagem por concessionários de outros serviços públicos, como se verifica na Resolução ANP nº 42/12.

Dessa forma, a Deliberação nº 3.862/19 poderia assegurar o direito ao uso exclusivo do gasoduto dedicado, se não sempre pelo menos quando construído pelo Agente Livre ou pela Concessionária com recursos do Agente Livre. O seu compartilhamento seria voluntário e ocorreria na medida em que tenha sentido econômico. Os termos e condições do compartilhamento seriam livremente negociados entre as partes.

De qualquer forma, não faz sentido a Deliberação nº 3.862/19 usar a expressão "gasoduto dedicado e exclusivo". Melhor seria usar apenas a expressão "gasoduto dedicado". O emprego do termo "exclusivo" pode gerar desconforto para o compartilhamento do gasoduto dedicado.

Em contrapartida, a Deliberação nº 3.862/19 poderia estabelecer como obrigatório o compartilhamento da servidão de passagem.

8. Direito do concessionário de construir o gasoduto dedicado:

O art. 6º da Deliberação nº 3.862/19 introduz a possibilidade de o gasoduto dedicado ser construído pelo Agente Livre:

Art. 6º - Os agentes livres, e somente eles, podem, se assim desejarem, construir suas instalações – gasodutos de gás natural no Estado do Rio de Janeiro, arcando com o valor total do investimento, respeitando regras de construção civil, de segurança e com projetos previamente aprovados pelas Concessionárias CEG e CEG Rio, contando com prévia ciência da AGENERSA.

O texto da Deliberação nº 3.862/19 condiciona a construção do gasoduto dedicado a uma aprovação por parte da Concessionária que pode ter interesse em dificultar essa possibilidade.

Melhor seria submeter a construção do gasoduto dedicado apenas à aprovação da própria AGENERSA, a qual não poderia ser negada caso o projeto demonstre a sua conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis.

9. Direito de assumir a operação (*step in*):

Como se sabe, ainda que o gasoduto dedicado seja construído pelo Agente Livre, a Concessionária deve ser contratada para fazer a sua operação e manutenção.

A Deliberação nº 3.862/19, aparentemente, deixou de considerar a possibilidade de dar ao Agente Livre o direito de assumir a operação e manutenção do gasoduto dedicado, ou contratar alguém para assumir essa atividade, bem como suspender o pagamento da remuneração à Concessionária, em caso de falha dela na prestação desse serviço, conforme definido no respectivo contrato.

Essa possibilidade foi muito discutida durante a audiência pública e pareceu contar com boa receptividade da própria AGENERSA.

Assim, mesmo que se entenda possível criar esse direito no contrato de operação e manutenção a ser celebrado entre o Agente Livre e a Concessionária, aumentaria a segurança jurídica das partes se a Deliberação nº 3.862/19 expressamente já assegurasse esse direito ao Agente Livre.

10. Direito do agente livre de continuar proprietário do gasoduto dedicado:

A Deliberação nº 3.862/19 estabelece que o gasoduto dedicado, ainda que construído pelo Agente Livre, deve ser transferido para a Concessionária ao final da construção, como se depreende, por exemplo, do seu art. 8º, I:

I - Quando a construção do gasoduto dedicado e exclusivo for custeada e realizada integralmente pelos agentes livres, ao seu término, o ativo será transmitido para a Concessão.

Essa norma parece conflitar com o disposto no art. 46 da Lei do Gás que estabelece que a transferência do gasoduto dedicado para a Concessionária ocorre apenas depois da “sua total utilização”.

Conquanto a expressão usada na Lei do Gás também não seja clara, parece que ela deve ser interpretada como se referindo ao momento em que o gasoduto deixa de ser usado pelo Agente Livre ou, alternativamente, quando da total depreciação desse ativo. Mas jamais ao momento do término da sua construção.

Portanto, a Deliberação nº 3.862/19 deve se adequar ao que estabelece a Lei do Gás escolhendo um desses dois momentos como sendo aquele no qual a propriedade do gasoduto dedicado deve ser transferida pelo Agente Livre para a Concessionária.

Além disso, como amplamente discutido durante a audiência pública, é importante que a propriedade do gasoduto dedicado continue com o Agente Livre. Isso permite que ele possa dar esse gasoduto em garantia (isto é, constituir sobre ele algum direito real de garantia tipo penhor ou mesmo fazer a sua alienação fiduciária em garantia). Dessa forma, o Agente Livre pode usar o financiamento eventualmente contratado para a construção do empreendimento principal como fonte de recursos para pagar os custos de construção do gasoduto dedicado.

11. Contribuição para a construção do gasoduto dedicado como condição para aplicação da TUSD-E:

Aparentemente, a Deliberação nº 3.862/19 limita o direito à TUSD-E aos Agentes Livres que (i) realizam a construção do gasoduto dedicado, (ii) forneçam recursos para a sua construção pela Concessionária ou (iii) pertençam ao mesmo grupo econômico dos Agentes Livres que se enquadram nos dois casos anteriores e exerçam a mesma atividade econômica em área contígua. É o que se depreende dos dispositivos transcritos abaixo:

Art. 5º - Entende-se por ramal dedicado todo gasoduto conectando o Autoprodutor, Auto-Importador ou Consumidor Livre diretamente ao transportador, UPGN ou terminal de GNL, por meio de ramal específico, não interligado à malha física de distribuição.

§ 1º - A definição de ramal dedicado e exclusivo poderá ser estendida aos agentes conectados ao mesmo gasoduto, desde que pertençam a empreendimento do mesmo grupo econômico, exercendo a mesma atividade econômica e situado em área contígua.

§ 2º - Posterior conexão de ramais de terceiros ao gasoduto originalmente dedicado e exclusivo, não implicará na perda da sua exclusividade para o consumidor original nem alterará o seu tratamento tarifário.

§ 3º - Na hipótese do caput e do contido no § 1º, todos farão jus ao tratamento tarifário específico a ser calculado pela AGENERSA com base no investimento e custos específicos de operação e manutenção (TUSD-E).

Art. 8º - Na construção de novos gasodutos dedicados, por agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres, ou pelas Concessionárias, ficam estabelecidas as seguintes regras:

(...)

II - Quando a construção do gasoduto for custeada e realizada integralmente pelos agentes, (...).

(...)

d) eventual conexão de terceiros, que não se enquadrem na hipótese da alínea "c", não implicará em perda de exclusividade por parte do agente

construtor do gasoduto, e terceiros não farão jus ao tratamento tarifário específico (TUSD-E).

(...)

III - Quando a construção do gasoduto for realizada pelas Concessionárias por solicitação dos agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e Consumidores Livres, a participação deles fica limitada a até 90% (noventa por cento) do valor dos investimentos.

(...).

e) Outros agentes que utilizarem o duto não terão direito ao pagamento da TUSD-E, excetuado aqueles descritos no artigo 5º, § 1º.

Logo, mesmo que esteja usando um gasoduto dedicado, o Agente Livre não teria direito à aplicação da TUSD-E se não se enquadrar em uma das 3 (três) hipóteses acima relacionadas.

Não se enxerga um racional para essa exclusão e, com certeza, existe aqui um conflito com o disposto na Lei do Gás que não dá margem para essa diferenciação.

Dessa forma, todo Agente Livre que usa um gasoduto dedicado deve ter direito à aplicação da TUSD-E, ainda que não o tenha construído ou contribuído com recursos para a sua construção pela Concessionária.

Se assim não for, no caso de Agente Livre que não tenha construído ou fornecido recursos para a construção do gasoduto dedicado, mas seja do mesmo grupo econômico de Agente Livre que tenha feito isso, poderia pelo menos ser flexibilizada a condição prevista no § 1º do art. 5º, eliminando a exigência de que também exerça a mesma atividade econômica e seja situado em área contígua.

12. Incertezas na aplicação da TUSD-E quando o gasoduto dedicado for construído pela Concessionária:

A Deliberação nº 3.862/19 trata da hipótese de um gasoduto dedicado construído pela Concessionária da seguinte forma:

III - Quando a construção do gasoduto for realizada pelas Concessionárias por solicitação dos agentes Autoprodutores, Auto-Importadores e

Consumidores Livres, a participação deles fica limitada a até 90% (noventa por cento) do valor dos investimentos.

a) nos casos em que os investimentos no gasoduto forem superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ou quando o consumo mensal do agente livre for superior a 3.000.000 m³/mês, o valor total dos investimentos não será incluído no Plano de Investimentos das Concessionárias para fins regulatórios e tarifários da Revisão Quinquenal.

b) serão remunerados na tarifa os investimentos efetivamente realizados pelas Concessionárias, observadas as limitações da alínea "a", sem inclusão de valor referente a coparticipação dos agentes na construção do gasoduto.

c) os agentes livres que efetuarem coparticipação no investimento terão direito ao pagamento de tarifa específica pelo uso do sistema de distribuição (TUSD-E) a ser calculada com base nas especificidades da instalação e do investimento realizado.

Esses dispositivos suscitam algumas dúvidas.

Primeiro, conforme se depreende a contrário sensu da alínea "c" do inciso III do art. 8º, aparentemente não seria aplicável a TUSD-E caso o Agente Livre não participe com pelo menos parte dos recursos necessários para a construção do gasoduto dedicado, situação que se confunde com aquela já abordada na seção anterior e dispensa novos comentários.

Logo, qualquer Agente Livre que use gasoduto dedicado deve ter direito à aplicação da TUSD-E, pouco importando que tenha construído ou fornecido recursos para a construção desse gasoduto.

Segundo, a conjugação das alíneas "b" e "c" do inciso III do art. 8º gera uma certa incerteza quando os custos de construção do gasoduto dedicado são compartilhados entre a Concessionária e o Agente Livre. Poderia ficar mais claro que mesmo nessa situação, a integralidade da remuneração devida à Concessionária será calculada com base na TUSD-E e não apenas a parte proporcional à contribuição do Agente Livre.

Terceiro, não está clara a finalidade do disposto na alínea "b" do inciso III do art. 8º.

A impressão que essa norma passa é que o investimento realizado pela Concessionária no gasoduto dedicado vai entrar na base regulatória de ativos e ser considerado no cálculo da sua tarifa padrão, observados os limites previstos na alínea "a" do inciso III do art. 8º.

Por outro lado, também pode ser entendido que o investimento da Concessionária deve ser remunerado pelo Agente Livre, ainda que através da aplicação da TUSD-E.

A ser assim, a Concessionária poderia estar sendo duplamente remunerada, o que evidentemente não faz sentido.

Portanto, seria prudente deixar mais claro os pontos acima relacionados, sempre buscado compatibilizar a Deliberação nº 3.862/19 com o disposto no art. 46 da Lei do Gás.

13. Inconsistência na metodologia de cálculo da TUSD-E com o princípio da especificidade tarifária:

O inciso II do art. 9º da Deliberação nº 3.862/19 estabelece que a Câmara de Política Econômica e Tarifária – CAPET deverá calcular a TUSD-E, da seguinte forma:

II - TUSD-E: Tarifa específica para uso do sistema de distribuição para gasodutos dedicados e exclusivos.

a) determinar que a Câmara de Política Econômica e Tarifária - CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias, promova estudos quanto a tarifa específica para uso do sistema de distribuição, visando calcular o valor do desconto nas margens das Concessionárias para todos os agentes que sejam conectados por um gasoduto dedicado e exclusivo, considerando os custos de investimento, operação e manutenção.

Esse dispositivo parece entrar em conflito com as demais normas da própria Deliberação nº 3.862/19 que tratam da TUSD-E.

Como visto acima, se a Concessionária paga o custo de construção do gasoduto dedicado, a sua remuneração deve ser calculada considerando (i) apenas e especificamente o valor do investimento nesse gasoduto e (ii) os seus custos de operação e manutenção. Ou seja, deve desconsiderar o valor dos investimentos realizados pela Concessionária em outros ativos e os custos de operação e manutenção deles.

Se o gasoduto dedicado é construído pelo Agente Livre, a Concessionária deve ser contratada apenas para a sua operação e manutenção e a remuneração dela deve ser calculada (i) considerando apenas os efetivos custos de operação e manutenção desse gasoduto, (ii) desconsiderando a remuneração de qualquer investimento que realizado por ela em outros ativos e o custo de operação e manutenção dos mesmos.

Nesse contexto, não tem sentido em falar em “desconto na margem” da Concessionária.

O foco aqui deveria ser estabelecer critérios para determinar (i) o retorno que deve ser assegurada ao investimento realizado pela Concessionária quando paga o custo de construção do gasoduto dedicado, no todo ou em parte, e (ii) os efetivos custos de operação e manutenção de um gasoduto dedicado e (iii) a margem que deve ser acrescida ao reembolso dos referidos custos quando a Concessionária for contratada para fazer apenas a operação e manutenção do gasoduto dedicado.

14. Aplicação da TUSD – E para o Agente Livre que seja gerador termoeletrico:

A Deliberação nº 3.862/19 cria uma tarifa especial para o uso de gasoduto de distribuição por Agente Livre que seja gerador termoeletrico, nos termos do inciso III do art. 9º:

III - TUSD - Termoeletrica: Tarifa para uso do sistema de distribuição, específico para o segmento termoeletrico.

a) todos os agentes do segmento termoeletrico terão direito ao desconto de 22,5% (vinte e dois e cinco décimos por cento) no fator R da fórmula na margem de distribuição, obedecendo a seguinte fórmula:

b) nos casos em que o agente construir ramal dedicado e exclusivo, fica garantido o desconto da alínea "a", ou o direito ao pagamento de tarifa específica (TUSD-E), a ser calculada pela AGENERSA levando em consideração custos de investimento, operação e manutenção.

c) determinar que seja realizada a revisão anual dos descontos concedidos na fórmula (fator R) a fim de se compensar eventuais erros de projeção de demanda do segmento termoeletrico na Revisão Quinquenal nos anos anteriores, dentro de cada respectivo quinquênio, não podendo retroagir a quinquênios passados.

Esses dispositivos suscitam algumas indagações.

Na hipótese de uso de gasoduto dedicado por Agente Livre, a remuneração devida à Concessionária deveria ser sempre calculada pela metodologia da TUSD-E, sendo irrelevante o fato de o Agente Livre ser gerador termoeletrico ou de quem construiu o gasoduto dedicado.

Aparentemente essa foi a intenção da alínea “b” do inciso III do art. 9º.

Contudo a sua redação gera incertezas.

A expressão “nos casos em que o agente construir ramal dedicado e exclusivo” parece afastar a aplicação da TUSD-E na hipótese de gasoduto dedicado construído pela Concessionária, ainda que o Agente Livre pague parte do custo de construção.

Isso não faz sentido e nos remete aos problemas da Deliberação nº 1250/12, que está sendo revogada por essa Deliberação nº 3.862/19. Portanto, para evitar que voltemos 7 anos no tempo, insistindo em erros que já deveriam estar superados, é importante deixar a Deliberação nº 3.862/19 mais clara nesse ponto.

Além disso, esse mesmo dispositivo gera uma situação ambígua ao dizer, ao mesmo tempo, que garante o desconto previsto na alínea “a” e a aplicação da TUSD-E.

O correto seria simplesmente assegurar, pelo menos, o que for menor, (i) o valor resultante da fórmula prevista na alínea “a” ou (ii) o valor determinado com a aplicação da TUSD-E.

Como na prática dificilmente o valor resultante da referida fórmula será menor, melhor seria simplesmente assegurar a aplicação da TUSD-E na hipótese de Agente Livre atendido por gasoduto dedicado, independentemente de quem construiu o gasoduto.

Ainda no que diz respeito à alínea “b” do inciso III do art. 9º seria conveniente deixar mais claro que o “custo de investimento” será considerado no cálculo da TUSD-E apenas quando a Concessionária houver pago ao menos uma parte do custo de construção do gasoduto dedicado.

15. Compartilhamento de custos de construção do gasoduto dedicado entre o Agente Livre e a Concessionária:

A alínea “d” do inciso III do art. 8º da Deliberação nº 3.862/19 proíbe que o Agente Livre realize o pagamento antecipado do serviço a ser prestado pela Concessionária, como forma de transferir para ela recursos necessários para a construção do gasoduto dedicado:

- d) fica vedada a cobrança, pelas Concessionárias, de antecipação de receita ao agente livre para custear a construção do gasoduto.

Essa proibição pode causar mais dificuldades do que benefícios para o Agente Livre.

Se um Agente Livre não tiver interesse em construir o gasoduto dedicado, a alternativa será pedir à Concessionária que construa esse gasoduto.

Por sua vez, se a Concessionária não possuir recursos para pagar o custo de construção do gasoduto dedicado, então o Agente Livre deverá, de alguma forma, fornecer os recursos para pagar o custo de construção, ao menos em parte.

Se isso acontecer, será necessário encontrar uma forma jurídica para a transferência de recursos do Agente Livre para a Concessionária.

Pois bem, a forma jurídica adotada nessa situação vem sendo exatamente a antecipação de pagamento da remuneração devida à Concessionária pelo Agente Livre.

Se essa solução for proibida, a princípio, então o gasoduto dedicado deverá ter a sua propriedade compartilhada entre a Concessionária e o Agente Livre, na proporção da parcela do custo de construção que vier a ser paga por cada um.

Em outras palavras, o gasoduto ficará sujeito a um condomínio formado entre a Concessionária e o Agente Livre. Essa solução pode gerar mais complexidades para as partes do que a solução do pagamento antecipado da remuneração da Concessionária.

Assim, provavelmente, é preferível eliminar essa proibição.

Entretanto, no cálculo da TUSD-E deve ser considerado apenas o investimento realizado pela Concessionária. No limite, a remuneração devida à Concessionária deverá se aproximar do valor que seria devido se ela estivesse sendo contratada apenas para fazer a operação e manutenção do gasoduto dedicado.

Alternativamente, a AGENERSA deve verificar se a eventual recusa da Concessionária em pagar o custo de construção do gasoduto dedicado encontra justificativa razoável ou se constitui apenas a criação de uma dificuldade para impedir o desenvolvimento do mercado livre.

16. Limites à publicidade do contrato de suprimento de gás natural:

Existe uma preocupação da parte dos agentes comercializadores com a divulgação de todas as condições comerciais do contrato de compra de gás natural pela Concessionária.

Existem muitas informações que são estratégicas e precisam ser mantidas de forma confidencial.

Não existe desconforto com o fato desse contrato ser submetido ao conhecimento da AGENERSA na sua integralidade.

Entretanto, pode fazer mais sentido dar publicidade apenas para o preço do gás natural, mantendo a confidencialidade de outras condições comerciais, tais como o nível do compromisso de retirada de uma quantidade mínima de gás natural (take or pay) bem como as penalidades por descumprimento de obrigações contratuais.

17. Declaração de utilidade pública para obtenção de servidão de passagem:

Importante chamar atenção para o fato de que a Deliberação nº 3.862/19 ainda não tratou do procedimento pelo qual o Agente Livre pode obter uma declaração de utilidade pública da faixa de terreno no qual será construído o gasoduto dedicado.

Esse ponto foi objeto do voto do Conselheiro Presidente, mas deixou de ser abordado na Deliberação nº 3.862/19, ainda que determinando apenas a elaboração de estudos visando encontrar a melhor solução para essa questão.

18. A questão do supridor diferente do da Distribuidora

Da forma como está redigido o art. 7º da Deliberação nº 3.862/19, é possível entender que o regime da TUSD-E somente se aplica à agente livre que, além de usar um duto dedicado, compre gás natural de outra empresa que não aquela responsável hoje pelo suprimento da Distribuidora.

Em outras palavras, o regime da TUSD-E não poderia ser aplicado em favor de agente livre que compre gás natural da Petrobras, mesmo que use duto dedicado.

A redação desse dispositivo deve ser ajustada para corrigir essa falha, deixando claro que o regime da TUSD-E se aplica no caso da compra de gás natural de qualquer outra empresa que não a própria Distribuidora.

19. Exclusão do investimento da Distribuidora no duto dedicado na base regulatória de ativos da concessionária:

A Deliberação nº 3.862/19 deve deixar claro que o investimento da Distribuidora no duto dedicado deve ser remunerado exclusivamente pela TUSD-E paga pelo agente livre atendido pelo mesmo.

Os demais usuários da Distribuidora não devem ser obrigados a contribuir para a remuneração desse investimento, razão pela qual ele não deve ser considerado na sua base regulatória de ativos, sob pena de a Distribuidora ser remunerada em duplicidade.

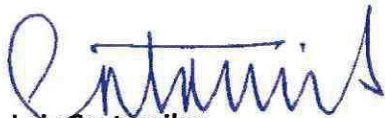
Havendo investimento da Distribuidora em duto dedicado não sujeito ao regime da TUSD-E por qualquer motivo, aí sim esse investimento deve ser considerado na sua base regulatória de ativos.

20. O custo do gás natural na fórmula da TUSD-Termoelétrica:

A fórmula de cálculo da TUSD-Termoelétrica deve eliminar a parcela correspondente ao custo do gás natural, porque esse custo é incorrido diretamente pelo agente livre e não pela Distribuidora.

Isto posto, o IBP reitera os termos dos seus embargos de declaração e espera que as suas propostas sejam acatadas para o aprimoramento do texto da Deliberação nº 3.862/19.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2019



Luiz Costamilan
Secretário Executivo de Gás Natural