

CONSULTA PÚBLICA Nº 003/2021
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Condições Gerais da Atuação do Comercializador

Formulário de comentários e sugestões

Participante: Compass Comercialização S.A. ("Compass")
Meios de Contato: Fabio Bertollo; fabio.bertollo@cpas.com.br; Cel: (11) 99974-3735

- | | |
|--|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> agente econômico
<input type="checkbox"/> representante de órgão de classe ou associação
<input type="checkbox"/> Consumidor ou usuário
<input type="checkbox"/> representante de instituição governamental | <input type="checkbox"/> representante de órgãos de defesa do consumidor
<input type="checkbox"/> Outros |
|--|---|

Condições gerais da atuação do comercializador

Preâmbulo

A Compass é uma sociedade por ações brasileira, que deseja atuar no setor de comercialização de gás natural e já atua na comercialização de energia elétrica, sendo parte do grupo Compass e Cosan.

Por sua atuação em tal segmento, a Compass possui interesse na regulação que afeta o setor no âmbito federal e estadual, sendo de suma importância para os seus negócios as discussões em destaque que podem alterar as normas emanadas pela AGENERSA. Dessa forma, a Compass reitera seu compromisso com os melhores interesses das entidades que atuam no setor do gás natural e manifesta suas contribuições à Consulta Pública, com enfoque principal no que tange o processo regulatório adotado para sua condução.

Item/assunto	Contribuição	Redação sugerida para o dispositivo
Para exercer a atividade de Comercializador, o proponente, deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à comercialização, a qual deverá ter independência técnica, financeira, operacional e de gestão contábil, sendo vedado o compartilhamento de seus membros, colaboradores, instalações, ativos tangíveis e intangíveis, sistemas operacionais, empresas contratadas, e qualquer tipo de informação relativa à sua atividade.	Entendemos que a restrição estabelecida é indevida na medida em que ignora os ganhos de eficiência que o compartilhamento de alguns recursos que podem proporcionar em cenários que não comprometem a independência operacional das empresas. Tais ganhos de eficiência podem ser obtidos mediante, por exemplo, a implementação de centros de serviços compartilhados, ou mesmo pela utilização de contratos globais onde o grupo econômico obtém contratações de bens e serviços em termos mais vantajosos em virtude de uma contratação em maior escala. Além	A Concessionária ou grupo econômico por ela integrado, para exercer a atividade de Comercializador deverá constituir pessoa jurídica distinta e com fins específicos à Comercialização, a qual deverá ter independência operativa e contábil da concessionária, não podendo inclusive haver compartilhamento dos seus membros e das instalações.

	<p>disso, a vedação indiscriminada a “empresas contratadas” limita situações que potencialmente podem expor empresas do mesmo grupo econômico a dificuldades práticas, como, por exemplo, a contratação de auditores independentes para auditar as contas das empresas do grupo econômico, ou o caso de contratação de serviços escassos, de poucos fornecedores disponíveis no mercado.</p> <p>No mais, da mesma forma como proposto pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo, a Arsesp, os princípios de independência deveriam ser expressos entre Concessionária Distribuidora e Comercializadora de Gás Natural, sendo importante ajuste na redação, para esta finalidade.</p> <p>Por fim, tais princípios de independência fundamentais ao Mercado Livre de Gás devem ser resguardados através de mecanismos de governança e de separação institucional que garantam o controle pela AGENERSA contra abusos e conflitos de interesse, o que entendemos já estar satisfatoriamente endereçado na presente minuta de deliberação e outros regulamentos sobre o tema.</p>	
<p>Para que a AGENERSA possa atender o registro e autorização para o Comercializador, o proponente em comercializar gás natural no Mercado Livre, deve apresentar o seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>I) comprovação de sede ou de filial da pessoa jurídica estabelecida no Estado de Rio de Janeiro, por meio de registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, devidamente protocolado</p>	<p>O comercializador, para exercer sua atividade, já possui autorização da ANP, que deveria ser suficiente para que exercesse suas atividades em todo o Brasil. Desta forma identificamos que há alguns entraves burocráticos desnecessários e onerosos a essa atividade criados para atender o registro e autorização para o Comercializador, o que não traz quaisquer benefícios para os comercializadores ou para o desenvolvimento do setor como um todo.</p>	<p>Excluir.</p>
<p>Devem as transações entre o Comercializador e o Consumidor Livre serem feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações:</p>	<p>Com a maturidade do mercado e sofisticação das operações, Comercializadores trabalharão com portfólios de fontes de diversificadas fontes de suprimento, podendo não ser possível atribuir um preço</p>	<p>Devem as transações entre o Comercializador e o Consumidor Livre serem feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações:</p>

<p>III. Preço do Gás, separado em molécula e transporte, tributos e taxas aplicados;</p>	<p>específico de transporte para cada molécula entregue ao Usuário Livre. Além disso, uma vez que se trata de mercado com negociações bilaterais, não é justificável obrigar o detalhamento desse custo indireto no contrato do nível estadual. Ademais, buscando evitar o risco de questionamentos quanto à legitimidade da norma regulatória proposta, recomenda-se que a AGENERSA permaneça dentro dos limites de transparência já determinados pela Resolução ANP 52/2011 quanto à formação do preço em contratos de comercialização de gás na esfera da União.</p>	<p>III. Preço do Gás, separado em molécula, transporte (caso aplicáveis), tributos e taxas aplicados.</p>
<p>Devem as transações entre o Comercializador e o Consumidor Livre serem feitas mediante Contrato de Compra e Venda de Gás, contendo, no mínimo, os seguintes dados, direitos e obrigações:</p> <p>VIII. Penalidades por falha de fornecimento e procedimento para sua retomada.</p>	<p>A questão das penalidades por falha de fornecimento e procedimento de retomada é uma matéria de caráter negocial e de liberalidade entre as partes. Nesse sentido, acreditamos que a imposição desta obrigação contradiz às pretensões de um mercado livre ao ferir frontalmente a liberdade de iniciativa e negociação entre as partes. Ademais, disposições de penalidades por falha de fornecimento e procedimentos de retomada são costumeiras em contratos da indústria de gás natural e estão associadas às noções de melhores práticas nacionais e internacionais dos agentes do setor. Logo, a criação de obrigação regulatória para o estabelecimento dessas provisões em contratos privados, além de redundante, pode acabar por limitar a evolução das boas práticas da indústria na medida em que restringe a habilidade das partes em negociar novos arranjos mais adequados a novas circunstâncias de mercado. Ademais, buscando evitar o risco de questionamentos quanto à legitimidade da norma regulatória proposta, recomenda-se observar que a Resolução ANP 52/2011 que estabelece os requisitos para comercialização de gás na esfera da União, não determina inclusão de cláusula de penalidades por falha de fornecimento nos contratos de compra e venda. Assim, poderia se argumentar que a AGENERSA está</p>	<p>Excluir.</p>

	extrapolando os limites de sua competência legal para regulação da atividade.	
Deve o Comercializador comprovar à AGENERSA que possui Contratos de Suprimento com volume contratado superior aos previstos nos Contratos de Compra e Venda de Gás celebrados com os Consumidores Livres, de modo a garantir disponibilidade para eventuais flexibilidades contratuais. A comprovação poderá ser feita por meio do somatório de todos os Contratos de Suprimento celebrados pelo Comercializador em comparação ao somatório de todo volume dos Contratos de Fornecimento firmados, incluindo flexibilidades.	A obrigação do Comercializador em contratar volumes superiores aos efetivamente fornecidos sob contratos de compra e venda pode onerar o custo final do gás sob esses contratos visto que no próprio sistema de transporte há a figura de gás de empacotamento e o suprimento de última instância, os quais, Comercializadores e consumidores livres podem tomar a decisão de utilizar em suas tratativas comerciais. Assim, enquanto a situação fática do mercado não permite alcançar uma determinação justa para essa provisão, propõe-se redação mais neutra que garanta, ao mínimo, os volumes a serem efetivamente fornecidos.	O Comercializador deverá comprovar à AGENERSA que possui Contratos de Suprimento com volume contratado suficientes aos previstos nos Contratos de Compra e Venda de Gás celebrados com os Usuários Livres, de modo a garantir disponibilidade para eventuais flexibilidades contratuais. A comprovação poderá ser feita por meio da somatória de todos os Contratos de Suprimento celebrados pelo Comercializador.
A AGENERSA deve divulgar mensalmente, até o décimo dia útil do segundo mês subsequente, o preço médio de venda de gás aos Consumidores Livres, ponderado pelo volume comercializado referente a todo o Estado do Rio de Janeiro.	Medidas de divulgação ou de transparência relacionadas a preços devem ser avaliadas com muita cautela vis-à-vis as particularidades do mercado em que se pretende implementar tais medidas. Isso porque, para além dos impactos negativos de redução da concorrência, há elevado risco de aumento geral dos preços em um mercado, quando medidas de transparência de custos e preços são publicados, já que esta são variáveis chave, essenciais e estratégicas para a concorrência, conforme já apontados pelo próprio Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) por meio da Nota Técnica nº 33/2018. Além disso, outro risco inerente à divulgação de preços que o Cade também aponta é a facilitação da cartelização do mercado relevante através da combinação indireta de preços por concorrentes. Propõe-se a exclusão do trecho na minuta, remetendo-se a proposta para consideração futura, quando o Mercado Livre tenha atingido maior nível de maturidade nas áreas de concessão do estado do Rio de Janeiro.	Excluir. Alternativamente, incluir redação mínima para início da divulgação dos preços: A divulgação do preço médio de venda de Gás aos Usuários Livres, terá início a partir do mês em que, os volumes negociados no âmbito do Mercado Livre de Gás em todo o Estado, representarem fração maior do que 40% do volume total distribuído na área de concessão, excluídos os volumes distribuídos nos segmentos residencial e comercial.

<p>A AGENERSA, conforme normativa específica, terá direito a Taxa de Fiscalização e Controle sobre a Comercialização, de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do faturamento anual diretamente obtido com a atividade de Comercialização no Estado do Rio de Janeiro, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, considerando que cabe a AGENERSA a regulação do Serviço de Distribuição de Gás Canalizado no Estado do Rio de Janeiro.</p>	<p>A cobrança de taxa de fiscalização na mesma proporção do cobrado das Concessionárias para o exercício do poder de polícia da AGERNESA para a proteção do Mercado Cativo nos parece manifestamente desarrazoado. No Mercado Livre, a liberdade e sofisticação das partes é significativamente maior, podendo-se argumentar que a AGENERSA não precisaria dedicar o mesmo nível de recursos e esforços que são necessários para a defesa dos interesses dos consumidores cativos.</p>	<p>Será devido à AGENERSA, conforme disciplina específica, Taxa de Fiscalização e Controle sobre a Comercialização, de 0,1% do faturamento anual diretamente obtido com a atividade de Comercialização, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo, nos termos da regulação vigente.</p>
<p>A AGENERSA poderá aplicar pena de suspensão ou revogação da Autorização, sempre precedida de processo administrativo, independentemente das eventuais penalidades aplicadas, exceto quando a multa não for recolhida no prazo.</p>	<p>A leitura do dispositivo implica que o direito ao contraditório e ampla defesa através de processo administrativo seria deliberadamente removido do agente infrator caso a multa não seja recolhida no prazo, o que é manifestamente inconstitucional (Art. 5ª, LV da CF/88).</p>	<p>A AGENERSA poderá aplicar pena de suspensão ou revogação da Autorização, sempre precedida de processo administrativo, independentemente das eventuais penalidades aplicadas.</p>
<p>No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização não poderá cometer infrações à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. (...)</p> <p>Independentemente da decisão dos órgãos de defesa da concorrência quanto à representação de que trata o parágrafo anterior, a AGENERSA poderá aplicar a medida acautelatória de suspensão ou a decisão definitiva de cancelamento da autorização para a atividade de Comercialização de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro.</p>	<p>Entendemos que essa provisão gera grande risco de conflitos entre decisões entre CADE e AGENERSA, o que deve ser evitado a fim de afastar o risco de insegurança jurídica para aos agentes regulados, assim como o risco de judicializações contra decisões da Agência. Inclusive, vale observar que a referida Lei Federal nº 12.529/2011 tem como um de seus objetivos centrais, segundo as comissões legislativas responsáveis por seu trâmite, promover a máxima convergência possível entre as autoridades da defesa da concorrência e as agências de regulação setorial. Nesse sentido, o texto legal da referida norma prescreve diversos mecanismos de interação e interface entre esses dois órgãos, evidentemente buscando facilitar situações de cooperação técnica entre esses, conforme necessário. Como referência, vale citar a lei de penalidades da ANP (Lei nº 9.847/99), que somente prescreve a penalidade de cancelamento de autorização para agentes regulados em razão de infração à ordem econômica reconhecida pelo Cade ou por decisão judicial. Assim,</p>	<p>No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização não poderá cometer infrações à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. (...)</p> <p>A AGENERSA poderá aplicar a medida acautelatória de suspensão ou a decisão definitiva de cancelamento da autorização para a atividade de Comercialização de Gás Canalizado no Estado do Rio de Janeiro a agente regulado que praticar infração à ordem econômica, desde que reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou por decisão judicial.</p>

	recomenda-se alteração do dispositivo para refletir o conceito com maior segurança jurídica.	
<p>No exercício da atividade de Comercialização, o Agente detentor de Autorização não poderá cometer infrações à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p> <p>(...)</p> <p>No exercício da atividade de Comercialização, presume-se infração à ordem econômica quando o Agente detentor de Autorização ou o seu grupo econômico controlar mais do que 20% (vinte por cento) do volume de gás canalizado vendido no Mercado Livre de Gás do Estado do Rio de Janeiro.</p> <p>(...)</p> <p>Os Comercializadores que integrem grupos econômicos que possuam participação em outro elo da cadeia de gás natural brasileira não poderão deter participação superior a 20% (vinte por cento) do mercado de comercialização, após o período de 36 (trinta e seis) meses, contados da publicação destas CONDIÇÕES. Para os Comercializadores mencionados no parágrafo anterior, não será considerado processo natural de conquista de mercado, nos termos do §1º, do artigo 36, da Lei Federal nº 12.529/2011, qualquer percentual acima de 20% (vinte por cento), apurado a qualquer momento, após o período previsto no parágrafo anterior. Os Comercializadores que integrem grupos econômicos que possuam participação em outro elo da cadeia de gás natural brasileira deverão se desfazer de sua participação adicional aos 20% (vinte por cento), no prazo máximo de 60</p>	<p>Em um regime de livre concorrência e negociação entre os agentes, a proposta de limitar o market share de cada agente comercializador em 20% não encontra respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, traz graves inseguranças jurídicas para o mercado livre do estado, além de aparente inconstitucionalidade para a minuta de deliberação. Para melhor visualização das razões que nos levam recomendar a exclusão desses itens, ao final dessa tabela apresentamos mais detalhadamente os motivos que justificam nossa proposta de exclusão.</p>	<p>Excluir.</p>

(sessenta) dias após a notificação, posterior período de 36 (trinta e seis) meses, após a publicação destas CONDIÇÕES. A participação acima do limite estabelecido, alcançada nos primeiros 36 (trinta e seis) meses após a publicação desta CONDIÇÕES, ressalvado impedimento relativo à disposição do parágrafo anterior, deverá ser devidamente justificada à AGENERSA. A qualquer tempo, a AGENERSA poderá solicitar justificativas sobre a participação de mercado (market share) dos Comercializadores;

Considera-se grupo econômico, para os efeitos desta normativa, sempre que uma ou mais empresas, embora cada uma delas detentora de personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou, ainda, quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem de fato um grupo econômico. O grupo econômico será solidariamente responsável pelas obrigações decorrentes destas CONDIÇÕES.

DETALHAMENTO DA MOTIVAÇÃO PARA EXCLUSÃO DO ITEM ACIMA PROPOSTO

DOS VÍCIOS LEGAIS

A segurança jurídica da regulação de setores como o de gás natural é de suma importância para seu melhor desenvolvimento, especialmente por se tratar de um mercado intensivo de capital e envolver segurança de abastecimento de diversos setores da economia. No respeitoso entendimento desta comercializadora, a proposta do item acima deve ser revista e excluída por completo, pois uma norma nesses termos estará eivada de diversas ilegalidades, o que apenas fará com que o mercado não atinja seu real potencial de desenvolvimento. Nesse sentido, apresentamos abaixo uma tabela com os diversos vícios de legalidade da proposta apresentada:

DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO	DETALHAMENTO DA ILEGALIDADE
Lei Federal nº 12.529/2011 Art. 36	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA:</p> <p><i>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</i></p> <p><i>I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</i></p> <p><i>II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;</i></p> <p><i>III - aumentar arbitrariamente os lucros; e</i></p> <p><i>IV - exercer de forma abusiva posição dominante.</i></p> <p><i>§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.</i></p> <p>COMENTÁRIOS:</p> <p>Em sua Nota Técnica, a AGENERSA alega que sua intervenção na possibilidade de participação de novos entrantes está respaldada na Lei Federal nº 12.529/2011, ao supor que essa “importante lei, trouxe disposição expressa no sentido de presumir a infração à ordem econômica quando uma empresa ou grupo econômico controle mais do que 20% (vinte por cento) do mercado relevante do produto ou serviço.”</p>

Alega em sua Nota Técnica que o objetivo do item é **“deixar a extremo de dúvidas, no âmbito de sua competência, que não se admite quaisquer infrações à ordem econômica.”**

Ocorre que nos termos do disposto no art. 36, II e IV, constituem infração à ordem econômica **“dominar mercado relevante de bens ou serviços”** e **“exercer de forma abusiva posição dominante.”**

Para que não haja qualquer dúvida, o Parágrafo Primeiro desse artigo é claro ao dispor que *“§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”*

Em um regime de livre concorrência, espera-se justamente que os agentes de mercado disputem a preferência dos consumidores, o que se traduz, necessariamente, em disputar participação de mercado. O ganho de participação é, portanto, uma decorrência natural e esperada da atuação mais eficiente de determinado agente em relação a seus rivais, traduzida na oferta de bens e serviços de maior qualidade ou a preços mais acessíveis. Ganhar mercado é o prêmio merecido pelo agente que se saiu melhor na disputa competitiva, e é esse prêmio que incentiva que os agentes, a todo o momento, estejam em busca de ser mais eficientes, reduzindo custos, melhorando serviços, inovando, baixando preços etc. – efeitos estes altamente benéficos aos consumidores. Isso é o cerne da escolha de um regime de mercado baseado na livre concorrência. Desse modo, ressalvadas as situações em que se verificam concretamente práticas anticompetitivas – como cartel ou abusos concretos, que são e devem ser fiscalizados pelas autoridades de defesa da concorrência–, não faz qualquer sentido e não há amparo legal em nosso ordenamento jurídico, punir ou proibir o ganho de participação de mercado em si. É pacífico que a ilicitude deriva do abuso de um poder de mercado, e não do nível de poder de mercado em si:

Cabe observar que, conforme se denota do texto do artigo 173, § 4º, da Constituição e dos dispositivos da Lei 12.529/2011, o estado brasileiro não condena o poder econômico em si, mas sim o seu abuso. O poder

econômico é um dado estrutural comum e inerente à economia de mercado (...). A própria Lei Antitruste, em seu artigo 36, § 1º, prevê que ‘a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito [de dominar mercado relevante]’.

(...)

O que [o art. 36, § 1, da Lei Antitruste] é na verdade uma deferência à livre concorrência, que tem como base relevante o fato de que, se um agente não cometer qualquer abuso ou ilícito, mas simplesmente for melhor que seus concorrentes, ofertando produtos melhores ou mais baratos, e assim conquistando consumidores, ele será premiado por isso, e não punido.”¹ -²

Essa compreensão foi assentada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgado recente: “[a] conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do artigo 36 da Lei 12.528/11”.³

Ou seja, obter posição dominante ou participação relevante num mercado não é um ilícito per se, mas sim exercer de forma abusiva essa posição. Não cabe nenhuma outra interpretação a esse dispositivo legal, como pretende a AGENERSA.

¹RODRIGUES, Eduardo Frade. O direito societário e a estruturação do poder econômico. São Paulo: Singular, 2016, p. 57-58.

² Ver, no mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p. 30.

³Trecho da Ementa do seguinte julgado: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.535.727 – RS (2015/0130632-3). Relator: Ministro Marco Buzzi. DJe: 20/06/2016.

	<p>Não pode a AGENERSA pretender, por uma norma infralegal, impor uma restrição de participação de mercado à livre iniciativa supondo que apenas está deixando <i>“a extremo de dúvidas, no âmbito de sua competência, que não se admite quaisquer infrações à ordem econômica”</i>, quando a lei que se baseia deixa claro que conquista de mercado por eficiência não caracteriza infração econômica”.</p> <p>Assim, a previsão do item exposto, da minuta de normativo da AGENERSA contraria frontalmente a legislação federal e a jurisprudência do STJ, incorrendo em vício de legalidade material e formal. O vício material de legalidade decorre da subversão da legislação federal ao se prever que, em um dado mercado, o ganho de participação de mercado, seja como ocorrer, não será considerado “processo natural de conquista de mercado”. A proposta literalmente diz o contrário da lei federal, basicamente afirmando que a Lei não será aplicável. Ocorre que não pode um ente administrativo afastar comandos expressos de Lei.</p> <p>Não menos grave o vício formal, portanto, consubstanciado na pretensão absurda de estabelecer uma exceção à lei federal em sentido formal a partir de uma previsão infralegal, de órgão da Administração, de âmbito estadual. A AGENERSA, em sua proposta, revela conhecimento da legislação federal e lhe nega incidência no mercado de gás ao arrepio da hierarquia das normas, como se não estivesse vinculada às normas aprovadas pelo Congresso Nacional e como se estas não fossem preponderantes em relação a qualquer regulação infralegal que venha a editar.</p>
Constituição Federal Art 170 e Lei nº 13874 Art. 1º § 2º e Art. 4º	<p>DISPOSIÇÃO LEGAL REFERENCIADA:</p> <p><u>Constituição Federal:</u> <i>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:</i> <i>I - soberania nacional;</i> <i>II - propriedade privada;</i></p>

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

Lei nº 13974

Art. 1º

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

(...)

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I – criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II – redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

(...)

V – aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VII – introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

COMENTÁRIOS:

Os itens propostos afronta diretamente a Lei de Liberdade Econômica e Constituição Federal, na medida em que introduz limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas, bem como favorece artificial e discriminatória grupos ou empresas, pelo simples fato de seu grupo econômico não estar em outros elos da cadeia de indústria de gás. Além disso, de maneira flagrante impede a entrada de novos entrantes, ao impor uma limitação artificial na conquista de mercado por eficiência. Ocorre que na forma proposta, se por eficiência da comercializadora ou por ineficiência das demais comercializadoras participação de mercado de um agente supere 20%, esse agente não poderá mais cumprir seu contrato, trazendo prejuízos e insegurança jurídica para si e seu cliente, que deixará de ser abastecido por um fator totalmente fora do controle das partes. Por

	fim, ao delimitar a participação de mercado de uma empresa antes mesmo do mercado existir, estar-se-á interpretando e regulando de maneira contrária a presunção da boa fé (conquista de mercado por eficiência) e livre iniciativa.
--	--

DO MERCADO RELEVANTE E DOS EFEITOS ECONÔMICOS ESPERADOS POR TAL LIMITAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MERCADO

Definição de mercado relevante

Além dos vícios de legalidade que impossibilitam a pretensão da AGENERSA estabelecer um limite de participação de mercado quando a conquista de mercado se der por eficiência dos agentes, outro ponto a ser considerado se refere à definição de mercado relevante.

Conforme a própria autoridade concorrencial brasileira prevê, (...) *um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.*⁴

Portanto, a definição de mercado relevante deve usar uma determinada área geográfica que possa ser atendida por potenciais ofertantes e produtos substitutos para os quais usuários possam migrar.

Como é sabido, o mercado de gás natural concorre com diversos energéticos (GLP, óleo combustível, biomassa etc.) e o mercado livre de gás natural tem todos esses competidores potenciais, bem como o próprio mercado regulado, para onde um usuário livre pode migrar caso encontre nele preços mais competitivos.

Sendo assim, limitar o mercado relevante para qualquer análise concorrencial” ao volume de gás distribuído aos Usuários Livres em cada área de concessão dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro” mostra-se equivocado. Independente de não ser possível limitar a conquista de mercado por eficiência, conforme acima exposto, qualquer análise concorrencial deve considerar todo o volume de gás natural comercializado no mercado livre e cativo, bem como os demais energéticos que concorrem com o gás natural.

Dos efeitos econômicos que seriam produzidos

Mesmo que legalmente fosse possível criar uma limitação para a conquista de mercado por eficiência (o que não é, como visto acima), sob o aspecto econômico, a fixação de teto de participação não produzirá os efeitos pretendidos pela AGENERSA, especialmente quando consideradas

⁴<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-geraisobre-defesa-daconcorrencia#:~:text=Assim%2C%20um%20mercado%20relevante%20%C3%A9,que%20com%20isso%20os%20consumidores>

as características do mercado de gás. Trata-se de mercado que oferta produto homogêneo e marcado pela transparência, de modo que os consumidores possuem amplo acesso às informações sobre preço e oferta. Além disso, condutas anticompetitivas são amplamente fiscalizadas e reprimidas no setor, o que reforça a existência de condições favoráveis à livre escolha dos consumidores. Nesse quadro, limitar a participação de mercado significa, na prática, reduzir o leque de opções dos consumidores. A regulação proposta, ao invés de empoderar, enfraquece a posição do consumidor, distorcendo o ambiente de escolhas, limitando a oferta e engessando a competição no mercado. De forma abrangente, a literatura concorrencial, regulatória e econômica contraindica, de modo eloquente, regras que engessam a concorrência ou que impõem via regulação um modelo de competição restritiva, como o congelamento de preços, mais comum, ou a mais rara fixação de teto de share, ora discutida.⁵

Entre os diversos efeitos adversos da fixação de teto de participação em específico, podem ser destacadas: (i) restrição à escolha dos consumidores a partir de critério estranho aos parâmetros competitivos de qualidade e preço (no caso, se um ofertante atingir 20% de market share, os consumidores não poderão adquirir o seu produto ainda que este seja melhor e mais barato); (ii) desincentivo à busca por mais eficiência pelos agentes, que seria premiada justamente com o ganho de participação; (iii) riscos de aumento de preços para o consumidor final, uma vez que a medida arrefece a competição por preço e, em alguns casos, obriga o consumidor a comprar do fornecedor mais caro em função de seu menor porte; (iv) riscos de limitação da oferta, o que se torna mais grave se considerado o caráter essencial do gás canalizado para a população em geral.

Esses efeitos se correlacionam e se reforçam mutuamente. O limite de participação proposto pelo regulador é um comando implícito para que o agente que atingir o “teto” permitido reduza a oferta do produto, sob pena de violar a regulação. Esse comando, em primeiro lugar, afetará os planos de expansão, inovação e ganhos de eficiência do agente – limitado a priori pela regulação – e, em segundo, implicará uma redução de oferta, o que produzirá, ao mesmo tempo, a restrição de alternativas e o aumento de preços para o consumidor final.

Esses efeitos se correlacionam e se reforçam mutuamente. O limite de participação proposto pelo regulador é um comando implícito para que o agente que atingir o “teto” permitido reduza a oferta do produto, sob pena de violar a regulação. Esse comando, em primeiro lugar, afetará os planos de expansão, inovação e ganhos de eficiência do agente – limitado a priori pela regulação – e, em segundo, implicará uma redução de oferta, o que produzirá, ao mesmo tempo, a restrição de alternativas e o aumento de preços para o consumidor final.

Por fim, se o limite de participação é, em qualquer caso, além de ilegal, uma solução regulatória inadequada e contraindicada, sua fixação em apenas 20% é um reforço aos vícios da medida. Trata-se de um patamar baixíssimo, sem fundamento e que, sob qualquer perspectiva, se mostra injustificado. A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 36, §2º, estabelece esse como um parâmetro a partir do qual demanda-se maior nível de atenção sob uma ótica concorrencial. Na aplicação da lei, o Cade jamais vedou que um agente, de qualquer setor, controlasse mais do que 20% do mercado ou demonstrou preocupação com o mero fato de um agente deter esse tamanho de participação. Como explica Forgioni, “*nem sempre o elevado*

⁵ A esse respeito, vale conferir posicionamento recente do Departamento de Estudos Econômicos do Cade: “Há que se atentar aos efeitos econômicos dos congelamentos de preços. Segundo VARIAN (2010, p. 265) e FRANK (2008, p. 35) preços teto podem gerar problemas de ineficiências alocaças. KRUGMAN & WELL (2009, p. 125) alegam que muitas vezes preços teto são adotados porque o governo não consegue compreender as ineficiências que este tipo de medida gera. Caso se estabeleça (congele) o preço do produto abaixo do que seria ótimo do ponto de vista social, é possível gerar um desabastecimento do mercado, já que os produtores não estarão dispostos a produzir ao preço estabelecido pela autoridade. Com efeito, a especulação de preços teto muito baixos com desabastecimento ocorreu de maneira muito clara no Brasil, com planos econômicos que buscavam congelar preços abaixo do que seria o equilíbrio de mercado e este tipo de fenômeno (desabastecimento) restou claro à população. Segundo Mariana Schimi, que comentou que o erro do Plano Cruzado com o congelamento de preços levou a uma “grave crise de abastecimento (prateleiras vazias)” e após alguns meses, a inflação que se buscava combater retornou. Ao congelar, cuidase de um sintoma e não da causa principal dos preços altos” [Trecho da Nota Técnica n. 15/2020/DEE/CADE, emitida no âmbito do Processo n. 08027.000240/2020-70].

*percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante*⁶. Desse modo, além da inadequação da ideia em si, a calibragem do teto pela proposta se mostra descolada de qualquer parâmetro concorrencial razoável, o que tende a agravar os efeitos negativos da medida.

CONCLUSÕES

Em resumo de tudo quanto exposto acima, nota-se que a proposta de regulação, ao pretender fixar um limite máximo à participação no mercado de comercialização de gás, apresenta graves problemas, que se traduzem em iminentes riscos jurídicos e econômicos. O item da minuta em consulta é, como se demonstrou, ilegal, inconstitucional e economicamente prejudicial ao setor, de modo que produzirá efeitos contrários aos pretendidos pelo regulador.

⁶ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.p. 273

Zimbra

consultapublica@agenera.rj.gov.br

Contribuição Compass Comercialização | Processo nº SEI220007/002147/2020 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador

De : Comercializacaodegas
<Comercializacaodegas@cpas.com.br>

seg, 10 de mai de 2021 16:48

 2 anexos

Assunto : Contribuição Compass Comercialização | Processo nº SEI220007/002147/2020 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador

Para : consultapublica@agenera.rj.gov.br

Cc : Fabio Bertollo <fabio.bertollo@cpas.com.br>, Frederico Beraldo de Lima <Frederico.Lima@cpas.com.br>

Prezados, boa tarde!

A Compass Comercialização S.A. apresenta contribuição à Consulta Pública nº 03/2021 da AGENERSA - Condições Gerais da Atuação do Comercializador.

Solicitamos a gentileza de confirmar o recebimento deste.

Atenciosamente,

BÁRBARA CYRILLO

barbara.cyrillo@cpas.com.br

COMPASS
comercialização

Esta mensagem (incluindo qualquer anexo) é confidencial e legalmente protegida, somente podendo ser usada pelo indivíduo ou entidade a quem foi endereçada. Caso você a tenha recebido por engano, deverá devolver ao remetente e, posteriormente apagar, pois a disseminação, encaminhamento, uso, impressão ou cópia do conteúdo desta mensagem são expressamente proibidos.

This message (including any attachments) contains confidential information intended for a specific individual and purpose, and is protected by law. If you are not the intended recipient, you should return and then delete this message. Any disclosure, copying, printing, use or distribution of this message, or the taking of any part is illegal.

Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) es confidencial y legalmente protegido, pudiendo ser utilizado solamente por el individuo o entidad al que fue enviado. En el caso de que usted haya recibido este mensaje por equivocación, deberá devolverlo a su remitente y luego eliminarlo; quedando expresamente prohibidos su disseminación, reenvío, uso, impresión o copia del contenido de su contenido.

 **Formulário de contribuição_CP003_Condições Gerais da Atuação do Comercializador.pdf**
334 KB
