

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2021.

GN 012/21

À AGENERSA

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Av. Treze de Maio, nº 23/23º andar, Centro,
CEP 20035-902
Rio de Janeiro - RJ

Referência: Consulta Pública AGENERSA N° 03/2021 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador

No âmbito da Consulta Pública AGENERSA 03/2021 sobre Condições Gerais da Atuação do Comercializador, o Instituto Brasileiro do Petróleo e Gás (IBP) apresenta sua contribuição no intuito de esclarecer o que considera como melhores práticas para o tratamento do segmento de comercialização, não apenas no Estado do Rio de Janeiro mas no que concerne as regulações estaduais de maneira geral.

Agradecemos a AGENERSA pela consulta aberta e a possibilidade de contribuir de forma ampla para este tema tão importante para a viabilização de um mercado de gás natural livre e competitivo.

Estamos bastante preocupados com as diversas regulações estaduais que tem sido desenvolvidas com elementos inadequados ao bom funcionamento e à abertura do mercado de gás natural, dificultando a atuação dos comercializadores. Entendemos que tais regulações, incluindo-se aquelas trazidas nesta Consulta Pública, estão criando: (i) normas não compatíveis com a atividade comercial, (ii) atribuições e responsabilidades operacionais indevidas, e (iii) custos regulatórios e de fiscalização desnecessários.

Em anexo, apresentamos pormenorizadas nossas críticas e contraponto ao tratamento proposto pela AGENERSA às atividades de comercialização objeto da Consulta Pública em referência.

Em resumo, nossa contribuição se estrutura nos seguintes itens:

- Falta competência legal ao Estado para regular essa matéria
- Ausência de competência legal da AGENERSA
- O comercializador já é regulado e fiscalizado pela ANP
- A questão do risco de desbalanceamento do sistema de distribuição
- O comercializador não controla a qualidade do gás
- A programação deve ser guiada pelo sistema de transporte
- A verticalização não pode ser permitida
- Limite de dominação do mercado
- Excessiva complexidade para obter autorização da AGENERSA
- A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização
- Cerceamento da liberdade contratual das partes
- Indevida regulação do contrato entre comercializador e o seu supridor
- Indevida regulação sobre a atuação dos funcionários do comercializador
- Indefinição sobre autoprodutor e autoimportador



Note que nossos comentários fazem referência a conceitos que são utilizados em toda minuta de regulamento apresentado por essa Agência. Assim, entendemos que o formato que adotamos facilita o entendimento de nossa contribuição.

Respeitosamente, portanto, sugerimos uma revisão abrangente do regulamento apresentado. Ao considerar o exposto, temos confiança que o Estado do Rio de Janeiro poderá entregar uma regulação moderna e eficiente que permita a ampliação do número de agentes no mercado livre de gás natural e, assim, o crescimento econômico do Estado.

Atenciosamente,

Sylvie D'Apote
Diretora Executiva de Gás Natural

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

**Consulta Pública 03/2021
Condições Gerais da Atuação do Comercializador**

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEL (IBP), com sede na Avenida Almirante Barroso, 52, Rio de Janeiro, RJ, tendo em vista a o processo de consulta pública em referência, vem, por meio desta, apresentar a sua contribuição, na forma abaixo:

Consideração Geral

O Estado do Rio Janeiro, através da AGENERSA, merece elogios por liderar os avanços na regulação da distribuição de gás canalizado. Especial destaque merece a Deliberação nº 4142/2020 que trata da tarifa de uso do sistema de distribuição especial (TUSD-E) aplicável quando o agente livre recebe gás natural através de duto exclusivo, seja construído pela concessionária ou por ele próprio.

Como informado no preâmbulo do próprio parecer objeto da consulta pública, o novo regramento proposto pela AGENERSA está vindo no intuito de ajudar a realizar os objetivos visados pelo programa do “Novo Mercado de Gás” criado pelo Governo Federal, detalhados na Resolução CNPE nº 16/2019.

Um dos principais objetivos desse programa está em desenvolver um mercado de gás natural verdadeiramente competitivo, visto que hoje ainda existe um quase monopólio de fato da Petrobras.

O desenvolvimento de um mercado competitivo para o gás natural depende, dentre inúmeras outras medidas, do grau de liquidez do mercado, ou seja, da existência de múltiplos agentes comercializadores disputando entre si os consumidores de gás natural, diretamente.

A quantidade de agentes envolvidos com a comercialização de gás natural será tão maior quanto mais amigável for o ambiente de negócios nesse segmento.

Chega a ser lugar comum dizer que um dos grandes problemas para o empreendedorismo no Brasil reside na complexidade do nosso ambiente de negócios. Para isso contribui uma intrincada legislação que cria obstáculos das mais diversas naturezas para se conseguir abrir e operar uma empresa. Supostamente por não cumprir obrigação imposta pela legislação aplicável, que simplesmente desconhecem ou não compreendem exatamente, inúmeros são os casos de empreendedores severamente penalizados pelas autoridades governamentais.

Ao se examinar a Deliberação ARSESP nº 1.061/2020 e agora o regramento proposto através desta consulta pública, existem motivos mais do que suficientes para se temer que o desenvolvimento de um mercado de gás natural competitivo acabe sendo asfixiado pela excessiva burocratização que está sendo introduzida por essas regulações.

Falta competência legal ao Estado para regular essa matéria

Inicialmente gostaríamos de destacar que, em matéria de gás natural, a Constituição Federal atribuiu aos estados competência apenas para **explorar** o serviço local de gás canalizado (distribuição de gás canalizado ou simplesmente distribuição) como se depreende do seu art. 25, § 2º.

Com essa única exceção, tudo o mais relacionado ao gás natural pertence à competência da União Federal, conforme se depreende da conjugação do art. 22, IV¹, com o art. 177 da Constituição Federal.

Entretanto, há quem defenda que a competência atribuída aos estados pela Constituição Federal, em matéria de gás natural, envolve apenas a competência para explorar a distribuição de gás canalizado, mas não a competência para legislar sobre essa atividade.

De qualquer maneira, ainda que se admita o poder regulador dos estados nessa matéria, parece evidente que o mesmo está limitado ao que compreende a atividade de distribuição.

Na sua essência, a distribuição engloba (i) a movimentação de gás natural através de dutos para entrega à consumidor final e (ii) a compra de gás natural, pela concessionária desse serviço, destinado à venda para consumidores finais localizados na sua área de concessão (que estejam no mercado cativo).

Logo, o poder regulador dos estados está limitado a disciplinar os direitos e obrigações da concessionária (i) na operação dos dutos de distribuição e (ii) na compra e venda de gás natural destinada ao mercado cativo.

No que tange a comercialização do gás natural em um sistema de entradas e saídas, é previsto que o mesmo possa ser vendido pelo comercializador para concessionária ou para agentes livres (consumidor livre, autoimportador, autoprodutor) sendo entregue pelo transportador a concessionária e aos agentes livres em seus respectivos pontos de entrega.

O próprio agente livre é quem irá contratar a capacidade de saída no sistema de transporte e o serviço de movimentação do gás pela concessionária, desde o ponto de entrada no sistema de distribuição, até o ponto de entrega do seu estabelecimento.

Portanto, entendemos que na prática, não existe relação jurídica, entre o comercializador e a concessionária. Desta forma, não existem direitos e obrigações da comercializadora para com a concessionária e vice-versa

Exatamente por essa razão, não cabe ao estado ou sua agência reguladora disciplinar direitos e obrigações do comercializador em face do agente livre.

Por conta da definição de competência já trazida pela Constituição Federal, a competência para autorizar e fiscalizar a comercialização de gás natural é federal e, conforme artigo 8, XXVI, da Lei do Petróleo, é exercida exclusivamente pela ANP:

¹ Art.22 “Comete privativamente à União **legislar** sobre: IV – águas, energia, ...”

Art. 8o A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: [\(Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005\)](#)

(...)

XXVI - autorizar e fiscalizar a prática da atividade de comercialização de gás natural; [\(Redação dada pela Lei nº 14.134, de 2021\)](#)

No mesmo sentido, estabelece o artigo 31 da Lei do Gás:

Art. 31. A comercialização de gás natural dar-se-á mediante a celebração de contratos de compra e venda de gás natural, registrados na ANP ou em entidade por ela habilitada, nos termos de sua regulação, ressalvada a venda de gás natural pelas distribuidoras de gás canalizado aos respectivos consumidores cativos.

§ 1º A ANP deverá estabelecer o conteúdo mínimo dos contratos de comercialização, bem como a vedação a cláusulas que prejudiquem a concorrência.

§ 2º Poderão exercer a atividade de comercialização de gás natural, por sua conta e risco, mediante autorização outorgada pela ANP, as distribuidoras de gás canalizado, os consumidores livres, os produtores, os autoprodutores, os importadores, os autoimportadores e os comercializadores.

§ 3º Não está sujeita a autorização da ANP a venda de gás natural, pelas distribuidoras de gás canalizado, aos respectivos consumidores cativos.

§ 4º A comercialização de gás natural no mercado organizado de gás natural deve ser efetuada por meio de contratos de compra e venda padronizados, nos termos da regulação da ANP.

§ 5º Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão ou autorização ficam autorizadas a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes da celebração de contratos de compra e venda de gás natural de que trata este artigo.

Quando a AGENERSA regula o conceito de consumidor livre e a taxa a ser paga à distribuidora local quando não utilizada a malha da distribuidora, é com base no que está previsto na Lei do Gás (Lei 14.134/2021), exclusivamente para definição desse conceito, não abrindo espaço para a regulação da atividade de comercialização:

Art. 3º Ficam estabelecidas as seguintes definições para os fins desta Lei e de sua regulamentação:

XV - consumidor livre: consumidor de gás natural que, nos termos da legislação estadual, tem a opção de adquirir o gás natural de qualquer agente que realiza a atividade de comercialização de gás natural;

(...)

Art. 29. O consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora de gás canalizado estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora de gás canalizado estadual a sua operação e manutenção, e as instalações e dutos deverão ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, por ocasião da sua total utilização.

§ 1º As tarifas de operação e manutenção das instalações serão estabelecidas pelo órgão regulador estadual em observância aos princípios da razoabilidade, da transparência e da publicidade e às especificidades de cada instalação.

§ 2º Caso as instalações e os dutos sejam construídos e implantados pela distribuidora de gás canalizado estadual, na fixação das tarifas estabelecidas pelo órgão regulador estadual deverão ser considerados os custos de investimento, de operação e de manutenção, em observância aos princípios da razoabilidade, da transparência e da publicidade e às especificidades de cada instalação.

§ 3º Caso as instalações de distribuição sejam construídas pelo consumidor livre, pelo autoprodutor ou pelo autoimportador, na forma prevista no caput deste artigo, a distribuidora de gás canalizado estadual poderá solicitar-lhes que as instalações sejam dimensionadas de forma a viabilizar o atendimento a outros usuários, negociando com o consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador as contrapartidas necessárias, sob a arbitragem do órgão regulador estadual.

Assim, não está abrangida na órbita de regulação dos estados a regulação da atividade de comercialização do gás natural, que permanece no âmbito federal, mais precisamente, na competência da ANP.

Por fim, vale destacar que igual entendimento foi defendido pela Coordenação-Geral de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, do Ministério da Economia, na Nota Técnica SEI nº 37506/2020/ME, conforme trecho destacado abaixo:

9. O documento proposto, ao atribuir à ARSESP poder de fiscalização e regulação que, entende-se, cabe à ANP, parece se chocar com a legislação que normatiza o assunto, nos termos do excerto da Lei 9.478/1997 acima transcrito.

10. Não há óbice, é certo, a que ARSESP promova regulação sobre a atividade de comercialização. Alerta-se, porém, para os limites a que tal regulação deve se submeter: o serviço local de distribuição, não alcançando o consumidor livre.

11. Ademais, há detalhamento pormenorizado dos requisitos para que o comercializador possa entrar no mercado o que pode constituir barreira à entrada no mercado. Cita-se, exemplificativamente, os Art. 3º §1º, Art. 10º, Art. 11º §1º VII, Art. 13º da Minuta.

12. As diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR), da Casa Civil, reforça a análise acima. O documento assim dispõe sobre a atuação da regulação: "...regulação é um dos principais instrumentos por meio dos quais os governos promovem o bem-estar social e econômico dos seus cidadãos. Pode, contudo, a regulação se transformar em obstáculo a esses mesmos objetivos, pois quando excessiva e desproporcional, pode impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica" (Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR, p. 7).

13. Importante registrar que, compulsando os documentos relativos à consulta pública, não se identificou Análise de Impacto Regulatório sobre o novo instrumento regulatório proposto pela ARSESP. Tal documento poderia auxiliar na circunscrição do problema/falha que a regulação busca enfrentar bem como na avaliação do dimensionamento das medidas regulatórias propostas.

Assim, verifica-se que o Ministério da Economia reconhece a competência da agência na regulação sobre a atividade de comercialização desde que limitada ao serviço local de distribuição, não alcançando o consumidor livre sujeito a competência exclusiva da ANP, no que toca a comercialização. Igualmente, pontuou que as exigências postas na minuta, como a criação de uma filial paulista para comercializar, representam um risco para o aumento de competitividade e poderiam constituir-se barreira à entrada no mercado. Destacou ainda que a falta da Análise de Impacto Regulatório (AIR) do novo instrumento regulatório proposto pela ARSESP. Opinou pela não aprovação da minuta até que os pontos mencionados na nota fossem retificados. Esperamos um posicionamento similar quanto a esta minuta em consulta.

O contato da comercializadora com a rede local de distribuição seria o acesso ao ponto de recepção da distribuidora, localizado em alguma extremidade da malha de transporte, o qual poderá ser fiscalizado pela AGENERSA no âmbito da fiscalização estadual já existente da atuação da distribuidora, de quem já é cobrada taxa de regulação.

A tributação das operações de venda de gás natural será consequência do desenho que o arcabouço regulatório permitir. A imposição de uma filial em cada estado para a atividade de comercialização pode gerar conflito entre os estados, uma nova leva de contencioso e impactará na formação do preço do GN.

Ausência de competência legal da AGENERSA

Sem prejuízo da falta de competência do Estado para regular a atividade de comercialização de gás natural, a competência legal da AGENERSA, definida pela Lei Estadual nº 4.556/2005, não inclui o poder de fiscalizar a atividade de comercialização de gás natural, mas apenas a atividade realizada por concessionárias de serviços públicos estaduais, como se depreende claramente dos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 1º - Fica instituída, sob a forma de autarquia especial, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, com personalidade jurídica de

direito público e plena autonomia administrativa, técnica e financeira, e cuja vinculação será definida em decreto, que lhe fixará a estrutura administrativa, atribuições e normas de funcionamento. Ver tópico (6 documentos)

Art. 2º - A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos: Ver tópico (24 documentos)

I - na área de energia do Estado do Rio de Janeiro, nela incluída a distribuição de gás canalizado e outras formas de energia, nos quais o Estado figure por disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes; Ver tópico

II - na área de serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e de coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas outorgadas, concessionárias e permissionárias, nas quais o Estado figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, e por serviços autônomos dos municípios, estes, respeitados os limites de autonomia municipal, mediante convênios. Ver tópico

§ 1º - A AGENERSA poderá exercer funções, nas concessões e permissões de serviços públicos de energia, por delegação, quando o Poder Concedente for a União, mediante convênio específico. Ver tópico (13 documentos)

§ 2º - Para efeitos desta Lei, consideram-se compreendidos nos serviços públicos de saneamento básico os sistemas de: Ver tópico (1 documento)

I - abastecimento de água, integrado pelo conjunto de obras, instalações e equipamentos que têm por finalidade realizar as etapas de captação, adução, tratamento, reservação e distribuição de água; Ver tópico

II - esgotamento sanitário, integrado pelo conjunto de obras, instalações e equipamentos que têm por finalidade realizar as etapas de coleta, transporte, tratamento das águas residuárias ou servidas e destinação final adequada dos resíduos do seu tratamento. Ver tópico

Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGENERSA pela garantia dos seguintes princípios fundamentais: Ver tópico (4 documentos)

I - prestação pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto quantitativamente; Ver tópico

II - a existência de regras claras inclusive sob o aspecto tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; Ver tópico

III - estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários ou permissionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas; Ver tópico

IV - a modicidade das tarifas para os usuários; Ver tópico (1 documento)

V - proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas; Ver tópico (1 documento)

VI - a expansão dos sistemas, o atendimento abrangente da população, a otimização ao uso dos bens coletivos e a modernização e aperfeiçoamento, eficiência e economicidade dos serviços prestados; Ver tópico (1 documento)

VII - equidade no tratamento dispensado aos usuários, às diversas entidades reguladas e demais instituições envolvidas na prestação ou regulação dos serviços de energia e saneamento básico, permitidos ou concedidos; Ver tópico (1 documento)

Dessa forma, ainda que por absurdo se entenda que o Estado tem competência para regular a atividade de comercialização de gás natural, mesmo assim seria necessário primeiro alterar a Lei nº 4.556/2005.

O comercializador já é regulado e fiscalizado pela ANP

Por força da definição de competência trazida pela Lei do Petróleo e pela Lei do Gás, a atividade de comercialização de gás natural já é regulada pela ANP através da Resolução nº 52/2011.

A Resolução nº 52/2011 disciplina a obrigação de obter autorização da ANP para uma empresa poder comprar e vender gás natural e cria vários deveres para o comercializador:

- dever de manter atualizado um cadastro com informações básicas sobre o comercializador;
- dever de apresentar cópia tanto do contrato de venda com o cliente como também o de compra com o supridor;
- dever de explicitar nos contratos diversos termos e condições;
- dever de caracterizar a origem do gás natural que constitui lastro do contrato de venda;
- dever de apresentar periodicamente diversas informações a respeito da comercialização de gás natural; e
- dever de manter a atividade de comercialização em contabilização separada quando o agente explorar outras atividades.

Além disso, a ANP tem o dever de divulgar, e já o faz, diversas informações a respeito da comercialização de gás natural no Brasil, tais como preços médios e volumes.

Portanto, boa parte dos assuntos relacionados ao comercializador que o regramento objeto desta consulta pública pretende disciplinar já estão tratados de forma adequada pela referida resolução da ANP.

Não existe qualquer benefício para a sociedade em sujeitar o comercializador a cumprir as mesmas obrigações tanto perante a ANP quanto perante as diversas agências reguladoras estaduais.

Afora a insegurança jurídica que um regramento criado ao arrepio da Constituição Federal carrega, inúmeros são os outros problemas gerados por essa superposição regulatória:

- Uma atividade em larga escala que envolve operações em múltiplos estados da federação demanda uma regulamentação uniforme em todo o território nacional, o que acaba sendo prejudicado quando cada estado passa a criar a sua própria regulação. A complexidade assim gerada inibe a liquidez e desenvolvimento do mercado.
- Regulações diferenciadas para cada estado demandarão dos comercializadores a adoção de controles excessivamente complexos e totalmente desnecessários visto que as determinações impostas pela ANP a que já estão obrigados são mais do que suficientes para proteger os interesses de todos os participantes desse mercado. Os poucos agentes preparados para isso certamente transferirão o custo de transação para os consumidores finais, em detrimento da competitividade da indústria brasileira.
- A superposição de regulação federal com a estadual constitui terreno fértil para conflitos de normas e insegurança jurídica. Trata-se de um risco que desestimula o surgimento de novos comercializadores. Quanto mais agentes maior será a competição beneficiando assim, o consumidor final.

A prevalecer em todos os estados regulações como a ora em foco, o comercializador será obrigado a cumprir as mesmíssimas obrigações não apenas perante a ANP, mas também em tantos estados quanto atue. Imagine-se a situação de um comercializador com clientes em 6 estados diferentes. Esse comercializador deverá manter pelo menos 7 cadastros. Um único cadastro perante a ANP já seria suficiente para atender a mesma finalidade visada pelos demais 6 cadastros estaduais. Se esse mesmo comercializador estiver negociando gás natural importado da Bolívia, por exemplo, ele terá que demonstrar a origem do gás natural que está negociando não apenas perante a ANP, mas também perante cada um dos demais 6 estados em que atua.

Na mesma linha, como cada estado terá o direito de fiscalizar a contabilidade do comercializador, pode ocorrer de em um dado momento esse comercializador ser obrigado a prestar contas sobre a contabilização das suas operações perante 7 autoridades governamentais diferentes.

E a rigor, numa hipótese extrema, essa situação poderia ser ainda mais agravada no caso de comercializar com atuação em todos os estados, hipótese em que ele seria obrigado a gerenciar a relação com agências reguladoras de até 17 estados diferentes.

Em outras palavras, se perdurarem regulações estaduais como a que está sendo objeto desta consulta pública, muito provavelmente não existirá no Brasil atividade econômica mais regulada, burocratizada e fiscalizada do que a comercialização de gás natural.

A questão do risco de desbalanceamento do sistema de distribuição

Existe um entendimento equivocado de que o comercializador poderia causar um desbalanceamento no sistema de distribuição e, por esse motivo, seria necessária uma severa regulação por parte dos estados, através das suas agências. Esse entendimento é equivocado porque a concessionária possui total controle da quantidade de gás natural que entra e que sai do seu sistema de distribuição.

Na maioria das situações, a concessionária tem condições de retirar do sistema de transporte toda a quantidade de gás natural retirada do sistema de distribuição pelos seus usuários (consumidores cativos e agentes livres). Se ocorrer falha atribuível a comercializador ou seu supridor, o mais comum é que o desbalanceamento seja carregado pelo sistema de transporte e não pelo sistema de distribuição.

É possível que existam situações excepcionais onde uma quantidade de gás natural disponibilizada pelo sistema de transporte ao sistema de distribuição seja menor do que a quantidade retirada pelo agente livre. Neste caso, a concessionária sempre terá o poder de limitar a entrega de gás natural ao agente livre na proporção do seu incumprimento, para impedir que o desbalanceamento do sistema de distribuição se torne grave.

Mais do que isso, a concessionária sempre poderá comprar de outros fornecedores a quantidade necessária para reequilibrar o seu sistema de distribuição. O custo assim incorrido seria cobrado pela concessionária do agente livre responsável pelo desbalanceamento.

Dessa forma, o que deve ser regulado pelos estados é a relação da concessionária com os agentes livre. Não a relação do agente livre com o comercializador.

O comercializador não controla a qualidade do gás

A proposta de regulação prevê que o comercializador deve apresentar à concessionária, em periodicidade diária, relatórios certificados informando as características físico-químicas do gás canalizado. No entanto, a qualidade do gás natural disponibilizada ao sistema de distribuição é de responsabilidade do transportador e não do comercializador.

Por sua vez, o transportador já é obrigado a impedir o ingresso de gás natural fora da qualidade exigida pela ANP.

Dessa forma, além de ser impossível ou muito difícil para o comercializador fornecer o referido relatório, essa obrigação pode constituir relevante obstáculo para o desenvolvimento do mercado livre.

A programação deve ser guiada pelo sistema de transporte

A regulação proposta determina que "... a programação e os consumos diários de gás devem respeitar as regras de despacho do prestador do serviço de operação e manutenção da rede contratada pelo consumidor livre".

Difícil compreender exatamente o que essa norma determina. Importante que a sua redação fique mais clara.

Talvez essa norma pretenda dar à concessionária o poder de determinar como deve ser o procedimento de programação de entrega de gás natural pelo comercializador ao consumidor livre. Se assim for, essa norma não tem sentido.

Os sistemas de distribuição estaduais funcionam como satélites do sistema de transporte nacional e devem operar de forma integrada e harmônica.

Dessa forma, as regras de programação da entrega de gás natural devem ser guiadas pelo sistema de transporte, como sempre ocorreu. Jamais pela concessionária de distribuição de gás canalizado.

A verticalização não pode ser permitida

Uma matéria que, sem dúvida alguma, cabe ao estado regular é a possibilidade de a concessionária, ou empresa a ela vinculada, criar um comercializador de gás natural para atuar em sua área de concessão.

Hoje a concessionária apenas repassa aos consumidores cativos o custo do gás natural que comercializa. O seu lucro vem da remuneração do investimento na construção do sistema de distribuição.

Na medida em que a concessionária possa, ainda que indiretamente, criar um comercializador, ela passará também a lucrar com o gás natural que comercializa.

Essa situação cria um incentivo perverso que pode fazer com que a concessionária use o seu poder de influência junto ao mercado local criando barreiras a atuação dos comercializadores, favorecendo a comercializadora vinculada a ela.

Exatamente por esse motivo, a literatura antitruste recomenda atenção ao agente que opera infraestrutura que constitui monopólio natural em determinado mercado. Essa situação facilita a dominação do mercado por esse agente, prejudicando o desenvolvimento de um mercado competitivo. É, portanto, recomendável que exista restrição regulatória à atuação desse agente em outros elos da cadeia econômica.

É o que ocorre no mercado de gás natural com a situação de empresa que opera sistema de distribuição (concessionária) ou sistema de transporte. Não por outro motivo, a Nova Lei do Gás impede que detenham participação societária em empresas de transporte quaisquer agentes que atuem em outros elos da cadeia do gás natural (produção, comercialização etc.). Importante que a mesma linha seja adotada pelas regulações estaduais.

Assim, dever ser proibido que comercializador vinculado à concessionária possa vender gás natural para agentes livres localizados na área de concessão da mesma.

Limite de dominação do mercado

Nesse passo, louvável a preocupação com a concentração do mercado em poucos comercializadores. Contudo, precisam ser aclaradas as regras que tratam dessa matéria na proposta de regulação.

De um lado, existe uma norma que presume infração à ordem econômica (aparentemente desde a publicação da nova regulação) na hipótese de um mesmo agente econômico dominar mais de 20% do mercado local. Do outro, existe uma norma segundo a qual somente depois de 36 meses de publicação

da nova regulação fica proibido que um agente envolvido em outros elos da cadeia de gás natural possa dominar mais de 20% do mercado local.

Aparentemente, as duas situações se confundem, pelo menos em parte.

Além disso, mesmo havendo um período de carência de 36 meses da publicação da nova regulação, a proibição de que um mesmo agente detenha mais que 20% do mercado local pode não ser viável na prática.

Dessa forma, parece fazer mais sentido apenas prever a possibilidade de vir a ser criada restrição à participação no mercado por um mesmo agente, sem já estabelecer um percentual máximo de participação.

Excessiva complexidade para obter autorização da AGENERSA

Afora todos os problemas que já foram apontados acima sobre os efeitos negativos da multiplicidade de regulações a que fica sujeito o comercializador, importante destacar que a regulação proposta obriga que o comercializador faça um cadastro perante a AGENERSA com a apresentação de informações e documentos muito mais complexa do que a exigida para obter autorização de comercializador junto a ANP. Em teoria, uma empresa pode vir a ser autorizada a comercializar gás natural pela ANP, mas não ser pela AGENERSA. Não tem cabimento supor que uma empresa que seja autorizada a comercializar gás natural pela ANP possa ser proibida de comercializar gás natural por uma agência estadual.

Dessa forma, ainda que a AGENERSA deseje ter conhecimento dos comercializadores que atuam no Estado do Rio de Janeiro, poderia ser criado um cadastro simplificado, baseado no cadastro existente junto a ANP. Poderia, até mesmo, ser acordada alguma forma de compartilhamento desse cadastro para evitar a necessidade de ser feito um novo cadastro junto à agência reguladora de cada estado.

A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização

Embora todos os entes federativos possam criar taxas de exercício do poder de polícia (taxa de fiscalização), a criação de taxa nessa hipótese somente vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal quando se trata de atividade cuja fiscalização efetivamente caiba ao ente federativo que está criando a taxa.

Como já demonstrado acima, a fiscalização da atividade de comercialização compete à ANP e não aos estados. Logo, a criação de taxa a ser paga à AGENERSA por conta da fiscalização do comercializador é claramente inconstitucional.

Além disso, essa taxa também deveria ser criada por lei, o que não está acontecendo. Importante destacar que a Lei estadual nº 4.556/2005 autoriza a AGENERSA cobrar taxa de fiscalização apenas das concessionárias de serviços públicos estaduais, o que não é o caso do comercializador.

Finalmente, o valor da taxa é totalmente desproporcional ao custo de fiscalização dessa atividade, o que demonstra que, na verdade, possui natureza de imposto. Como a Constituição não atribuiu aos estados o poder de cobrar imposto nessa hipótese, salta aos olhos mais um motivo para se concluir

pela inconstitucionalidade dessa taxa. As taxas são regidas pelo princípio da comutatividade ou retributividade e, por essa razão, seus fatos geradores devem estar relacionados a atuações do Estado no exercício do poder de polícia ou fornecimento de serviços, em ambas as hipóteses, de modo específico e divisível a determinados beneficiários. No caso, deveria estar de acordo com o custo da agência de fiscalizar.

Como se não bastasse, o não pagamento dessa taxa pelo comercializador pode constituir motivo para a AGENERSA cassar a sua autorização para comercializar gás natural no Estado do Rio de Janeiro. É como se obrigasse o comercializador a pagar a taxa para depois pedir a sua restituição se entender indevida. Ainda que fosse criada por lei, o que não é o caso, uma norma nesse sentido é flagrantemente contrária aos nossos princípios constitucionais.

Cerceamento da liberdade contratual das partes

Também sem prejuízo de outros comentários já feitos acima, importante destacar que a regulação proposta interfere com a liberdade contratual das partes de forma não racional.

Existe um excessivo detalhamento das condições contratuais. A regulação da ANP apenas exige que sejam explicitados alguns termos e condições, mas não entra no mérito de como devem ser tratados. Por exemplo, a regulação ora proposta exige que exista apresentação de garantia financeira mútua. Parece evidente caber às partes avaliar a necessidade de exigir garantia financeira, conforme a qualidade de crédito delas.

Indevida regulação do contrato entre comercializador e o seu supridor

Embora a regulação da ANP se limite a determinar quais termos e condições devem ser explicitados no contrato entre o comercializador e o agente livre, a regulação ora proposta vai muito além ao estabelecer exigências para o contrato entre o comercializador e o seu supridor de gás natural, o que não tem qualquer embasamento na legislação.

Indevida regulação sobre a atuação dos funcionários do comercializador

Da mesma forma que a comercialização de energia elétrica, a comercialização de gás natural não envolve propriamente a prestação de um serviço que demande maior treinamento e supervisão de funcionários.

A regulação proposta desce a detalhes sobre a atuação dos funcionários do comercializador, bem como sobre o treinamento dos mesmos, que parecem totalmente desnecessários diante da forma como essa atividade realmente se desenvolve.

Essas regras, além de desnecessárias, podem constituir motivo para a fiscalização alegar desconformidades nas operações do comercializador e cobrar penalidades que não trazem qualquer benefício real para a sociedade, mas apenas oneram e desestimulam a atividade de comercialização e, conseqüentemente, o desenvolvimento de um mercado competitivo.

Indefinição sobre autoprodutor e autoimportador

A consulta pública diz que o novo regramento está inspirado na Deliberação ARSESP nº 1.061/2020.

Contudo, a regulação paulista também trata do autoprodutor e do autoimportador.

Se a intenção da regulação ora em foco foi tratar apenas da relação do comercializador com o consumidor livre, então sugere-se que fique expresso que os agentes sujeitos que atuem no regime de autoprodução ou autoimportação não estão sujeitos às obrigações previstas nessa regulação.

Contribuição IBP - Consulta Pública AGENERSA N° 03/2021 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador - Ofício GN 012/21

De : diretoriaexecutivagn@ibp.org.br seg, 10 de mai de 2021 19:16
Assunto : Contribuição IBP - Consulta Pública AGENERSA N° 03/2021 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador - Ofício GN 012/21 📎 8 anexos
Para : consultapublica@agenera.rj.gov.br
Cc : Sylvie D'Apote <sylvie.dapote@ibp.org.br>, José Andrade <jose.andrade@ibp.org.br>, 'Jorge Delmonte' <jorge.delmonte@ibp.org.br>, Felipe <felipe.botelho@ibp.org.br>

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2021.
GN 012/21

À AGENERSA
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Av. Treze de Maio, n° 23/23° andar, Centro,
CEP 20035-902
Rio de Janeiro - RJ

Referência: Consulta Pública AGENERSA N° 03/2021 - Condições Gerais da Atuação do Comercializador

No âmbito da Consulta Pública AGENERSA 03/2021 sobre Condições Gerais da Atuação do Comercializador, o Instituto Brasileiro do Petróleo e Gás (IBP) apresenta sua contribuição no intuito de esclarecer o que considera como melhores práticas para o tratamento do segmento de comercialização, não apenas no Estado do Rio de Janeiro mas no que concerne as regulações estaduais de maneira geral.

Agradecemos a AGENERSA pela consulta aberta e a possibilidade de contribuir de forma ampla para este tema tão importante para a viabilização de um mercado de gás natural livre e competitivo.

Estamos bastante preocupados com as diversas regulações estaduais que tem sido desenvolvidas com elementos inadequados ao bom funcionamento e à abertura do mercado de gás natural, dificultando a atuação dos comercializadores. Entendemos que tais regulações, incluindo-se aquelas trazidas nesta Consulta Pública, estão criando: (i) normas não compatíveis com a atividade comercial, (ii) atribuições e responsabilidades operacionais indevidas, e (iii) custos regulatórios e de fiscalização desnecessários.

Em anexo, apresentamos pormenorizadas nossas críticas e contraponto ao tratamento proposto pela AGENERSA às atividades de comercialização objeto da Consulta Pública em referência.

Em resumo, nossa contribuição se estrutura nos seguintes itens:

- Falta competência legal ao Estado para regular essa matéria
- Ausência de competência legal da AGENERSA
- O comercializador já é regulado e fiscalizado pela ANP
- A questão do risco de desbalanceamento do sistema de distribuição
- O comercializador não controla a qualidade do gás
- A programação deve ser guiada pelo sistema de transporte
- A verticalização não pode ser permitida
- Limite de dominação do mercado
- Excessiva complexidade para obter autorização da AGENERSA
- A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização
- Cerceamento da liberdade contratual das partes
- Indevida regulação do contrato entre comercializador e o seu supridor

- Indevida regulação sobre a atuação dos funcionários do comercializador
- Indefinição sobre autoprodutor e autoimportador

Note que nossos comentários fazem referência a conceitos que são utilizados em toda minuta de regulamento apresentado por essa Agência. Assim, entendemos que o formato que adotamos facilita o entendimento de nossa contribuição.

Respeitosamente, portanto, sugerimos uma revisão abrangente do regulamento apresentado. Ao considerar o exposto, temos confiança que o Estado do Rio de Janeiro poderá entregar uma regulação moderna e eficiente que permita a ampliação do número de agentes no mercado livre de gás natural e, assim, o crescimento econômico do Estado.

Atenciosamente,

Sylvie D´Apote
Diretora Executiva de Gás Natural

Diretoria Executiva de GN
(+55 21) 2112-9000



ibp.org.br

Conteúdo confidencial. Caso não seja o destinatário pretendido, qualquer divulgação, cópia, distribuição ou qualquer ação conduzida ou omitida que se baseie nisso, é proibida e pode ser considerada ilegal. Caso isso ocorra, apague as informações e notifique o remetente.

Confidential content. If you are not the intended recipient, you are notified that disclosing, copying, distributing or taking any action in reliance on the contents of this information is strictly prohibited and may be considered illegal. In this case, delete the information and notify the sender.

 **GN 012-2021_ANEXO.pdf**
644 KB

 **GN 012-2021.pdf**
329 KB
