

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2019

À

**Agência Reguladora de Energia e  
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA**  
Via e-mail

**Ref. Consulta Pública “Estudo e Reformulação do Arcabouço Regulatório para Autoprodutor, Autoimportador e Consumidor Livre - Processo E-22/007/300/2019”.**

**FAVERET LAMPERT ADVOGADOS**, com sede na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Av. Rio Branco, nº 134, centro, CEP 20040-002, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 24.768.341/0001-70, vem apresentar a sua contribuição para a consulta pública em referência, na forma abaixo:

***1. A hipótese focada nesta contribuição:***

Por motivos óbvios, novos empreendimentos que sejam consumidores intensivos de gás natural são usualmente construídos em locais que facilitem a aquisição do gás ao menor custo possível.

Assim, tendem a ser localizados, tão próximo quanto possível, de unidades de processamento ou tratamento de gás natural (“UPGN”), de terminais para regaseificação de gás natural liquefeito (GNL) (“Terminal de GNL”) ou de campos de produção de gás natural (“Campos de Produção”).

No mais das vezes, existe a necessidade de ser construído um novo gasoduto para ligar o empreendimento até uma dessas instalações (UPGN, Terminal de GNL ou Campo de Produção) porque dificilmente existirá (i) um gasoduto já construído e (ii) com capacidade suficiente para movimentar, a partir dessas instalações, toda a quantidade de gás natural que deverá ser entregue ao empreendimento.

Muito provavelmente, situações semelhantes existirão em todos os novos empreendimentos que venham a ser instalados no Estado do Rio de Janeiro para aproveitar a sua inegável vantagem geográfica para aquisição de gás natural.

Justamente por esse motivo, a presente contribuição pretende focar nos aprimoramentos que podem ser feitos na regulamentação estadual aplicável ao consumidor livre, autprodutor ou autoimportador (doravante “Usuários Livres”).

## **2. A prática internacional como referência:**

A prática internacional ajuda a melhor enxergar as dificuldades geradas pela regulamentação brasileira atual.

Em nenhum outro lugar do mundo hoje, pelo que se tem conhecimento, um empreendimento que seja um consumidor intensivo de gás natural estaria obrigado a contratar a distribuidora de gás canalizado local (“Distribuidora”) para fazer a construção e operação do gasoduto através do qual será fornecido o gás natural para o seu consumo. Especialmente quando localizado próximo da instalação da qual sairá o gás natural destinado ao seu consumo (UPGN, Terminal de GNL ou Campo de Produção).

As Distribuidoras apelidaram de “by-pass” a situação na qual um consumidor pode construir e operar o gasoduto destinado a movimentar gás natural até a unidade consumidora.

Segundo a regulamentação aplicável hoje, todo consumidor é obrigado a contratar a Distribuidora para fazer a construção e operação do gasoduto ligará a unidade consumidora até a instalação da qual virá o gás natural (UPGN, Terminal de GNL ou Campo de Produção), por maior que seja a quantidade de gás natural consumida ou por menor que seja a extensão do gasoduto (doravante “Novo Gasoduto”).

Entretanto, em todos os países que se conhece, o Usuário Livre tem a opção de contratar a Distribuidora para construir e operar o Novo Gasoduto ou, então, ele próprio construir o Novo Gasoduto. O Usuário Livre tem liberdade para escolher a alternativa que mais lhe convém.

De qualquer forma, importante esclarecer que não se pretende, nesta contribuição, defender o by-pass da Distribuidora.

Todavia, é imperioso que a regulação aplicável ao Usuário Livre reduza, tanto quanto possível, as dificuldades decorrentes do regime atual.

Essa premissa é relevante até para que a indústria brasileira possa competir em igualdade de condições com a indústria estrangeira e evitar o grave processo de desindustrialização que vem sendo verificado no Brasil nos últimos anos.

### **3. As contribuições:**

#### ***3.1. A construção do gasoduto pelo Usuário Livre:***

Geralmente, a construção do Novo Gasoduto representa um custo pequeno quando comparado com o custo de construção do novo empreendimento.

Não obstante, os investidores no empreendimento e, especialmente, os seus financiadores, enxergam, como um importante fator de mitigação do risco de atraso no início da operação comercial do projeto, a possibilidade de controlarem não apenas a construção do empreendimento, mas também a de todas as instalações necessárias para a sua operação, notadamente a do Novo Gasoduto.

Ou seja, os investidores e financiadores preferem que a construção do Novo Gasoduto seja contratada pela sociedade que está desenvolvendo o projeto (a sociedade que será a sua proprietária), que vem a ser o próprio Usuário Livre.

Pelo art. 46 da Lei do Gás, se “as necessidades de movimentação de gás natural” do Usuário Livre “não possam ser atendidas” pela Distribuidora, o Usuário Livre tem o direito de construir o Novo Gasoduto, embora fique obrigado a contratar a Distribuidora para fazer a sua operação e manutenção.

A redação dessa norma nos parece conferir à regulação estadual amplitude suficiente para dar ao Usuário Livre o direito de construir o Novo Gasoduto.

De fato, nos parece razoável concluir que quando ainda não existe o gasoduto necessário para entregar gás natural ao novo empreendimento do Usuário Livre, está caracterizada a hipótese prevista no art. 46 da Lei do Gás: a necessidade de movimentação de gás natural do Usuário Livre não pode ser atendida pela Distribuidora.

Note-se que a construção do Novo Gasoduto pelo Usuário Livre não o exonera da obrigação de contratar a Distribuidora. Não configura um by-pass contra o qual tanto lutam as Distribuidoras porque elas continuarão a ser contratadas nos termos do próprio art. 46 da Lei do Gás.

Dessa forma, a regulação estadual, pelo menos no caso aqui em foco, deve conferir ao Usuário Livre o direito de contratar a construção do Novo Gasoduto.

***3.2. A construção do gasoduto pelo Usuário Livre quando a Distribuidora não tiver condições financeiras para isso:***

Caso se entenda não ser o caso de dar esse direito ao Usuário Livre de forma absoluta, que ao menos seja assegurado tal direito na situação em que a Distribuidora não possui condições financeiras para fazer a construção do Novo Gasoduto.

Atualmente vem sendo negado ao Usuário Livre o direito de contratar a construção do Novo Gasoduto, mesmo quando a Distribuidora não possui capacidade financeira para pagar o custo de construção.

A Distribuidora não apenas nega esse direito ao Usuário Livre como ainda o obriga a antecipar a remuneração que lhe seria devida durante a prestação do serviço de distribuição, como forma de obter recursos para pagar os custos de construção do Novo Gasoduto.

Essa situação claramente não é razoável.

***3.3. Assegurar ao Usuário Livre o direito de ser proprietário do gasoduto:***

Na medida em que o custo de construção do Novo Gasoduto tenha que ser assumido pelo Usuário Livre, é necessário que ele tenha o direito de deter a propriedade desse ativo e possa sobre ele constituir direito de garantia em favor dos financiadores.

Do contrário, muito provavelmente o Usuário Livre não conseguirá obter financiamento para pagar o custo de construção do Novo Gasoduto porque a maioria dos bancos possui como norma interna para a aprovação do crédito a constituição de direito de garantia sobre todo ativo construído com recursos provenientes do financiamento.

Novamente, por menor que seja o custo de construção do Novo Gasoduto comparado com o custo de construção da empreendimento, essa situação cria mais uma dificuldade que não existiria na implementação de projeto semelhante em qualquer outro país do mundo.

**3.4. A declaração de utilidade pública para servidão administrativa:**

Para que seja dada efetividade ao direito do Usuário Livre de construir o Novo Gasoduto, é necessário que lhe seja delegado o direito de declarar de utilidade pública, para fins de constituição da servidão de passagem, a faixa de terra pela qual será construída o Novo Gasoduto.

Alternativamente, esse direito pode continuar com a Distribuidora, desde que ela fique obrigada a praticar os atos razoavelmente necessários para obter a servidão de passagem necessária para a construção do Novo Gasoduto.

**3.5. Supervisão do custo e prazo de construção do gasoduto quando a contratação for realizada pela Distribuidora:**

Na hipótese de ser mantido com a Distribuidora o direito de construir o Novo Gasoduto em qualquer circunstância, ainda que exigindo a antecipação de recursos por parte do Usuário Livre, necessário contemplar mecanismo que proteja o Usuário Livre do risco de o custo e/ou prazo de construção do Novo Gasoduto ser muito superior ao que seria razoável.

Dessa forma, deve ser assegurado ao Usuário Livre o direito de participar do processo dessa contratação ou, ao menos, o direito de apresentar fornecedor alternativo que apresente melhores condições comerciais para construção do Novo Gasoduto.

**3.6. Tarifa deve ser calculada de forma específica e em função da capacidade contratada:**

A forma de contratação da Distribuidora pelo Usuário Livre segue a mesma lógica de um contrato de fornecimento de gás natural, apenas excluindo da tarifa devida à Distribuidora a parcela correspondente ao ressarcimento do custo de compra do gás natural, visto que no caso o gás natural é comprado de outro fornecedor diretamente pelo Usuário Livre.

Esse conceito está refletido no §18º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado no Estado do Janeiro (“Contrato de Concessão”). Diga-se de passagem, embora a intenção esteja clara, a redação desse item do Contrato de Concessão deve ser aprimorada. Pela redação atual a tarifa devida pelo Usuário Livre corresponde a parcela da tarifa normal que excede ao preço pago pela Distribuidora na compra do gás natural “da mesma supridora”. Essa expressão final “da mesma supridora” não faz sentido.

Melhor seria dizer que a tarifa do consumidor livre corresponde à parcela da tarifa normal destinada a remunerar a base regulatória de ativos e a ressarcir os custos operacionais.

De qualquer forma, esse conceito não faz sentido no caso de Usuário Livre que usa um Novo Gasoduto separado da malha de gasodutos da Distribuidora, como no caso aqui em foco, por força do que estabelece o art. 46 da Lei do Gás.

Com efeito, de acordo com o art. 46 da Lei do Gás, a remuneração paga pelo Usuário Livre à Distribuidora deve observar a especificidade do Novo Gasoduto construído para atender a sua necessidade de movimentação de gás natural, podendo variar conforme duas hipóteses.

Na primeira, o Novo Gasoduto é construído pelo Usuário Livre e a Distribuidora assume apenas a sua operação e manutenção. Nesse caso, a remuneração deve levar em consideração os custos efetivos de operação e manutenção acrescidos de uma margem justa para esse tipo de serviço em condições de mercado.

Na segunda, o Novo Gasoduto é construído pela Distribuidora e ela disponibiliza o uso da sua capacidade para a movimentação do gás natural do Usuário Livre. Aqui a remuneração deve não apenas compensar os custos de operação e manutenção desse gasoduto, mas também assegurar um retorno para o investimento realizado na sua construção pela Distribuidora.

Contudo, em nenhuma hipótese a Lei do Gás permite que a remuneração cobrada do Usuário Livre leve em consideração o investimento em outros ativos da Distribuidora que não no Novo Gasoduto construído para atender especificamente o Usuário livre, ou mesmo o custo de operação e manutenção desses outros ativos.

Dessa forma, importante que a regulamentação estadual respeite o disposto na Lei do Gás.

Até porque, no caso do Usuário Livre que usa um duto isolado do restante do sistema de distribuição, a Distribuidora atua de forma semelhante a uma empresa de transporte de gás natural (operadora de gasoduto de transporte) ou de uma prestadora de serviço de operação e manutenção.

E, de fato, o conceito de tarifa específica previsto na Lei do Gás facilita que a contratação da Distribuidora seja mais semelhante à forma de contratação dos serviços referidos no parágrafo anterior.

Em outras palavras, o racional da regra prevista no §18º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão é o da contratação do fornecimento de uma quantidade de gás natural.

Mas o correto seria que tivesse como objeto a contratação da capacidade do Novo Gasoduto ou a prestação do serviço de operação e manutenção no mesmo, até por conta do que será explicado no próximo item.

### ***3.7. O direito do Usuário Livre de reservar uma capacidade adicional:***

O Usuário Livre pode ter interesse em que o Novo Gasoduto seja construído com capacidade adicional à que será usada no primeiro momento. Essa capacidade adicional pode ser destinada, por exemplo, à expansão do empreendimento que está implantando.

Dessa forma, deve ser assegurado ao Usuário Livre o direito de determinar a sua capacidade de modo a atender possíveis expansões do empreendimento, bem como, o direito de reservar toda essa capacidade em seu favor enquanto continuar a operação do empreendimento ou, alternativamente, durante um tempo razoável.

O direito de reservar a capacidade adicional àquela necessária para a primeira fase do projeto significa que a Distribuidora não poderá usar essa capacidade para prestar serviço de distribuição a terceiros em base firme, embora essa capacidade possa ser usada para a prestação de serviço em base interruptível, de forma a não prejudicar a sua futura disponibilidade para o Usuário Livre, graças ao qual existe essa capacidade.

Entretanto, a forma da remuneração da Distribuidora não pode constituir um obstáculo para a reserva da capacidade adicional destinada a expansões do empreendimento do Usuário Livre.

Como visto no item anterior, pela metodologia tarifária atual, a remuneração devida à Distribuidora resulta da multiplicação da quantidade de gás natural que será movimentada no gasoduto por uma tarifa cujo cálculo leva em consideração o valor de toda a base regulatória de ativos e todos os custos operacionais da Distribuidora.

Assim, admitindo-se apenas para argumentar que a metodologia tarifária atual não seja alterada para adoção da tarifa específica, conforme defendido no tópico anterior, a remuneração da Distribuidora deverá ser determinada não em função da quantidade (de gás natural) correspondente à capacidade reservada, mas sim em função da quantidade equivalente à capacidade efetivamente usada para a prestação do serviço de distribuição em cada fase do empreendimento (ou qualquer outra terminologia que se deseja empregar), sob pena de a remuneração da Distribuidora se tornar excessivamente onerosa para o Usuário Livre.

Em outras palavras, o contrato passaria a trabalhar com duas quantidades de gás natural. Uma seria para efeito de determinar a remuneração devida pelo Usuário Livre à Distribuidora e a outra seria para determinar a capacidade do Novo Gasoduto reservada (contratada) em seu favor.

Essa solução deixa de ser necessária caso seja adotada a tarifa específica conforme estabelece o art. 46 da Lei do Gás. Nesse caso a contratação da Distribuidora poderá facilmente seguir o modelo da contratação de transporte ou de serviço de operação e manutenção.

### ***3.8. Limite de valor para aumento da tarifa:***

Ainda na hipótese de se continuar a não aplicar a regra da especificidade prevista no art. 46 da Lei do Gás, então é necessário, ao menos, que seja criado um mecanismo para mitigar o risco de aumento excessivo da tarifa ao longo da vida do empreendimento, notadamente durante o período de pagamento da dívida contraída para a sua construção.

Sendo o Usuário Livre um consumidor de quantidades elevadas de gás natural, a metodologia tarifária atual tenderá a transferir para ele, na forma de remuneração devida à Distribuidora, a obrigação de pagar uma parcela considerável da receita que a Distribuidora tem direito a receber, nos termos do Contrato de Concessão, para remunerar todos os seus investimentos e custos operacionais.

Ocorre que o histórico no Brasil hoje não gera tranquilidade para os investidores e financiadores de novos empreendimentos que estejam em situações semelhantes à da hipótese ora em foco.

Existem precedentes de investimentos na expansão de sistemas de distribuição que não possuem viabilidade econômica se for considerado, como deveria ser, apenas a receita que será gerada pelos consumidores que serão

atendidos por essa expansão. Contudo, esses investimentos geram a necessidade de aumento na receita da Distribuidora que acaba sendo pago, em boa parte, pelos grandes consumidores de gás natural que em nada se beneficiam desses investimentos.

Ou seja, a metodologia atual gera um subsídio cruzado que favorece investimentos ineficientes, com excessiva oneração do custo do gás natural para grandes consumidores.

Essa situação agrava a desvantagem competitiva para a indústria brasileira tendo em vista que a indústria de outros países não é sequer obrigada a incorrer no custo decorrente da contratação da Distribuidora.

Em síntese, se a opção for no sentido de continuar a metodologia atual de cálculo da tarifa, não obstante claramente contrária ao que estabelece a Lei do Gás, que então seja criado um valor teto para a tarifa.

Se esse valor teto não puder valer para toda a vida do empreendimento, que ao menos tenha validade pelo tempo necessário para o pagamento integral da dívida original contraída para a sua instalação, como forma de facilitar e reduzir o custo do seu financiamento.

### ***3.9. A questão da remuneração mínima (ship or pay):***

As Distribuidoras buscam obrigar o Usuário Livre a pagar uma remuneração mínima periodicamente (cláusula de “take or pay” ou “ship or pay”).

Essa obrigação somente possui justificativa econômica em situações específicas.

No caso ora examinado, se a Distribuidora investe na construção do Novo Gasoduto destinado a atender o Usuário Livre, parece razoável obrigar o Usuário Livre a pagar, periodicamente, uma remuneração mínima de modo a assegurar a amortização do investimento feito especificamente em favor dele.

Mas se a Distribuidora não faz esse investimento, inclusive no caso em que os recursos são adiantados pelo Consumidor Livre, não tem sentido obrigar o Usuário Livre a pagar uma remuneração mínima para a Distribuidora.

Nesse caso, os únicos gastos da Distribuidora são com os custos de operação e manutenção.

Assim, se for entendido que alguma remuneração mínima deve ser assegurada à Distribuidora, então essa remuneração deve ser limitada ao valor dos gastos com operação e manutenção do Novo Gasoduto.

### ***3.10. A qualidade do gás natural:***

De uma forma geral, em outros países, na hipótese ora analisada, o Usuário Livre seria proprietário do Novo Gasoduto e teria exclusividade para usar a sua capacidade de movimentação da forma que lhe fosse mais conveniente.

Como tal, não precisaria se preocupar em fazer com que o gás natural movimentado no Novo Gasoduto atenda determinada especificação.

Assim, se o Usuário Livre está disposto a pagar o custo de construção do Novo Gasoduto, ainda que seja obrigado a contratar a Distribuidora para fazer a sua operação e manutenção, parece razoável que o Usuário Livre tenha o direito não apenas de reservar toda a sua capacidade em seu benefício exclusivo, como já tratado acima, mas também de movimentar gás natural de qualidade diferente da padronizada.

### ***3.11. O direito de assumir a operação (step-in):***

Embora possa parecer um risco hipotético, não raro os financiadores de um novo empreendimento ficam desconfortáveis quando o fluxo de caixa do projeto depende de uma infraestrutura operada por terceiro, que em tese sempre pode falhar ou falir.

Esse desconforto é ainda maior quando não existe o direito de assumir a operação dessa infraestrutura nesses casos, de forma a assegurar a continuidade da operação do empreendimento e a geração do seu fluxo de caixa.

Dessa forma, seria positivo que a regulamentação estadual desse direito ao Usuário Livre de assumir a operação do Novo Gasoduto, diretamente ou através da contratação de terceiros, na hipótese de falha continuada da Distribuidora ou de sua falência, de forma a proteger a continuidade da operação do Usuário Livre.

**3.12. A desnecessidade de apresentar garantia:**

Os mesmos motivos que levam a concluir não ter sentido obrigar o Usuário Livre a pagar uma remuneração mínima periodicamente para a Distribuidora, também servem para demonstrar que não tem cabimento exigir dele a apresentação de garantia de pagamento quando a Distribuidora não faz o investimento na construção do Novo Gasoduto.

Os únicos valores que a Distribuidora pode estar adiantando em favor do Usuário Livre nesse caso são os gastos com a operação e manutenção do Novo Gasoduto. Dessa forma, o risco de crédito a que fica exposta a Distribuidora em relação ao Usuário Livre está limitado a esses valores, os quais são relativamente baixos.

Além disso, em geral, o Usuário Livre tende a ser uma sociedade com considerável capacidade financeira, não se justificando que ela tenha que buscar junto a terceiro uma garantia para o pagamento da remuneração devida à Distribuidora.

**3.13. A solução de conflitos pela AGENERSA de acordo com a prática internacional:**

As questões relacionadas acima representam algumas das principais dificuldades já identificadas para o desenvolvimento de novos empreendimentos por Usuários Livres.

Mas nada impede que dificuldades de outras naturezas sejam criadas pela Distribuidora na negociação do contrato de serviço de distribuição com o Usuário Livre.

Dessa forma, é importante a atuação a AGENERSA no sentido de resolver eventual conflito entre o Usuário Livre e a Distribuidora decorrente da imposição de condições comerciais não razoáveis, que possam dificultar a implantação de novos empreendimentos.

Na solução desses conflitos a AGENERSA deve sempre levar em consideração a prática internacional, de forma a preservar a competitividade da indústria brasileira.

**4. Conclusão:**

Isto posto, esperamos que as contribuições acima sejam consideradas e aceitas pela AGENERSA na medida do possível por realmente acreditar que elas sejam fundamentais para a criação de um ambiente de negócios mais favorável para a implantação, no Estado do Rio de Janeiro, de grandes empreendimentos que sejam consumidores intensivos de gás natural.

Sem mais, para o momento, subscrevemo-nos, atenciosamente

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'José Roberto Faveret Cavalcanti', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a prominent initial 'J' and 'R'.

**José Roberto Faveret Cavalcanti**  
**Faveret Lampert Advogados**