



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº SEI-480002/000528/2023

DIREITO REGULATÓRIO. SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO. MERCADO LIVRE DE GÁS. MINUTA DE CONTRATO DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO – CUSD. MONOPÓLIO NATURAL E DESVERTICALIZAÇÃO. MODELO DE REGULAÇÃO FLEXÍVEL. CONTRATO PRIVADO REGULADO. DEFINIÇÃO DE AGENTE LIVRE. DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 4.068/2020. RECOMENDAÇÃO DE ALTERAÇÕES NAS CLÁUSULAS 4.2, 5.1.1, 5.2, 5.3, 6.8.1, 6.9, 11.4, 11.6, 13.2.3, 15.5.1, 15.6.1 E 15.9. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ISONOMIA ENTRE OS CONTRATANTES, RESSALVADAS SITUAÇÕES DE MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO. PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA. CONSIDERAÇÕES.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Sumário

1. RELATÓRIO.....	2
2. INTRODUÇÃO E ESCOPO.....	5
3. REGULAÇÃO, MONOPÓLIO NATURAL E ASPECTOS ECONÔMICOS LIGADOS AO TEMA.....	7
3.1. CARACTERÍSTICAS DOS MONOPÓLIOS NATURAIS.....	8
3.2. PAPEL DA REGULAÇÃO DOS MONOPÓLIOS NATURAIS.....	10
3.3. ESPECIFICIDADES DO MERCADO DE GÁS.....	12
3.4. RACIONAL ECONÔMICO DA REGULAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO GÁS NATURAL DO MERCADO LIVRE.....	15
4. ASPECTOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS DO MERCADO DE GÁS.....	17
4.1. COMPETÊNCIA E DISCIPLINA CONSTITUCIONAL.....	17
4.2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE O TEMA.....	20
4.3. EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA REGULATÓRIA NA AGENERSA.....	23
5. REGULAÇÃO FLEXÍVEL E O CASO CONCRETO.....	25
6. ANÁLISE DA MINUTA DE CUSD.....	32
6.1. FUNDAMENTO, ESCOPO E RACIONAL NORTEADOR DA AGÊNCIA NO CASO.....	32
6.2. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS.....	35
A) DA DEFINIÇÃO DO USUÁRIO LIVRE.....	35
B) DO PRAZO DE MIGRAÇÃO PARA O MERCADO LIVRE.....	37
C) CLÁUSULA QUARTA, ITEM 4.2.....	40
D) CLÁUSULA QUINTA: PRAZO DE VIGÊNCIA, ITEM 5.1.1.....	41
E) CLÁUSULA QUINTA, ITEM 5.2.....	44
F) CLÁUSULA QUINTA, ITEM 5.3.....	46
G) CLÁUSULA SEXTA: TUSD E EVENTUAIS IMPACTOS AOS CONSUMIDORES CATIVOS.....	47
H) CLÁUSULA SEXTA: ITEM, 6.8.1, INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DE GÁS.....	49
I) CLÁUSULA SEXTA, ITEM 6.9.....	51
J) CLÁUSULAS 11.4, 11.6, 13.2.3.....	52
K) SOBRE A MULTA COMPENSATÓRIA E A INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO.....	53
L) DA QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES.....	58
M) DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS E DA LIBERDADE DE DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS.....	61
7. CONCLUSÃO.....	64



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo instaurado pelo encaminhamento, a esta Agência Reguladora, de documento assinado conjuntamente pelo Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – OBP e pela Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE (Doc. SEI nº 62631656).

Em sua manifestação, os subscritores expõem demanda relativa a seus associados – fornecedor de gás e potencial consumidor livre – que buscam formalizar parceria a fim de viabilizar a migração parcial do consumidor final para o mercado livre. Pleiteiam, ainda, a necessidade de adoção de uma série de medidas regulatórias que seriam essenciais para viabilizar tal transição, relativas do Novo Mercado de Gás, quais sejam: (i) a formalização de minuta de CUSD relativa ao consumidor livre de gás canalizado, (ii) a previsão de desconto da TUSD para usuários livres e (iii) a adoção de uma política de alocação de custos mais eficiente para Usuários parcialmente livres.

Em prosseguimento, foi anexada ao processo administrativo minuta do Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD, elaborada pela Naturgy (Doc. SEI 63430794) e submetida à Consulta Pública para manifestação de eventuais interessados.

Ato contínuo, diversas contribuições foram fornecidas por diversos representantes do setor regulado, inclusive advindas do próprio IDP (Doc. SEI nº 65016653) e da ABRACE (Doc. SEI nº 65019439). Além disso, constam nos autos manifestações advindas da Petrobras (Doc. SEI nº 65019439), da Firjan (Doc. SEI nº 65022226), da ABEGÁS (Doc. SEI nº 65015755), da ABIAPE (Doc. SEI nº 65016775) e da ABIVIDRO (Doc. SEI nº 65022956), devidamente compiladas nos Pareceres Técnicos fornecidos pela Câmara de Energia – CAENE (Doc. SEI nº 66635982) e pela Câmara de Política Econômica e Tarifária – CAPET (Doc. SEI nº 66952668).

Em 16 de janeiro de 2024, após análise das contribuições fornecidas, a Naturgy apresentou nova minuta (Doc. SEI nº 66978106), a qual fora objeto de novas



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

manifestações pelos interessados, também tratados pela CAENE e pela CAPET (Doc. SEI nº 69657533).

O presente processo administrativo foi, então, encaminhado para análise e manifestação desta Procuradoria, *“tendo em vista a Minuta Revisada de CUSD, enviada pela Regulada, as Contribuições enviadas pela sociedade civil, recebidas por meio da Consulta Pública 001/2024, bem como os Pareceres Técnicos da CAENE e da CAPET”*.

Paralelo ao exposto, no processo administrativo SEI-480001/000002/2024, anexo ao presente, consta carta subscrita pela Shell Brasil Petróleo Ltda. e pela Companhia Siderúrgica Nacional S.A., elencando alguns apontamentos considerados necessários para viabilizar a contratação, pela CSN, do fornecimento de gás no mercado livre a partir de 01/04/2024, quais sejam: (i) a eliminação da capacidade mínima de 100.000m³/dia; (ii) limitação da responsabilidade sobre gás desconforme à indenização repassada pelo transportador; (iii) tratamento do desequilíbrio de gás no sistema de transporte ao invés do sistema de distribuição; (iv) eliminação de limites de uso da rede em função da capacidade contratada quando houver disponibilidade; (v) possibilidade de condições serem livremente acordadas entre as partes; (vi) exclusão da penalidade por Desvio de Programação; (vii) exclusão do ToP 90% diário para o consumo do cliente parcialmente livre; (viii) apuração de faixa de consumo cumulativa entre o contrato no mercado livre e no mercado regulado; e (ix) acordo operacional não pode ser impeditivo para realização das primeiras migrações.

Além disso, pleiteiam os subscritores a atualização da Deliberação AGENERSA nº 4.142/2020, no que concerne aos prazos para migração.

É o relatório.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

2. INTRODUÇÃO E ESCOPO

A partir da alteração da percepção do papel do Estado na economia ocorrida nas décadas de 1980 e 1990, a indústria do gás natural também passou por um conjunto profundo de mudanças que, em geral, objetivaram a redução da participação direta do Estado nesse mercado e a ampliação da concorrência no setor. Sem pretensão de exaustão, essa alteração de curso na indústria do gás natural importou na: (i) privatização de empresas estatais com atuação nessa cadeia; (ii) quebra do monopólio (estatal ou não) de uma ou mais atividades que compõem essa cadeia produtiva; (iii) a reestruturação vertical da cadeia produtiva, de modo a permitir o ingresso de novos *players* e a ampliação da concorrência; (iv) concessão de parcelas dos serviços titularizados pelo Estado a operadores privados; (v) criação de agências reguladoras independentes; (vi) a possibilidade de os carregadores obterem acesso não discriminatório à capacidade de transporte e a infraestrutura da rede de distribuição, (vii) uma mudança dos contratos de longo prazo para intervalos de negociação de curto prazo, portanto, mais flexíveis; e (viii) a introdução da concorrência no varejo e no atacado, seja para para clientes de uso industrial, comercial ou domésticos.

No Brasil, esse processo de abertura mais ampla à concorrência possível nesse setor é uma obra ainda inacabada, por diversas razões que não cabe aqui aprofundar. De todo modo, uma dificuldade inegável é a divisão constitucional de competência nesse setor feita pelo Constituinte de 1988 entre União Federal e Estados, que impõe uma atuação coordenada, embora autônoma, dos diferentes entes federativos e algum grau de cooperação federativa.

No que cabe ao Estado do Rio de Janeiro, é preciso dizer que esse esforço tem sido levado à frente, especialmente, pelo trabalho pioneiro desta AGENERSA, sob a liderança do seu Conselho Diretor. E, como resultado desse processo de amadurecimento da discussão sobre o mercado livre de gás natural, chega-se ao



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

momento de analisar a minuta de um instrumento fundamental para efetivação dessa realidade: o contrato de uso do serviço de distribuição - CUSD.

Destaca-se que o presente processo chega para parecer jurídico fartamente instruído com contribuições dos diversos interessados, o que ilustra bem o esforço, a competência e o compromisso do Conselheiro-Relator, da sua equipe, e dos demais órgão técnicos da Agência para desempenhar bem o papel técnico que lhe cabe. Todo o substrato que se pode extrair desse processo se junta ainda à experiência acumulada nos demais processos que trataram de outros aspectos do tema ou de assuntos conexos à abertura mercado que se busca promover.

Dito isso, vale lembrar que, conforme dispõe o Regimento Interno da AGENERSA, especialmente no art. 17, incumbe a esta Procuradoria, primordialmente, prestar assessoramento estritamente jurídico ao Conselho-Diretor e demais órgãos por meio da orientação e opinamento sobre matérias jurídicas nos processos regulatórios e trâmite nesta Agência

Ressalta-se que, nessa seara, a manifestação produzida pela Procuradoria não é vinculativa para o Conselho Diretor, que pode discordar, inclusive com base em fundamentos técnicos não-jurídicos que permeiam a discussão regulatória a ser dirimida pela Agência.

Por fim, como já dito, o presente parecer tem por escopo a análise jurídica da Minuta do Contrato de Uso de Distribuição - CUSD apresentada pela Naturgy, à luz dos parâmetros regulatórios pertinentes e das normas jurídicas aplicáveis ao caso, com especial atenção ao papel reservado à regulação na hipótese, aos mandamentos constitucionais sobre o assunto e os impactos da presente decisão sobre os contratos de concessão hoje em vigor.

Realizadas tais considerações, passa-se à análise solicitada.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

3. REGULAÇÃO, MONOPÓLIO NATURAL E ASPECTOS ECONÔMICOS LIGADOS AO TEMA

Antes de avançar na análise estritamente jurídica do tema, entendo que há alguns aspectos econômicos que impactam diretamente o desfecho do presente caso e que precisam ser tratados. Especialmente quando se trata de regulação econômica, quer seja de serviços públicos (em regime concorrencial ou de monopólio) quer seja de atividades econômicas em sentido estrito, há um espaço de intersecção e de mútua influência entre questões jurídicas e econômicas. Isso porque, embora a regulação se sirva de instrumentos jurídicos para se afirmar, ela se legitima especialmente como um meio de correção de falhas de mercado, problema essencialmente econômico.¹

No Brasil, onde foi reservado um amplo espaço para a Ordem Econômica na Constituição, o debate econômico se mistura não apenas com a lei e demais normativos infraconstitucionais, mas também com o próprio Texto Constitucional. Tal realidade ficou fora de dúvidas com a necessidade de um conjunto de emendas constitucionais para levar em frente o projeto de diminuição do papel do Estado na economia em meados dos anos de 1990.

Tratando-se especificamente do mandato conferido à AGENERSA, importa dizer que lhe cabe a regulação de um mercado de gás natural historicamente concebido como sendo um monopólio natural (conceito econômico). No presente caso, o que está em discussão é a possibilidade de se conferir algum nível de competição e flexibilidade aos usuários do serviço de distribuição de gás canalizado onde antes parecia não ser possível.

O objetivo da regulação aqui é melhorar a eficiência do sistema de distribuição de gás, fomentar a entrada de novos *players* na cadeia de fornecimento, ampliar os

¹ YEOUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. Introdução à Análise Econômica do Direito. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, pp. 109-110.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

investimentos em infraestrutura no Estado, aumentar a competitividade das indústrias fluminenses e, como consequência, gerar crescimento e novas oportunidades para o Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, faz-se necessário o estabelecimento de uma modelagem jurídica que seja ao mesmo tempo aderente aos objetivos buscados pela regulação (que são econômicos e também jurídicos), alinhada com a realidade de mercado, factível de ser implementada e respeitosa com interesse de todos os usuários do sistema.

A seguir, destacamos alguns aspectos econômicos que auxiliam ou informam o entendimento jurídico ao final apresentado.

3.1. CARACTERÍSTICAS DOS MONOPÓLIOS NATURAIS

Como explicam Joseph Stiglitz e Jay Rosengard, a falha de mercado mais importante e que leva à produção pública de bens privados surge quando os mercados não são competitivos. Isso fornece pelo menos parte da explicação para a produção governamental em serviços postais, telecomunicações, água, portos e eletricidade. Uma das razões pelas quais os mercados podem não ser competitivos é a existência de retornos crescentes de escala; ou seja, os custos médios de produção diminuem à medida que o nível de produção aumenta².

Em tais casos, a eficiência econômica exige que haja um número limitado de empresas. As indústrias para as quais os retornos crescentes são tão significativos que apenas uma empresa deveria operar em qualquer região são chamadas de monopólios naturais. A água é um bom exemplo visto que o maior custo associado ao fornecimento de água é a rede de tubulações.

De igual modo, no transporte e na distribuição de gás natural, uma vez instaladas as tubulações, os custos adicionais de fornecimento a um usuário extra são

² STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. Economics of the Public Sector – fourth edition. New York: Norton Company, pp. 201-202.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

relativamente insignificantes. Seria claramente ineficiente ter duas redes de dutos, lado a lado, uma entregando para uma casa, a outra para a de um vizinho. Ademais, tendo em vista que em alguns mercados há elevados custos iniciais e afundados na instalação da infraestrutura, por vezes o incentivo ao investimento pode passar pela conferência, ao investidor, de uma exclusividade, ainda que temporária, na comercialização do produto ou serviço que utiliza como suporte.

Assim, embora se reconheça a dificuldade de encontrar outra abordagem para endereçar os problemas criados pelos monopólios naturais que não a regulação ou a prestação direta do serviço, nos últimos anos aumentou a demanda para que seja estabelecida a competição nesses mercados sempre que possível.

Seja pelo desenvolvimento tecnológico e/ou pelo amadurecimento institucional, entende-se que há hoje mais espaço para a concorrência do que se imaginava anteriormente em diversos setores - por exemplo, hoje várias empresas oferecem serviço de telefonia celular e há uma infinidade de geradores de eletricidade. Sendo assim, compreende-se que o objetivo primordial nesses espaços é garantir que haja concorrência quando esta se mostre viável e que as partes do sistema em que há um monopólio natural não abusem de seu poder monopolista, seja para obter mais controle ou aumentando os preços para permitir altas taxas de retorno.

As indústrias de rede, como é o caso da de gás natural, por definição, se baseiam em infraestruturas essenciais que criam monopólios naturais para os seus operadores. Os elevados custos fixos tornam indesejável a sua duplicação, o que impede a verdadeira concorrência. Por outro lado, sendo possível a concorrência em setores complementares, é crucial que esse ganho de eficiência seja buscado ainda que parcialmente para algumas atividades dessa cadeia.³

³ TIROLE, Jean. Economics for the Common Good. Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 471-472

Em resumo, se no estágio atual há apenas uma única rede de distribuição, mas pode haver vários fornecedores de gás competindo entre si para servir consumidores livres, desde que tenham igual acesso às redes de transporte (e distribuição), é papel da regulação tornar essa nova modelagem viável, como será melhor tratado no tópico seguinte.

3.2. PAPEL DA REGULACÃO DOS MONOPÓLIOS NATURAIS

Como aponta Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, a regulação dos monopólios naturais é justificada tanto para evitar que o monopolista detentor da infraestrutura abuse de sua posição dominante em detrimento dos consumidores, quanto para impedir a entrada de novos agentes econômicos que, ao precisarem duplicar a infraestrutura, tornaria o mercado ineficiente. Portanto, uma prática regulatória comum nesses casos é a separação da titularidade ou operação da rede da prestação de serviços a partir da mesma rede⁴.

A importância de uma disciplina regulatória decorre, ainda, da necessidade de se evitar ou não uma integração verticalizada das indústrias de rede. A verticalização é comumente defendida por sua capacidade de reduzir custos transacionais, permitindo o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream*. Isso cresce em importância, em especial, quando há uma forte demanda de investimentos em ativos específicos e, portanto, maior estímulo ao fluxo de informações entre os agentes econômicos⁵.

Em contraponto, quando diversas parcelas da cadeia produtiva são colocadas a cargo de um mesmo agente econômico, existe a possibilidade de uma indesejada tentativa de monopolizar o mercado, impedindo o fortalecimento de um segmento competitivo por meio da instituição de obstáculos ao acesso à infraestrutura essencial.

⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência - A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80-81.

⁵ Idem.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Nestes cenários, a consequência direta é o incremento do grau de dependência do concorrente, que se encontra submetido à verticalização existente no setor⁶.

Esse paradoxo inerente às integrações verticais nas indústrias de rede evidenciam quão complexo é definir políticas públicas nestes mercados. Há quem sustente, por exemplo, que a integração vertical é mais prejudicial quando comparada a um processo de desverticalização. Assim, defende-se que o agente regulador deveria posicionar-se favoravelmente a este último fenômeno, havendo uma certa presunção - não absoluta, vale dizer - no sentido de que a desverticalização seria o meio mais eficaz de obter ganhos de bem-estar⁷.

Para Alexandre Santos de Aragão, Procurador do Estado e Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ, essa discussão sobre a desverticalização no mercado de Petróleo e Gás é jurídica e não apenas econômica. Para o mencionado professor, a partir a conformação que a Constituição Federal e a Lei do Petróleo deram para esse setor é possível falar em um verdadeiro princípio da segmentação no direito brasileiro, que deve informar o legislador e, por consequência, também a atividade regulatória independente exercida pela agências responsáveis por supervisionar essa matéria.⁸

Além desta discussão, outro debate presente na regulação dos monopólios naturais é o fato de que determinados segmentos comportam regimes regulatórios assimétricos. Isso quer dizer que, em determinados casos, se admite que o mesmo serviço seja simultaneamente prestado por uma pluralidade de agentes, sendo que alguns atuam enquanto prestadores de serviços públicos e, outros, no exercício de atividade privada regulamentada⁹.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de Direito do Petróleo e do Gás. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 599-604.

⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. Loc. Cit.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Em ambientes marcadamente complexos como esses, em que há uma multiplicidade de interesses em jogo, uma estratégia regulatória eficiente deve ser capaz de equalizar os múltiplos fatores envolvidos de modo a maximizar o bem-estar social. Diante disso, mostra-se imprescindível atentar-se para as atribuições que competem às autoridades reguladoras, de um lado, e às autoridades concorrenciais, de outro. Tal percepção minimiza os riscos de uma má regulação, assim compreendida como aquela que cria barreiras artificiais ao ingresso de novos agentes econômicos, favorecendo a concentração e a criação de poder econômico e, devido a isso, comprometendo o desenvolvimento socioeconômico desejado¹⁰.

Traçados estes aspectos, passamos, então, a tratar das especificidades do Mercado de Gás.

3.3. ESPECIFICIDADES DO MERCADO DE GÁS

A indústria do gás natural é um caso historicamente tratado como monopólio natural, mas que vem passando por transformações nos últimos anos ao redor do mundo. Caminha para uma estrutura industrial de separação vertical com competição em algumas atividades, para se utilizar a classificação trazida por Christopher Decker para tratar das principais estruturas industriais submetidas à regulação. Entender essa estrutura da indústria é importante para delinear o papel da regulação em tais hipóteses, a partir ainda dos objetivos constitucionais que trataremos a seguir¹¹.

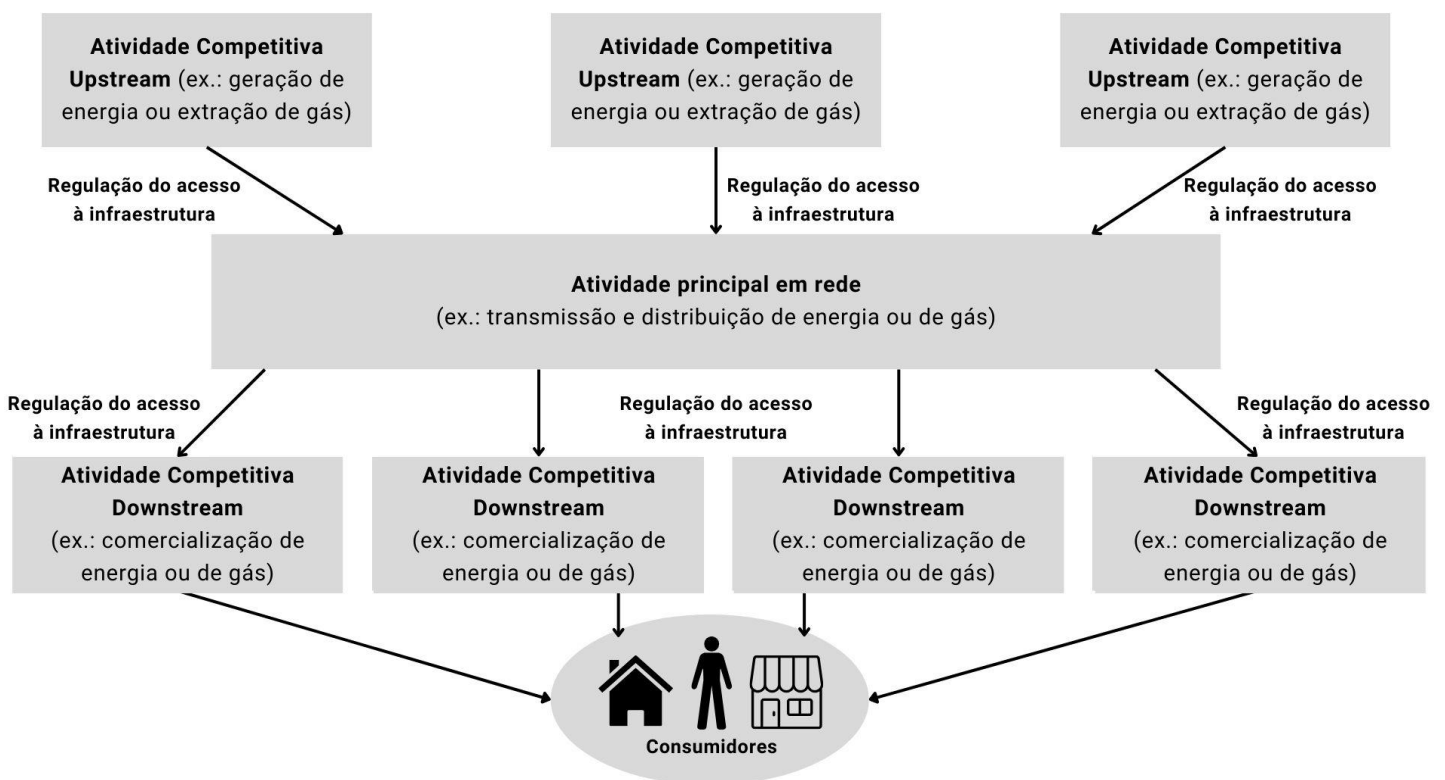
Numa estrutura verticalmente separada, as várias atividades que compõem a cadeia de produção vertical são separadas em atividades que têm características naturalmente monopolistas (atividades principais de rede) e atividades potencialmente competitivas. Sob essa estrutura, a empresa que opera a atividade da rede principal é

¹⁰ Idem.

¹¹ DECKER, Chistopher. *Modern Economic Regulation: an introduction to theory and practice – second edition*. New York: Cambridge University Press, 2023, p. 71.

separada das empresas em outros estágios da cadeia de produção e não opera nestes mercados relacionados.

Esse tipo de estrutura tem sido observada mais claramente no setor de energia elétrica e vem tentando se organizar no setor de gás natural, como já dito. Em tais casos, as atividades de transmissão, transporte e distribuição - que têm as características de monopólio natural - são separadas das atividades de geração e fornecimento varejista. Para estas estruturas, os princípios mais relevantes a nortear a regulação são aqueles relativos à regulação do monopólio natural. No entanto, as questões relacionadas com os termos e condições de acesso à infraestrutura compartilhada, incluindo os preços de acesso, também passam a ser perseguidos pelos reguladores como forma de viabilizar a competição e ampliar a eficiência de mercado. A ilustração abaixo ajuda a entender esse ponto.





Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Portanto, este é o desafio de desenvolver a concorrência no mercado de distribuição de gás natural, que opera historicamente a partir de uma noção de monopólio naturais, com base em uma estrutura em rede cuja duplicação mostra-se economicamente ineficiente e, portanto, indesejável. Apesar do desafio, a disciplina de setores tradicionalmente reconhecidos como monopólio natural, tais como energia elétrica e gás natural, vem evoluindo no sentido de se verificar que, na maioria dos casos, essa característica não se encontra presente em toda a cadeia produtiva, sendo possível a introdução de competição, desde que a regulação estruture os diferentes segmentos da cadeia produtiva nesse sentido. Uma vez propiciados os mecanismos necessários à introdução de concorrência, poderá haver liberdade de escolha do fornecedor do produto ou serviço à integralidade ou, ao menos, a uma parcela dos clientes.

No mercado de gás natural, a regulação pode estimular a competição na comercialização dos produtos ou serviços ofertados a partir dessa rede – e, portanto, a existência de consumidores livres para optar entre diferentes fornecedores – ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de se garantir uma fonte de recursos àquele que a constrói, opera e mantém a infraestrutura compartilhada. Assim, a figura do consumidor livre estabelece-se como uma decorrência do exercício de direitos de liberdade na esfera empresarial, caracterizando-se pela possibilidade de escolha do supridor do serviço ou produto.

Nesse sentido, a disciplina jurídica dos consumidores livres costuma fazer-se em contraposição à dos cativos. Trata-se de um instrumento regulatório por meio do qual os consumidores são separados em dois subconjuntos: o primeiro grupo tem liberdade para escolher o seu provedor (é, portanto, “livre”), ao passo que os demais são necessariamente clientes de um fornecedor pré-estabelecido pela regulação.

No setor de gás natural, ainda hoje, uma gama significativa de usuários enfrenta restrições regulatórias que os impedem de escolher o seu fornecedor, ao passo que



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

existe uma parcela de clientes autorizados a firmar livremente contratos com diferentes fornecedores. Traçando um paralelo com o setor de telecomunicações, onde todos são considerados consumidores livres, já que as mais distintas espécies de clientes têm liberdade para escolher seus prestadores de serviços, no setor de gás a situação é bastante diversa.

Portanto, para que seja viabilizada a existência de consumidores livres em setores de infraestrutura, como o mercado de gás natural, faz-se necessário que o direito introduza normas que criem um ambiente favorável, como, por exemplo, regras sobre direito de acesso não discriminatório à infraestrutura e outros mecanismos regulatórios que espelhem condições isonômicas de entrada e permanência no mercado.

É justamente esse problema que a regulação na presente hipótese se propõe a resolver a partir da definição de uma minuta padrão de CUSD no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

3.4. RACIONAL ECONÔMICO DA REGULAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO GÁS NATURAL DO MERCADO LIVRE

Em arremate ao exposto, a lógica da regulação dos preços dos operadores das redes de transporte e distribuição de gás é essencialmente a de que as características de custo destas atividades podem aproximar-se das de um monopólio natural. Os gasodutos de transporte de gás são altamente intensivos em capital para construir e envolvem custos afundados significativos, e os custos de capacidade do gasoduto diminuem à medida que o tamanho do gasoduto aumenta (em diâmetro) .

A exploração de uma rede de distribuição de gás envolve, em geral, também grandes investimentos afundados em ativos de capital de longa duração e imóveis, o que dá origem a condições de custo que se aproximam das de um monopólio natural. Tal como acontece com a distribuição de eletricidade, existem importantes economias de

densidade associadas às redes de distribuição de gás, e é geralmente considerado ineficiente instalar múltiplas redes de distribuição numa só área¹².

Não obstante a concorrência entre gasodutos em algumas jurisdições, noutros países as possibilidades de concorrência entre os operadores das redes de transporte e distribuição de gás são limitadas ou inexistentes. Este é particularmente o caso quando todos os gasodutos são de propriedade e operados por um monopólio regional (como na Grã-Bretanha ou em outros países europeus). Isso levou a políticas regulatórias que regulam os preços e a qualidade a permitirem o acesso de terceiros aos gasodutos.

Na realidade brasileira, as atividades potencialmente competitivas do setor de gás natural estão no começo e no fim da cadeia. Vale dizer, no início da cadeia, na fase de exploração e produção, no final, na atividade de comercialização. De resto, no que diz com o caminho do gás entre essas duas pontas, à exceção das UPGNs, estão presentes características claras monopólio natural: gasodutos de escoamento, transporte e distribuição. Adicione-se a isso o fato do tratamento do gás nas UPGNs constituir-se, na prática, como um monopólio (não natural) da Petrobras¹³.

Isto levanta uma questão sobre a forma como as partes envolvidas noutras fases da cadeia de produção (como os carregadores) obtêm acesso às redes de transporte e distribuição, e conduziu a políticas que exigem que as redes de transporte e distribuição de gás forneçam acesso aberto aos carregadores em termos e condições não discriminatórios¹⁴.

Com o tempo, o que se percebe é que os ganhos de economia de custos de transação do monopólio verticalmente integrado, que têm o custo usual da falta de concorrência, vai se tornando menos relevante. Após a recuperação do investimento

¹² Ibidem. p. 332.

¹³ MATTOS, César. Novo Mercado de Gás no Brasil: Desverticalizando para a concorrência. In: SILVA, Mauro Santos Silva. Concessões e parcerias público-privadas : políticas públicas para provisão de infraestrutura. Brasília: IPEA, 2022. p. 399-434.

¹⁴ Ibidem.p. 333.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

inicial, o custo de oportunidade de abrir mão da concorrência no setor vai se tornando maior que os benefícios obtidos pela manutenção da atividade monopolística. Por outro lado, como destaca César Mattos, *"os custos de transação que justificaram a verticalização passam a poder ser tratados pela regulação, à medida que os reguladores aperfeiçoam seu conhecimento do setor"*¹⁵.

Logo, e para que não restem dúvidas, o racional econômico da regulação da distribuição do gás natural é estabelecer as regras que, resguardada a liberdade de contratar entre os operadores privados, viabilize o acesso em condições equitativas à infraestrutura compartilhada. Isso tudo, resguardando o interesse público na utilização da rede que continuará servindo essencialmente à prestação de um serviço público.

Isto posto, é importante compreender o aspecto normativo desta abertura do mercado, entender sua evolução histórica e destrinchar a adaptabilidade do direito às soluções econômicas.

4. ASPECTOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS DO MERCADO DE GÁS

4.1. COMPETÊNCIA E DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

Como aponta o Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ, Alexandre Santos de Aragão, desde a edição da Lei nº 2004, em 3 de outubro de 1953, as operações na indústria petrolífera foram estabelecidas como monopólio da União Federal. Contudo, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que revisou o §1º do artigo 177 da Constituição Federal visando flexibilizar o monopólio federal sobre as operações na indústria petrolífera, a legislação tem buscado facilitar a entrada de novos *players* no mercado de petróleo e gás natural, promovendo assim a competição nesse setor.¹⁶

¹⁵ MATTOS, César. Op. Cit. Loc. Cit.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 241.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

De acordo com o art. 177, incisos I e IV, da Constituição da República, constitui monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de gás natural, bem como o transporte de gás natural por meio de conduto, nos seguintes termos:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)
(...)

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

Por outro lado, é de competência dos Estados-membros a exploração do serviço de gás canalizado. Trata-se de previsão expressa do art. 25, §2º, da CRFB/88, abaixo transcrito:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

De acordo com o regramento constitucionalmente estabelecido, está entre as atribuições do Estado, dentre outras questões atinentes ao serviço de distribuição de gás canalizado, a definição legal do consumidor livre no setor de gás, bem como a estipulação das condições do exercício de obtenção do gás canalizado em um ambiente de livre concorrência.

Portanto, aqui, a competência federal acaba sendo definida por exclusão. Tudo que não for competência estadual será competência federal. Conforme assevera Marçal Justen Filho¹⁷, partindo-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. A distribuição de gás canalizado e os monopólios constitucionais. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). Direito do Petróleo e de outras fontes de energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 345.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

monopólio em favor da União Federal previsto pelo art. 177 tem sua extensão limitada pela regra constante do art. 25, §2º, ambos da Constituição da República. Percebe-se, portanto, que o escopo atribuído à União Federal encontra-se delimitado pela competência atribuída aos Estados pela ordem constitucional.

No mesmo sentido, convém salientar trecho do voto do Min. Edson Fachin nos autos da Reclamação nº 4.210/SP:

A Constituição da República traz como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência. Portanto, a regra inserta em seu art. 177, em razão do qual cabe à União o monopólio do transporte de gás por condutos, é exceção, que deve ser, como tal, interpretada restritivamente. Uma das restrições é, justamente, aquela delimitada pela norma do art. 25, § 2º, que reserva aos Estados o serviço local de gás.

Logo, tanto a competência atividades dos Estados-membros encontra abrangidas pelo monopólio da limitações nas União, quanto o monopólio da União é limitado pela competência atribuída aos Estados-membros. Há, pois, na verdade, uma limitação recíproca estabelecida em razão do pacto federativo. Assim, preservou-se a opção constitucional de reservar-se à União o trato das questões de interesse nacional e, aos Estados, as questões de interesse regional.” (STF. Rcl 4.210/SP. Segunda Turma. Rel Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/03/2019).

Há, contudo, uma diferença relevante: enquanto o serviço de transporte de competência da União Federal é uma atividade econômica em sentido estrito, a distribuição de gás de responsabilidade dos Estados é um serviço público.

Como se sabe, a Lei Federal nº 14.134/2021, em seu art. 1º, *caput*¹⁸, estabelece que a indústria de gás compreende diversas atividades. Para Vitor Rhein Schirato¹⁹, tais

¹⁸ “Art. 1º Esta Lei institui normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e de importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do caput do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.
(...)”

¹⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 2010, n. 32, out. 2010.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

atividades podem ser agrupadas em três grandes segmentos, quais sejam: (i) o grupo das atividades que constituem monopólio da União Federal, por expressa determinação do constituinte²⁰; (ii) atividades que não se incluem no monopólio do ente federal, regidas pela livre iniciativa, ainda que sujeitas a certo nível de regulação (como as atividades de processamento, tratamento, transporte não dutoviário, carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação e regaseificação); e, finalmente, (iii) as atividades qualificadas como serviços públicos, compreendidas como aquelas atribuídas pela Constituição aos entes estaduais.

Do fato descrito no parágrafo acima decorre uma consequência jurídica para a indústria: a atividade de movimentação do gás natural pelos diferentes elos da cadeia está submetida a uma multiplicidade de regimes jurídicos e a uma multiplicidade de reguladores, dispostos igualmente em entes distintos da federação.

4.2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE O TEMA

O marco legal que regulamentou as disposições da Emenda Constitucional nº 9/95 foi a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Esta lei instituiu a Agência Nacional do Petróleo (posteriormente renomeada como Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, conforme estabelecido pela Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005) e definiu o regime de exploração para cada uma das atividades na indústria do petróleo e do gás natural.²¹

²⁰ O autor elenca as atividades previstas no art. 177 da Constituição Federal e no art. 4º da Lei nº 9.478/97: (i) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, (ii) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, (iii) a importação e a exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades previstas nos itens anteriores e (iv) o transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no Brasil, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem. Schirato, citando Eros Roberto Grau, destaca que “ as atividades sujeitas a monopólio da União Federal são atividades econômicas em sentido estrito, isto é, não são serviços públicos, mas atividades que, por opção do legislador constituinte somente podem ser exploradas pelo Poder Público.”

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A distribuição de gás canalizado e os monopólios constitucionais. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). Direito do Petróleo e de outras fontes de energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 345.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Posto isto, em 2009, foi aprovada a Lei do Gás (Lei nº 11.909/2009) com o intuito de promover uma maior concorrência no setor, de modo que seu art. 32 garantiu o acesso de terceiros à infraestrutura de gasodutos de transporte da Petrobras, visando atrair novos investidores para outras infraestruturas e para a comercialização de gás. Entretanto, a lei não estabeleceu a obrigação de acesso de terceiros aos gasodutos de escoamento, às Unidades de Processamento de Gás Natural (UPGNs) e aos terminais de liquefação e regaseificação (artigo 45). Essas restrições acabaram por limitar a competição na oferta de gás ao mercado, mantendo ainda uma alta integração vertical na cadeia produtiva²².

Em 2015, nova oportunidade para a revisão do marco legal do setor surgiu, quando a Petrobras iniciou a venda de alguns de seus ativos no segmento de gás natural. No entanto, somente em 2018, um avanço significativo foi alcançado com o Decreto nº 9.616/2018. Este decreto introduziu a organização do sistema de transporte por entrada e saída, substituindo o modelo anterior de ponto a ponto. Além disso, estabeleceu o acesso negociado de terceiros às instalações de escoamento, transporte, processamento e regaseificação, juntamente com diretrizes para a abertura do mercado de gás nos estados.²³

Porém, as mudanças adotadas não resultaram em progressos na desverticalização do mercado, até que de fato foi iniciada a estruturação do Mercado Livre do Gás a partir da criação do “Programa Novo Mercado de Gás” pelo Governo Federal, em parceria com entidades representantes do setor de energia, tendo como escopo de estabelecer regras e estimular o crescimento do mercado de gás natural no país.

O referido programa previu, dentre outros pilares, a harmonização das regulações estaduais e federal, uma vez que, como já mencionado, em matéria de gás natural, a normatividade constitucional prevê uma repartição de competências materiais.

²² MORAIS, José Mauro de. A NOVA LEI DO GÁS E A DESCONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE GÁS NATURAL NO BRASIL. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior (IPEA), Brasília, volume 68, pgs. 7-11, dez/2021.

²³ Idem.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Sublinha-se que todas as iniciativas para a abertura do mercado, a partir de 2016, desembocaram na Nova Lei do Gás (Lei nº 14.134/2021), que busca atrair novos agentes para a cadeia produtiva, aumentar os investimentos, reduzir os preços e obter maior integração da produção do gás natural com os setores de geração de energia elétrica e industrial. Apesar de se tratar de uma norma federal, esta trouxe balizas mínimas também para a distribuição²⁴.

De igual modo, o Decreto Federal nº 10.712/2021, que regulamentou a Lei nº 14.134/2021, buscou estabelecer regras de governança para a relação societária entre empresas que exercem atividades concorrenciais no mercado de gás e as distribuidoras de gás canalizado. O objetivo do Decreto, especialmente nos arts. 18 a 22, é claro: garantir desverticalização e uma efetiva concorrência. Para tanto, foi estabelecido um mandato à ANP para definir regras que: limitem a influência das empresas que exercem atividades concorrenciais nas decisões concorrenciais e de investimento das distribuidoras estaduais; busquem controlar o acesso à informações comercialmente sensíveis por parte das empresas que exercem atividades concorrenciais, entre outras.

Ainda mais relevante para o presente caso, é que o denominado “Novo Marco Legal Regulatório do Gás Natural”, estabelecido pela Lei nº 14.134/2021, visa assegurar o acesso indiscriminado e negociado de terceiros interessados aos gasodutos de escoamento de produção, às instalações de tratamento ou processamento de gás natural e aos terminais de GNL. Confira-se:

Art. 28. Fica assegurado o acesso não discriminatório e negociado de terceiros interessados aos gasodutos de escoamento da produção, às

²⁴ Entre as iniciativas, vale mencionar a Resolução CNPE nº 16/2019 que, para o que interessa ao presente parecer, estabeleceu como diretrizes à Petrobrás: (i) a implantar programas para a liberação progressiva de gás natural (gas release) com a venda por meio de leilões, removendo barreiras para que os próprios agentes produtores comercializem o gás que produzem; (ii) Alienar participações da empresa nos segmentos de transporte e de distribuição, sendo que, até o final do processo, cabe assegurar a independência na gestão e administração nestes elos.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

instalações de tratamento ou processamento de gás natural e aos terminais de GNL.

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.

Com efeito, possibilitou-se ao comercializador a aquisição do gás natural da Petrobras, de importador ou de supridor de gás natural, para revendê-lo, posteriormente, aos consumidores livres ou à própria distribuidora. Pretendeu-se, com isso, tornar a concorrência múltipla, de modo a admitir que: *(i)* produtores/supridores ofertem seus produtos aos comercializadores e/ou distribuidores; *(ii)* consumidores livres adquiram o produto de distribuidoras e/ou comercializadoras; e *(iii)* distribuidora adquira de comercializadoras e da própria Petrobrás.

4.3. EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA REGULATÓRIA NA AGENERSA

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro a AGENERSA vem tendo um papel fundamental e pioneiro nesta matéria. Não é demais lembrar que a AGENERSA começou a tratar da disciplina regulatória do Mercado Livre de Gás a partir de 2008. Naquele ano, as Deliberações nº 257 e 258 aprovaram as condições gerais para fornecimento de gás canalizado aos Consumidores Livres das Concessionárias CEG e CEG-Rio. Ambos os diplomas previam que seria considerado Consumidor Livre aquele que demandasse junto à CEG ou à CEG-Rio uma capacidade diária contratada superior a 100.000 m³/dia, nas condições de referência, e, em regra, para um único ponto de entrega.

Posteriormente, foi editada a Deliberação AGENERSA nº 1.250, de 05 de outubro de 2012, integrada pela Deliberação nº 1.357/2012. Nestas, foi aprovado o Anexo Único (“Condições Gerais de Prestação de Serviço de Distribuição de Gás Canalizado para os Autoprodutores e Auto-importadores). Além disso, recomendou-se



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

ao Poder Concedente a celebração de Termos Aditivos ao Contrato de Concessão das Concessionárias CEG e CEG-Rio, contendo, dentre outras alterações, a modificação da Cláusula Sétima, parágrafo 18, nos seguintes termos:

“Art. 2º - Recomendar ao Poder Concedente a celebração dos Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das Concessionárias CEG e CEG RIO, com base na minuta a ser elaborada pela CAENE, CAPET e Procuradoria desta AGENERSA, no prazo de 30 (trinta) dias, devendo esta ser aprovada previamente por este Conselho Diretor, contendo os seguintes alterações:

i) Cláusulas Sétima, Parágrafo 18:

i.1) onde consta o volume mínimo de 100.000 m³/d de gás canalizado, como requisito de enquadramento do Consumidor Livre, alterar o volume mínimo para 25.000 m³/d de consumo de Gás canalizado, somente para os consumidores industriais, mantendo o limite de 100.000 m³/d para os demais agentes;”

Em virtude do Processo Regulatório nº E-12/020.334/2010, a Deliberação AGENERSA nº 2.850/2016, em seu art. 1º, estendeu a todas as classes de consumidores a redução da vazão mínima de 100 mil para 25 mil m³/dia, além de estabelecer o consumo mínimo de 500 mil m³/mês para a caracterização dos Consumidores Livres, alterando, por autotutela, o art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 1.250/2012. Embora tenha sido revogada, em seu inteiro teor, pela Deliberação AGENERSA nº 3.029/2016, mantiveram-se os mesmos critérios de consumo mínimo anteriormente exigidos.

Em 2019, a Deliberação AGENERSA nº 3.862 revogou as Deliberações AGENERSA nº 1.250/2012, nº 257/2008 e 258/2008, bem como seus respectivos anexos, a fim de reformular o arcabouço regulatório para autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, estes últimos definidos pelo consumo mínimo de 300.000 m³/mês de gás natural, sem restrição de consumo mínimo diário, devendo firmar contrato de utilização do sistema de distribuição com as Concessionárias, com vigência mínima de 1 (um) ano (art. 4º, caput, da Deliberação).



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

A Deliberação nº 3.862/2019 foi revogada pela Deliberação AGENERSA nº 4.068/2020, que permanece em vigor, e estabelece as regras e condições para o atendimento das necessidades de movimentação de gás natural dos Agentes Livres. Dentre as modificações introduzidas, passou-se a exigir consumo mínimo de 10.000 m³/dia para fins de enquadramento como Consumidor Livre.

Tendo em mente o norte pró abertura do mercado à competição estabelecido pela Constituição, pela legislação infraconstitucional federal e por decisões regulatórias da própria AGENERSA, passamos à análise do caso concreto.

5. REGULACÃO FLEXÍVEL E O CASO CONCRETO

Assegurar um ambiente de livre concorrência no setor perpassa pela existência de uma disciplina regulatória adequada, que viabilize a utilização, pelos agentes do mercado, da infraestrutura estatal de distribuição. Conforme trazido no tópico anterior, isso decorre, dentre outras razões, do monopólio natural existente e, conseqüentemente, da necessidade de compartilhamento destas infraestruturas como fator determinante do fortalecimento da concorrência e da abertura do mercado.

Portanto, o mercado livre do gás envolve uma cadeia de ajustes essenciais para sua operacionalização. Além do contrato celebrado pelo consumidor livre com o comercializador e/ou transportador do gás natural, é essencial a existência de um instrumento que viabilize a utilização dos dutos pertencentes ao ente estatal, de modo a compatibilizar a demanda existente no mercado livre com aquela a ser atendida no mercado cativo (acordo operacional).

É neste contexto que se insere o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD, a ser celebrado entre o usuário no mercado livre e a distribuidora, o qual visa a remunerar esta última pela utilização de sua infraestrutura. Este é o escopo que busca atender a minuta elaborada pela Naturgy, ora objeto da presente análise.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Traçadas as linhas gerais a respeito do tema, convém adentrar especificamente na concepção que se pretende adotar na presente manifestação.

É importante iniciar a análise jurídica da minuta apresentada pela Naturgy destacando um ponto fulcral: a análise aqui permeada tem como cenário mais imediato a migração de um grande consumidor industrial de gás natural para o mercado livre utilizando-se da malha de distribuição da concessionária, tendo em vista a notificação enviada pela Companhia Siderúrgica Nacional – CSN à CEG-RIO S.A no dia 14 de dezembro de 2023, comunicando a intenção de migrar integralmente para o Mercado Livre de Gás Natural em 01 de abril de 2024. Ademais, é de conhecimento que ao menos outras duas grandes siderúrgicas instaladas no Estado do Rio de Janeiro pretendem seguir o mesmo caminho.

À vista disso, esta Agência Reguladora está diante da primeira experiência significativa atinente ao Livre Mercado de Gás no Estado do Rio de Janeiro, o que envolve, naturalmente, uma série de questões sensíveis. Dentre elas, está a imperiosa necessidade de que os instrumentos regulatórios adotados, e os respectivos contratos eventualmente celebrados, estejam sujeitos a aprimoramento *a posteriori*, de modo a assegurar que tais instrumentos tenham capacidade de adaptação à realidade subjacente e sejam devidamente responsivos a eventuais necessidades que venham a ocorrer no âmbito do mercado regulado.

Parece-nos, então, que a melhor abordagem para o presente contexto seja pautada pela ideia da regulação flexível. Trata-se de uma concepção que reconhece a possibilidade de “regimes legais experimentais”, que podem ser compreendidos como instrumentos legislativos ou regulatórios de natureza temporária, com aplicação geográfica e/ou temática limitada, desenvolvidos para testar uma nova política ou solução legislativa.²⁵

²⁵ Tradução livre. A autora define regimes legais experimentais (*experimental legal regime*) “(...) as a legislative or regulatory instrument with a temporary nature, with limited geographic and/or subject application which is designed to test a new policy or legal solution.” (RANCHORDÁS, Sofia. *Experimental Regulations And Regulatory Sandboxes: Law without Order?*. (September 30, 2021).



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Trata-se, portanto, da adoção de instrumentos regulatórios marcados pelo experimentalismo e pela flexibilidade, de caráter essencialmente temporário. Dentre suas utilidades, as regulações flexíveis (ou experimentais) são instrumentos com potencial de incrementar a qualidade da legislação, de modo a auxiliar os órgãos reguladores a coletar informação e evidências acerca da efetividade de medidas regulatórias específicas e suas alternativas, criando um ambiente de aprendizagem política e regulatória e contribuindo para a adoção de normas comprovadamente eficientes²⁶, de modo a obter um conhecimento satisfatório acerca de qual a melhor medida regulatória a ser adotada.

Neste sentido, a exposição de Natália Seyko, que assevera concentrar-se no poder estadual a possibilidade de construir uma regulação que incentive o desenvolvimento do mercado livre, observando suas peculiaridades. Para Seyko, uma regulação bem desenhada e condizente com as diretrizes do Novo Mercado de Gás favorece a atração de novas demandas energéticas ao Estado e a realização de novos investimentos no setor.²⁷

Também é insita à concepção da regulação flexível uma postura dialógica entre a Agência Reguladora e o setor regulado, de modo que as soluções adotadas – e suas posteriores adaptações – assumem caráter multidimensional, abrangendo interesses complexos e diversos. Institui-se, assim, um modelo mais participativo e colaborativo,

University of Groningen Faculty Of Law Research Paper No. 10/2021, p. 5. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3934075>

²⁶“Experimental laws and regulations and regulatory sandboxes have been employed for a number of purposes. First, experimental regulations have been suggested as instruments that could potentially improve the quality of legislation (Van Gestel & Van Dijk 2011). Experiments can help regulators gather information and thus evidence about the effectiveness of specific regulatory measures and their alternatives, creativeroom for regulatory and policy learning and contributing to the adoption of evidence-based legislation (Buyse, Van Humbeeck & Van Nieuwenhove 2018).” (Ibidem, p. 10).

²⁷ SEYKO, Natália. Análise das Regulações Estaduais no Contexto da Abertura do Mercado Livre. In FILHO, Cid Tomanik Pompeu; SANTOS, Daniela (coord.). Gás Canalizado: novos rumos da distribuição. 1ª ed. Rio de Janeiro, Synergia, 2022, p. 390.

no qual governo, indústria e sociedade compartilham a responsabilidade pelo alcance de objetivos político-regulatórios.

Outro método de regulação flexível são as *sunset clauses* ou regulamentos temporários, que podem ser utilizados de maneira apartada ou dentro de uma estratégia mais ampla de regulamento experimental. Utilizados de maneira conjugada ou não, trata-se da possibilidade de estabelecer regulamentos temporários para um determinado setor, com prazo predeterminado para cessação dos efeitos e avaliação dos resultados, que podem ser aplicados a estatutos inteiros ou a disposições determinadas.²⁸

Os benefícios da adoção de uma dessas estratégias de regulação flexível são: (i) ajudar a mediar a aplicação do princípio da precaução; (ii) oferecer uma solução mais rápida, exatamente por ser temporária, sendo mais fácil atingir consenso para uma decisão que se sabe de antemão que poderá ser revista no futuro; (iii) como são medidas regulatórias, obrigar a revisão dos seus termos e ajudar a mantê-las atualizadas; (iv) forçar uma reavaliação dos efeitos da medida e o aprendizado a partir da política regulatória adotada.²⁹

As vantagens mencionadas acima, quando analisadas as especificidades do caso em análise neste parecer, parecem recomendar a adoção de uma estratégia de regulação flexível. Na verdade, a abertura à competição de algumas atividades vinculadas à cadeia de gás assumiu distintas modelagens pelo mundo, com maior ou menor sucesso em reduzir o preço e aumentar a eficiência de mercado. Trata-se de um fenômeno relativamente recente mundo afora, e, no Brasil, ainda mais. Uma mudança radical em

²⁸ RANCHORDAS, Sofia. "Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation." *Jurimetrics*, vol. 55, no. 2, Winter 2015, p. 201-224. A autora esclarece ainda que, embora sejam pouco utilizados no cotidiano legislativo e regulatório, na prática, as *sunset clauses* estão longe de ser instrumentos legislativos desconhecidos. Nos Estados Unidos, onde houve até um boom do sunset no final da década de 1970 até meados da década de 1980. Embora tenham sido sugeridos como instrumentos valiosos no contexto da regulação das telecomunicações e das tecnologias emergentes até há pouco tempo, não tinham sido sistematicamente analisadas e dotadas com um quadro que garanta a sua implementação bem-sucedida no campo da inovação.

²⁹ RANCHORDAS, Sofia. "Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation." *Jurimetrics*, vol. 55, no. 2, Winter 2015, p. 201-224.

relação a forma como essa cadeia se organizou durante anos e com todas as dificuldades técnicas, jurídicas e culturais de lidar com esse novo modelo de arranjo de mercado. Portanto, trata-se de verdadeira inovação³⁰ para o mercado nacional, em geral, e para o Estado do Rio de Janeiro, em particular.

Alinhado a isso, a importância do modelo de regulação flexível decorre também da ausência de um modelo reconhecidamente bem-sucedido no tratamento normativo da matéria nos demais Estados, bem como da inexistência de uma modelagem que tenha sido testada por um longo período e na escala que se pretende aqui no Estado do Rio de Janeiro. De todo modo, mesmo que existisse esse modelo testado e absolutamente bem-sucedido em outro Estado da Federação, não haveria garantia de que o mesmo funcionaria da melhor forma no mercado fluminense, que tem suas peculiaridades e uma posição praticamente única em termos de volume de produção da gás natural.

Quando se olha para os demais entes Estados, observa-se que em Sergipe e Minas Gerais, por exemplo, a questão é disciplinada originariamente por meio de Resoluções, respectivamente a Resolução nº 24/2023 do Conselho Superior da Agência Reguladora de Serviços Públicos de Sergipe – AGRESE e Resoluções nº 17/2013 e nº 18/2013 da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais – SEDE, ambas alteradas pela Resolução SEDE nº 32, de 28 de junho de 2021.

Há casos, porém, em que a matéria encontra disciplina legislativa. Convém destacar os Estados do Espírito Santo e de Alagoas, que contam com leis estaduais que traçam as regras gerais atinentes a este serviço. No caso do Espírito Santo, a Lei nº 11.173/2020 traz as normas para o mercado livre de gás canalizado no Estado do Espírito Santo, bem como o faz a Resolução ARSP nº 046/2021. A minuta do CUSD no

³⁰ Segundo o clássico conceito de Joseph A. Schumpeter, a inovação se traduz em um estímulo para o desenvolvimento econômico que se dá sempre que há: (i) uma aplicação comercial ou industrial de algo novo —um novo produto, processo ou método de produção; (ii) um novo mercado ou fonte de abastecimento; (iii) uma nova forma de organização comercial, empresarial ou financeira. SCHUMPETER, Joseph Alois. *The theory of economic development*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1934, p. 36



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

referido ente estatal foi aprovada pela Resolução ARSP N° 053, de 29 de dezembro de 2021.

Já no Estado de Alagoas, a recém publicada Lei nº 9.029/2023 dispõe sobre normas relativas à exploração direta ou mediante concessão dos serviços locais de gás canalizado, tratando especificamente do Mercado Livre de Gás em seu Capítulo VI. A respeito da legislação alagoana, vale ressaltar a previsão constante em seus artigos 48, segundo o qual é *“permitida a assinatura de CUSD Flexível pelos consumidores com Concessionário, conforme regulação a ser estabelecida pela ARSAL”*. Vê-se, portanto, que as legislações mais modernas a respeito da disciplina do Mercado Livre de Gás Canalizado ressaltam a importância de um modelo mais adaptável.

Nesse ponto, o panorama federativo expõe a falta de referências regulatórias consolidadas acerca desse mercado. Isso ressalta a necessidade de que a disciplina da questão se dê de forma aberta, de modo a permitir a introdução de experiências práticas ao modelo contratual, dotando-o de adaptabilidade e preservando a capacidade de aprendizagem dos modelos regulatórios existentes.

Transpondo esta concepção para o caso que ora se analisa, quer-se dizer que a aprovação da minuta do CUSD fornecida pela Naturgy não implicará, naturalmente, a definitividade dos seus termos. Exige-se, neste processo, um amadurecimento do tema que surgirá apenas ao longo das informações obtidas na prática do setor regulado.

Assim, em um primeiro momento, entende-se que o período de duração dos Contratos de Uso do Serviço de Distribuição deve ser celebrado por prazos menores, de modo que se possibilite a revisão e eventual revogação de seus termos em momento posterior, a partir das informações aferíveis na prática do mercado.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Essa possibilidade de revisitação dos instrumentos regulatórios decorre da própria ideia de autotutela administrativa, permitindo à Administração Pública a revogação de tais atos por motivos de conveniência e oportunidade.

Além disso, é preciso ressaltar que a minuta apresentada pela Naturgy, também consoante à ideia de regulação flexível, tem aplicabilidade restrita aos consumidores industriais, tendo em vista o caso paradigmático envolvendo a CSN.

Para outros setores, especialmente para o setor termelétrico, mostra-se imprescindível um maior amadurecimento do setor, tendo em vista as particularidades operacionais envolvidas, tais como: (i) o consumo de elevados volumes de gás em função da sazonalidade das chuvas; (ii) a difícil previsão da demanda; e (iii) o fato dos despachos de consumo dependerem de definição pelo Operador Nacional do Sistema (ONS) a nível nacional, levando-se em consideração, dentre outros fatores, a eficiência das termelétricas.

Paralelo a esta exposição, vale destacar que a necessidade de um marco regulatório experimental foi objeto, inclusive, de manifestação da Firjan na ocasião de sua contribuição para a Consulta Pública nº 01/2024 (Doc. SEI nº 68961228), a saber:

“Nesse contexto, mister se faz, constar na decisão da AGENERSA, que o modelo do CUSD, uma vez aprovado, não é estático, mas sim um instrumento vivo e passível de evolução regulatória. Reconhecemos a razoabilidade e a necessidade de que o CUSD possa ser aprimorado após sua implementação inicial, à luz da experiência prática e das mudanças no ambiente de mercado. Essa flexibilidade para incorporar eventuais evoluções e aprimoramentos ao CUSD, mesmo após sua aprovação, deve ser uma prerrogativa clara, assegurando que tais ajustes possam ser efetivamente integrados aos contratos já existentes. Esta disposição visa garantir que o CUSD permaneça alinhado com as melhores práticas e atenda de forma eficaz às necessidades dinâmicas do mercado e dos consumidores, promovendo assim um ambiente de negócios regulado mais adaptável e resiliente, bem como as condições de competitividade do Rio de Janeiro frente a outros estados.”



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Necessário esclarecer, ainda, que a minuta-padrão adotada para o uso do sistema de distribuição pelos consumidores livres de gás deve ser aplicada de forma isonômica a todos os interessados que se enquadrem como elegíveis, tendo em vista que não é dado ao serviço público adotar qualquer política que não trata igualmente todos aqueles que se enquadrem na mesma situação. O uso da regulação flexível não deve ser transmutada em subterfúgio para práticas discriminatórias de qualquer espécie.

Isso, contudo, não é obstáculo para o reconhecimento da necessidade de que as condições aplicáveis ao Mercado Livre de Gás podem mudar ao longo do tempo, de modo a aprimorar as práticas deste novo modelo de consumo do gás canalizado. Acredita-se ser esta a melhor perspectiva a ser adotada no presente caso, deixando em aberto a possibilidade de eventuais adaptações que se mostrem mais eficientes com a experiência prática observada.

6. ANÁLISE DA MINUTA DE CUSD

6.1. FUNDAMENTO, ESCOPO E RACIONAL NORTEADOR DA AGÊNCIA NO CASO

Quanto ao fundamento normativo da atuação da Agência no caso, cabe aqui relembrar que compete à AGENERSA, assim como a toda à Administração Pública, concretizar a Constituição e, em especial para o caso, o art. 170, IV, da CRFB/88. Ademais, o mandato de proteção da concorrência consta de maneira expressa do art. 3º, inciso V, da Lei Estadual nº 4.556/05, que define o papel da Agência de "proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas". Por fim, o art. 4, inciso XV, da Lei Estadual nº 4.556/05 concebe poderes à Agência para solução, com base na lei e no contrato, dos casos omissos.

Dito isso. O Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD, ainda que de natureza eminentemente privada, é celebrado em função do serviço público de

distribuição do gás canalizado, existindo em razão deste e com ele guardando estreita conexão. Logo, justificam-se algumas derrogações de direito público, de modo a garantir uma prestação adequada do serviço aos consumidores, especialmente em situações que envolvem o compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*), como é o caso em comento³¹.

Cuida-se de um contrato privado, mas regulado. Isso porque guarda o ajuste firmado uma relação de interdependência com um serviço cuja titularidade pertence ao Estado.

Essa característica tem ligação com o fato de que tais contratos são celebrados em um ambiente regulado, com forte incidência de regulamentação estatal. São contratos que, em que pese sejam privados, são pautados em um dirigismo contratual qualificado pela incidência de influxos regulatórios.

Mostra-se natural, assim, que o Estado discipline as relações que eventualmente possam surgir entre comercializadores de gás atuantes no livre mercado e a concessionária responsável pela prestação do serviço, notadamente nos casos em que a infraestrutura essencial precisará ser compartilhada pelos potenciais interessados, de modo a endereçar um sistema de verdadeira coordenação entre as partes envolvidas.

Tais ajustes sofrem decisiva intervenção estatal, exigida pelo princípio da supremacia do interesse coletivo, que não se afasta da relação jurídica, essencial ao

³¹ Como bem descrito por Alexandre Santos de Aragão, os elementos caracterizadores da doutrina das *essential facilities* são os seguintes: “(i) controle de uma infraestrutura essencial por parte de um monopolista; (ii) impossibilidade de os concorrentes duplicarem a infraestrutura; (iii) negativa, pelo incumbente, de permitir o uso da infraestrutura pelo concorrente; e (iv) viabilidade de tal compartilhamento (i.e., a inexistência de uma razão objetiva legítima que o impedisse). Nessas situações, a recusa de contratação caracterizará infração ao direito da concorrência justamente pelo seu potencial de inibir o direito de escolha dos consumidores no que tange àqueles fornecedores que poderiam, ausente o ilícito, estar disputando clientela nos mercados de prestação de serviços a partir da rede.” O autor completa esclarecendo que a partir dessa ideia, advindo do direito *antitrust* americano, avançou a ideia de introdução da concorrência no setor de infraestrutura. ARAGÃO, Alexandre Santos de Direito do Petróleo e do Gás. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 274-276.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

contrato, decorrente da prestação de serviços públicos pelas partes, o que explica a mitigação da autonomia privada dos agentes econômicos envolvidos.

Sendo assim, especialmente quanto às cláusulas contratuais que dizem respeito à prestação do serviço público, guardando com esta sensível ligação, há a necessidade de observância, na fixação de seus termos, da racionalidade que permeia o atual contexto do mercado regulado.

Dito isso, o denominado “Novo Mercado de Gás”, especialmente a partir da edição da Lei Federal nº 14.134/2021, tem como um de seus pilares a promoção da concorrência, aumentando a competitividade com a entrada de novos fornecedores, baseado na desverticalização e no endereçamento de medidas regulatórias que permitam o acesso de terceiros aos elos de monopólio natural da cadeia do gás. Em última análise, essa diretriz tem fundamento também na disciplina constitucional atual do mercado de Petróleo e Gás, que desde de a Emenda Constitucional nº 9/1995 tem direcionado o mercado brasileiro para caminho de menos monopólio e mais competição.

À vista disso, ressalvado quando presentes justificativas que ensejem a diferenciação dos encargos atribuídos às partes envolvidas, mormente quando estas são afetas à garantia da boa prestação do serviço público, não parece se coadunar com as finalidades que permeiam esse novo mercado de gás a fixação de parâmetros que perenizem uma estrutura verticalizada em favor da concessionária.

Esta é a racionalidade que guiará a presente análise. Busca-se, dessa forma, analisar as cláusulas da minuta apresentada a partir de uma lógica de desverticalização e promoção da concorrência na comercialização de gás natural que se vale do serviço de distribuição de gás canalizado, priorizando-se um viés que busque dar maior concretude aos novos influxos sofridos por este mercado.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

6.2. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS

A) DA DEFINIÇÃO DO USUÁRIO LIVRE

Um aspecto que merece a devida atenção diz respeito à definição do agente livre para fins de celebração do Contrato de Uso do Sistema de Distribuição.

De acordo com a minuta elaborada pela Naturgy, caracteriza-se como usuário livre “o autoprodutor, auto-importador e/ou consumidor-livre, cada um conforme definido na legislação vigente aplicável, que contrata junto à CONCESSIONÁRIA a prestação de serviço de distribuição de gás canalizado, cuja CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA é superior a 100.000 m³/DIA, nas CONDIÇÕES DE REFERÊNCIA, para um único PONTO DE ENTREGA, situado junto à instalação receptora do USUÁRIO.”

Ressalte-se, contudo, que o conceito utilizado vai de encontro com as definições estipuladas por esta Agência Reguladora na Deliberação AGENERSA nº 4.068/2020, que traz as seguintes previsões:

Art. 1º Ficam estabelecidas, para fins de regulamentação pela AGENERSA, com base na Lei nº 11.909/2009, nos Decretos nºs 7.382/2010, e nas Resoluções ANP nºs 51 e 52/2011, as seguintes definições:

I - Autoprodutor: agente explorador e produtor de gás natural que utiliza parte ou totalidade de sua produção como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais, nos termos da regulamentação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

II - Auto-Importador: agente autorizado para a importação de gás natural que utiliza parte ou totalidade do produto importado como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais, nos termos da regulamentação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

III - Consumidor Livre: agente que adquirir gás natural de qualquer produtor, importador ou comercializador, com consumo mínimo de 10.000m³/dia de gás.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

IV - Comercializador: agente que exerce atividade de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, em obediência à Resolução ANP nº 52/2011, com sede ou filial no Estado do Rio de Janeiro.

V - Agentes Livres: Autoprodutor, Auto-Importador e Consumidor e Livre, acima caracterizados.

Percebe-se que, de acordo com a Deliberação nº 4.068/2020, os parâmetros mínimos de consumo são aplicáveis exclusivamente ao Consumidor Livre, adotando-se um consumo mínimo de 10.000m³/dia de gás, além de não condicionar tal consumo a um único ponto de entrega, ao contrário do previsto pelo contrato elaborado pela Naturgy.

O parâmetro adotado pela Deliberação da AGENERSA atende inclusive ao padrão nacionalmente adotado. Conforme exposição de Seyko³²:

“A partir dos avanços e atualização normativas, diversos estados passaram a adotar volumes inferiores, da ordem de 10.000 m³/dia ou 300.000 m³/mês. Trata-se de valor estabelecido inicialmente pelo estado de São Paulo, em 2011, e adotado em seguida por demais estados. Tal medida permitiu a inclusão de consumidores de outras classes, sobretudo industrial, ao movimento de migração.”

Sendo assim, tendo em vista tratar-se de um contrato regulado, algumas questões não podem ficar ao alvedrio da Concessionária, sendo fundamental que o contrato guarde consonância com os diplomas regulatórios ora vigentes. Dessa forma, é preciso que o instrumento trace, separadamente, as definições de autoprodutor, auto-importador e consumidor livre, de modo a se alinhar com os diplomas regulatórios aplicáveis.

Recomenda-se, portanto, que a minuta contratual adote as mesmas definições constantes na Deliberação nº 4.068/2020, de modo a conferir segurança jurídica e previsibilidade aos potenciais interessados a ingressar no Mercado Livre de Gás.

³² SEYKO, Natália. *Op. cit.*, p. 396.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

B) DO PRAZO DE MIGRAÇÃO PARA O MERCADO LIVRE

Na definição dos termos aplicáveis ao Contrato, definiu-se o Usuário Parcialmente como aquele que *“possui CONTRATO DE FORNECIMENTO no MERCADO CATIVO e o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), que tenham vigência simultânea, para o mesmo PONTO DE ENTREGA. Esta modalidade será aplicável para cliente em transição para o MERCADO LIVRE, cujo prazo contratual não deve ser superior a 12 (doze) meses.”*

Nos comentários feitos pelos particulares interessados, destacou-se a necessidade de adequação dos prazos de notificação da intenção migração para o Mercado Livre, levando em consideração as demandas de agilidade no mercado e a promoção de eficiência operacional.

De fato, o art. 19 da Deliberação AGENERSA nº 4.068/2020 prevê que, em caso de migração para o Mercado Livre, o consumidor cativo deverá informar à Distribuidora com antecedência mínima de 12 (doze) meses.

Contudo, no Contrato de Compra e Venda de Gás Natural celebrado entre a Petrobras e a Companhia Distribuidora de Gás Canalizado do Rio de Janeiro - CEG, assinado em 2023 e com vigência até o ano de 2032, os prazos utilizados para as notificações a serem eventualmente feitas pela CEG à Petrobras, bem como para a adequação do suprimento do Gás em caso de redução da Quantidade Diária Contratual (QDB) são consideravelmente menores, como demonstram as seguintes disposições:

“4.3 A partir da data do INÍCIO DO FORNECIMENTO, caso um ou mais USUÁRIO(S) FINAL(IS) opte(m) pela migração para a condição de CONSUMIDOR LIVRE e passe(m) a ser suprido(s) diretamente pela VENDEDORA, deixando assim de consumir o GÁS regularmente fornecido pela COMPRADORA, a QUANTIDADE DIÁRIA CONTRATUAL poderá ser reduzida pela QUANTIDADE DE GÁS que o(s) USUÁRIO(S) FINAL(IS) que optou(aram) pela condição de



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

CONSUMIDOR LIVRE tenha(m) deixado de consumir da COMPRADORA, mediante a solicitação da COMPRADORA à VENDEDORA e a celebração de aditivo contratual. Caso haja mais de um contrato em vigor entre as PARTES, a redução das quantidades diárias contratuais se dará em todos os contratos, considerando a proporção das QDCs destes contratos. **As PARTES se comprometem a celebrar aditivo(s) contratual(is) para registrar a(s) redução(ões) da QDC, nos termos deste item, no prazo de 90 (noventa) DIAS a contar do recebimento pela VENDEDORA da NOTIFICAÇÃO da COMPRADORA.**”

“4.4 No caso de um ou mais USUÁRIO(S) FINAL(IS) optar(em) pela migração para a condição de CONSUMIDOR LIVRE e passar(em) a ser suprido(s) diretamente por outro supridor, deixando assim de adquirir o GÁS NATURAL regularmente fornecido pela COMPRADORA, a QUANTIDADE DIÁRIA CONTRATUAL deste CONTRATO poderá ser reduzida no máximo até a proporção da QDC deste CONTRATO em relação às quantidades diárias contratuais de todos os demais contratos de compra e venda de gás natural que a COMPRADORA detiver com a VENDEDORA e de todos os demais contratos de compra e venda de gás natural que a COMPRADORA detiver com outros produtores, importadores, supridores, carregadores ou comercializadores de gás natural no momento da referida redução, mediante solicitação e comprovação da COMPRADORA à VENDEDORA da migração do USUÁRIO FINAL para a condição de CONSUMIDOR LIVRE e a celebração de aditivo(s) contratual(is), observados os subitens abaixo.

4.4.1 As reduções nas QUANTIDADES DIÁRIAS CONTRATUAIS de que trata o item 4.4 deverão ser requisitadas por meio de NOTIFICAÇÃO da COMPRADORA à VENDEDORA, contendo a comprovação da migração do(s) USUÁRIO(S) FINAL(IS) para a condição de CONSUMIDOR LIVRE, mediante envio de cópia das comunicações recebidas desse(s) USUÁRIO(S) FINAL(IS), com as informações referentes à migração. **As PARTES se comprometem a celebrar aditivos contratuais para formalizar as reduções da QDC no prazo de 90 (noventa) DIAS a contar da NOTIFICAÇÃO da COMPRADORA à VENDEDORA** acerca da migração do USUÁRIO FINAL para a condição de CONSUMIDOR LIVRE.”

“4.5.2 A opção pela redução na QDC de que trata o item 4.5 **deverá ser solicitada por meio de NOTIFICAÇÃO da COMPRADORA à VENDEDORA até 30/09 de cada ANO, aplicável a partir do ANO subsequente à NOTIFICAÇÃO**, desde que observada a quantidade diária contratual total mínima definida no item 4.5.1, e que sejam celebrados aditivos contratuais tempestivamente, nos termos do disposto no item 4.5.3.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

4.5.2.1 A redução da QDC de que trata o item 4.5 é válida para o ANO subsequente ao exercício da opção ou para todo o restante das vigências contratuais, a exclusivo critério da COMPRADORA no ato do exercício da opção, desde que o somatório das QDCs contratadas anualmente com a VENDEDORA seja superior à quantidade diária contratual total mínima estabelecida no item 4.5.1.

4.5.3 As PARTES se comprometem a celebrar aditivos contratuais para formalizar as reduções das QDCs **no prazo de até 60 (sessenta) dias** a partir da NOTIFICAÇÃO prevista no item 4.5.2.” (grifos nossos)

Quando confrontados o prazo mínimo a ser observado pelo Usuário, de um lado, e aquele a ser observado na relação da CEG com a Petrobras, parece desproporcional que sejam estipulado o mínimo de 12 meses de antecedência para a notificação a ser feita pelo pretense Consumidor Livre e que, na outra ponta da rede do serviço de fornecimento do gás canalizado, sejam estipulados prazos que variam de 60 a 90 dias para a adequação do sistema de distribuição.

Essa discrepância parece evidenciar que o prazo fixado no ano de 2020 não mais se coaduna com a prática atual do Mercado de Gás. Assim, de modo alinhar os prazos aplicáveis, garantindo-se maior dinamização e eficiência, recomenda-se a revogação, por autotutela, do art. 19 da Deliberação nº 4.068/2020, de modo a fixar prazo menor para que o usuário cativo ciente a CEG / CEG-Rio de sua intenção de se tornar Consumidor Livre.

É preciso, no entanto, salientar que quando há a necessidade de alguma mudança a ser implementada no sistema de distribuição em decorrência de saída do Usuário do mercado cativo, a notificação deste à Concessionária é precedente lógico da notificação a ser encaminhada pela CEG à Petrobras para alteração da Quantidade Diária Contratual naquele período. Logo, a antecedência mínima para a notificação do Consumidor deve ser maior, de modo a permitir que a cadeia de comunicações seja viável e operacional.

Tendo em vista a necessidade de se harmonizar as etapas necessárias à adequação do sistema, sugere-se a adoção do prazo de 120 (cento e vinte) dias, podendo



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

ser um pouco menor, para a notificação da intenção de migrar para o Mercado Livre, em substituição ao interregno de 1 (um) ano previsto atualmente na Deliberação AGENERSA 4.068/2020.

C) CLÁUSULA QUARTA, ITEM 4.2.

A minuta apresentada pela Naturgy traz a seguinte previsão na Cláusula Quarta, item 4.2:

“4.2 Caso as CONDIÇÕES PRECEDENTES estabelecidas anteriormente não tenham sido integralmente cumpridas pelo USUÁRIO em até 30 (trinta) DIAS da data de assinatura deste CONTRATO ou outro prazo estabelecido nas CONDIÇÕES ESPECÍFICAS, o CONTRATO será considerado resolvido de pleno direito, devendo o USUÁRIO ressarcir quaisquer gastos que a CONCESSIONÁRIA já tenha incorrido em razão do presente CONTRATO.”

Quanto a este ponto, convém ressaltar que a resolução do contrato pelo não cumprimento das obrigações precedentes tem como pressuposto fundamental que esse descumprimento possa ser imputável ao Usuário. É que, no processo de migração para o Mercado Livre de Gás Canalizado, existem alguns procedimentos que não dependem tão somente do impulsionamento pelo Usuário, dentre os quais enquadram-se, por exemplo, a necessidade de deliberação desta Agência Reguladora para o enquadramento do potencial interessado como Consumidor Livre, com base em critérios previamente definidos.

Autorizar, assim, a resolução automática do contrato por todo e qualquer atraso no cumprimento das exigências prévias à execução contratual acaba por traduzir, em desfavor do particular, em penalidade largamente desproporcional nos casos em que a conduta não pode ser imputada a ele.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Assim, não derivando o descumprimento da inércia, omissão ou desídia por parte do Usuário, recomenda-se a adoção de uma solução mais branda, de modo a evitar a resolução contratual em prol da continuidade da relação jurídica.

Merece acolhida, neste sentido, as contribuições trazidas pelo Grupo EDF, de modo que a redação merece alteração, excetuando as hipóteses em que o descumprimento das condições precedentes não decorrem de inobservância pelo Usuário. Logo, nestes casos - inclusive quando o atraso é imputável ao próprio órgão regulador - é medida mais razoável que o contrato fique com os efeitos suspensos, até a resolução definitiva da questão, tendo em vista que ter sido o Usuário aquele que deu causa ao não cumprimento das obrigações.

Propõe-se, assim, a alteração da redação, nos seguintes termos:

“4.2 Caso as CONDIÇÕES PRECEDENTES estabelecidas anteriormente não tenham sido integralmente cumpridas pelo USUÁRIO em até 30 (trinta) DIAS da data de assinatura deste CONTRATO ou outro prazo estabelecido nas CONDIÇÕES ESPECÍFICAS, o CONTRATO será considerado resolvido de pleno direito, devendo o USUÁRIO ressarcir quaisquer gastos que a CONCESSIONÁRIA já tenha incorrido em razão do presente CONTRATO, ressalvados os casos em que o descumprimento decorra de conduta imputável aos ÓRGÃOS PÚBLICOS responsáveis.

4.2.1 Na hipótese de o não cumprimento de as CONDIÇÕES PRECEDENTES pelo USUÁRIO serem decorrentes de atrasos de ÓRGÃOS PÚBLICOS, o CONTRATO será suspenso por tempo indeterminado, sem aplicação de qualquer penalidade e/ou necessidade de ressarcimento, até que ÓRGÃO PÚBLICO que dê causa ao atraso sane a pendência.”

D) CLÁUSULA QUINTA: PRAZO DE VIGÊNCIA, ITEM 5.1.1.

Como apontado anteriormente, estando a análise do caso concreto em um ambiente de regulação flexível, entende-se que, inicialmente, os Contratos de Uso do Serviço de Distribuição devem ser celebrados por prazos menores, de modo que se



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

possibilite a revisão e eventual revogação de seus termos em momento posterior, a partir das informações aferíveis na prática do mercado.

Essa possibilidade de revisitação dos instrumentos regulatórios decorre da própria ideia de autotutela administrativa, permitindo à Administração Pública a revogação de tais atos por motivos de conveniência e oportunidade.

Com isto em mente, vejamos item 5.1.1 da Cláusula Quinta prevê uma espécie de ultratividade do CUSD celebrado, por meio de formalização de aditivo entre as partes, com a sub-rogação de novo distribuidor na área do ponto de entrega.

“5.1.1 Este CONTRATO permanecerá vigente, caso aplicável, mesmo após o fim do prazo do CONTRATO DE CONCESSÃO, devendo ser formalizado um aditivo pelas PARTES para, se aplicável, refletir a sub-rogação de novo distribuidor de gás canalizado na área do PONTO DE ENTREGA.”

Os contratos de Concessão celebrados pelo Estado do Rio de Janeiro com a CEG e com a CEG-Rio, no ano de 1997, tem prazo de duração de 30 anos (Cláusula Terceira: “*A concessão terá o prazo de vigência de 30 (trinta) anos a contar da data da assinatura do presente contrato.*”). Deste modo, em um cenário de previsibilidade, pode-se afirmar que a presente concessão terminará no ano de 2027 (dois mil de vinte e sete).

Em atenção ao princípio da segurança jurídica, bem como da preservação da relatividade dos contratos, recomenda-se, em um primeiro momento, que a vigência do CUSD celebrado entre as partes tenha como limitação temporal a data de encerramento do Contrato de Concessão.

Em primeiro lugar, porque o cenário atual que permeia o Mercado de Gás não induz a nenhuma certeza em relação a qual seria a política adotada pelo Poder Concedente em um momento futuro. Não se sabe, por exemplo, se haverá uma



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

modelagem contratual do contrato de concessão em termos totalmente novos ou se, em sentido diametralmente oposto, será prorrogado o contrato hoje vigente para além do prazo inicialmente acordado.

Assim, viabilizar a ultratividade contratual, com a sub-rogação de um novo Concessionário, demandaria a presença massiva do Estado do Rio de Janeiro na resolução desta questão, bem como a antecipação de políticas públicas que podem ou não estar em fase de planejamento no contexto atual, aumentando exponencialmente os custos transacionais envolvidos.

Além disso, na medida em que caberia somente à atual Concessionária e ao Usuário Livre firmar o aditivo contratual, estaria-se obrigando um terceiro que, além de incerto quanto a sua identidade, não poderia sequer participar do acordo de vontades firmado.

É possível, contudo, adotar uma solução intermediária nesta hipótese, condicionando a sub-rogação à aceitação de eventual novo Concessionária ou à ratificação da própria CEG/CEG-Rio dos termos do aditivo anteriormente celebrado em eventual prorrogação ou extensão da Concessão.

Nesta hipótese, considerando-se as atribuições da AGENERSA, o ambiente de regulação flexível em que se aprova esta minuta de CUSD e que as considerações aqui trazidas se limitam às condições do atual arcabouço concessório, entende-se necessário ainda que esta hipótese esteja condicionada a nova avaliação da Agência.

Recomenda-se a seguinte redação:

“5.1.1 Mediante aprovação pela AGENERSA, este CONTRATO poderá permanecer vigente em caso de prorrogação do CONTRATO DE CONCESSÃO atualmente vigente ou, mesmo após o fim do prazo do CONTRATO DE CONCESSÃO, mediante



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

sub-rogação do novo distribuidor de gás canalizado na área do PONTO DE ENTREGA.

5.1.2. A sub-rogação do novo distribuidor dependerá da aceitação expressa deste e da celebração de Termo Aditivo ao CONTRATO de modo a refletir a sub-rogação.

E) CLÁUSULA QUINTA, ITEM 5.2

Sobre o caso de atraso da data de início do serviço de distribuição, estabelece o Contrato:

5.2 No caso de novo USUÁRIO ou expansão de consumo, a data de INÍCIO DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO poderá ser alterada mediante prévio acordo entre as PARTES. Na hipótese de uma das PARTE der causa ao atraso no início do SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO deverá comunicar à outra PARTE a necessidade de alteração da data de INÍCIO DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

As contribuições enviadas pela sociedade civil quando da realização da Consulta Pública indicam, basicamente, duas questões: (i) os prejuízos que um possível adiamento poderia causar em desfavor do setor termelétrico, podendo inclusive implicar na efetiva suspensão e rescisão dos Contratos Regulados pactuados com o Setor Elétrico para venda de energia e/ou capacidade dos empreendimentos; e (ii) a necessidade de um dispositivo específico para regular a aplicação de penalidades na hipótese de atraso no início do serviço de distribuição.

Quanto às preocupações expostas por entidades integrantes do setor termelétrico, vale destacar que, dentro de uma lógica de regulação experimental, já amplamente tratada neste parecer, a minuta de CUSD ora analisada tem aplicabilidade restrita aos setores industriais, não se aplicando às termelétricas devido às peculiaridades inerentes a este setor,.

Já no que concerne à estipulação de penalidades, é preciso, de início, apontar que a previsão da possibilidade de atraso no início do serviço de distribuição não pode



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

ser encarada como um salvo-conduto para a mudança dos prazos inicialmente estipulados pelas partes. Dito isto, dentro de uma lógica de incentivos ao comportamento condizente com os ditames da boa-fé objetiva durante a execução do ajuste, entende-se pela necessidade de que a minuta preveja que: (i) o atraso deverá ser devidamente motivado, com as justificativas que demonstrem a necessidade de alteração das datas estipuladas, sob pena de multa, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou de força maior; e (ii) poderá a parte que deu causa ao atraso estar sujeita ao ressarcimento dos prejuízos comprovadamente causados ao outro contratante, em decorrência do adiamento do início do serviço.

Dito isso, sugerimos a inclusão de um dispositivo específico para regular a aplicação de penalidades na hipótese de atraso no início do SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, com a seguinte redação:

“5.2 No caso de novo USUÁRIO ou expansão de consumo, a data de INÍCIO DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO poderá ser alterada mediante prévio acordo entre as PARTES. Na hipótese de uma das PARTE der causa ao atraso no início do SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO deverá comunicar à outra PARTE a necessidade de alteração da data de INÍCIO DO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

5.2.1. A PARTE que der causa ao atraso deverá, no ato de comunicação previsto nesta Cláusula, apresentar as justificativas que demonstram a necessidade de alteração dos prazos inicialmente estipulados, sob pena de multa, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou de força maior.

5.2.2. A PARTE que sofrer prejuízos diretamente decorrentes do atraso terá direito ao ressarcimento dos danos devidamente comprovados, a serem pagos pela PARTE que deu causa ao atraso, mediante apresentação de documentos aptos a comprovar a ocorrência do dano e sua extensão.”



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

F) CLÁUSULA QUINTA, ITEM 5.3

A Cláusula Quinta, item 5.3, prevê hipótese de prorrogação automática do Contrato de Uso de Distribuição:

“5.3 O CONTRATO poderá ser prorrogado automaticamente, pelo prazo de 12 (doze) meses, exceto se uma das PARTES enviar NOTIFICAÇÃO à outra, com no mínimo 3 (três) meses de antecedência do término do prazo de vigência, manifestando (i) sua intenção de não renovar o CONTRATO, ou (ii) propondo a prorrogação do prazo de renovação por período distinto.”

A previsão de prorrogação deve se coadunar com o exposto no ITEM D (Cl. 5.1.1) quanto à sugestão de que os Contratos de Uso do Serviço de Distribuição sejam celebrados por prazos menores, de modo que se possibilite a revisão e eventual revogação de seus termos em momento posterior, a partir das informações aferíveis na prática do mercado.

Neste sentido, considerando-se as atribuições da AGENERSA, o ambiente de regulação flexível em que se aprova esta minuta de CUSD e que as considerações aqui trazidas se limitam às condições do atual arcabouço concessório, entende-se necessário ainda que esta hipótese esteja condicionada a nova avaliação da Agência, recomenda-se a seguinte redação:

“5.3 **Mediante autorização da AGENERSA**, o CONTRATO poderá ser prorrogado automaticamente, pelo prazo de 12 (doze) meses, exceto se: (i) uma das PARTES enviar NOTIFICAÇÃO à outra, com no mínimo 3 (três) meses de antecedência do término do prazo de vigência, manifestando sua intenção de não renovar o CONTRATO; (ii) uma das PARTES enviar NOTIFICAÇÃO à outra, com no mínimo 3 (três) meses de antecedência do término do prazo de vigência, propondo a prorrogação do prazo de renovação por período distinto; (iii) **a prorrogação ultrapassar o prazo de vigência do CONTRATO DE CONCESSÃO, caso em que deverá ser firmada até, no máximo, a data de extinção do CONTRATO DE CONCESSÃO.**

5.3.1. Para que a prorrogação automática ultrapasse a vigência do CONTRATO DE CONCESSÃO deve ser respeitado o previsto nas Cláusulas 5.1.1 e 5.1.2..”



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

G) CLÁUSULA SEXTA: TUSD E EVENTUAIS IMPACTOS AOS CONSUMIDORES CATIVOS.

Conforme se retira do art. 3º da Lei 4.556/2005³³, no exercício de suas atividades, a AGENERSA deverá pugnar pela garantia de princípios fundamentais, dentre eles, a modicidade das tarifas para os usuários. À vista disto, a migração de consumidores cativos para o mercado livre não deve resultar em impactos econômico-financeiros à Concessão do Serviço Público de distribuição de gás canalizado e, por conseguinte, àqueles usuários que permanecerão no mercado cativo.

Com isto em mente, vejamos que a Cláusula Sexta do CUSD aponta que, pela prestação do serviço de distribuição, será cobrada a Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) para o agente livre, sobre a qual, como apontado pela CAPET, incidem, compondo o valor autorizado, os demais componentes e encargos tarifários aplicáveis às margens de distribuição no Mercado Regulado e/ou eventuais tributos exigíveis em face da peculiaridade dos serviços de distribuição.

Aqui, cumpre-nos destacar que o modelo tarifário adotado, do ponto de vista jurídico, não parece trazer impactos econômico-financeiros à Concessão do Serviço Público e, conseqüentemente, não onera os usuários que permanecerão no mercado cativo. Isto porque, a TUSD considera a margem do segmento de consumo do usuário, deduzidos os encargos de comercialização pela aquisição do gás natural, uma vez que a citada despesa não está a cargo da Concessionária neste caso.

Deste modo, assegura-se à Concessionária a percepção da margem prevista no Contrato de Concessão quando da prestação do serviço de uso do sistema de distribuição de gás canalizado pelo agente livre.

³³ Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGENERSA pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

(...)

IV – a modicidade das tarifas para os usuários;



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Todavia, esta não é a única questão que tem o condão de trazer impactos aos consumidores cativos.

Rememora-se que as Concessionárias CEG e CEG RIO possuem Contratos de compra e venda de gás natural na modalidade firme inflexível celebrados com a Petrobras com vigência, respectivamente, entre 2023-2032 e 2022-2034. Portanto, caso não ocorra a redução da quantidade diária contratada (QDC) pelas Concessionárias, vislumbra-se a possibilidade de oneração dos usuários que permanecerem no mercado cativo.

Deste modo, com fulcro na Cláusula Quarta dos contratos supramencionados, recomenda-se que sejam sempre celebrados os aditivos previstos entre CEG/CEG RIO e Petrobras visando a redução da QDC decorrente da migração de consumidores cativos para o mercado livre a fim de que não haja impactos econômico-financeiros à Concessão do Serviço Público - notadamente aos usuários.

A segunda possibilidade de impacto aos consumidores cativos diz respeito especificamente ao mecanismo criado na Deliberação AGENERSA nº 2.056/2014.

Naquela oportunidade foi criada uma nova alocação do custo de gás repassado aos clientes Vidreiros da CEG e CEG RIO, correspondente a 90% do custo alocado para os demais consumidores, de modo que o montante financeiro referente à parcela de 10% fosse integralmente alocada no segmento industrial da estrutura tarifária.

À época, tal medida se baseou em solicitação do então Sr. Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços, tendo em vista que o gás natural representava 30% do custo da indústria vidreira, a qual possuía especial relevância para o desenvolvimento da economia do Estado em face da demanda a ser gerada pelas obras dos Jogos Olímpicos.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Ante à migração para o mercado livre de industriais que consomem em larga escala – tais como a CSN –, vislumbra-se que o mecanismo implementado pela AGENERSA poderá resultar em oneração daqueles industriais que permanecerão no mercado cativo e arcarão com a repartição dos 10% dos custo de gás do segmento vidreiro.

Por outro lado, como apontado pela Procuradoria à época, a medida implementada pela AGENERSA possui notório cunho de política pública e, aparentemente, exauriu sua finalidade inicial.

Ante ao cenário exposto, propõe-se que o Conselho-Diretor avalie os impactos da migração de industriais que consomem em larga escala para o mercado livre ante o mecanismo implementado pela Deliberação 2.056/2014. Vislumbram-se, ao menos três possibilidades de encaminhamento: (i) a manutenção da dinâmica implementada pela Deliberação 2.056/2014 com a eventual oneração dos industriais que permanecerem no mercado cativo; (ii) a realocação do custo desse gás em algum outro segmento; ou (iii) o encerramento da compensação em favor do segmento vidreiro haja vista o cenário fático exposto e o aparente exaurimento da finalidade inicial da medida.

Qualquer que seja a solução adequada, recomenda-se que ela seja precedida de um processo em que sejam ouvidos todos interessados e o Poder Público que solicitou a implementação desse subsídio. Além disso, a decisão final deve se basear em um estudo que avalie os impactos da solução adotada em relação aos usuários e ao sistema como um todo, sobretudo quando comparada com as opções rivais.

H) CLÁUSULA SEXTA: ITEM, 6.8.1, INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE GÁS

No tocante à interrupção de fornecimento de gás, a Cláusula Sexta, item 6.8.1., contém previsão que visa a proceder à interrupção do fornecimento no caso de



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

inadimplemento do usuário livre junto aos demais entes participantes da cadeia do mercado de gás, nos seguintes termos:

“6.8.1 O USUÁRIO autoriza, desde já, que a CONCESSIONÁRIA efetue a interrupção do fornecimento de GÁS, na hipótese de restar configurada o inadimplemento pelo USUÁRIO junto aos demais elos da cadeia do MERCADO LIVRE. A evidência deste inadimplemento deverá ser apresentada pelo ente prejudicado, diretamente à CONCESSIONÁRIA, mediante comunicação por escrito, com cópia ao USUÁRIO.”

De início, vale dizer que a cláusula não cria qualquer obrigação para terceiros que não integrem o CUSD. Na realidade, diante do fato de que o serviço de gás é prestado, em regime de monopólio natural, pela Concessionária, a necessidade de notificação em caso de inadimplemento é necessária à própria interrupção do serviço, na medida em que somente a titular do serviço concedido operacionaliza a rede de distribuição.

Previsões no mesmo sentido são adotadas em outros Estados-membros que adotaram minuta padrão de CUSD, tais como o Estado de São Paulo e o Estado de Santa Catarina, a saber:

DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 1.171, DE 25 DE JUNHO DE 2021.

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – INADIMPLEMENTO E RESCISÃO

(...)

13.2 Sem prejuízo de quaisquer outros direitos atribuídos à CONCESSIONÁRIA, caso o USUÁRIO deixe de efetuar o pagamento de quaisquer valores devidos à CONCESSIONÁRIA no âmbito deste CONTRATO ou ao COMERCIALIZADOR, na forma estabelecida na regulação vigente, tal fato será considerado inadimplemento do USUÁRIO para todos os fins deste CONTRATO, podendo o DISTRIBUIDOR interromper a prestação dos serviços de distribuição, na forma prevista na regulação vigente.”



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

RESOLUÇÃO ARESC Nº 263 , DE 25 DE JULHO DE 2023.

“CLÁUSULA DÉCIMA – INADIMPLEMENTO E RESCISÃO

(...)

10.2 Sem prejuízo de quaisquer outros direitos atribuídos à CONCESSIONÁRIA, caso o USUÁRIO deixe de efetuar o pagamento de quaisquer valores devidos à CONCESSIONÁRIA no âmbito deste CONTRATO ou ao COMERCIALIZADOR, na forma estabelecida na regulação vigente, tal fato será considerado inadimplemento do USUÁRIO para todos os fins deste CONTRATO, podendo a CONCESSIONÁRIA interromper a prestação dos serviços de distribuição, na forma prevista na regulação vigente e no item 4.7 deste CONTRATO.”

Ademais, não se extrai da leitura da cláusula colacionada que a mera notificação do ente prejudicado levaria automaticamente à interrupção. Isso porque a comunicação é condição necessária para a demonstração da *“evidência deste inadimplemento”*, e exige, necessariamente, que também haja a sua comunicação ao usuário, dando a este plena possibilidade de rechaçar a ocorrência do inadimplemento ou, quando for o caso, sanar eventual falta de pagamento, garantindo a não interrupção do serviço.

Entende-se, nesse ínterim, tratar-se de cláusula plenamente válida, de modo que não se justificam eventuais insurgências contra seus termos, recomendando-se a sua manutenção na presente minuta-padrão.

D) CLÁUSULA SEXTA, ITEM 6.9.

Sobre os casos relativos a ausência de entrega do gás contratado pelo supridor ou transportador, prevê a Cláusula Sexta:

“6.9 Caso não haja entrega do GÁS à CONCESSIONÁRIA pelo supridor ou TRANSPORTADOR contratado pelo USUÁRIO e, mesmo assim, o USUÁRIO realize a retirada de GAS, em hipótese alguma a CONCESSIONÁRIA poderá sofrer qualquer tipo de penalidade, a ser exigida pelo TRANSPORTADOR, a fim de evitar danos ao MERCADO CATIVO.”



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Salvo melhor juízo, esta previsão contratual parece ter a finalidade de eximir a responsabilidade da Concessionária nos casos em que não há disponibilização do gás canalizado, por conduta atribuível à transportadora.

Contudo, com o objetivo de tornar mais claro o escopo da cláusula, sugere-se a alteração de sua redação, propondo-se o seguinte texto alternativo:

“6.9 Caso não haja entrega do GÁS à CONCESSIONÁRIA pelo supridor ou TRANSPORTADOR contratado pelo USUÁRIO e, mesmo assim, o USUÁRIO realize a retirada de GÁS, este se compromete a ressarcir e arcar com todos os custos de eventual penalidade à CONCESSIONÁRIA, a fim de evitar danos ao MERCADO CATIVO.”

J) CLÁUSULAS 11.4, 11.6, 13.2.3

A minuta apresentada pela Naturgy também traz, em diversas passagens, a limitação do dever de indenizar:

“11.4 Em caso de FALHA NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, a CONCESSIONÁRIA estará sujeita a uma penalidade equivalente a 30% (trinta por cento) do produto do valor unitário resultante da aplicação da TUSD resultante do volume correspondente ao somatório da QUANTIDADE DIÁRIA ALOCADA no período de apuração de cobrança, com os respectivos TRIBUTOS aplicáveis, pelas QUANTIDADES FALTANTES, conforme o caso, em função da FALHA NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO.”

“11.6 A penalidade por FALHA NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO prevista no item 11.4, acima, é a única indenização aplicável à CONCESSIONÁRIA. Nenhuma outra indenização será devida pela CONCESSIONÁRIA, mesmo que as perdas e danos incorridas pelo USUÁRIO tenham sido superiores ao valor ali estabelecido.”

“13.2.3 Conforme itens 11.6 e 12.3 deste CONTRATO, as penalidades por FALHA NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO prevista na Cláusula Décima Primeira e por danos por GÁS DESCONFORME prevista na Cláusula Décima Segunda são as únicas indenizações aplicáveis à CONCESSIONÁRIA. Nenhuma outra indenização será devida pela



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

CONCESSIONÁRIA, mesmo que as perdas e danos incorridas pelo USUÁRIO tenham sido superiores ao valor ali estabelecido.”

Tais disposições merecem uma análise mais detida por parte desta Agência Reguladora. Em primeiro lugar, porque entende-se caber a este Conselho Diretor definir os parâmetros de cálculos a serem utilizados no caso de falha no serviço de distribuição por parte da Concessionária, tendo em vista o disposto no art. 8º, inciso V, do Regulamento Interno da AGENERSA.

É preciso assegurar, neste caso, que a penalidade seja não apenas proporcional, mas suficiente para evitar a ocorrência de falhas reiteradas no serviço. Em outras palavras, é imprescindível que o risco de eventual penalização estimule a Concessionária a adotar condutas que visem a evitar a ocorrência de problemas na prestação do serviço. Trata-se, em síntese, de uma análise de custo-benefício: cumprir o contrato deve se mostrar mais vantajoso para a Concessionária do que descumprí-lo, sob pena de deixá-la em situação amplamente favorável por sua desídia na observância dos deveres decorrentes do contrato.

Ademais, é preciso alertar para o risco de judicialização que advém das previsões constantes nas Cláusulas 11.6 e 13.2.3., bem como de outras de teor semelhante que estejam presentes no Contrato. Recomenda-se, assim, a reavaliação de tais cláusulas, a fim de analisar a conveniência de sua manutenção na minuta ou, se for o caso, a sua supressão.

K) SOBRE A MULTA COMPENSATÓRIA E A INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO

Na manifestação da CAPET, foi recomendada a supressão dos itens 15.5.1, 15.6.1 e 15.9 da Cláusula Décima Quinta da minuta apresentada pela Naturgy, sob a justificativa de que as penalidades já estariam discutidas ao longo do texto.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Tal recomendação se deu levando em consideração o disposto no item 15.4 do contrato, que apresenta o seguinte teor:

“15.4. O CONTRATO poderá ser rescindido pelo USUÁRIO mediante NOTIFICAÇÃO à CONCESSIONÁRIA com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias, sujeito ao pagamento da multa compensatória abaixo descrita.

$$MC = TUSDM \times 90\% \times CDC \times N \times [1 - (QDAp + CPNMP) (90\% \times CDC \times N)],$$

onde:

MC = Multa Compensatória, em R\$;

TUSDM = corresponde a TUSD do mês de rescisão do CONTRATO, em R\$/m³, aplicada à CDC multiplicada pelo número de dias do referido mês;

CDC = corresponde a CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA;

N = corresponde ao número de dias de vigência do CONTRATO;

QDAp = corresponde ao somatório da QUANTIDADE DIÁRIA ALOCADA no período compreendido entre a data de INÍCIO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO e o dia de rescisão do CONTRATO;

CPNMP= corresponde à capacidade paga e não movimentada no período compreendido entre a data de INÍCIO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO e o dia de rescisão do CONTRATO.”

Contudo, a análise jurídica da minuta apresentada pela Naturgy enseja interpretação diversa, nos moldes a seguir apresentados.

Isso porque a previsão contratual supracitada, conforme se depreende da leitura de seu inteiro teor, bem como da avaliação da própria estrutura contratual em sua inteireza, conduz ao entendimento de que sua aplicação seria limitada exclusivamente aos casos de rescisão contratual decorrente de mera vontade do usuário.

Trata-se, portanto, de hipótese de *resilição contratual*, que pode ser definida como o “*meio de extinção do contrato fundado na vontade dos próprios contratantes*”³⁴. A resolução pode ser bilateral, quando decorrente de acordo das partes (distrato) ou unilateral (por expressa previsão de lei ou por convenção das partes). A resilição unilateral convencional é abordada por Anderson Schreiber³⁵ da seguinte maneira:

“Há que se mencionar, ainda, que as próprias partes podem estabelecer o direito à resilição unilateral em seus contratos. Quando o fazem, é frequente que estabeleçam uma espécie de “aviso prévio” para que o outro contratante não seja surpreendido com a extinção unilateral do contrato. Assim, por exemplo, podem as partes pactuar que qualquer delas tem o direito de resilir o contrato, desde que avise a contraparte com uma antecedência de 60 dias. A resilição unilateral derivará aí não da lei (implícita ou explicitamente), mas da própria vontade das partes, em exercício legítimo da sua autonomia privada.”

Na previsão em análise, se está diante de clara hipótese de resilição unilateral convencional. Primeiro, porque não é exigido, como requisito de aplicação, qualquer indício no sentido de que o desfazimento contratual deva decorrer do inadimplemento das partes. Exige-se, unicamente, o envio de notificação à Concessionária e, se for o caso, o pagamento de multa compensatória.

Assim, o melhor entendimento é no sentido de que tal previsão somente se aplicaria aos casos de rescisão contratual decorrente da mera vontade do Usuário contratante, não se aplicando, pois, às hipóteses em que o fim do contrato decorre do inadimplemento de quaisquer das partes.

Tal conclusão é reforçada pelo fato de que os casos de inadimplemento – seja pelo contratante, seja pela contratada – contam com disciplinas contratuais específicas. É o que se depreende da leitura dos seguintes itens da minuta:

³⁴ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 498.

³⁵ Ibidem. p. 500-501.

“15.5 A CONCESSIONÁRIA poderá declarar resolvido este CONTRATO, mediante envio de simples NOTIFICAÇÃO ao USUÁRIO, sem que caiba ao mesmo qualquer direito à indenização ou reclamação, em qualquer dos seguintes casos: (i) INADIMPLEMENTO FINANCEIRO do USUÁRIO, que se estenda por um período superior a 60 (sessenta) DIAS de sua caracterização; (ii) Perda de qualquer autorização ou licença emitida em nome do USUÁRIO por autoridade governamental, necessária para a operação das suas instalações e/ou para a celebração deste CONTRATO; (iii) Descumprimento, pelo USUÁRIO, de qualquer obrigação perante qualquer autoridade governamental, incluindo, sem limitação, a AGENERSA e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”), assim como de qualquer disposição da legislação aplicável na execução do objeto deste CONTRATO; (iv) Descumprimento, pelo USUÁRIO de qualquer outra obrigação material do CONTRATO, por prazo superior a 30 (trinta) DIAS; (v) Ocorrência reiterada de retirada de GÁS de titularidade da CONCESSIONÁRIA, pelo USUÁRIO, que supere 30% (trinta por cento) a CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA, durante 60 (sessenta) DIAS consecutivos ou 90 (noventa) DIAS não consecutivos durante qualquer período de 12 (doze) meses de vigência do CONTRATO; (vi) Dissolução, liquidação, ou decretação de falência do USUÁRIO; (vii) Pedido de recuperação judicial, pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial, cisão, fusão, incorporação, transformação ou qualquer tipo de reorganização de dívidas ou societária pelo USUÁRIO que, no entendimento da CONCESSIONÁRIA, implique em diminuição da capacidade de cumprimento das obrigações previstas neste CONTRATO, salvo na medida em que o USUÁRIO apresente GARANTIA, ou reforço de GARANTIA, de forma satisfatória e aceitável à CONCESSIONÁRIA.

15.5.1 Na hipótese de rescisão do CONTRATO em alguma das hipóteses descritas no item acima, o USUÁRIO estará obrigado a pagar à CONCESSIONÁRIA, além dos valores devidos e não pagos pelo USUÁRIO até a data da resolução, uma indenização no valor correspondente ao valor remanescente do CONTRATO, calculado pelo produto de (i) o valor unitário resultante da aplicação da TUSD, expressa em R\$/m³ (reais por metro cúbico), correspondente à CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA multiplicada por 30 (trinta) DIAS, com os respectivos TRIBUTOS aplicáveis, vigente no respectivo período de apuração de cobrança, (ii) CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA, e (iii) número de DIAS remanescentes do CONTRATO considerando o prazo de vigência do CONTRATO previsto na Cláusula Quinta deste CONTRATO.

15.6 O USUÁRIO poderá declarar resolvido este CONTRATO, mediante envio de simples NOTIFICAÇÃO à CONCESSIONÁRIA, sem que caiba àquela qualquer direito a indenização ou reclamação,



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

em qualquer dos seguintes casos: (i) Perda de qualquer autorização ou licença emitida em nome da CONCESSIONÁRIA por autoridade governamental, necessária para a prestação do SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, ressalvado o caso de assunção dos serviços de distribuição de gás canalizado por outra concessionária ou outra forma de continuidade na prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado ao USUÁRIO, quando deverá ser formalizado um aditivo a este CONTRATO pelas PARTES para, se aplicável, refletir a subrogação de novo distribuidor de gás canalizado na área do PONTO DE ENTREGA; (ii) Dissolução, liquidação ou decretação de falência da CONCESSIONÁRIA; (iii) Ocorrência reiterada de FALHA NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO, de forma que a CONCESSIONÁRIA deixe de movimentar uma QUANTIDADE DE GÁS inferior a 30% (trinta por cento) da QUANTIDADE DIÁRIA MOVIMENTAÇÃO PROGRAMADA por um período superior a 60 (sessenta) dias contínuos ou 90 (noventa) dias alternados, a cada período de seis meses.

15.6.1 Na hipótese de rescisão do CONTRATO em alguma das hipóteses descritas no item acima, a CONCESSIONÁRIA estará obrigada a pagar ao USUÁRIO, além dos valores devidos e não pagos pela CONCESSIONÁRIA até a data da resolução, uma indenização no valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor remanescente do CONTRATO, calculado pelo produto de (i) o valor unitário resultante da aplicação da TUSD, correspondente à CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA multiplicada por 30 (trinta) DIAS, com os respectivos TRIBUTOS aplicáveis, expressa em R\$/m³ (reais por metro cúbico), vigente no respectivo período de apuração de cobrança, (ii) CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA, e (iii) período remanescente do CONTRATO.”

Vê-se, portanto, que os itens 15.5, 15.5.1, 15.6 e 15.6.1 da Cláusula Décima Quinta versam sobre o desfazimento do vínculo por *descumprimento contratual*, de modo que as circunstâncias fáticas que ensejam a aplicação destes dispositivos são distintas daquelas que ensejam a rescisão, anteriormente abordada.

Percebe-se, portanto, que o contrato, com a necessária ressalva às disposições sobre a ocorrência de caso fortuito ou força maior, traz duas situações que não se confundem: (i) a rescisão convencional do contrato, nos termos da Cláusula 15.4; e (ii) a resolução por inadimplemento, nas Cláusulas 15.5 e 15.6.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Necessário alertar, neste íterim, que são cláusulas com âmbitos de incidência distintos, não podendo ser aplicadas cumulativamente. Em outras palavras: ou se tem a rescisão por vontade do usuário, mediante notificação prévia e sujeita a multa compensatória, nos termos do item 15.4 do contrato; ou há a resolução por descumprimento contratual atribuível ao usuário, conforme itens 15.5 e 15.5.1; ou, ainda, o desfazimento pode ocorrer por culpa da concessionária, conforme apregoam os itens 15.6 e 15.6.1.

Dito isto, entende-se superado o entendimento da CAPET no sentido de supressão das cláusulas apontadas, na medida em que não há dupla penalidade, havendo, tão somente, regimes distintos a serem aplicados em cada uma das hipóteses contratualmente previstas.

L) DA QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES

Outro ponto conexo, porém distinto do tratado no tópico anterior, diz respeito aos critérios de quantificação da indenização por inadimplemento. Verifica-se que, nos itens 15.5.1 e 15.6.1 da minuta apresentada, os parâmetros utilizados no cálculo do produto do valor remanescente do contrato são os mesmos: (i) o valor unitário resultante da aplicação da TUSD, correspondente à capacidade diária contratada multiplicada por 30 (trinta) dias, com os respectivos tributos aplicáveis, expressa em R\$/m³ (reais por metro cúbico), vigente no respectivo período de apuração de cobrança; (ii) a capacidade diária contratada; e (iii) o período remanescente do contrato.

Entretanto, são aplicados percentuais distintos ao produto resultante desde cálculo, de modo que as partes seriam compelidas a pagar valores desiguais, de modo que a indenização a ser paga pela Concessionária seria largamente mais branda em comparação com o usuário: enquanto aquela pagaria 10% do valor remanescente do ajuste, o usuário livre que restasse inadimplente pagaria seu valor total, ou seja, 100% do valor remanescente apurado.

Quanto a esta distinção nos parâmetros utilizados, tendo em vista tratar-se de um contrato de natureza privada, em um primeiro momento seria admissível concluir que seria dado ao proponente estabelecer tal diferenciação, tendo em vista a autonomia que permeia a estipulação das cláusulas dos ajustes de tal natureza.

Contudo, neste caso específico, tendo em vista tratar-se de um *contrato privado regulado*, pautado na desverticalização e na promoção da concorrência, entende-se que a melhor medida regulatória a ser tomada, a fim de evitar a criação de obstáculos à entrada de novos agentes econômicos, seria a promoção da máxima de isonomia possível entre as partes envolvidas.

Em outras palavras, fixação de parâmetros indenizatórios mais favoráveis ao Concessionário no caso de sua inadimplência, em evidente prejuízo em desfavor do usuário livre, acaba tendo o potencial de limitar a entrada de novos *players* no mercado, tornando-o menos atrativo e, no limite, eternizando uma estrutura monopolista que se busca mitigar.

A título de exemplo, no *ranking* do Mercado Livre de Gás – RELIVRE³⁶, que quantifica, com base em aspectos legais e regulatórios, as melhores práticas em cada ente estadual com base em quatro vertentes (facilidade de migração, isonomia entre consumidores cativos e livres, comercialização e desverticalização), percebe-se que dois dos Estados que estão à frente do Estado do Rio de Janeiro estabelecem parâmetros indenizatórios idênticos para ambas as partes.

É o caso dos Estados de Sergipe (Resolução AGRESE nº 025, de 14/11/2023) e do Espírito Santo (Resolução ARSP nº 053, de 29/12/2021). Em ambos os casos, as minutas de CUSD utilizadas preveem os mesmos critérios para o cálculo da indenização, independentemente de quem seja a parte inadimplente.

³⁶ <https://relivre.com.br/ranking/>.



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

RESOLUÇÃO AGRESE Nº 25/2023

“16.4. Na hipótese de resolução do CONTRATO com base nos itens 16.1. a 16.3, a PARTE inadimplente deverá pagar à outra PARTE, como indenização única aplicável em tal caso, independentemente do valor das perdas e danos efetivamente incorridos, o valor de indenização da Resolução (VIR) apurado conforme abaixo:

$$\text{VIR} = 10\% \text{ (dez por cento)} \times (\text{QDMOV} \times \text{DF} \times \text{TMR});$$

onde:

VIR: Significa o Valor de Indenização da Resolução antecipada do CONTRATO a ser pago pela PARTE inadimplente à outra PARTE.

QDMOV: Significa o somatório das QUANTIDADE DIÁRIA MOVIMENTADA vigente na data de resolução do CONTRATO.

DF: Significa a quantidade de DIAS faltantes para o término do prazo de vigência do CONTRATO.

TMR: Significa a TARIFA DE MOVIMENTAÇÃO calculada, em REAL por METRO CÚBICO, mediante a aplicação da estrutura tarifária, vigente à época da resolução do CONTRATO, sobre a QUANTIDADE DIÁRIA MOVIMENTADA correspondente a 100% da CAPACIDADE CONTRATADA em um PERÍODO DE FATURAMENTO.”

RESOLUÇÃO ARSP Nº 053/2021.

“18.2.3. A PARTE responsável pela rescisão contratual decorrente de VIOLAÇÃO RELEVANTE ficará obrigada ao pagamento de indenização, independentemente do valor das perdas e danos, limitados aos danos diretos e excluídos os danos indiretos e os lucros cessantes, conforme o valor apurado abaixo.

$$\text{VIN} = \text{CDC} \times \text{DF} \times \text{TUSD}$$

Onde:

VIN - Valor da indenização devido rescisão do CONTRATO, em R\$;

CDC - CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA, em m³/dia;

DF - Quantidade de DIAS faltantes para o término do prazo de vigência do CONTRATO ou 365 (trezentos e sessenta e cinco) DIAS, o que for menor;



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

TUSD - TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO (TUSD-GÁS) vigente na data de emissão do DOCUMENTO DE COBRANÇA, considerando a CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA (CDC), em R\$/m³.”

Percebe-se que tais previsões acabam por garantir a isonomia entre os contratantes, garantindo-se menores custos de transação para a celebração dos contratos de uso do Sistema de Distribuição.

Portanto, tendo em vista as práticas regulatórias nos Estados mais bem avaliados, bem como a necessidade de se garantir um ambiente de fortalecimento da concorrência no mercado de gás canalizado, recomenda-se que sejam adotados os mesmos critérios de cálculo para as indenizações por inadimplemento do usuário e da concessionária, sem estabelecer distinção entre as partes envolvidas.

M) DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS E DA LIBERDADE DE DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS

Acerca das disposições das cláusulas contratuais presentes na minuta do CUSD, é preciso pontuar algumas questões atinentes à natureza jurídica do CUSD.

De início, é preciso salientar que, em que pese sujeito à regulação, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição é de natureza inquestionavelmente privada. Em outras palavras, não se está diante de um contrato público, mas, sim, de um contrato regulado. Tal característica, entretanto, não desnatura sua natureza privada, havendo certa margem das partes envolvidas para a definição das disposições contratuais.

Em que pese isso, tratando-se uma das partes celebrantes uma concessionária de serviço público – CEG ou CEG-Rio –, e sendo a regulamentação do CUSD estritamente ligada a uma racionalidade de abertura do mercado de gás canalizado à concorrência, é imprescindível que a prestadora do serviço público observe a



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

imperiosidade do tratamento isonômico entre todos os interessados que se encontram em posição jurídica equivalente.

Disto decorre, inclusive, a importância da participação do setor regulado e das suas respectivas contribuições na elaboração da minuta de contrato que ora se analisa. Entende-se que a celebração de contratos díspares entre os usuários do mercado livre pode, por via transversa, significar uma mácula ao livre mercado, sendo, portanto, vedada pelo ordenamento jurídico.

Porém, uma vez guardada a isonomia entre os potenciais interessados, é plenamente aceitável que a Naturgy seja dotada de algum nível de maleabilidade para definir os termos do contrato que pretende disponibilizar aos agentes do mercado livre. São previsões que, desde que não confrontem o ordenamento jurídico e as normas regulatórias vigentes, são de livre estipulação pelo proponente e/ou representam disposições que são inerentes a todo e qualquer contrato celebrado no mercado (padrões éticos exigidos pelos contratantes e o tratamento adequado de dados, por exemplo).

É esta a hipótese que se verifica em relação a uma série de disposições contratuais, quais sejam:

- Cláusula sexta, com exceção dos aspectos já anteriormente mencionados no parecer quanto às previsões constantes dos itens 6.8.1 e 6.9.
- Cláusula décima terceira, item 13.1.1, que versa sobre a responsabilidade do Usuário.
- Cláusula décima quinta, itens 15.7 e 15.8, que tratam das hipóteses de inadimplemento e rescisão do contrato, inclusive por caso fortuito ou força maior, bem como da interrupção da retirada do gás quando da resolução do contrato.

- Cláusula décima sexta, cujos termos preveem a possibilidade de a Concessionária exigir do Usuário uma garantia do pagamento.
- Cláusula décima oitava, que versa sobre o Código de Ética e Política Anticorrupção.
- Cláusula décima nona, que prevê que a necessidade das partes garantirem que possuem plenos poderes para celebrar o contrato, bem como assumir validamente e cumprir integralmente as obrigações dele decorrentes.
- Cláusula vigésima, que trata das hipóteses de caso fortuito e força maior.
- Cláusula vigésima segunda, sobre o tratamento de dados pessoais.
- Cláusula vigésima terceira, que trata dos deveres de sigilo e confidencialidade.
- Cláusula vigésima quarta, que trata da lei de regência e do foro.
- Cláusula vigésima quinta, sobre as disposições gerais aplicáveis ao contrato.

Tais cláusulas e seus termos, salvo melhor juízo, parecem consistir em clássicas manifestações da liberdade contratual, sendo lícitas, na medida em que não contrariam qualquer disposição legal. Nesta feita, não cabe ao órgão regulador interferir em seus termos, substituindo opções razoáveis adotadas pela concessionária de serviço público.

Entretanto, algumas das cláusulas elencadas merecem uma atenção mais detida.

Quanto à cláusula sexta, em especial nos itens que versam sobre ausência de pagamento pelo usuário, à luz das ideias de razoabilidade e da proporcionalidade, recomenda-se que sejam adotados prazos razoáveis, contadas da notificação da Naturgy, para que seja dado ao usuário a possibilidade de sanar o problema antes da interrupção do serviço. Trata-se de medida que se coaduna com a boa-fé objetiva e com os deveres de cooperação e informação delas decorrentes.

No que tange à Cláusula Décima Quinta, itens 15.5 e 15.6, esta Procuradoria corrobora o entendimento adotado pela CAPET, no sentido da previsão de notificação preliminar antes de eventual comunicação de resolução contratual, adotando-se a redação proposta pela Câmara.

Vale mencionar, ainda, a previsão da Cláusula Vigésima, item 20.2, notadamente no que diz respeito ao tópico (ii), *in verbis*:

“20.2 Sem prejuízo da existência de quaisquer outros eventos de CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, consideram-se como CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR qualquer dos eventos listados abaixo, desde que verificados os requisitos desta Cláusula: (...) (ii) **Tentativa de furto de combustível e/ou GÁS, ato de sabotagem, de terrorismo, de vandalismo, de invasões ou ocupação posterior das faixas de duto, de destruição acidental de instalações da PARTE afetada, ainda que parcial, desde que sem culpa desta;**”

É preciso destacar que, quanto à hipótese de tentativa de furto, entende-se pela falta de razoabilidade em tal previsão. Primeiro, porque, considerando que a norma prevê a **tentativa**, e não o furto consumado, não é possível concluir pela existência de danos ao serviço do gás canalizado. Assim, é mais adequado que a análise seja relativa a cada caso concreto, de modo a se verificar, a depender das circunstâncias fáticas, se houve ou não a ocorrência de caso fortuito apto a excluir o nexo de causalidade.

7. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, respondendo os questionamentos elencados no tópico II acima, conclui-se o presente parecer com as seguintes recomendações:

1. **No que se refere à estratégia regulatória a ser adotada**, entende-se que o melhor modelo seria o da *regulação flexível*, temporalmente limitada e aplicável tão somente aos consumidores industriais de gás canalizado, de modo a permitir a capacidade de aprimoramento e aprendizagem no setor;

2. **Quanto à definição do Agente Livre**, é preciso adotar as mesmas conceituações previstas na Deliberação AGENERSA nº 4.068/2020;
3. **Alteração da Cláusula Quarta, item 4.2**, de modo a tratar especificamente dos casos em que o descumprimento das condições prévias não sejam imputáveis ao Usuário, especialmente diante de omissões decorrentes de atrasos por parte de Órgãos Públicos;
4. **Mudança na redação da Cláusula Quinta**, relativamente aos seguintes itens:
 - (i) Cl. 5.1.1, **para inclusão de necessidade de autorização da AGENERSA para ultratividade do CUSD, seja no caso de prorrogação do atual Contrato de Concessão, seja na hipótese de novo distribuidor de gás canalizado;**
 - (ii) Criação da Cl. 5.1.2 **para prever a necessidade de concordância expressa do eventual novo distribuidor de gás canalizado na sub-rogação ao presente Contrato;**
 - (iii) Cl. 5.2., **de modo a exigir que o atraso seja devidamente justificado, sob pena de multa, havendo ainda o dever de indenizar os danos comprovadamente causados à outra parte;**
 - (iv) Cl. 5.3, **para inclusão da necessidade de autorização da AGENERSA para prorrogação, bem como adequação da vigência máxima do CUSD ao Contrato de Concessão;**
 - (v) Criação da Cl. 5.3.1, **a fim de prever a possibilidade de prorrogação para além da vigência do Contrato de Concessão, desde que respeitado o previsto nas Cls. 5.1.1 e 5.1.2.**
5. **Quanto ao impacto da mudança sobre os demais usuários:**
 - a. o modelo tarifário adotado, do ponto de vista jurídico, não parece trazer impactos econômico-financeiros à Concessão do Serviço

Público e, conseqüentemente, não onera os usuários que permanecerão no mercado cativo, uma vez que a TUSD considera a margem do segmento de consumo do usuário, subtraindo-se os encargos de comercialização pela aquisição do gás natural, uma vez que a citada despesa não constituirá despesa da Concessionária neste caso;

- b. Com fulcro na Cláusula Quarta dos contratos de suprimento firmados entre CEG/CEG RIO e Petrobras, recomenda-se que sejam sempre celebrados os aditivos previstos entre as partes visando a redução da QDC decorrente da migração de consumidores cativos para o mercado livre a fim de que não haja impactos econômico-financeiros à Concessão do Serviço Público - notadamente aos usuários;
- c. Propõe-se que o Conselho-Diretor avalie os impactos da migração de industriais que consomem em larga escala para o mercado livre ante o mecanismo implementado pela Deliberação 2.056/2014. Vislumbram-se, ao menos duas possibilidade de encaminhamento: (i) a manutenção da dinâmica implementada pela Deliberação 2.056/2014 com a eventual oneração dos industriais que permanecerem no mercado cativo; (ii) a realocação do custo desse gás em algum outro segmento; ou (iii) o encerramento da compensação em favor do segmento vidreiro haja vista o cenário fático exposto e o aparente exaurimento da finalidade inicial da medida;
- d. Qualquer que seja a solução adequada nesse quanto ao subitem acima, recomenda-se que ela seja precedida de um processo regulatório em que sejam ouvidos todos interessados e o Poder Público que solicitou a implementação desse subsídio. Além disso, a

decisão final deve se basear em um estudo que avalie os impactos da solução adotada em relação aos usuários e ao sistema como um todo, sobretudo quando comparada com as opções rivais.

6. **Manutenção do item 6.8.1. da Cláusula Sexta** da Minuta de CUSD proposta, tendo em vista que não há qualquer atribuição de obrigações a terceiros, sendo a notificação necessária para a interrupção do fornecimento de gás, tendo em vista o monopólio natural existente no setor;
7. **Alteração da redação do item 6.9 da Cláusula Sexta**, de modo a deixar claro o seu escopo, no sentido de que caberá ao USUÁRIO ressarcir e arcar com todos os custos de eventual penalidade à CONCESSIONÁRIA, a fim de evitar danos ao MERCADO CATIVO, nos casos em que não haja entrega do GÁS à CONCESSIONÁRIA pelo supridor ou TRANSPORTADOR;
8. **Manutenção dos itens 15.5.1, 15.6.1 e 15.9 da Cláusula Décima Quinta do Contrato**, tendo em vista que tais disposições tratam de hipóteses de desfazimento contratual por inadimplemento das partes, hipótese distinta daquela tratada no item 15.4 da mesma cláusula, cujo propósito é regular a resilição convencional do contrato por parte do Usuário;
9. **Acerca das Cláusulas 11.4, 11.6 e 13.2.3.**, recomenda-se a sua submissão à uma análise técnica do Conselho da AGENERSA, de modo a definir se a penalidade prevista é adequada para a hipótese em apreço, recomendando a verificação, também, da conveniência das Cláusulas que trazem as limitações, em benefício da Concessionária, ao dever de indenizar;
10. **Quanto ao tópico anterior**, ressalva para a recomendação de alteração, no entanto, nos critérios de cálculo das indenizações previstas para o caso de inadimplemento das partes, de modo a estabelecer isonomia no tratamento



Secretaria de Estado de Energia e Economia do Mar
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

do tema, prevendo os mesmos parâmetros para os casos de inadimplemento imputável ao Usuário ou à Concessionária;

11. **No que concerne às demais cláusulas objeto de análise por esta Procuradoria**, entende-se pela manutenção de suas disposições, tendo em vista a autonomia contratual para a definição de termos do ajuste que não conflitem com os diplomas regulatórios vigentes, recomendando-se, contudo, a solução indicada pela CAPET no sentido da previsão de notificação preliminar antes de eventual comunicação de resolução contratual, adotando-se a redação proposta pela Câmara em seus comentários.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2024.

MARCUS VINICIUS BARBOSA

Procurador-Geral da AGENERSA

Procurador do Estado (PGE-RJ)