

Mercado Livre do Gás em São Paulo: risco de morte por asfixia regulatória⁽¹⁾

Carlos Cavalcanti

O mercado livre de gás natural foi regulamentado no Estado de São Paulo em 2011. Desde então, nenhum consumidor industrial conseguiu contratar gás livremente. Isso não se deu, todavia, por barreiras na regulamentação estadual, mas pela reconhecida falta de competição no setor de gás no Brasil. Afinal, mercado com supridor único e sem regras de acesso às infraestruturas de importação e transporte não pode ser chamado “mercado”.

Alguns passos importantes foram dados nos últimos anos para alterar este quadro. Se os resultados virão no tempo esperado – e necessário – é outra história. O fato é que a expectativa por um novo mercado, mais aberto e mais competitivo, foi criada. Nessa esteira, alguns Estados da Federação começaram a se movimentar, a fim de aprimorar as regras para comercialização de gás no contexto local.

Como não poderia deixar de ser, a agência reguladora responsável pelos serviços de gás natural do Estado de São Paulo (ARSESP) decidiu rever as regras do mercado livre de gás. O tema foi objeto de Consulta Pública (CP 10/2020), realizada entre os dias 8 de agosto e 7 setembro, que recebeu contribuições de 26 agentes do setor, incluindo: concessionárias de distribuição, transportadoras, comercializadoras, associações de consumidores, consultorias especializadas, agência reguladora federal (ANP), Secretaria de Estado (SIMA), Ministério da Economia e a FIESP. Foram mais de 400 páginas de comentários às propostas da agência, sugestões de aprimoramentos e apontamentos jurídicos relevantes para o bom desenvolvimento do mercado.

Como resultado desse processo, foi publicada a Deliberação 1.061, de 6 de novembro de 2020, assim como o relatório circunstanciado, com a análise das contribuições. As manifestações foram divididas em torno de 500 contribuições – muitas delas coincidentes –, das quais menos de 25% foram acatadas pela Agência, integral ou parcialmente. Assim, o texto final ficou bastante próximo à proposta inicial, com alguns ajustes pontuais.

A nova regulamentação da ARSESP tem como principal ponto positivo a retirada do consumo mínimo exigido para migração ao mercado livre – exceto para os segmentos residencial e comercial, por força dos Contratos de Concessão. Com isso, os consumidores de gás do Estado terão maior liberdade, podendo contratar seu gás livremente, desde já. Medida que conta com apoio irrestrito da FIESP.

Se por um lado a Deliberação retira barreiras para migração, por outro a ARSESP sucumbe à tentação de manter o mercado (livre?) sob seu controle. Não por acaso, inúmeras contribuições recebidas, que poderiam diminuir a ingerência do regulador sobre o mercado, foram rejeitadas pela ARSESP. Outras exigências descabidas foram parcialmente flexibilizadas, com a criação de regras de transição, quando deveriam ser totalmente abandonadas pela agência.

O peso do regulador será sentido, em especial, pelas comercializadoras. Estas deverão prestar contas de seus atos à ARSESP, como se fossem concessionárias do ambiente regulado. O intervencionismo da Agência começa no pedido de registro, com

a solicitação de uma quantidade absurda de informações – muitas delas em duplicidade com o registro feito junto à ANP. Superada essa etapa, a comercializadora deverá fornecer à Agência cada um de seus contratos de venda, assim como comprovar contratação de gás em montantes superiores ao comercializado com seus clientes.

Sob o argumento da transparência, a ARSESP ainda divulgará, mensalmente, o preço médio ponderado dos contratos firmados no Estado. Após as inúmeras contribuições recebidas no sentido contrário, a Agência determinou que este preço será divulgado apenas quando os montantes contratados no mercado livre alcançarem 40% do consumo no Estado. Certamente foi uma alteração positiva, pois a divulgação de preços, no atual estágio incipiente do mercado, poderia prejudicar agentes e consumidores, gerando distorções que seriam carregadas ao longo de anos.

Todavia, ainda questionamos a necessidade de manter o dispositivo. A divulgação de preços médios em um mercado concorrencial tira de compradores e vendedores um importante instrumento de negociação. O consumidor, em especial, perde seu poder de barganha, ao negociar com seus fornecedores, uma vez que o embate se dá apenas em torno de um preço médio. Além disso, não há qualquer justificativa para o referencial de 40% do volume consumido no Estado. Não se sabe se, até lá, o mercado terá algum tipo de concentração a ser coibida, ou se operará com ampla concorrência. Assim sendo, o dispositivo não deveria constar da Deliberação, a fim de não gerar expectativas incorretas para os agentes.

Outro exemplo de ingerência indevida da ARSESP sobre o mercado é a estipulação do pagamento de Taxa de Fiscalização e Controle, no valor de 0,5% do faturamento anual líquido das comercializadoras. A cobrança não faz sentido. A atuação da ARSESP sobre o ambiente de comercialização é muito mais limitada do que a fiscalização de uma concessionária. No fundo, o maior prejudicado será o consumidor, que verá seu preço onerado pela cobrança de um “imposto regulatório”.

Porém, o maior risco para o desenvolvimento do mercado consta do Art. 26º da Deliberação 1.061/2020. Sob o argumento da desconcentração do mercado, a ARSESP invade competências federais e cria importante barreira para o crescimento do mercado livre no Estado. O equívoco da proposta está devidamente documentado nas inúmeras contribuições recebidas pela Agência, inclusive na da FIESP. Neste ponto, houve um consenso quase inédito no setor: comercializadoras, concessionárias, consumidores e Poder Concedente, todos do mesmo lado, contrários à proposta da ARSESP. Porém, a Agência optou por isolar-se e manter sua posição (com alterações pontuais, que não alteram o cerne da proposta).

Questiona-se: qual o sentido de submeter uma proposta à consulta pública se, após manifestação unânime da sociedade, o órgão regulador permanece intransigente no seu posicionamento peculiar?

Pela Deliberação, “presume-se infração à ordem econômica” quando um comercializador, ou seu grupo econômico, “controlar mais do que 20% do volume de gás” vendido no mercado livre do Estado de São Paulo. Além disso, determina que nenhum agente econômico que atue em outro elo da cadeia de gás natural no país, poderá deter mais do que 20% do volume de gás comercializado no Estado. Sempre que ultrapassar esta barreira, deverá se desfazer da sua participação adicional, em até 60 dias.

A proposta está calcada em interpretação equivocada da Lei Federal 12.529/2011. De acordo com seu Art. 36º, “presume-se posição dominante sempre que uma empresa (...) controlar 20% ou mais do mercado relevante”. Além disso, constitui “infração à ordem econômica” “exercer de forma abusiva posição dominante”. Ou seja, apenas há infração à ordem econômica quando o agente abusa da sua posição dominante. Não há como se considerar, a priori, que o controle de 20% do mercado constitui “infração à ordem econômica”, como determina a Deliberação da ARSESP.

O dispositivo é potencialmente nocivo, pois limita a concorrência e premia ineficiências. Empresas e grupos que forem comercialmente eficientes na captação de clientes, verão sua participação no mercado limitada pelo regulador. Além disso, consumidores que contratarem gás com tais grupos, poderão ter que renegociar seus preços e condições com outras empresas, caso seus contratos sejam “desfeitos”.

É evidente que a ARSESP deve acompanhar o desenvolvimento do mercado no Estado e acionar os instrumentos legais existentes, no caso de práticas abusivas. Porém, da forma como está, ao invés de contribuir com o crescimento do mercado livre de gás no Estado, a regulamentação da ARSESP poderá asfixiá-lo, relegando os consumidores a mais um período de tutela regulatória.

Por fim, vale lembrar que está em vigor no país, desde 2019, a “Lei de Liberdade Econômica” (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019). Esta traz, entre seus princípios, “a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas”. Além disso, sustenta que a intervenção do Estado deve ser “subsidiária e excepcional”, a fim de não inibir a livre iniciativa. E ainda institui a importante figura do “abuso de poder regulatório”, que pode manifestar-se em exigências exacerbadas, que desvirtuam a atuação do Estado e aumentam os custos de transação.

É fundamental que a ARSESP se atente para estes importantes princípios. Sua atuação sobre o mercado livre de gás deve ser “subsidiária e excepcional”. Afinal, não se constrói um mercado verdadeiramente livre com regras abusivas e exigências desnecessárias. Ainda é tempo de ouvir a voz uníssona do setor de gás de São Paulo e rever as decisões equivocadas. A nova deliberação precisa trazer mais liberdade aos agentes e dar celeridade aos processos. Além disso, deve premiar a eficiência dos agentes privados e não os penalizar por isso. Por fim, deve ter como alvo o aumento da concorrência, que decorre da livre iniciativa e não de artificialismos regulatórios antiquados.

(1) Artigo publicado na Agência CanalEnergia. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53154462/mercado-livre-do-gas-em-sao-paulo-risco-de-morte-por-asfixia-regulatoria>. Acesso em 23 de setembro de 2020.