

Sugestões de regulação para a Infraestrutura de Transporte de Combustíveis

São Paulo, 13 de maio de 2020

VERSÃO PÚBLICA¹

Abstract: Esta nota traz as contribuições de Gran Petro e Ferres Economia referentes a transporte de combustíveis, para regulação pelos diferentes órgãos competentes. Proposta focou-se nos aspectos operacionais, inclusive em relação à transição, e nos incentivos econômicos aos agentes.

1. A discussão de acesso à infraestrutura é algo bastante recorrente em regulação em todo o mundo. Diferentes modelos, em diferentes países, podem resultar em iguais resultados, ao passo que modelos similares aplicados a realidades distintas podem resultar em resultados diferentes.
2. Quando se discute regulação, os dois aspectos primordiais são (i) alocação inicial de direitos; e (ii) incentivos gerados, inclusive de cunho concorrencial. Outros aspectos precisam também ser olhados em qualquer norma, como assimetria de informação (e problemas de agência), custos de transação, risco moral e capacidade e custo de *enforcement*.
3. Em relação à regulação de acesso à infraestrutura de movimentação e transportes de combustíveis (líquido ou não), a estrutura regulatória atual no mercado de combustíveis garante que o direito inicial de transporte é do seu proprietário. É este que tem a prioridade

¹ Versão consolidando contribuição original e esclarecimentos orais e escritos enviados no âmbito da Agenda 21.

de uso da infraestrutura, com uma previsão legal de oferta dessa infraestrutura em caso de “ociosidade”². Na prática, salvo casos extremos, a forma de aplicação do conceito de “ociosidade” pode ser entendida como “interesse comercial”, já que cabe ao próprio agente proprietário da infraestrutura definir (i) as regras de contratação; (ii) os critérios e margens operacionais; (iii) a implementação da operação; e (iv) as análises de ociosidade com base nesses critérios e nas próprias previsões de demanda (que podem contemplar 100% do mercado).

4. Na prática, o sistema regulatório existente no segmento de combustíveis leva a que haja um incentivo substancial para que agentes verticalizados façam investimentos nessa atividade, registrando ganhos tanto na atividade de transporte como nos mercados a montante e/ou a jusante por ele controlados. Tal percepção é ainda mais óbvia considerando-se o ponto de partida (situação inicial) do mercado de combustíveis no país, marcado por um histórico de monopólio legal que criou uma assimetria muito grande entre a Petrobras e quaisquer de seus concorrentes. De fato, para parte das obras necessárias, apenas a Petrobras historicamente tinha volumes ou escala operacional e financeira para conduzir investimentos em infraestrutura no setor.
5. Neste contexto, qualquer alteração da regulação deverá levar em conta: (a) o incentivo dos agentes a investir; e (b) o incentivo (a capacidade) de gerar concorrência nesse mercado. E passa necessariamente pela discussão sobre o direito inicial de uso da infraestrutura – se é do proprietário ou é do mercado.
6. Ferres Economia, por solicitação da Gran Petro, vem, respeitosamente, formalizar sua opinião a esse respeito, já externada em reunião com os membros da comissão. Em apertada síntese, entendemos que:
 - a. Deveria haver uma mudança do direito inicial de uso (que não se confunde com o direito à propriedade), que por definição seria do mercado; e
 - b. Deveria haver uma regulação no sentido contrário, excetuando os direitos iniciais de uso para preservar os incentivos adequados à propriedade.

² 4 Lei nº. 9.478 de 1997, art. 58, §§ 1º e 2º.

7. Em termos práticos, a regulação deveria³:
- a. Revisar o **alcance da regulação**:
 - i. Definir que as infraestruturas de transporte e armazenamento serão considerados mercados relevantes segregados da atividade fim (por exemplo, distribuição de combustíveis);
 - ii. Criar o conceito de ativo concorrencialmente relevante para dutos, tanques e terminais, assim declarado pelo Regulador (ANP, Antaq ou ANAC) se atendesse a qualquer um dos três critérios abaixo⁴:
 1. Tal infraestrutura é o único ativo disponível para atendimento nos respectivos mercados a montante ou a jusante;
 2. Ativo é compartilhado por diferentes *players* concorrentes entre si a montante ou a jusante; ou

³ Várias das regras já existem e não requerem mudanças regulatórias. Entretanto, mantivemos aqui para que o conjunto operacional da regra aqui proposta seja compreensível.

⁴ Há diversos paralelos regulatórios para a definição de infraestruturas especiais importantes, independentemente de discussões sobre constituírem-se *essential facilities*:

- a) na regulação financeira, tem-se o conceito de "infraestrutura sistemicamente importante" (SIFI ou S-FMI, em inglês; vide <https://www.bis.org/cpmi/publ/d101a.pdf> ou <https://www.bis.org/cpmi/publ/d43.htm>, por exemplo);
- b) ainda no campo financeiro, o acesso aos esquemas de pagamento de grandes bandeiras (Visa, Mastercard, etc, consideradas como ativos com mais de R\$ 20 bilhões em movimentações anuais) foi obrigatoriamente restrito ao modelo "aberto" pelo Banco Central do Brasil, como forma de incentivar a competição em todas as suas dimensões (vide Res. BCB n. 3.682/2013, modificada pela Circular Bacen/DC n. 3765/2015, art. 15, § 2º);
- c) a regulação de aeroportos da Comissão Europeia faz paralelo similar ao criar a figura de ativos centralizados e de aeroportos sistemicamente importantes (por exemplo, "The Member State shall ensure, that the management of the centralised infrastructure is transparent and objective and that the access is non discriminatory for all airport users.", Study on the Impact of Directive 96/67/EC on Ground Handling Services 32);
- d) a própria ANAC possui regra para aeroportos sistemicamente importantes, mas não estende o conceito para infraestruturas específicas, que é a sugestão neste aspecto;
- e) a ANP faz uma separação de dutos em dois níveis de importância sistêmica (dutos de transporte e dutos de transferência), com regras de acesso distintas entre si; e
- f) a regulação inglesa de ferrovias (operada pelo ORR) também usa o conceito de infraestruturas sistemicamente importantes para concorrência.

Note que nenhuma regulação usa o conceito de *essential facility*, que é etéreo, usualmente muito distorcido e abre espaço para infinita discussão no judiciário. E fazem isso porque no âmbito de regulação não é necessário fazer uso desse conceito, já que a regra está sendo definida ex-ante (regulação por definição é mudança de direitos iniciais e deveres dos agentes, e boa regulação é a que desenha esse modelo de modo a moldar incentivos adequados dinamicamente). O conceito de *essential facility* pode ser importante no âmbito concorrencial, em que a intervenção é ex-post e, por conseguinte, precisa haver um conceito geral para justificar quando intervir e quando não, mas na visão destes autores, ele vem sendo superestimado (é somente uma das situações no qual se permite a intervenção e não a única).

(obs: trecho constante em email encaminhado para esclarecimentos)

3. Ativo possui vantagem de custos significativa em relação aos demais ativos concorrentes disponíveis.
 - iii. Instrumentalizar por meio de declaração da Agência a relação de ativos concorrencialmente relevantes;
 - iv. Rever dentre os dutos de transferência e os ativos de movimentação e armazenamento (tanques, terminais, etc), quais possuem papel concorrencialmente relevante e devem assim ser declarados⁵.
- b. Criar a **separação funcional de ativos**:
- i. Obrigação de separação funcional para ativos de transporte e armazenamento controlados por agentes (grupos econômicos) com interesses em mercados a montante ou a jusante do respectivo ativo, obrigando que sua operação seja realizada por CNPJ separado, com contabilidade segregada;
 - ii. Estabelecer obrigação de declaração de capacidade existente para os ativos segregados, bem como para volumes relacionados à eventual ampliação ou desgargalamento;
 - iii. Para ativos sob concessão da União (aqueles estruturados em área pública ou realizados sob concessão do Estado), estabelecer:
 1. previsão de reversibilidade integral dos ativos ao final do contrato (incluindo benfeitorias constituídas); e
 2. obrigação de publicidade de investimentos, amortizações e custos operacionais.
- c. Definir **regras de governança**: todos os ativos concorrencialmente relevantes deverão submeter:
- i. **plano de negócios e regulamento de operação** para homologação pela agência reguladora. A agência reguladora responsável observará diversos critérios para aprovar o regulamento da infraestrutura, como:

⁵ Adicionalmente, converter em dutos de transporte todos os dutos de transferência que sejam concorrencialmente relevantes.

1. independência da gestão (quando feita por agente verticalmente relacionado), incluindo mandato dos administradores perante os controladores e Agência responsável,
 2. transparência de informações⁶;
 3. adequação concorrencial das regras de acesso;
 4. proporcionalidade das regras de operação e segurança;
 5. gerenciamento de riscos financeiros e gestão de contratos⁷;
 6. apresentação de regras de interconexão e priorização logística;
e
 7. critérios para gerenciamento de casos omissos e conflitos.
- ii. **planos para viabilizar investimentos adicionais** em desgargalamentos se demandas adicionais à capacidade existente forem apresentadas por terceiros
 - iii. **Penalidades contratuais mínimas** em caso de clientes com contratação acima do volume efetivamente transportado, incluindo perda do volume contratado não transportado se houver demandas de terceiros não contempladas
- d. No ato de autorização de um novo ativo, definir **capacidade e alcance do ativo**:
 - i. estabelecer a necessidade de declaração de capacidade do ativo;
 - ii. que a Agência avalie se o ativo atende a demanda do mercado relevante (geográfico) a que se propõe ou apenas parcela deste.
 - e. **Separar direto de propriedade e direito de uso**. Não se altera o direito de propriedade, nem atual nem futuro, quando este existir⁸. Mas relativiza-se o direito de uso.

⁶ Obrigação de publicidade das decisões de despacho de produtos e preços praticados na infraestrutura, para fiscalização da sociedade

⁷ Administrador deverá ter a obrigação de gestão dos prazos de contratos compatíveis com o risco do investimento, estrutura de depreciação e perda de preferência do controlador

⁸ Não é válido para ativos de controle da União: bens reversíveis já amortizados.

f. **Direito de uso:** para ativos declarados concorrencialmente relevantes pelas autoridades, definir:

i. Ativos novos (novos investimentos):

1. se a capacidade do ativo é substancialmente inferior à demanda, conforme item c.ii acima, estabelece-se um período de preferência (digamos 10 anos de operação ou 15 anos do pedido de construção à Agência⁹) de uso do proprietário para recuperação do investimento (equivalente a uma patente) e depois abre-se um percentual da capacidade a outros interessados;
2. se o ativo atende a demanda do respectivo mercado, direito de uso é limitado a 70%-80% do ativo, obrigando-se:
 - a. a oferta da parcela suplementar a esse percentual para contratação por agentes não verticalizados pelo período definido, via chamada pública; e
 - b. a oferta de eventual capacidade ociosa do ativo, para além do percentual do item d.i.2.a acima;
3. Em todos os casos, o proprietário poderá contratar o volume adicional disponibilizado se não houver interesse por terceiros;
4. Passado o período de preferência, todo o volume ofertado se daria por chamamento público, concorrendo o proprietário do ativo e os terceiros em igualdade de condições por essa capacidade.

ii. Para um ativo existente:

1. Direito de uso do proprietário limitado à parcela não amortizada do ativo, com máximo de 70%-80% do ativo. A parcela sem direito de preferência seria definida como proporção do tempo

⁹ A vantagem de definir no início da construção e não no início da operação é que evita-se situações de solicitações apenas para criar barreiras estratégicas à investimentos concorrentes.

de vida do ativo em relação ao período de 10-15 anos acima definido. Para ativos com mais de 10-15 anos, direito de preferência do proprietário se extingue.

2. Definida a proporção de oferta sem direito de preferência, o agente independente que gerencia o ativo se obriga:
 - a. a oferta da parcela suplementar a esse percentual para contratação por agentes não verticalizados pelo período definido, via chamada pública; e
 - b. a oferta de eventual capacidade ociosa do ativo, para além do percentual do item d.i.2.a acima;
 3. Para um ativo existente já amortizado mas com investimentos adicionais do proprietário (desgargalamentos/ampliações):
 - a. Tem-se a declaração de capacidade adicional junto à Agência da infraestrutura; e
 - b. Aplicação das regras de ativo novo para a parcela de volume adicional, conforme direitos do agente investidor.
- g. **Regra de ociosidade:** revisão da aplicação da regra de ociosidade, excluindo volumes de clientes que já transitavam previamente pela infraestrutura (migração de clientes, por exemplo). Demandas que envolvam migração de clientes de um agente usuário da infraestrutura para outro pleiteante estariam isentos dessa análise, cabendo ao operador da infraestrutura proceder com o acesso
- h. **Concessões:** para ativos que requerem concessão pública (aeroportos, portos, etc), estabelecer para as novas rodadas:
 - i. a obrigação de que o operador não seja agente verticalmente relacionado (a montante ou a jusante) com o mercado (separação operacional via patrimônio);



- ii. obrigações de independência de gestão, com deveres para com o regulador;
- iii. obrigação de reversibilidade integral do ativo, em condições operacionais plenas e com obrigação de manutenção da operação em período de transição;
- iv. obrigação de que os contratos vigentes de uso da infraestrutura por terceiros não extrapolem o período de concessão, mas observem as regras de transição
- v. Permitir que grupos econômicos com interesses verticais possam investir, não sendo operador, do ativo, desde que as regras de operação e governança sejam homologadas pela Agência para evitar conflito de interesses. Idealmente, que os ativos sejam constituídos como Sociedades Anônimas, com participação desses agentes limitada as ações preferenciais.
 - 1. As regras acima valem para renovações dos contratos, sendo que para primeiros contratos (novos investimentos) vale a regra de direito de uso acima definida.
- i. **Compartilhamento de ativos:**
 - i. Ativos concorrencialmente relevantes compartilhados por agentes com interesses a montante ou a jusante devem adotar infraestrutura concorrencialmente neutra, isto é, com previsão de direito de acesso pleno por terceiros para uso da infraestrutura. Tal processo requer:
 - 1. Submissão das regras de acesso e operação à Autoridade competente (ANAC, ANP, Antaq) e ao público pelos agentes para homologação por esta;
 - 2. Submissão das regras de expansão do ativo em caso de falta de capacidade instalada, com direitos e condições comerciais idênticas para novos entrantes;

3. Homologação após avaliação das regras concorrenciais pela Agencia, com autorização de operação sujeita à aplicação dessas regras
 4. Custeio de investimento proporcional entre as partes
 5. Regra de ociosidade revista, conforme proposta acima
8. Essas regras tem razões lógicas:
- a. Ao rever a estrutura de direitos iniciais, separando o direito patrimonial do direito de uso, resolve-se o problema de acesso sem ferir os direitos patrimoniais dos agentes que investiram na infraestrutura.
 - b. Os incentivos para investimento pelos detentores do ativo permanecem em quatro níveis:
 - i. Integralmente para agentes não verticalmente relacionados;
 - ii. Integralmente (inclusive com direitos de uso) para agentes relacionados verticalmente em caso de novos investimentos (novos ativos ou expansões), por um período definido;
 - iii. Integralmente (inclusive com direito de uso), mas proporcionalmente limitados, para agentes verticalmente relacionados em caso de novos investimentos que se constituam monopólios, por um período definido;
 - e
 - iv. Patrimonialmente, para parcela dos ativos já depreciados.
 - c. As propostas de separação funcional de ativos e regras de governança com homologação pela respectiva Agencia visam tornar a gestão dos ativos mais independente, limitando conflitos de interesse especialmente na definição de regras de acesso e na operacionalização dos despachos. Ademais, ao definir publicamente os regulamentos, torna mais transparente os critérios de fiscalização e faz com que os agentes declarem suas regras, reduzindo a judicialização de conflitos. O uso das experiências da CVM e Susep para

- obrigações estatutárias com o agente público e do Banco Central com regulamentos de infraestrutura é bastante bem sucedida nesse aspecto.
- d. Revisão da forma de aplicação das regras de ociosidade e para compartilhamento de ativos visam diminuir os incentivos a condutas concorrencialmente excludentes no mercado, incentivando a entrada e permitindo que ativos compartilhados tenham como regra seu livre acesso – e não o contrário.
- e. Revisão da regra para ativos sob concessões, com separação do operador inclusive patrimonial nas renovações desses contratos incentiva que se criem empresas de operação logística dedicadas a isto. Ademais, ao separar o operador, permite-se que gradualmente se criem regras (regule-se) a operação logística em si, aumentando a eficiência da interoperabilidade do sistema. Essa estratégia é uma alternativa mais branda a uma eventual criação de um ONS para o setor de combustíveis, mas não invalida esse caminho se assim se entender necessário.
9. Como regra geral, não se alteram os incentivos econômicos de investimentos novos – a valor presente, os ativos teriam praticamente o mesmo valor – mas retira-se do contexto eventuais ganhos relacionados a atividades verticalmente relacionadas fora de um horizonte de “direito de patente”. E aplicam-se as regras mais restritas apenas a ativos em que os sócios tem interesse vertical, tornando a regulação menos custosa para agentes independentes e criando espaço para a venda de ativos e para a especialização na gestão dessas infraestruturas por agentes com específico *know how*.¹⁰

¹⁰ Em definitiva, para a proposta de ativos concorrencialmente relevantes, a) mesclamos a ideia de separação de ativos por importância concorrencial (conforme os exemplos acima); b) definimos critérios para essa definição que combinam i. advocacia da concorrência (os critérios sugeridos partem da análise de jurisprudências do CADE e de outros países), ii. a ideia de infraestrutura centralizada da Comissão Europeia (nós evoluímos para compartilhada para viabilizar incentivos dinâmicos adequados e a ideia de barreira estratégica à entrada) e iii. o conceito de importância sistêmica (nos moldes das S-FIM); c) atribuímos à autoridade competente a definição de ativo concorrencialmente relevante - de modo que não fique um conceito vago, como *essential facility*, d) propusemos que para esses ativos se separem os direitos de propriedade e de uso - de modo que não se ingresse em uma discussão constitucional de propriedade privada, etc (a CF88 não envolve direito de uso, mas apenas de propriedade, conforme atestam os vários exemplos acima, inclusive no Brasil); e) sugerimos que o direito de uso seja regido por regulamento, deixando que a autoridade aponte as falhas do regulamento de cada infraestrutura no processo de aprovação - seguindo os moldes da regulação financeira (isso limita muito a judicialização e torna a regulação mais dinâmica); e f) permitimos que os incentivos à investimentos, geralmente superdimensionados nessas discussões,

10. Ficamos a disposição para maiores esclarecimentos nos pontos ou aperfeiçoamentos da proposta. Buscamos estruturar o documento da maneira mais direta possível, contemplando inclusive uma proposta que lidasse com a estrutura atualmente existente e os conflitos patrimoniais que uma mexida dessa ordem implicaria.

* * * * *

mas existentes, sejam tratados nos mesmo moldes que se faz com bens não rivais (patentes) - de modo a esvaziar essa discussão. Finalmente, incluímos a obrigação de licitar ativos públicos já construídos (nova licitação, renovação de contrato) apenas a operadores independentes, criando uma especialização no mercado de infraestrutura que gera ganhos de produtividade no longo prazo e maior concorrência.

(obs: trecho constante em email encaminhado para esclarecimentos)