

ANEXO - QUESTIONÁRIO

Instituição:	FECOMBUSTÍVEIS - Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes
Responsável pelas respostas:	Paulo Miranda Soares
Telefone:	(21) 97634.3009
E-mail:	pms@fecombustiveis.org.br

1. Do ponto de vista do seu segmento, que cuidados devem ser tomados ou que diretrizes devem ser observadas para a promoção da livre concorrência no setor?

- *Introdução:*
 - a) a Fecombustíveis apoia a iniciativa do MME, porém entende que a problemática exige tratamento diverso. Se a finalidade da mudança regulatória é, em última análise, promover liberdade econômica e garantir segurança energética através de um sistema de abastecimento que ofereça produtos que atendam à vasta demanda com quantidade e qualidade, sob preços acessíveis, há fundadas razões jurídicas e econômicas indicando que tais proposições não serão eficazes;
 - b) Na atual configuração do mercado, frise-se que a margem média agregada da revenda atacadista/varejista representa o menor fator de impacto na formação dos preços finais ao longo da cadeia econômica dos combustíveis¹;
 - c) O principal encargo sobre os preços dos combustíveis no país é a elevada carga tributária (ICMS, PIS/COFINS e CIDE), em torno de: 44% do valor da gasolina; 26% do valor do etanol; e 23% do valor do diesel (Média Brasil, junho/2019)²;
 - d) O segundo fator relevante é a concentração de mercado nas etapas anteriores da cadeia, logo a prioridade é promover a efetiva liberdade no *upstream*, por exemplo estimulando a entrada de novos agentes, e a regulação dos deletérios efeitos da concentração no elo da distribuição, criando mecanismos de combate a recorrentes práticas anticompetitivas em detrimento das vendas atacadista/varejista e do consumidor final. A respeito, ressalta-se que está sob exame do CADE a ocorrência, em tese, de assimetrias de transmissão de preços apuradas pela ANP (vide Notas Técnicas ANP 02/19 e 06/19), bem como sob a tutela judicial a questão da abusividade dos contratos entre distribuidoras e postos, tema esse objeto de inúmeras ações judiciais individuais e coletivas promovidas pelas partes e pelo Ministério Público Federal, que em síntese discutem o desequilíbrio das obrigações entre as partes e a previsão de desproporcionais cláusulas de rescisão, impossibilitando a autonomia da vontade pelos postos;
 - e) A revenda constitui o único elo em que há competição entre um universo maior de agentes, cujas condições, contudo, demandam aperfeiçoamento, em especial no combate à concorrência desleal, exigindo, portanto, forte ação estatal;

¹ Para mais informações, vide: <<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/composicao-e-estruturas-de-formacao-dos-precos>>.

² Detalhamento da carga por estados-membros, vide: <<http://www.fecombustiveis.org.br/revendedor/tributacao/>>.

- f) Visando favorecer novos modelos de negócios e arranjos societários, a Res. CNPE nº 12/19 denota ampliar o foco das propostas apresentadas pela ANP no âmbito das TPC's nº 03 (verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis) e nº 04 (tutela regulatória da fidelidade à bandeira), que já haviam sido alvo de clara oposição por parte de diversos setores, em especial dos agentes diretamente afetados: distribuição e revenda atacadista/varejista. Por outro lado, a Res. CNPE nº 12/19 aborda a questão da verticalização de forma genérica – pelo menos não usa tal termo –, ensejando dúvidas a respeito de quais serão os seus contornos, em especial se sua idealização seguirá a proposta inicial da ANP (modelo *top-down*, permitindo a atuação de distribuidoras na revenda atacadista/varejista, suscitando a emergência de novos agentes como o *jobber* (existente nos Estados Unidos, por exemplo), porém vedando à revenda atacadista/varejista as mesmas prerrogativas garantidas à distribuição, como é o caso da compra de produtos diretamente dos produtores), que continuará dependente das distribuidoras.
- g) Logo alterar o marco regulatório para aprovar medidas impactantes como é o caso da verticalização de sentido único (*top-down*), sem corrigir as apontadas falhas de mercado, significa expor o elo da revenda atacadista/varejista a uma situação de desequilibrada competição com a distribuição.
- *Desenvolvimento:*
- a) A regulação exercida pela ANP está alicerçada em fundamentos jurídicos, dentre os quais se destacam as diretrizes da Lei 9.478/1997, que faz nítida distinção entre as atividades de distribuição e revenda (art. 6º, XX e XXI). Do ponto de vista econômico, o papel da regulação é corrigir falhas de mercado, devendo o Estado agir de modo útil e proporcional, quando o mercado for incapaz de saná-las.
- b) A restrição à verticalização nos segmentos de distribuição e revenda tem claro propósito: evitar o exercício de poder econômico dos segmentos à montante da cadeia de circulação sobre o mercado de varejo. Quando da edição da Lei 9.478/1997 e da Portaria ANP 116/2000, constatava-se que o mercado de refino e de distribuição era excessivamente concentrado e que o mercado de revenda era desconcentrado. A fim de preservar a estrutura de mercado desconcentrado na revenda foi então introduzida a norma regulatória que proíbe a verticalização. Tal regra decorre de um fato econômico (monopólio do *upstream* e oligopólio de distribuição) e da necessidade e utilidade de preservar a livre concorrência no varejo, repita-se o único segmento não concentrando do setor. Logo, a vedação à verticalização não se trata de norma arbitrária e tampouco de furto de captura da ANP pelos agentes regulados. Na realidade, a não verticalização justifica-se diante da estrutura concentrada dos mercados à montante do varejo e funciona como mecanismo de preservação de concorrência e não de sua limitação.
- c) Para a alteração de um padrão regulatório construído para corrigir ou minimizar uma falha de mercado é necessário identificar se a falha foi sanada pelo próprio mercado ou se há outros meios mais eficazes para minimizar as perdas de bem-estar causadas por tal falha. No caso em tela, verifica-se que alta concentração presente à época da introdução da norma persiste de forma intensa, afinal há apenas três grandes distribuidoras atuando no mercado.

d) A constatação de que o mercado de distribuição é atualmente um oligopólio pouco competitivo foi atestada pelo CADE (AC Nº 08700.006444/2016-49) e por pareceres da Tendências Consultoria e da G.O. Associados, cujas análises levam a concluir que a verticalização não geraria benefícios adicionais significativos aos já obtidos por meio das transações pautadas por contratos de exclusividade. Por outro lado, identifica-se quanto a práticas horizontais no segmento de venda a varejo de combustíveis (dos postos de propriedade de distribuidoras em relação aos postos de bandeira branca e das pequenas distribuidoras) e na distribuição (das grandes diante das pequenas). Ademais, diante da presente configuração do abastecimento, que apresenta claro monopólio no refino e consistente oligopólio na distribuição, a permissão de verticalização tende a eliminar a revenda, sem redução dos custos de transação;

e) A experiência internacional, em países desenvolvidos e em desenvolvimento com condições análogas às brasileiras, revela que o resultado da verticalização foi o inverso do esperado: grande concentração de mercado e alta dos preços.

- *Conclusão:*

a) Para revogar a restrição à verticalização seria essencial, prioritariamente, corrigir de fato as citadas falhas de mercado, isto é, garantir a inexistência de um elevado nível de concentração nos mercados à jusante e que, sendo tais mercados competitivos a rivalidade seria ampliada (ou, no limite preservada) quando do ingresso dos novos players no mercado à jusante. Contudo, é notório que o mercado de distribuição consiste em oligopólio com franja pouco competitiva. Portanto, a proibição de verticalização continua sendo a medida que melhor resguarda o regular funcionamento do mercado e o bem-estar do consumidor.

b) Nesse sentido, ainda que mantida a atual configuração do abastecimento, é indispensável que seja eliminada a possibilidade de abuso de poder de mercado na relação entre distribuidoras e postos, por meio da inserção de razoável “cláusula de saída” em contratos de exclusividade, a fim de que o posto tenha de fato autonomia para rescindi-lo quando o seu cumprimento não se mostrar viável economicamente, por exemplo na situação em que não lhe é garantida pela distribuidora condição para competir em sua área de influência. Essa medida, somada às transformações à jusante, tende a trazer à ponta da cadeia os benefícios desejados em termos de ampliação da livre concorrência.

c) Caso esse órgão decida por posição diversa, com base em indispensável exame de impacto regulatório, tratando-se de drástica mudança que atingirá a todos, a fim de evitar uma saída de players menores do mercado, reduzindo a competição e as opções do consumidor final, requer sejam previstos mecanismos a fim de controlar os efeitos negativos dessa opção, tanto em relação a práticas verticais restritivas (exercício abusivo de poder de mercado das distribuidoras em relação aos postos), quanto a práticas horizontais no segmento de venda a varejo de combustíveis (dos postos de propriedade de distribuidoras em relação aos postos de bandeira branca e das pequenas distribuidoras) e no próprio segmento de distribuição (das grandes distribuidoras em relação às pequenas). Dentre eles, é determinante a restrição do abuso poder de mercado pelas distribuidoras

verticalizadas para se obstar um mercado ainda mais concentrado, o que pode ser atenuado por meio da garantia à revenda varejista do direito de exercer, por período determinado e sob especial regramento, a opção de continuidade ou não dos contratos de exclusividade com respectivas distribuidoras (“janela de opção”), que afinal também passarão a ser suas concorrentes.

2. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à verticalização da cadeia produtiva, incluindo a participação societária, a titularidade dos ativos, entre outros fatores de relação comercial, tais como: a participação da distribuidora nas operações de revenda e a responsabilidade pela requalificação do botijão de GLP? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.

Toda esta discussão deve-se estar atrelada a necessidade de se fazer uma análise de impacto regulatória (AIR) antes de se implementar qualquer tipo de alteração normativa afim de evitar um aumento da concentração e da falta de concorrência no setor. Só a título de exemplo, basta verificar no passado os problemas (tributários, conformidades e concorrenciais) que vieram atrelados a desregulamentação do setor quando da abertura do mercado, passando dos preços controlados para preços livres.

Como apresentado pela ABRAGÁS, o moroso processo que culminou na instituição da proibição à verticalização no setor e a recente guinada decisória da ANP ao eliminar em definitivo tal regra contida no art. 36 da Res. ANP 49/16 e no art. 27 da Res. ANP 51/16, que sequer foram implementadas, deve ser analisado com cautela e adotado como um paradigma para a propagada verticalização na revenda de combustíveis, condição essa que, embora baseada em fundamentos jurídicos e econômicos com vistas ao equilíbrio das relações de mercado, passou a ser interpretada como restrição à livre concorrência.

Observação: com relação às questões que envolvam especificamente o mercado de GLP, pedimos considerar as respostas já enviadas pela ABRAGAS, entidade filiada à FECOMBUSTÍVEIS.

3. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à venda direta para a revenda varejista e os demais agentes do mercado, tais como: a comercialização direta por produtores/importadores a revendedores/TRR e a obrigatoriedade de que TRR compre apenas de distribuidores? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.

Entendemos que a venda direta de combustíveis por usinas/importadores/refinaria aos postos revendedores/TRR poderá trazer benefícios exclusivamente à grandes grupos econômicos e redes de postos/TRR com grande poder de negociação e atuação no mercado e que fiquem próximo a esses, criando ainda mais distorções mercadológicas, em total prejuízo ao pequeno empresário e estimulando a concentração na ponta da cadeia. Ao mesmo tempo, não significará reflexo de benefícios aos consumidores, pois a negociação de preços diferentes de compra não corresponde a um preço mais baixo na bomba. Ressalte-se que os pontos de produção (Usinas/Importadores/Refinarias) são concentrados em algumas regiões do país, sendo impossível que os Postos/TRR que

ficam distantes desses pontos e principalmente os pequenos acessem estes locais para a aquisição de pequenas quantidades de produto em comparação com as grandes redes. Seria até ingenuidade crer que os grandes produtores irão fazer vendas de pequenas quantidades e em longas distâncias a retalho aos postos revendedores/TRR singulares da ponta da cadeia. Reafirmamos que o ponto de estrangulamento atual é a cadeia de distribuição e sua concentração de mercado, que abusa do seu poder econômico na fixação dos preços, especialmente pela discriminação entre adquirentes.

Acrescentamos ainda que temos hoje um mercado com altos índices de sonegação fiscal, roubo de cargas, roubo de produtos em dutos, adulteração de qualidade, vendas sem NF, entre outras irregularidades que os entes públicos (Secretarias de Fazenda, ANP, Procons) não conseguem combater. Propostas de vendas diretas e diminuição de regulação somente servirão para aumentar o comércio informal e as irregularidades. No ano de 2000, 20% dos combustíveis comercializados no Brasil, segundo a própria ANP, estavam fora de conformidade. Várias empresas multinacionais (Esso, Texaco, Agip, Atlantic) deixaram o Brasil por não conseguirem competir com os irregulares.

4. Qual sua sugestão de aprimoramento regulatório para a promoção da livre concorrência no setor, a redução de custos de transação ou mitigar outros efeitos negativos sobre o preço dos combustíveis?

Promover a eliminação das graves falhas de mercado que afetam todo o abastecimento, existentes à jusante do segmento da revenda varejista e atacadista de combustíveis. Conforme mencionado no item 1, para que a competição fosse igualitária entre os agentes econômicos da revenda e, ainda, fosse evitado o abuso econômico decorrente do contrato de exclusividade/"embandeiramento", a política e a fixação de preços da distribuidora deveria ser linear e transparente, com a existência de uma política de preços para compra em determinada base, sem discriminação pelas distribuidoras de revendedores que se encontram na mesma condição. Apenas a verticalização não modificará este quadro, pelo contrário, fortalecerá ainda mais as distribuidoras que poderão operar postos próprios, e obviamente os beneficiar em detrimento dos demais.

5. Em que medida o modelo de certificação e a propriedade do botijão de GLP dificulta a sua atuação no mercado, tais como: aumento de custos operacionais e de investimento; e a cobrança inicial pelo uso do botijão (recipiente)? Quais alternativas você sugere para minimizar tais dificuldades?

Pedimos considerar as considerações relatadas pela ABRAGÁS.

6. Existem alternativas comerciais ao material usado para confecção dos recipientes transportáveis de GLP, com potencial redução de custos operacionais e logísticos?

Pedimos considerar as considerações relatadas pela ABRAGÁS.

7. Quais medidas poderiam ser adotadas para combater as revendas clandestinas de GLP?

Pedimos considerar as considerações relatadas pela ABRAGÁS.

8. Outras alternativas de comercialização de GLP poderiam beneficiar o consumidor, tais como: a comercialização em menores quantidades, a não exclusividade de marca e a não cobrança inicial pelo botijão (recipiente)?

Pedimos considerar as considerações relatadas pela ABRAGÁS.

9. O acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos) dificulta sua atuação no mercado? Houve alguma negativa de acesso? Por quê? Caso nunca tenha tentado obter acesso, quais os motivos?

O aperfeiçoamento nos elos anteriores da cadeia tende a aprimorar a competição na revenda varejista de combustíveis.

Deveria se aplicar, no que couber, as mesmas normas existentes no mercado de energia elétrica, tanto na transmissão como na comercialização de energia.

10. Quais os ativos de infraestrutura precisam ter acesso aprimorado para importação e movimentação de combustíveis? Quais novas áreas precisam ser desenvolvidas? Qual sua sugestão para aprimoramento regulatório do acesso à infraestrutura?

As atuais bases de distribuição que se localizam em áreas portuárias, são na sua grande maioria licitadas há mais de 20/30 e até 40 anos, onde a sua expansão não acontece à anos contribuindo para a concentração das que lá estão por todo esse tempo, não permitindo a entrada de novas empresas para competir na distribuição e, conseqüente, movimentação de derivados. As bases de distribuição em alguns locais, como Belém, apesar de licitadas recentemente, não tiveram o ganho de nenhuma nova entrante, já que o consórcio já existente (formado pelas 03 distribuidoras que dominam o mercado nacional) consolidaram a permanência das áreas já existentes, assim como da área destinada a expansão. No nosso entendimento deve ser estabelecida em cada uma das áreas portuárias destinadas à movimentação de combustíveis, uma de expansão para que a participação na licitação favorecesse a entrada de novas empresas, permitindo assim uma maior competição com as que lá estão. Ademais, devem ser definidas regras sobre a obrigatoriedade do compartilhamento de infraestruturas.

11. Deve haver pleno acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos)? Quais os possíveis entraves para efetivar esse acesso? Quais as possíveis conseqüências oriundas do pleno acesso?

Aumento de bases portuárias para recebimento, estocagem e transporte de combustíveis. Aumento do acesso dos elos do segmento de combustíveis aos terminais, bases e dutos para escoar o produto.

12. Comente outros pontos que julgar pertinentes sobre possibilidades de aprimoramentos regulatórios no setor de abastecimento de combustíveis. Solicita-se ainda encaminhar estudos nacionais e internacionais ou outras referências bibliográficas para subsidiar o presente trabalho.

No que tange a outros pontos de aprimoramento e críticas à tentativa de alteração do atual mercado, já foram feitos estudos especializados quando das Tomadas Públicas de Contribuições realizadas pela Agência Nacional de Petróleo.

Estamos enviando em anexo os seguintes estudos técnicos utilizados pela Fecombustíveis em manifestação às TPC's 03 e 04/2018 da ANP:

- ⇒ IMPACTO DA ENTRADA DE DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS NO SEGMENTO DE REVENDA VAREJISTA - Tendências Consultoria Integrada – nov/2018 (Anexo 1)
- ⇒ PARECER SOBRE OS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DA DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL – G.O. Associados – nov/2018 (Anexo 2)

Recomendamos leitura do estudo abaixo, cujo objetivo foi de entender uma possível entrada da Petrobras no mercado de retail Norte Americano, o que proporciona bom entendimento sobre aquele mercado:

- ⇒ http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4194/RAFAELA_2.pdf;jsessionid=235CFD2616A23C22B8BE5D133EAFD831?sequence=3

Recomendamos ainda a leitura do artigo constante na publicação do Jornal “Correio Popular” de Campinas, 09/06/2019, sob o título “ATENÇÃO CONSUMIDOR – VOCÊ PRECISA SABER!” e ainda editorial “Mudança no marco legal” da “Revista RECAP”:

- ⇒ https://recap.org.br/pdf/namidia/recap_jornal-correio-popular_4semana.pdf
- ⇒ Mudança no marco legal (Anexo 3)

Outra situação que merece registro, países que permitiram a verticalização hoje sofrem com a concentração na revenda e preços elevados como exemplo podemos citar o Chile, conforme notícia abaixo:

- ⇒ <https://radio.uchile.cl/2017/05/27/fne-investiga-mercado-de-combustibles-por-posible-monopolio-comercial/>

Há, no entanto e, por fim, argumentos a serem tecidos nesta oportunidade, no plano jurídico normativo, que embasam e reiteram a inviabilidade da implementação da abertura de mercado com a verticalização do setor. Os embasamentos normativos legais

e infralegais apontam para a vedação peremptória da venda direta de combustíveis e derivados.

A vedação tem amparo constitucional, porque decorre de um conjunto de normas constitucionais. Com efeito, da mera leitura da lei, encontram-se expressões conceituais paradigmáticas: “distribuição por atacado”¹, e “revenda varejista”² definidas art. 6º da Lei 9.478/98 que trata da política energética nacional e institui o CNPE e a ANP, cujo comando normativo decorre diretamente da previsão constitucional consagrada no art. 238 da Constituição da República Federativa do Brasil, CRFB/88³.

No atual modelo regulatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei federal 9.478/1997 estabeleceu critérios de organização e regulação das atividades econômicas privadas relativas ao petróleo e seus derivados, em decorrência das normas constitucionais de eficácia contida previstas no art. 174, caput e 177, 2º, III, ambos da CRFB/88⁴.

Em razão desse cenário regulatório amparado pela Constituição, a ANP tem poderes para promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, nos termos do art. 8º da lei federal.

No âmbito infralegal definido pela Agência Nacional do Petróleo, há inúmeras vedações expressas a todo tipo de verticalização, definidas nos artigos 8, inc IX e 26 §1º§2º da Resolução 41/13, bem como art. 33 da Resolução 33/14.

Por todo o exposto, não há dúvidas a respeito das consequências nefastas à toda sociedade brasileira, caso seja implementada uma nova diretriz político-econômica de permissão da verticalização do setor de combustíveis. De fato, o perigo iminente de dominação total e absoluta pelas grandes distribuidoras de combustíveis acarretará, indubitavelmente, graves prejuízos aos consumidores, não sendo esta, a medida correta para corrigir os problemas do setor.

¹ Art. 6º, XX. Distribuição: atividade de *comercialização por atacado* com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

² Art. 6º, XXI. Revenda: atividade de *venda a varejo* de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis.

³ Art. 238 da CRFB/88: A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

⁴ Art. 174, CRFB/88: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” e parágrafos 1º e 2º, inciso III, do art. 177: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: Inciso III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.” (CRFB/88).