

**QUESTIONÁRIO DO ABASTECE BRASIL/MME (ART. 2º DA RESOLUÇÃO CNPE
12/2019)**

Instituição:	Departamento de Direito Comercial da USP
Responsável pelas respostas:	Prof. Dr. Vinicius Marques de Carvalho
Telefone:	
Email:	viniciusmca@usp.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?

Presenciamos atualmente uma série de propostas de mudanças normativas no setor de combustíveis. Trata-se do período pós-greve dos caminhoneiros (maio de 2018), que pode ser chamado de um período de “choque regulatório” em razão da permanente pauta de reformas que vem sendo colocada pelo governo federal desde aquele evento. É certo, por um lado, que isso representa uma oportunidade única para o endereçamento de gargalos estruturais do setor. Porém, por outro lado, para que os resultados de tal movimento sejam frutíferos, é necessário que ele não seja apenas uma profusão de normas difusas, desconectadas e temerárias. Isso só faria aumentar a insegurança jurídica e a paralisação de investimentos no setor, além de poder até mesmo elevar os custos da regulação atual, obtendo resultados opostos ao esperado.

Com efeito, observa-se que medidas como (i) venda direta de etanol pelo produtor para a revenda varejista, (ii) flexibilização das normas que regulam as atividades dos TRRs, (iii) fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira e autorização da verticalização no setor, são propostas, que em larga medida, não parecem atacar os gargalos mais críticos de competição, eficiência e custo. Para tanto, seria necessário promover, sobretudo: **(1) a abertura bem-desenhada do refino e um substancial incremento da infraestrutura de importação; (2) a reorganização da estrutura tributária; (3) uma política estável e previsível de livre precificação em regime de paridade internacional; (4) estímulos à investimentos em infraestrutura e (5) o combate a fraudes e à evasão fiscal¹.**

¹A análise das questões prioritárias do setor de combustíveis foi apresentada em MARQUES DE CARVALHO, V.; SANT’ANA, D. Choque regulatório e concorrência no mercado de combustíveis: Passo correto é

As etapas de refino e tributação, vale lembrar, são responsáveis por quase 90% do preço dos combustíveis, de modo que é muito difícil imaginar qualquer redução substantiva de preços ao consumidor que não decorra de proposições robustas para a reconfiguração desses dois elementos.

Para além disso, percebe-se, infelizmente, que as alterações propostas mais recentemente – incluindo as mais drásticas – não vêm sendo acompanhadas dos necessários estudos e análises de impacto regulatório (AIR) que seriam fundamentais para seu sucesso. É o caso, por exemplo, das propostas da venda direta de etanol e do fim da tutela regulatória da bandeira de distribuição. De um ponto de vista de qualidade da regulação, *accountability* e segurança jurídica, isso pode ser muito negativo para o setor como um todo. Considerando, sobretudo, que a cadeia de combustíveis necessariamente opera com forte apoio na baliza regulatória, a observação de tais parâmetros é condição necessária para a eficácia da norma e a efetiva consecução de seus objetivos.

Nesse sentido, a formulação adequada de projetos de reforma regulatória pressupõe um planejamento prévio mais extensivo, com grande participação dos agentes de mercado e a elaboração de estudos aprofundados. Com efeito, é preciso que tal preparação seja capaz de propiciar: uma investigação detalhada do cenário vigente; uma enunciação explícita e bem definida dos objetivos a serem perseguidos com cada dispositivo normativo; a identificação dos impactos setoriais possivelmente decorrentes; uma análise global dos benefícios e custos líquidos; e uma ponderação analítica de medidas alternativas, bem como a justificativa para sua rejeição no caso concreto, trazendo-se um cotejamento das vantagens e desvantagens de cada proposição – incluindo a proposição de não alteração do estado atual de coisas.

Mais especificamente, seguindo as boas práticas de reformas, propostas de alteração do marco regulatório devem ser realizadas considerando, pelo menos, as seguintes diretrizes:

- (i) A edição de novas normas regulatórias necessita estar aderente às pautas definidas no plano estratégico da entidade reguladora, consoante o disposto nos artigos 17 a 21 da Lei nº 13.848/2019, visando à previsibilidade na regulação;

- (ii) É fundamental a elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) ou, ao menos, de demonstrações empiricamente fundamentadas de que as medidas propostas têm o potencial de gerar impacto global positivo sobre o mercado e os consumidores, medida que angaria mais confiança e apoio dos agentes econômicos;
- (iii) Tendo em vista o elevado custo de mudança e a existência de gargalos profundos a serem ainda sanados no setor, os esforços devem ser direcionados a medidas que possam gerar impacto estrutural e em escala. Vale dizer, deve-se evitar a proliferação de discussões de medidas de baixo impacto, que aumentam a insegurança jurídica e os custos de transação no setor e que, ao final, mesmo se aprovadas, teriam baixo ou nenhum impacto sobre a produtividade e o bem-estar do consumidor;
- (iv) Deve ser realizado amplo debate com o setor, ouvindo-se consumidores de variados tipos e empresas de diversos perfis e posição na cadeia, em especial porque até mesmo as alterações pontuais podem gerar impactos não esperados, seja no elo afetado da cadeia produtiva, seja em outros elos, impactando a eficiência do setor e prejudicando o consumidor;
- (v) As autoridades governamentais precisam agir de maneira integrada e com coerência entre si, de forma a evitar que diferentes órgãos emitam normas contraditórias, gerem sobreposição de obrigações, ou realoquem inadvertidamente as demandas, gerando custos desnecessários ao Poder Público, aos agentes econômicos e ao consumidor;
- (vi) Deve ser conferido tratamento isonômico regulatório e fiscal entre os agentes econômicos, evitando a elaboração de normas direcionadas a atender empresas ou grupos específicos, fortalecendo a competição pautada nos processos de mercado, a eficiência econômica e a previsibilidade na arrecadação de tributos;
- (vii) Os impactos na segurança do abastecimento do mercado e na segurança das operações e riscos ao meio ambiente devem ser considerados, na medida em que implicarão, necessariamente, em custos adicionais; e

- (viii) As discussões devem ser realizadas em prazos razoáveis e definidos, evitando o dispêndio de recursos humanos e financeiros para acompanhamento de discussões prolongadas ou sem resultados práticos.

A deprender dos documentos produzidos e publicizados até agora, as iniciativas de análise de mudanças regulatórias propostas nas resoluções do CNPE, principalmente aquelas direcionadas aos elos *downstream* do setor, não são aderentes a tais ponderações e diretrizes. Em documentos recentes como a Nota Técnica nº 13/2019/SUREG/SEAE/SEPEC-ME², não há reporte de nenhuma AIR ou demonstração de que as propostas gerarão efeitos potencialmente positivos sobre o mercado.

Assim, por exemplo, conforme será demonstrado na questão 3 abaixo, a proposta de venda direta de etanol aos revendedores, sem passar pelo crivo de qualidade da distribuidora, deverá acarretar uma pressão maior sobre o aparato fiscalizatório da qualidade do combustível, inclusive a possível necessidade de capilarização da rede regulatória. Outras frentes de pressão se darão sobre o recolhimento de impostos e os custos de litigância judicial e fiscalização consumerista relacionadas a problemas de qualidade.

Da maneira como a proposta de alteração normativa foi colocada, desprovida de avaliações sistêmicas de impacto regulatório, estimativas de custo da nova medida são inteiramente desconhecidas. Não há nenhuma baliza sobre qual será seu verdadeiro impacto, sobre quem irá arcar com as novas frentes de pressão. Por trás dessa ausência de cautela, trata-se da ideia errônea de que é possível haver desregulação sem custo regulatório – e, portanto, de que medidas de suposta desregulação não precisam de maior aprofundamento. É evidente, no entanto, que tais custos continuarão existindo, embora seja impossível saber, sem os estudos próprios para tanto, se eles serão majorados ou minorados, ou para onde eles serão realocados. O que se pode inferir desde logo é que qualquer medida de mudança regulatória logicamente criará pressões significativas sobre outros vetores de atuação estatal.

Em um cenário de retirada de supervisão da agência reguladora aliado a desinvestimentos mal desenhados, é muito possível que condutas anticompetitivas sejam perpetradas por períodos prolongados sem nenhuma probabilidade de detecção, sobretudo quando as empresas verticalmente relacionadas delas se beneficiem em detrimento do

² Publicada em 22 de julho de 2019. Disponível em < http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/notas-tecnicas/2019/sei_me-3128169-nota-tecnica.pdf/view>

consumidor final. Ainda, mesmo se sobrevier uma condenação pelo Cade, as fraquezas inerentes ao *enforcement* brasileiro – inefetividade das multas, judicialização, entre outras – constituiriam custos regulatórios efetivos das medidas de suposta desregulação.

Isso é particularmente relevante para o objetivo central do Governo Federal de promover a competição no setor e reduzir o custo ao consumidor final. Veja-se a contradição gerada dessa forma: não é possível nem mesmo estimar se de fato haverá uma redução líquida nos custos do produto sem saber se haverá uma redução líquida de custo regulatório.

Nesse contexto, **vale destacar que a medida cogitada para endereçar o gargalo competitivo no refino é o pacote de desinvestimentos da Petrobras no refino, que poderá vir a contribuir para endereçar o primeiro item.** Apesar de a medida ser, em tese, bem-vinda, ainda será necessário observar como isso será executado. No momento, é possível apenas especular sobre seus contornos. Um alerta inicial é que o mercado pós-desinvestimento continuará concentrado em estrutura de oligopólio, com boa parte da capacidade de refino sob controle da Petrobras e um número limitado de outros empreendimentos em competição direta nas mesmas vias logísticas³. Tal cenário permite aduzir que, se houver uma retirada significativa da supervisão regulatória no setor, o trabalho de combate a condutas anticoncorrenciais do Cade será bastante sobrecarregado e até mesmo dificultado. Uma medida de acesso regulado à infraestrutura poderá aliviar pressões nesse sentido, mas sem tomar as medidas de boas práticas já aduzidas aqui, isso será altamente improvável.

Assim, sem a adequada ponderação técnica e participativa sobre tal revisão, dotada de visão global e do devido estudo de seu impacto, a probabilidade é alta de serem tomadas decisões temerárias, em prejuízo da estabilidade, eficácia e eficiência da regulação. Por isso, é imperativo adotar uma postura de cautela, endereçando primeiro os temas mais prioritários e de maior consequência, bem como recorrendo aos devidos estudos de custo e impacto.

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

³ De todo modo, o pacote ainda não parece acompanhado de medidas ou expectativas concretas para o aumento na capacidade de importação.

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.

No processo de revisão dos arranjos regulatórios e modelos de negócio do setor de combustíveis, deve-se dedicar atenção especial à análise das medidas que propõem o fim das restrições regulatórias à verticalização na cadeia produtiva.

Sob a ótica antitruste, a permissão da verticalização no setor de combustíveis líquidos é uma medida sensível com efeitos complexos, apresentando tanto elementos positivos quanto negativo, conforme destacado na tabela abaixo.

Tabela 1 – Eficiências e Riscos da Verticalização

Eficiências	Riscos
Redução do duplo <i>mark up</i>	Fechamento de mercado (por exemplo, por meio do aumento de custos a rivais)
Redução dos custos de transação (integração de custos administrativos, financeiros e relacionados a recursos humanos)	Aumento de barreiras à entrada (entrada suficiente apenas quando for simultânea na revenda e na distribuição)
Evitar condutas oportunistas entre as partes (adulteração de combustíveis e burla de arranjos de exclusividade)	Facilitação de condutas coordenadas (tanto expressa quanto tácita)
	Mesmo com autorização, distribuidoras podem decidir não se verticalizar em larga escala (custos associados à atividade de revenda; menor escala de revenda; custos de capital associados à estratégia de verticalização)

Fonte: elaboração própria

Da análise do quadro acima, verifica-se que sem a devida atuação da ANP, do Cade e demais órgãos responsáveis pela fiscalização do setor, a permissão de integração societária direta entre os diversos elos da cadeia poderia resultar em um aumento da probabilidade de utilização de práticas discriminatórias entre competidores, a criação de barreiras à entrada contra novos concorrentes e a possibilidade de coordenação entre agentes. Além disso, sem que se complete o ciclo de abertura de refino e se consolide uma política de preços que siga de forma mais aproximada o Preço de Paridade Internacional (PPI), a verticalização pode ter efeito de reduzir o número de concorrentes nos elos da distribuição e revenda. Há que se levar em conta, ainda, que a permissão de verticalização deve necessariamente ser precedida de uma reestruturação tributária, uma vez que, sob o modelo vigente, essa medida poderia ter impactos sobre a arrecadação.

Em contraposição aos riscos acima mencionados, há que se observar os possíveis efeitos positivos associados à autorização de verticalização. Assim como no caso da autorização da venda direta tratada na questão 3 *infra*, o principal argumento daqueles favoráveis à verticalização no setor é a possível redução dos preços finais em decorrência da eliminação do *mark up* duplo. No entanto, na cadeia de combustíveis, esse efeito seria bastante reduzido dado que as margens de revenda e, principalmente, da distribuição representam uma parcela reduzida dos preços finais.

Complementarmente, destacamos na presente resposta que para conciliar os efeitos positivos da integração vertical e mitigar os riscos, o modelo regulatório atual, ao mesmo tempo que veda a verticalização entre distribuição e revenda, tutela uma série de modelos contratuais que acabam reduzindo a incerteza no setor e, que, conseqüentemente evitam o problema de *hold up* de investimentos, sobretudo em função da tutela regulatória dos contratos de exclusividade.

Desse modo, **a análise sobre impacto regulatório de eventual fim da vedação à verticalização é distinta se a tutela regulatória da fidelidade à bandeira continuar existindo ou não. Por isso, as duas medidas devem, necessariamente, ser avaliadas em conjunto.**

Nesse sentido, importante ressaltar que a tutela regulatória da fidelidade à bandeira foi concebida em um contexto de grave crise do setor e teve dois objetivos centrais (i) **proteção ao consumidor**, por meio da garantia de que o combustível vendido em determinado posto será de procedência da marca da distribuidora que ostenta; (ii) **estímulo aos investimentos das distribuidoras** na construção de marcas próprias e na diferenciação de produtos e serviços prestados na rede revendedora, aprofundando os investimentos em ativos específicos, transferência de *know-how* e a infraestrutura necessária para garantir o abastecimento.

O modelo regulatório que garante a tutela regulatória da fidelidade à bandeira está associado aos seguintes benefícios:

- (i) exclusividade gera eficiências econômicas, evitando *hold-up* de investimentos;
- (ii) produz múltiplos modelos de governança no *downstream* de combustíveis, gerando efeitos positivos à concorrência e ao consumidor;

- (iii) alinha incentivos para investimentos em diferenciação e em ativos específicos, permitindo a continuidade da competição por embaeiramento;
- (iv) distribuidoras se tornam financiadoras da expansão das redes revendedoras e garantem qualidade da oferta do produto
- (v) Reduz os incentivos à adoção de condutas anticompetitivas, ao permitir diferenciação substancial de serviços e produtos

Paralelamente, há que se destacar os riscos associados ao fim da proteção regulatória da fidelidade à bandeira:

- (i) Contratos mais engessados aumentando, portanto, a intensidade da integração vertical.
 - a. Diante da ausência do *enforcement* administrativo e morosidade do Judiciário, para reduzir os custos de transação nos arranjos exclusivos, os contratos possivelmente terão padrões mais rígidos e prazos de duração prolongados.
 - b. Consequente redução da competição entre distribuidoras pelo embaeiramento.
 - c. Aumento dos custos das distribuidoras no controle de qualidade dos combustíveis.
- (ii) Maiores riscos de condutas anticompetitivas:
 - a. Riscos de colusão na revenda são elevados
 - b. Fim da imunidade antitruste, possível necessidade de notificação dos contratos de exclusividade.
- (iii) Possível elevação das barreiras à entrada na revenda com a redução dos investimentos das distribuidoras

A partir desse breve balanceamento entre os efeitos positivos e negativos da verticalização e da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, verifica-se que demonstra-se desejável a manutenção do arranjo regulatório vigente. A conciliação dos efeitos positivos das integrações verticais e a mitigação dos seus riscos permitida pela tutela regulatória da fidelidade à bandeira demonstra que a revogação da regulação vigente sobre o tema pode gerar significativos efeitos deletérios sobre o mercado.

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.

Acerca dessa questão, os pontos que se revelam como de maior importância são a autorização da venda direta de etanol pelas usinas produtoras para a rede de revenda e a flexibilização da regulação sobre as atividades dos Transportadores-Revendedores-Retalhistas⁴ (TRRs).

Desde a crise dos combustíveis gerada pela paralização dos caminhoneiros em maio de 2018, a possibilidade de que as usinas produtoras de etanol possam vender diretamente aos postos revendedores sem a necessidade do distribuidor, vedada pela regulação atual (Resolução ANP, nº 43, de 2009), foi mencionada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) no estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas-pró-concorrência” e também passou a ser objeto de amplo debate no Congresso Nacional por meio de diversas proposições de mudanças legislativas⁵.

Aqueles que defendem o fim da vedação regulatória, argumentam que a venda direta poderia ampliar a concorrência e diminuir o preço do combustível, uma vez que a margem do distribuidor seria eliminada. Contudo, a análise do impacto da implementação da venda direta deve ser feita com grande cautela, sem menosprezar os riscos que a adoção da medida pode gerar à toda cadeia de combustíveis.

O acúmulo do debate sobre o tema revela que as propostas de autorização da venda direta de combustíveis, em particular do etanol, geram, potencialmente, graves problemas sob o ponto de vista concorrencial e regulatório. Em síntese, acredita-se que ao invés da redução de preços prometida, a medida pode gerar desestruturação da cadeia tributária do setor, aumentando os riscos de evasão fiscal e perda de receitas por parte de entes federados. Além disso, a ampla autorização de venda direta pode ampliar os custos

⁴ Para fins de esclarecimento, destaca-se que TRRs são empresas devidamente autorizadas pela ANP com instalações com capacidade mínima de 45 m³ (quarenta e cinco metros cúbicos), que comercializam óleo diesel B para consumidor que adquira combustível para abastecimento direto de máquinas e veículos que possuam restrição de locomoção, dificuldades operacionais ou que estejam em locais de difícil deslocamento; ou que possuam, em seu estabelecimento, tanque com instalações aéreas ou subterrâneas para funcionamento de Ponto de Abastecimento e/ou equipamento fixo.

⁵ As propostas que trataram da medida foram: (i) o PL 10.316/2018, do Dep. Mendonça Filho (DEM/PE) (apensado ao PL 9625/2018); (ii) PDC 916/2018, do Dep. JHC (PSB/AL); (iii) PDC 955/2018, do Dep. Rogério Rosso (PSD/DF) (apensado ao PDC 916/2018); (iv) PL 268/2018, do Sen. Álvaro Dias (PODE/PR); (v) PDC 61/2018, do Sen. Otto Alencar (PSD/BA) e (vi) PLS 276/2018, do Sen. Ciro Nogueira (PP/PI).

logísticos para distribuição de combustíveis (com consequente aumento de preços), reduzir os investimentos em infraestrutura, afetar a qualidade do combustível oferecido ao consumidor e, ainda, ameaçar a viabilidade do programa RenovaBio.

Como pressuposto para uma análise adequada da implementação de medidas que autorizem a venda direta de combustíveis, há que se avaliar o papel desempenhado pelas distribuidoras no modelo regulatório vigente. A eliminação ou redução da participação das distribuidoras na cadeia pode gerar a perda da experiência adquirida com a adoção de rígidos processos de qualidade dos combustíveis fornecidos aos postos revendedores. Não se pode olvidar que há um conjunto de normas ambientais e normas de segurança do trabalho que devem ser seguidas e implementadas pelas distribuidoras, de modo que tais agentes não podem ser reconhecidos como meros atravessadores ou intermediários nessa atividade econômica, e sim importantes players que desempenham funções imprescindíveis para o adequado funcionamento do setor.

Destaca-se, a título de exemplo, a (i) proteção ao consumidor, mediante a adoção de rígidos processos de controle de qualidade dos combustíveis fornecidos aos postos revendedores e rastreabilidade da origem do combustível; (ii) garantia de estoque de biocombustíveis no período da entressafra; e a (iii) proteção ao meio ambiente e adequado encaminhamento de resíduos, conforme legislação vigente.

Ignorando esse importante papel desempenhado pelas distribuidoras, a permissão da venda direta ampliará as fontes de fornecimento de combustível diretamente à rede varejista e demais agentes sem que se vislumbrem, ou pelo menos sem que seja discutido previamente de maneira detalhada, qualquer perspectiva de aumento no quadro de fiscalização da ANP ou os impactos logísticos.

A detida avaliação demonstra-se fundamental tendo em vista que no histórico do setor são numerosos os episódios de graves problemas relacionados à qualidade do combustível e ainda são frequentes as operações da ANP que identificam fraudes e adulteração nos combustíveis, afetando indiscutivelmente o consumidor. A retirada das distribuidoras – que, ao longo dos anos e a elevados custos, se adaptaram às obrigações regulatórias – da cadeia de comercialização de combustíveis, sem a necessária introdução de um novo, mais complexo e muito maior aparato fiscalizatório (o que não ocorrerá no curto prazo), possivelmente terá consequências negativas.

Outro aspecto que não pode ser subestimado quando da análise da autorização regulatória para venda direta é o impacto sobre os custos logísticos. Acerca do tema, estudo elaborado pela consultoria Leggio, em junho de 2018⁶, ponderou que a medida pode gerar aumento dos custos de transporte em decorrência da perda de escala dos fretes, associado ao grave desincentivo à realização de investimentos em modais de alto volume, na medida em que haverá forte tendência à priorização do modal rodoviário.

Para além das graves preocupações associadas à logística e garantia de qualidade dos combustíveis, os principais problemas relacionados à venda direta recaem sobre o aspecto tributário e sobre a manutenção do programa RenovaBio.

Já é de amplo conhecimento no debate sobre a possibilidade de venda direta de combustíveis, principalmente de etanol entre as usinas produtoras e postos, a preocupação com a perda de arrecadação e facilitação à sonegação⁷. Isto porque, existem obrigações específicas das distribuidoras em relação ao recolhimento do ICMS e PIS/Cofins na cadeia de Etanol.

No âmbito dos tributos federais, em relação ao PIS/Cofins, a arrecadação está dividida entre o Produtor e a Distribuidora. Desse modo, sob o vigente arranjo legislativo, uma venda direta de um produtor para um posto revendedor levará a uma imediata perda de arrecadação. Para contornar esse cenário, qualquer alteração normativa que autorizar a venda direta deve partir da estruturação de um mecanismo de compensação na arrecadação tributária. Reconhecendo tal fato, os últimos debates sobre o tema tem ressaltado a importância da adoção na monofasia no recolhimento de tributos federais como condição pressuposta para autorização da venda direta.

Nos termos da legislação atual, o ICMS deve ser recolhido em todas as etapas da cadeia no setor de combustíveis. Todavia, as regras de cobrança concentram a arrecadação em duas fases: primeiramente, nos produtores e importadores (Gasolina e Diesel), que são responsáveis pelo recolhimento de ICMS nas suas operações e, na

⁶ LEGGIO. Impactos da venda direta de etanol hidratado a postos de abastecimento. Rio de Janeiro. Junho de 2018.

⁷ Essa questão foi apontada por autoridades fazendárias ao longo da tramitação de propostas sobre o tema no Congresso Nacional e também ficou registrada em documentos oficiais da ANP e do Ministério da Economia quando estes órgãos se debruçaram sobre o assunto. Nesse sentido, ver os seguintes documentos: Ministério da Fazenda. Energia – Diagnósticos e propostas para o setor. Dez. 2018. disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/energia-diagnosticos-e-propostas-para-o-setor-1.pdf/view>>; e a Nota Técnica nº 001/2018 do Grupo de Trabalho estabelecido pela Portaria nº 357/2018, no âmbito da Tomada Pública de Contribuições nº 2/2018/ANP, disponível em <<http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/370-tomada-publica-de-contribuicoes/4656-tomada-publica-de-contribuicoes>>.

distribuidora (Etanol), que é o agente responsável pelo recolhimento desse tributo de suas operações e das operações de revenda, enquanto a usina produtora é obrigada apenas a recolher o próprio ICMS. Assim, a despeito do que argumentam diversos órgãos estatais, a questão do ICMS apresenta-se como um grande empecilho para a implementação da venda direta de etanol. Não há clareza se o produtor assumirá o recolhimento integral do ICMS, muito menos se os governos abdicarão da receita relativa à etapa da distribuição. Ademais, desnecessário apontar, por outro lado, a gigantesca distorção concorrencial que seria gerada caso se passasse a cobrar apenas os tributos aplicáveis às distribuidoras, ignorando a situação no caso da venda direta. Esta omissão abriria margem não só para que os produtores legítimos adquiram uma vantagem concorrencial distorcida, mas também para que agentes que não atuam em conformidade com a lei se aproveitem da possibilidade de venda direta sem passar pela distribuidora para sonegar impostos.

Finalmente, importante ressaltar que além suscitar os diversos riscos mencionados acima, as propostas de autorização de venda direta carecem de embasamento econômico sólido. Como dito, é utilizado como principal fundamento para a adoção de tal medida a premissa de que a autorização para venda direta seria capaz de provocar drástica redução do preço dos combustíveis⁸. No entanto, na análise de tais valores é importante ter em mente que há grande distinção entre o *valor do produto* – definido com base no mercado – com seu respectivo *custo*. Ademais, imprescindível lembrar que existem uma série de custos logísticos entre o preço do produto que sai da usina e que chega aos revendedores. Referidos custos não deixam de existir com a venda direta, sendo incorridos tanto pelas usinas quanto pelas distribuidoras, para que o produto chegue aos revendedores. Assim, considerando todo o *know how* e estrutura já estabelecida pelas distribuidoras, seria improvável que em curto prazo as usinas alcançassem semelhante grau de eficiência nos custos logísticos. Ademais, seriam necessários investimentos imediatos das usinas em capacidade de armazenamento para que a venda direta seja viável, o que implicará em um incremento imediato de custos.

Para além das questões relacionadas à autorização de venda direta de etanol por usinas para postos revendedoras, importante também destacar na resposta desse quesito os aspectos críticos relacionados a eventual fim das restrições à comercialização por

⁸ Nesse sentido, destaca-se estudo adotado por alguns órgãos que sustenta que a venda direta poderia gerar uma redução em até R\$1,20 entre o preço que o combustível sai da usina e chega aos postos revendedores. O número teria sido indicado em parecer de Marcos Fava Neves, mencionado por determinadas publicações, neste sentido, cf.: <http://www.canaonline.com.br/conteudo/por-que-as-usinas-nao-podem-vender-etanol-direto-aos-postos-e-com-isso-reduzir-o-preco-do-produto.html>.

TRRs de gasolina automotiva C, óleo diesel B e etanol combustível com revendedor varejista e ponto de abastecimento.

Nos termos da atual regulação (Resolução ANP nº 34/2007), é vedado a esses agentes comercializar outros combustíveis, além de óleo diesel B, realizar compra de combustíveis de qualquer origem e não das distribuidoras; comercializar combustíveis para outros TRRs ou entre TRRs e revendedores varejistas.

Nota-se que a análise da dinâmica do setor de combustíveis revela que esses agentes atuam na comercialização de óleo diesel B, principalmente, em locais não atendidos pelas distribuidoras, por inexistência de rede de distribuição, incapacidade técnica ou inexistência de tancagem disponível, entre outros motivos. Assim, tem-se que os TRRs se beneficiam de sua capilaridade acentuada para comercializar em locais periféricos, especialmente relacionados a maquinário imóvel ou de difícil locomoção.

Sua atuação é focada, portanto, no nicho de mercado reservado a esses agentes pela Resolução ANP nº 34, que são consumidores com tancagem inferior a 15m³, seja para postos de abastecimento, equipamento fixo ou maquinário imóvel/com dificuldade de locomoção. Atuam também em um segundo nicho, o de consumidores com as mesmas características, porém com tancagem superior a 15m³, onde a atuação dos TRRs é mais restrita pois atuam em regime de competição com as distribuidoras.

Observa-se que no nicho de mercado dos grandes consumidores, os TRRs atuam em áreas onde as distribuidoras apresentam falhas de capilaridade que podem ser corrigidas pela oferta de óleo diesel B pelos TRRs, capazes de entregar os combustíveis a lugares não atendidos.

No cenário acima apresentado, sob o ponto de vista regulatório e antitruste, entendemos que a extinção das proibições e obrigadoriedades impostas à atividade do TRR pode ocorrer desde que esse agente se regularize para exercer a atividade de distribuição de combustíveis. Caso contrário, as propostas de flexibilização podem gerar grandes prejuízos ao setor, uma vez que criariam uma assimetria concorrencial, em prejuízo da higidez concorrencial do setor de distribuição de combustíveis e do sistema nacional de abastecimento de combustíveis, tendo em vista que os requisitos exigidos para o desempenho da atividade de distribuição objetivam, precisamente, a garantia de suprimento, segurança operacional, proteção ao meio ambiente e proteção da qualidade do produto e o respeito aos direitos e garantias do consumidor.

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?

A resposta desse item está contida na questão 01 acima.

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?

N.A.

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

N.A.

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

N.A.

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)?

N.A.

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?

N.A.

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?

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

O acesso à infraestrutura primária representa um significativo gargalo na competitividade no setor de combustíveis, principalmente, em relação às atividades de refino e importação. Todavia, circunstâncias fáticas envolvidas, notadamente o exaurimento da capacidade da infraestrutura existente e a necessidade de ambiente propício para a realização de investimentos, devem ser consideradas como eixos prioritários para o incremento da competitividade no setor.

Nesse sentido, as medidas voltadas para acesso a infraestrutura devem compreender um devido balanço entre (i) incentivo à realização de novos investimentos pelos agentes de mercado, com a garantia de retorno sobre estes e (ii) definição prévia das características que um determinado ativo deve possuir para que esteja sujeito à regulação de livre e sob quais condições essa determinação de livre acesso poderá ocorrer.

Em relação ao primeiro aspecto, há que se destacar que os investimentos voltados para a criação de infraestrutura e/ou ampliação da capacidade operacional estão condicionados ao desenvolvimento de um ambiente político/jurídico que estimule os agentes de mercado a realizarem vultosas inversões em tais empreendimentos. Para tanto, é recomendável que órgãos estatais adotem medidas capazes de incentivar, facilitar e minimizar os riscos oriundos da realização de investimentos em infraestruturas diversas.

Paralelamente, no que tange à regulação do livre acesso à infraestrutura, é imprescindível que sejam concebidas regras claras, razoáveis e efetivas a respeito de quais características um determinado ativo deve possuir para esteja sujeito a esta regulação e em quais condições a determinação de livre acesso poderá ocorrer.

Dentro desse quadro, há que se destacar que a necessidade de desenvolvimento de normas claras de regulação de acesso em ativos deve enfrentar a ausência de um arcabouço regulatório claro quanto às hipóteses capazes de ensejar o compartilhamento de ativos (não previstas nas hipóteses disciplinadas pelo art. 58 da Lei Federal nº 9.478/1997). Com efeito, essa ausência de regulação pode gerar incentivos para condutas oportunistas de terceiros, que desestimulam a realização de grandes investimentos por agentes privados.

Desse modo, a regulação estatal deve buscar conciliar o equilíbrio entre, de um lado a concessão de acesso àqueles ativos de logística primária que são considerados essenciais para o desenvolvimento das atividades de refino, importação e distribuição de

combustíveis e, de outro, a manutenção da proteção dos investimentos específicos realizados pelas empresas atuantes no setor.

Assim, os atos normativos dos órgãos reguladores devem incorporar *standards*, que, uma vez atendidos, permitirão qualificar determinado ativo como uma *essential facility*, pressuposto para avaliação quanto ao cabimento de determinação livre acesso. Tais parâmetros de avaliação devem examinar se determinado ativo é (i) imprescindível à realização da atividade e ao mesmo tempo escasso; e (ii) impossibilidade de duplicação do bem ou de adoção de alternativa funcional por aquele que não é o seu detentor.

Especificamente em relação aos ativos voltados para a importação e movimentação e movimentação de combustíveis, deve-se ressaltar que o aprimoramento dessas atividades está condicionado à melhorias na logística primária para transporte e armazenamento de derivados de petróleo, que consiste no escoamento do produto da refinaria ou do terminal portuário e sua entrega para uma distribuidora de combustíveis, viabilizada por meio dos terminais de operação portuária e dutos de escoamento.

Ocorre que, a maior parte das instalações e infraestrutura desse elo da cadeia foi desenvolvida pela Petrobras, no período em que atuou como agente monopolista. Desse modo, atualmente, a infraestrutura se mantém basicamente sob o controle da Petrobras (98% da capacity share), e 65% dos terminais portuários por onde podem ser importados combustíveis também pertencem à empresa⁹. Assim, a ligação do Brasil com o mercado externo é realizada essencialmente pela Transpetro, que opera o escoamento dos portos às distribuidoras, o que sustenta o poder de influência da Petrobras sobre a formação de preços.

Por essa razão, os esforços regulatórios devem ser voltados prioritariamente para o aprimoramento das regras de acesso aos terminais portuários e dutos para internalização, tanto de óleo cru quanto de combustíveis, tendo em vista a essencialidade desses ativos para as atividades de importação e distribuição de combustíveis e elevadas dificuldades de duplicação.

Por fim, cumpre destacar que os esforços direcionados à criação ou aperfeiçoamento de regras disciplinando o livre acesso a ativos será inócuo caso a regulação seja pouco efetiva. Com efeito, este deve ser considerado um ponto de crítica

⁹ ANP. Oportunidades na Produção e no Abastecimento de Combustíveis no Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/livros-e-revistas/4163-oportunidades-na-producao-e-no-abastecimento-de-combustiveis-no-brasil>. Acesso em: 12.06.2019.

da regulação vigente, tendo em vista que determinados fatores dificultam a efetivação do livre acesso mesmo nos casos em que se pode reconhecer que estão presentes os pressupostos. Esse cenário pode ser explicado, em primeiro lugar, pelo baixo grau de transparência em relação às informações sobre capacidade disponível em infraestruturas classificadas como ativos essenciais. Como segundo fator, destaca-se certo nível de insuficiência da atuação da ANP nessas situações. Sendo, portanto, desejável que a Agência tenha uma postura mais ativa para que seja conferida tutela regulatória adequada.

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.