



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 122/COGEN/SEAE/MF

Brasília, 24 de maio de 2013.

Assunto: Consulta Pública nº 07/2013, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação.

Acesso: Público

1. Introdução

1. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) publicou a Consulta Pública nº 07/2013, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação e revoga a Portaria ANP nº 202, de 31 de dezembro de 1999, a Portaria ANP nº 29, de 09 de fevereiro de 1999, a Portaria ANP nº 30, de 29 de fevereiro de 2000, a Portaria ANP nº 72, de 26 de abril de 2000, a Resolução ANP nº 24, de 24 de novembro de 2004, a Resolução ANP nº 07, de 07 de março de 2007, e o art. 5º da Resolução ANP nº 33, de 13 de novembro de 2008, alterando a Resolução ANP nº 42, de 18 de agosto de 2011.

2. Nos termos de suas atribuições legais definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 7.696, de 06 de março de 2012, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF) apresenta, por meio deste parecer, suas considerações e sugestões de aperfeiçoamento do objeto da citada consulta pública.

2. Análise

3. Preliminarmente, a Seae/MF congratula a ANP pela iniciativa de incentivar o uso de mecanismos que ampliem a participação da sociedade na discussão das normas do setor. A participação da sociedade como parâmetro para a tomada de decisão do órgão

regulador tem o potencial de permitir o aperfeiçoamento dos processos decisórios, por meio da reunião de informações e de opiniões que ofereçam visão mais completa dos fatos, agregando maior eficiência, transparência e legitimidade ao arcabouço regulatório. Contribui, dessa forma, para a potencial redução de falhas regulatórias, cujos efeitos nocivos não são prontamente captados pela agência reguladora.

2.1 Da Identificação do Problema e da Justificativa para a Regulação Proposta

4. A identificação clara e precisa do problema a ser enfrentado pela regulação contribui para a formatação de soluções adequadas, tornando-se o primeiro elemento da análise de adequação e oportunidade da norma regulatória. Daí a necessidade de que a consulta e a audiência pública venham acompanhadas de documentos que fundamentem a origem da proposta normativa e que explicitem a plausibilidade dos dados que ancoram os instrumentos regulatórios propostos.

5. Ademais, a intervenção regulamentar deve mostrar que a ação proposta responde, adequadamente, ao problema identificado em termos de sua natureza, dos custos e benefícios envolvidos e da inexistência de alternativas viáveis aplicáveis à sua solução. É também recomendável que a regulação decorra de planejamento prévio e público por parte da agência, o que confere maior transparência e previsibilidade para os administrados e maior racionalidade às operações do regulador. Nos documentos disponibilizados pela agência, vários destes elementos estão presentes, conforme poderá ser notado no decorrer deste parecer.

6. A consulta pública em epígrafe tem por objeto a atualização do marco regulatório do exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e o aperfeiçoamento de algumas práticas que estão sendo adotadas por estes agentes. Sobre o tema, a ANP menciona a Portaria MINFRA nº 842 de 31 de outubro de 1990, que instituiu a abertura do mercado de distribuição de combustíveis e que resultou, segundo a agência, em um *“crescente e assustador aumento nos problemas de qualidade dos produtos e de sonegação fiscal”*. Dentro deste quadro de distorções, a agência publicou a Portaria ANP nº 29, de 10 de fevereiro de 1999 e a Portaria ANP nº 202, de 31 de maio de 2004, *“com o objetivo de restabelecer restrições de acesso à atividade, visando garantir o comprometimento com o suprimento de combustíveis”*.

7. Conforme menciona a agência, desde a edição das normas mencionadas, *“ocorreram modificações no mercado de combustíveis que devem ser contempladas”* na regulamentação do mercado de distribuição. Ou seja, com o tempo, as normas que regem a atividade em questão tornaram-se ultrapassadas, criando o risco, sobretudo, de comprometimento do abastecimento de combustíveis no mercado doméstico. A ANP

menciona ainda investimentos insuficientes na ampliação da armazenagem das distribuidoras e atuação com estoques baixos por estes agentes, frente a uma situação de refinarias operando no limite de suas capacidades, o que geraria risco de desabastecimento mediante restrições nos fluxos de produção e logísticos. *In verbis*:

Em relação aos distribuidores, há timidez em investimentos de ampliação na capacidade de armazenagem de bases. Em outros casos, há capacidade de armazenagem, mas os distribuidores operaram com estoques baixos, adotando o sistema JIT (just in time). Como as refinarias no país encontram-se no limite de sua capacidade de produção, qualquer restrição nos fluxos de produção ou nos fluxos logísticos de transporte e armazenagem se reflete, de imediato, no desabastecimento de regiões ligadas ao polo de suprimento destas refinarias. Assim, torna-se necessário que os distribuidores aumentem seus estoques para lidar com essas restrições na produção, garantindo, assim, o abastecimento nacional de combustíveis.

8. Na Nota Técnica nº 366/SAB, de 17 de dezembro de 2012, a ANP busca apresentar os problemas apontados e a justificativa para as alterações propostas. Ademais, a agência tem como objetivo aglutinar a regulamentação da atividade de distribuição de combustíveis líquidos em uma única resolução.

9. Os agentes afetados pela norma em consulta são: fornecedores, distribuidoras, revendedores varejistas e consumidores de combustíveis.

2.2. Base Legal

10. O processo regulatório deve ser estruturado de forma que todas as decisões estejam legalmente amparadas. Além disso, é importante informar a sociedade sobre eventuais alterações ou revogações de outras normas, bem como sobre a necessidade de eventual regulação em decorrência da adoção da norma posta em audiência ou consulta. No caso em análise, a ANP apresentou a legislação relacionada à proposta em consulta pública.

2.3 Dos Possíveis Impactos ao Bem-Estar Econômico

11. A distribuição dos custos e dos benefícios entre os diversos agrupamentos sociais, decorrentes da edição de um normativo legal, deve ser transparente, até mesmo em função da possibilidade de os custos da regulação não recaírem sobre o segmento social beneficiário da medida. A estimação de tais elementos, decorrentes da ação governamental, e das alternativas viáveis à medida proposta é condição necessária para aferição da eficiência da regulação proposta. Nas hipóteses em que o custo da coleta de dados quantitativos for elevado ou quando não houver consenso em como valorar os benefícios, a

sugestão é que o regulador proceda a uma avaliação qualitativa que demonstre a possibilidade de os benefícios da proposta superarem os custos envolvidos.

12. A seguir, são feitas considerações sobre os impactos ao bem-estar da sociedade, tendo como ponto de partida a abordagem concorrencial.

2.3.1 Análise do Impacto Concorrencial

13. O impacto concorrencial pode ocorrer por meio de: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; e iii) diminuição do incentivo à competição. As referidas questões e seus respectivos efeitos são descritos a seguir.

I - Limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta:

- i) Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- ii) Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
- iii) Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- iv) Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado;
- v) Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão de obra ou realizarem investimentos.

II - Limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta:

- i) Controlar ou influenciar substancialmente os preços de bens ou serviços;
- ii) Limitar a liberdade dos fornecedores de publicarem ou comercializarem os seus bens ou serviços;
- iii) Fixar normas uniformizadoras de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o que consumidores bem informados escolheriam;
- iv) Aumentar significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores (especialmente no caso de haver diferenciação no tratamento conferido a operadores históricos e a concorrentes novos).

III - Diminuir o incentivo para as empresas competirem, provável no caso de a política proposta:

- i) Estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação;
- ii) Exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou

custos das empresas;

iii) Isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;

iv) Reduzir a mobilidade dos clientes entre diferentes fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos explícitos ou implícitos da mudança de fornecedores.

14. Da proposta em análise, constata-se que as seguintes exigências podem ser entendidas como possíveis causadoras de elevações de barreira à entrada nos setores de distribuição:

i) comprovação de propriedade de pelo menos uma instalação de armazenamento e de distribuição ou fração ideal em base compartilhada, que atenda aos requisitos de obtenção da Autorização de Operação (AO);

ii) propriedade do terreno para instalação de uma base da distribuidora;

iii) base de armazenagem em conformidade com a atuação geográfica; e

iv) não participação dos administradores ou dos sócios da distribuidora em pessoa jurídica que também exerça a atividade de transportador revendedor retalhista (TRR) ou de revenda varejista de combustíveis automotivos¹.

15. É oportuno ressaltar que a agência não avalia como estas exigências se constituem de fato em barreiras à entrada ao setor de distribuição. Por isso, a afirmação desta Secretaria de se tratar de uma possível consequência.

16. Por se tratarem de potenciais barreiras à entrada e como a concorrência não é um fim em si mesmo, é importante que tais exigências estejam devidamente justificadas, ou seja, que os benefícios à sociedade estejam claros. Na Nota Técnica nº 366/SAB/2012, a ANP afirma que o mercado de distribuição “*não pode prescindir de barreiras institucionais, sob risco de não atender o interesse público e não garantir a devida proteção ao consumidor, medida que pode levar à perda de concorrência*” e que “*critérios insuficientes acabem por atrair firmas ineficientes para o setor, elevando desnecessariamente os custos de produção e gerando prejuízos ao consumidor no curto e médio prazos*”.

17. Em que pese a fundamentação da agência de exigência de requisitos mínimos para operação no mercado, deve-se buscar mitigar o risco de que as barreiras instituídas pela regulação não comprometam desnecessariamente a competição do setor, com efeitos lesivos sobre os consumidores. Neste contexto, cabem algumas considerações acerca de algumas das exigências propostas pela agência para o segmento de distribuição.

¹ Caso seja constatada tal participação, haverá indeferimento da habilitação para exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos.

18. Em relação à exigência de propriedade do terreno para instalação de uma base da distribuidora, como o ativo necessário às atividades de distribuição é a base, a requisição de terreno próprio pode reduzir a flexibilidade de gestão da distribuidora, podendo se traduzir em ineficiência ao sistema e em barreira à entrada desnecessária, sobretudo em novas áreas de atuação. É oportuno, todavia, ponderar que o repasse dos contratos de arrendamentos será coibido pela exigência de as distribuidoras terem base própria. Por isso, sugere-se que a ANP apresente justificativas para tal requerimento² ou elimine-o.

19. Quanto à exigência de compatibilização da localização da instalação de armazenamento com a área geográfica e o mercado consumidor que a distribuidora pretende atender³, cumpre mencionar que pela legislação vigente⁴, a distribuidora precisa apenas declarar a propriedade ou o arrendamento da base distribuidora (terreno e armazenagem). Na proposta em análise, a ANP passa a exigir a propriedade de pelo menos uma unidade de armazenamento e respectivo terreno com compatibilidade geográfica de acordo com o mercado de atuação. A medida adotada teria o objetivo de evitar práticas recorrentes em que contratos de arrendamentos, necessários à habilitação, são cancelados e repassados a outra pessoa jurídica após a outorga da atividade.

20. Neste contexto, considerando haver justificativa para a exigência de base própria e que o repasse dos contratos de arrendamentos será coibido por tal requerimento, sugere-se que a ANP forneça esclarecimentos adicionais acerca da necessidade de a base ser compatível com a área geográfica de atuação da distribuidora. Na nota técnica que subsidia a consulta pública em questão, não há menção, por exemplo, de como será definida a área geográfica de atuação das distribuidoras (se por mercado relevante ou outro critério).

21. Na prática, a exigência de base conforme a área de atuação pode ser equivalente a transformar a autorização para a atividade de distribuição, hoje única, em autorização por áreas definidas pela ANP⁵. No limite, isso reforçaria a dificuldade de se entrar em determinados mercados relevantes hoje dominados por poucas distribuidoras.

² Por exemplo, não está claro qual o problema em uma distribuidora optar por arrendar o terreno e construir, de comum acordo com o proprietário, a sua base de distribuição. Se a distribuidora entender ser esta a melhor opção, deve restar esclarecido qual o risco que isso traria ao abastecimento. Alternativamente, não há clareza se for considerada a possibilidade de a distribuidora arrendar o terreno que pretende comprar enquanto supera obstáculos para a escrituração do imóvel.

³ As informações relativas à movimentação seriam parte dos fluxos logísticos de suprimento, transporte e armazenagem que integrariam o memorial descritivo a ser encaminhado à ANP pela distribuidora.

⁴ Portaria ANP nº 202 de 31 de dezembro de 1999. Art 10º; II “possuir base, própria ou arrendada, com instalações de armazenamento e distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos, autorizada pela ANP a operar, com capacidade mínima de armazenamento de 750 m³ (setecentos e cinquenta metros cúbicos)”.

⁵ Ou seja, uma distribuidora poderia ter várias autorizações, uma para cada área geográfica que a ANP definir.

22. Ademais, não está claro no documento disponibilizado pela ANP se a exigência de base na área geográfica de atuação pode dificultar a entrada de novas distribuidoras em um mercado relevante específico. Seria de se esperar que as empresas definissem suas bases de distribuição a partir dos mercados em que almeja atuar e, à medida que houvesse uma expansão da atuação, avaliassem a necessidade de construir bases mais próximas dos revendedores para os quais fornecem seu produto. A partir do momento em que a agência reguladora define onde as distribuidoras devem ter suas bases de distribuição, pode haver entraves para uma empresa atuar em determinado mercado, fortalecendo o poder de mercado daquelas que lá atuam. O obstáculo em questão pode acentuar eventuais problemas de abastecimento de combustíveis em determinados mercados, caso promova o afastamento de eventuais interessados.

23. Face ao exposto, sugere-se que a ANP esclareça se avaliou as consequências elencadas no parágrafo anterior e forneça subsídios adicionais que demonstrem, no mínimo, que os possíveis danos à concorrência ou ao abastecimento são compensados pelos benefícios identificados pela a agência. Oportuno enfatizar que não está sendo questionada a exigência de base própria e sim sua associação com a área geográfica.

24. Por fim, em relação ao impedimento à distribuidora de participar do quadro administrativo ou societário de empresa que exerça atividade de transportador revendedor retalhista (TRR) ou de revenda varejista de combustíveis automotivos, a medida, em tese, está em consonância com a lógica de vedação à integração vertical presente no mercado brasileiro de combustíveis líquidos.

25. Acerca da vedação à integração vertical no mercado em questão, cabe mencionar o Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 110/COGUN/COGEN/SEAE/MF, de 14 de maio de 2013, elaborado por esta Secretaria como contribuição à Consulta Pública ANP nº 08/2013⁶, abordando esta questão.

26. Conforme apontado no referido parecer, ao optar pelo modelo de *unbundling*, depreende-se que a ANP esteja, implicitamente, considerando que a proibição à integração vertical é benéfica à concorrência. Segundo Ragazzo (2010)⁷, embora a ANP não explicita as razões de a legislação proibir a atuação da distribuidora na revenda, isso poderia ter relação com (i) a proposta de evitar (ou reduzir, quando possível) o risco de fechamento de mercado (por exemplo, aumento dos custos dos rivais), (ii) a facilitação da prática de condutas coordenadas (uma vez que seria mais fácil para as distribuidoras identificar

⁶ Que propôs os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁷ RAGAZZO, C. E. J. (2010). Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no PA nº 08012.005545/1999-16, que tratava de denúncia do PROCON do Município de Blumenau (SC) e da Assembleia Legislativa do Estado contra postos de combustíveis e sindicato por formação de cartel.

agentes que estariam desviando-se de um acordo colusivo) e (iii) a criação de dificuldades para a entrada no mercado (a ponto de tornar, por exemplo, a entrada suficiente somente quando for simultânea na revenda e distribuição).

27. Desta forma, sob a ótica apontada, ajustes promovidos pela ANP na regulação da atividade de revenda de combustíveis não têm o condão de restringir a concorrência⁸. Contudo, é salutar que a agência promova futuramente uma consulta pública com o objetivo de rediscutir a vedação à integração vertical no setor de combustíveis.

28. A sugestão apresentada está ancorada no fato de que, apesar de ser significativa a quantidade de empresas atuantes no setor de distribuição, o mercado é relativamente concentrado. Ademais, os contratos de exclusividade⁹ podem dificultar a expansão das distribuidoras com menores participações de mercado. Por isso, a flexibilização da vedação à integração vertical pode ser um incentivo para aumentar a concorrência no segmento de distribuição e até de revenda. Tal incentivo deve ser um contraponto à preocupação de fechamento de mercado, facilitação de acordos de conluio e maiores barreiras à entrada que justificariam uma proibição à integração vertical entre distribuidora e revendedor. Por fim, além de produzir ganhos concorrenciais, a revisão da proibição pode aumentar a eficiência econômica por meio da redução de custos de transação. Tais temas poderiam ser aprofundados na eventualidade de abertura de consulta pública pela agência reguladora.

2.3.2 Outros Impactos sobre o Bem Estar

29. Na Nota Técnica nº 366/SAB/2012, a ANP informa que são insuficientes os investimentos atuais na ampliação da armazenagem das distribuidoras e da atuação com estoques baixos por estes agentes, frente a uma situação de refinarias operando no limite de suas capacidades, o que geraria risco de desabastecimento mediante restrições nos fluxos de produção e logísticos.

30. Uma das medidas sugeridas pela agência para coibir o problema apontado é a exigência de formação de estoques mínimos semanais, dimensionados de acordo com o modal utilizado para o abastecimento e a instalação de distribuição. Conforme mencionado pela ANP, *“torna-se necessário que as distribuidoras aumentem seus estoques para lidar com essas restrições na produção, garantindo, assim, o abastecimento nacional de combustíveis”*.

31. A discriminação de estoque de acordo com o modal está prevista no art. 33 da minuta de resolução em referência, conforme segue:

⁸ Enfatiza-se que a análise desta Secretaria está pautada apenas nas modificações da regulação.

⁹ Não está sendo defendido o fim dos contratos de exclusividade.

Art. 33. O distribuidor de combustíveis líquidos deverá manter, por instalação em que efetuar comercialização, estoque próprio semanal médio mínimo de: i) etanol hidratado combustível; ii) gasolina A e etanol anidro combustível ou gasolina C; iii) óleo diesel A e biodiesel (B100) ou diesel B, uma vez que a manutenção desses estoques compõem a operação de instalações necessários ao exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos:

I – 3 (três) dias de sua comercialização no mês anterior, por produto recebido pelo modo de transporte dutoviário;

II – 4 (quatro) dias de sua comercialização no mês anterior, por produto recebido pelo modo de transporte ferroviário ou rodoviário; e

III – 5 (cinco) dias de sua comercialização no mês anterior, por produto recebido pelo modo de modo de transporte aquaviário (fluvial, marítimo ou lacustre).

§ 1º Não serão considerados, para fins de comprovação do estoque próprio, os estoques de terceiros, bem como as notas fiscais de venda de fornecedor para distribuidor, cuja natureza da operação seja de venda para entrega futura.

32. Ao exigir a formação de estoques mínimos semanais pelos agentes de mercado, a agência reguladora faz cumprir sua função de buscar garantir o abastecimento de combustíveis no país. Todavia, cabe ponderar as consequências de associar tal exigência ao modal de transporte utilizado no deslocamento de combustíveis.

33. Espera-se que as distribuidoras pautem suas políticas de estoque segundo a melhor estratégia voltada para o atendimento de seus clientes. Assim, em tese, estas empresas buscam definir o estoque de cada base segundo a capacidade de atendimento e o modal utilizado, de forma a entregar o produto ao menor preço possível. Ou seja, a princípio, tais agentes podem ter incentivos a adotar estoques maiores ou menores conforme o modal de transporte utilizado no transporte de combustíveis.

34. Neste contexto, a determinação pelo regulador de quanto deveria ser o estoque mínimo conforme o modal de transporte pode enrijecer a atuação da distribuição. Ademais, pode levar à opção por um determinado meio de transporte que não necessariamente é o mais apropriado para atender determinada região ou que não possui capacidade ociosa. Por fim, o requerimento em questão pode restringir a dinâmica de comercialização e não necessariamente garantir a segurança no suprimento, visto que a distribuidora pode desenhar uma estratégia de comercialização voltada apenas para cumprir a norma regulamentar.

35. Como a ANP não explicita os impactos que esta medida poderia causar à distribuidora, nem apresenta análise dos custos e dos benefícios da regulamentação proposta, sugere-se que a agência: (i) avalie as potenciais ineficiências decorrentes da

fixação de estoque mínimo por modal de transporte; e (ii) demonstre que esta discriminação não penaliza aquelas distribuidoras que se enquadrem em uma condição que exija uma formação de estoque superior àqueles exigidos de suas concorrentes.

36. É oportuno destacar que, segundo a agência, o parque de refino brasileiro apresenta escassez de capacidade produtiva e qualquer problema operacional ou de manutenção não programada poderia acarretar desabastecimentos temporários. Como forma de contribuir para mitigar o risco de desabastecimento, a agência sugere os estoques mínimos na distribuição. Todavia, visto que o desequilíbrio de oferta está, ainda que parcialmente, relacionado à produção, sugere-se que a agência esclareça as responsabilidades de cada agente associada à logística do sistema, de forma a não imputar sobre a distribuidora responsabilidade que cabe ao produtor.

37. Por fim, a Resolução ANP nº 67, de 13 de dezembro de 2011, ao disciplinar a aquisição e formação de estoques de etanol anidro combustível, torna imperativo¹⁰ à distribuidora de combustíveis líquidos comprovar a contratação de etanol anidro ou, alternativamente, a existência de estoques próprios deste produto em volume correspondente a 15 dias de sua comercialização de gasolina C. No entanto, não está clara a compatibilidade da exigência de estoques feita pela Resolução nº 67/2011 com o requerimento proposto de estoques de etanol anidro em função do fluxo logístico para o abastecimento. Neste sentido, sugere-se que a ANP esclareça se há necessidade de formação de estoques adicionais para este produto, com o número de dias estipulados de acordo com o modal de transporte, visto que já há a exigência de estoques mínimos conforme o volume comercializado de gasolina C.

38. Outro aspecto que merece avaliação quanto aos impactos na eficiência econômica é a exigência de não participação dos administradores ou dos sócios da distribuidora em pessoa jurídica que também exerça a atividade de transportador revendedor retalhista (TRR) ou de revenda varejista de combustíveis automotivos. Comparando-se com a situação atual, constata-se que, à proibição, genérica, de que a distribuidora não pode exercer a atividade de revenda varejista foi adicionada a vedação de participação societária em ambos os segmentos. Ou seja, a proposta em questão formaliza

¹⁰ Art. 9º Todos os distribuidores de combustíveis líquidos automotivos, autorizados pela ANP, independentemente do que dispõe o parágrafo único do art. 2º, deverão possuir, em 31 de março de cada ano (ano Y+1), estoque próprio de etanol anidro combustível, em volume compatível com, no mínimo, 15 (quinze) dias de sua comercialização média de gasolina C, tendo como referência o volume total comercializado de gasolina C no mês de março do ano anterior (Y), considerando o percentual de mistura obrigatória vigente, conforme informação disponível no endereço eletrônico da ANP, podendo armazená-lo em instalações próprias, de outro distribuidor ou de terminal por meio de cessão de espaço homologada pela ANP ou de fornecedor de etanol, a fim de garantir o suprimento desse produto no período de entressafra da cana-de-açúcar.

uma situação que, segundo a agência, já se encontraria estabelecida neste mercado. Desta forma, a alteração apenas estende, formalmente, ao campo societário a separação vertical já estabelecida entre os segmentos de revenda e de distribuição de combustíveis.

39. A opção por proibir a integração vertical e não tratar explicitamente das restrições verticais pode se mostrar ineficaz. Isso porque, conforme demonstra Viscusi, Vernon & Harrington Jr (2005)¹¹, as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes aos gerados pela integração vertical, sobretudo no que tange ao aspecto concorrencial.

40. Nos mercados em que não há vedação à verticalização, as empresas optam por promoverem integrações verticais ou praticarem restrições verticais segundo a ótica de maximização de seus lucros, buscando, deste modo, o melhor arranjo que atenda aos interesses de seus acionistas. As evidências de que algum grau de verticalização pode ser desejável às empresas estão relacionadas com a economia de custos de transação – ou ainda à eliminação de duplo *mark-up* e o conseqüente aumento da demanda pelo produto.

41. No mercado de combustíveis, nota-se que, embora a ANP adote o modelo de *unbundling*, os agentes podem estabelecer práticas comerciais que, na prática, geram os resultados que a agência reguladora tenta impedir, uma vez que a regulação não impede as diversas formas de restrição vertical. Neste caso, a proibição em questão apenas gera custo de transação e não atinge o objetivo inicialmente almejado pela agência.

42. Um exemplo em que a restrição vertical pode produzir efeitos semelhantes à integração vertical pode ser observado quando a distribuidora é proprietária de ativos (bomba e tanques de armazenamento por meio de contrato de comodato), envolvendo, na maioria das vezes, contratos de exclusividade¹² (Ragazzo, 2010, p. 36). Frequentemente isso se dá em casos de franquias, por meio das quais os ativos são da distribuidora¹³, sendo operados por terceiros que, no entanto, não podem trocar de distribuidora. Em outros arranjos contratuais, o revendedor pode trocar de distribuidora quando do término do contrato de fornecimento, situação em que, em geral, o operador do posto é o proprietário dos ativos – o que reflete um grau menor de relação vertical¹⁴.

43. Outra situação que ilustra o dano potencial à concorrência decorrente de

¹¹ VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON Jr., J. E. **Economics of regulation and antitrust**. 4ª Ed., MIT Press: Cambridge, 2005.

¹² Quando os contratos que estabelecem cláusulas de exclusividades importam na redução dos custos das operações e, por consequência, do produto final destinado ao consumidor, obviamente que o princípio da livre concorrência foi plenamente observado e colocado em prática.

¹³ Não é incomum a situação em que a distribuidora possui o terreno, constrói o posto e o arrenda a terceiro, por meio de um contrato de compra e venda mercantil. Nesses casos, comumente o revendedor recebe capital de giro para o início das operações (Ragazzo, 2010).

¹⁴ Além desses diversos arranjos verticais, em que varia o grau de integração, há ainda os postos bandeira branca, em que os ativos pertencem ao revendedor, sendo a ele conferida total autonomia sobre o gerenciamento da revenda e permitido adquirir o combustível de mais de um distribuidor.

uma restrição vertical é a fixação de um volume mínimo de compra¹⁵, que a distribuidora impõe ao revendedor, condicionando sua política de estabelecimento de preços. Segundo Luciano *et. all* (2008), na ausência de restrições de volume, os preços tendem a ser menores nos postos de propriedade das distribuidoras¹⁶. Ressalte-se, no entanto, que impor volume mínimo difere da imposição direta de preços¹⁷, considerada conduta que pode ser tipificada como anticompetitiva¹⁸.

44. Os arranjos citados acima decorrem da estrutura e das estratégias de atuação das empresas no mercado de combustíveis. Conforme aponta o Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/MF¹⁹, de 11 de agosto de 2006, existem no mercado brasileiro de combustíveis as seguintes configurações: (i) distribuidora de combustíveis com rede de revendedores “exclusivos” que vendem seus produtos somente para os revendedores de sua “bandeira”; (ii) distribuidora de combustíveis que vendem seus produtos para os revendedores de sua bandeira e para os revendedores “bandeira branca”; e (iii) distribuidora de combustíveis que vendem seus produtos somente para os revendedores de “bandeira branca”. Assim, no segmento de distribuição, as distribuidoras podem atuar por meio de revendedores de bandeira (“exclusivos”), por meio de revendedores de “bandeira branca” ou, ainda, nesses dois mercados simultaneamente.

45. Em se tratando das distribuidoras com rede de revendedores exclusivos, podem ser firmados contratos com cláusulas que, dentre outras questões, dizem respeito a: (i) uso da marca da distribuidora; (ii) investimentos no posto, que são de responsabilidade da distribuidora ou do revendedor; (iii) serviços correlatos ofertados²⁰; (iv) quantidades mínimas de compra junto à distribuidora; e (v) prazos de entrega e pagamentos.

46. Mesmo quando não detém a propriedade do terreno, a distribuidora pode realizar importantes investimentos no posto (visualização da marca, tanques, bombas de

¹⁵ Conforme Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF, emitido nos autos da AP nº 08012.007692/1999-11, os contratos firmados entre revendedores e distribuidores comumente estabelecem a obrigatoriedade de comercialização de volumes mínimos pelos postos revendedores.

¹⁶ Alternativamente, isso também se aplicaria naqueles postos em que a distribuidora é proprietária do terreno e fornece a maioria dos investimentos de maior vulto, como tanques, bem como capital de giro.

¹⁷ Conforme veremos adiante, existem alguns casos envolvendo a fixação de preço de revenda para serem julgados no órgão de defesa da concorrência.

¹⁸ Shepard (1993), *apud* Luciano *et. all* (2008), alega que imposição de preço mínimo não é política substituta perfeita para a imposição direta dos preços, pois os volumes em geral são para períodos longos e não são ajustados para variações de demanda ou condições de oferta. Consequentemente, os limites impostos devem ser baixos o suficiente para garantir que os revendedores conseguiram satisfazê-los diante de várias situações.

¹⁹ Emitido nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.007692/1999-11. Disponível em: http://www1.seae.fazenda.gov.br/LITTERA/documentos_complementares/08012007692199911_Parecer_060422006.pdf. Acesso em 13/05/2013.

²⁰ Por exemplo, se o posto tem que instalar ou não uma loja de conveniência, a saber, um espaço para comercializar outros produtos como lanches rápidos, bebidas e outros serviços. Conforme respostas das distribuidoras às diligências, não existe obrigatoriedade contratual para a oferta de serviços correlatos. A única exceção foi a Ale Combustíveis Ltda, situação em que uma das modalidades existentes de contrato é prevista a oferta de dois serviços, a saber, as lojas de conveniência e lubrificantes (Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF).

combustível) ou conceder empréstimos para garantir que o revendedor cumpra os requisitos de imagem e qualidade desejados pela distribuidora. Minimizando o risco da relação agente-principal e operando o varejo de forma a maximizar o seu lucro, o conjunto distribuidora/revendedor atua, na prática, como uma empresa verticalmente integrada, de forma a evitar a dupla marginalização (Junior *et. all*, 2008)²¹. Shepard (1993)²² mostrou empiricamente que o lucro da firma verticalmente integrada é superior ao lucro conjunto das firmas nos segmentos *upstream* e *downstream* e seu preço ao consumidor final é inferior.

47. Vale mencionar que, em outras jurisdições, há práticas semelhantes. Por exemplo, Shepard (1993)²³, *apud* Júnior *et. all* (2008, p. 9)²⁴ identificam três formas possíveis de contratos entre distribuidoras e revendedores de gasolina para o mercado dos Estados Unidos: (i) distribuidora proprietária e gestor contratado; (ii) parceria entre distribuidora e revendedor; e (iii) revendedor independente. Dentro de cada categoria, os contratos variam de acordo com o posto, apenas em relação aos termos contratuais (pode haver variações contratuais de acordo com as leis estaduais americanas para contratos de franquia). Nunes e Gomes (2005)²⁵, avaliando o caso brasileiro, alegam que as duas últimas formas seriam mais usuais. No entanto, não existiria impedimento para o primeiro tipo de contrato, em que a distribuidora, embora não exerça a atividade de revenda, é proprietária do posto revendedor.

48. Destarte, a existência de contratos de exclusividade entre postos “bandeirados” e distribuidoras de combustíveis, sem a devida regulação das restrições verticais, além de gerar práticas comerciais que emulam a integração vertical, possibilita o surgimento de práticas envolvendo a fixação do preço de revenda²⁶. A principal preocupação concernente a esta conduta refere-se à eliminação da competição intramarca. Ademais, a estratégia facilita condutas colusivas, tanto a jusante quanto a montante.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Shepard, A. (1993). *Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Retailing*. The RAND Journal of Economics, v. 24, 58-77, 1993.

²⁴ JUNIOR *et. all* (2008). **Lucratividade, Forma Contratual e Características do Varejo de Gasolina Brasileiro**. Universidade Federal de Juiz de Fora – Programa de Pós-Graduação em Economia Aplicada. Juiz de Fora – Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/TD-004-Luciano.pdf>. Acesso em 10/05/2013.

²⁵ Nunes, C. e Gomes, C. (2005). **Aspectos Concorrenciais do Varejo de Combustível no Brasil**. XXXIII Encontro Nacional de Economia - ANPEC. Natal – Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A108.pdf>. Acesso em 10/05/2013.

²⁶ Segundo Nota Técnica da SDE/MJ, presente nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42, “a fixação de preço de revenda ou “*resale price maintenance*” (RPM) constitui modalidade de restrição vertical por meio da qual o fabricante de determinado produto controla os preços que serão cobrados pelos agentes do mercado downstream (revendedores ou distribuidores) na revenda para terceiros. A prática de RPM ser de três tipos: (i) fixação de preço mínimo de venda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; e (iii) fixação de preço de revenda fixo. De um modo geral, os efeitos dessa prática sobre o bem-estar são considerados ambíguos pela literatura econômica, pois podem ser tanto de natureza anticompetitiva como de natureza pró-eficiência”. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000671491224.pdf. Acesso em 13/05/2013.

Embora essa prática possa ser atribuída a eventuais eficiências relacionadas à proteção dos investimentos específicos na proteção da marca, de modo a evitar o *free-riding*, comum em casos de restrições verticais, em mercados de produtos homogêneos, a exemplo dos combustíveis, nos quais a competição se dá via preço, esse tipo de eficiência não se verifica. Por isso, condutas restritivas, muito provavelmente, tendem a ser ilícitas seja por permitirem que o agente com poder de mercado a montante transfira esse poder para o mercado a jusante seja por facilitarem a adoção de práticas colusivas nesse mercado²⁷.

49. Segundo Gonçalves (2002)²⁸, no que tange aos efeitos negativos ou anticompetitivos, a fixação de preços de revenda pela distribuidora anula a concorrência via preços entre revendedores que comercializam o mesmo produto (não somente entre os revendedores com contrato de exclusividade, mas entre todos os concorrentes nos mercados analisados), desestimulando-os a repassar eventuais ganhos de eficiência aos consumidores finais²⁹. Cabe ressaltar que, diante dos eventuais efeitos nocivos à concorrência relacionados à fixação de preços de revenda, existe uma tendência de condenação dessa conduta pelo órgão de defesa da concorrência³⁰.

50. Como há a possibilidade de restrições verticais emularem os resultados de uma integração vertical, a vedação de agentes de etapas anteriores da cadeia de combustíveis atuarem na revenda varejista gera custos de transação pela incerteza quanto às práticas comerciais permitidas. Ou seja, no cenário apresentado, há o risco de ocorrer questionamentos quanto a uma determinada política de uma distribuidora frente a seus revendedores com conseqüente prejuízo aos investimentos e aumento do custo do produto.

51. Diante do exposto, considerando que as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes, inclusive nocivos à concorrência, aos produzidos pela integração vertical, é importante que a ANP esteja atenta aos diversos arranjos e possibilidades que podem burlar a vedação de determinados agentes atuarem na revenda varejista. Sugere-se,

²⁷ Conforme Parecer nº 41/ST/MPF/CADE/2013, de 28 de janeiro de 2013, presente nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42, p. 12. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000722021887.pdf. Acesso em 13/05/2013.

²⁸ GONÇALVES, Priscila B. (2002). **Fixação de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo. Editora Singular, 2002, p. 165-167.

²⁹ Já no que tange aos efeitos positivos, ou seja, pró-eficiência, esta prática está geralmente associada à: (i) eliminação do problema da dupla marginalização; (ii) eliminação do efeito carona (*free riders*); (iii) preservação da imagem do produto; (iv) fortalecimento da concorrência intramarcas; (v) incentivo à entrada de novos concorrentes, tanto no mercado upstream quanto downstream; (vi) aumento da lealdade e cooperação dos distribuidores com os fornecedores; e (vii) aumento da capacidade do fornecedor de fazer frente ao poder de compra dos grandes estabelecimentos varejistas que comercializam diversas marcas, inclusive próprias (Gonçalves, 2002, p. 186/204).

³⁰ Como exemplos de pareceres/notas técnicas condenatórios de casos não julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), têm-se: (i) Parecer nº 41/ST/MPF/CADE/2013, Nota Técnica DPDE/SDE/MJ e Parecer PROCADE nº 440/2012, presentes nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42; e (ii) Parecer nº 44/ST/PRR/CADE/2013, Parecer nº 444/2012/PROCADE/PGF/AGU e Nota Técnica DPDE/SDE/MJ, presentes nos autos do PA nº 08012.011042/2005-61. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 13/05/2013.

portanto, que a agência discipline com mais detalhes a proibição em questão, explicitando quais restrições verticais podem ser praticadas ou quais são vedadas.

52. Além da questão do preço de revenda, contratos de comodato e de arrendamento e imposição de volume mínimo de venda, seria importante abordar os contratos de franquia com exclusividade e o grau de influência que possam gerar da distribuidora na revenda de combustível³¹. Com isso, seriam mitigadas as práticas nocivas à concorrência sem inviabilizar aquelas que geram ganhos de eficiência e, assim, menores preços ao consumidor. Ademais, seriam mitigadas as incertezas que permeiam a adoção das restrições verticais. É oportuno enfatizar que a sugestão apresentada independe da flexibilização ou não da vedação de determinados agentes atuarem na revenda.

2.4 Das Alternativas

53. É importante frisar, ainda, que a nota técnica não mostra se os problemas identificados poderiam ser sanados por meio de alterações no processo de fiscalização da agência. Embora isso pudesse aumentar custos de transação e da própria agência, não há menção se tal opção seria possível ou se os custos a inviabilizaria. Além disso, não está claro se o possível aumento de custo já não ocorrerá com a fiscalização necessária para assegurar que as normas propostas tenham efetividade.

54. Independentemente desta questão, cabem algumas considerações acerca de eventuais alternativas para as seguintes exigências sugeridas pela ANP:

- i) base de distribuição conforme a área geográfica de atuação;
- ii) estoque mínimo segundo o modal de transporte usado para abastecer uma determinada base.

55. Em relação à primeira exigência, este parecer já mencionou a possibilidade de se exigir apenas base de distribuição própria. Já no que tange à segunda, também já foi abordada a exigência de estoque mínimo sem a discriminação por modal. Considerando que a nota técnica que subsidia a consulta pública em comento não faz alusão a estas eventuais opções, sugere-se que a ANP explicita por quais motivos estas alternativas devem ser preteridas.

³¹ Na experiência internacional existem alguns exemplos de propostas que visam mitigar os riscos dessa relação de verticalização. Na Austrália, por exemplo, o contrato de franquia é regulado, proibindo discriminação entre revendedores franqueados e revendedores de propriedade das refinarias, além de obrigar o fornecimento de informações essenciais aos potenciais franqueados e regras para o não rompimento por certo período, entre outras. Outras jurisdições estabelecem restrições quanto à duração dos contratos de fornecimento exclusivo de combustíveis, visando reduzir a barreira à entrada no segmento downstream. Por fim, na Argentina, a legislação determina a compra, a qualquer tempo e a preço de mercado, dos equipamentos emprestados em comodato, pela distribuidora à revendedora; tal dispositivo tende a equilibrar a relação entre revendedores e distribuidores, atribuindo a aqueles um maior poder de barganha, ao tornar mais clara a opção entre trocar de distribuidor ou mesmo virar bandeira branca (Ragazzo, 2010, p. 36).

3. Considerações Finais

56. Ante o exposto, constata-se a legítima preocupação da ANP em aperfeiçoar os requisitos para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis com vistas a aumentar o comprometimento de longo prazo dos agentes com o setor e a mitigar eventuais riscos de desabastecimento. De fato, trata-se de objetivo que deve ser perseguido pela agência e que esta Secretaria não questiona.

57. Neste contexto, e na certeza de que a ANP busca atingir o objetivo acima de forma a minimizar os eventuais custos das exigências em comento, inclusive sob a ótica concorrencial, a Seae recomenda que a agência:

i. Apresente justificativas sobre a exigência de propriedade do terreno para instalação de uma base da distribuidora, visto que esta medida poderia reduzir a flexibilidade de gestão da distribuidora, podendo se traduzir em ineficiência e em barreira à entrada na atividade de distribuição;

ii. Esclareça acerca da necessidade de a base ser compatível com a área geográfica de atuação da distribuidora, uma vez que na nota técnica apresentada não há menção, por exemplo, de como será definida a área geográfica de atuação das distribuidoras (se por mercado relevante ou outro critério), assim como apresente análise de custo x benefício desta medida;

iii. Promova consulta pública para discutir eventual flexibilização da vedação à integração vertical na revenda varejista de combustíveis e seus efeitos sobre a concorrência na produção, distribuição e revenda de combustíveis;

iv. Avalie as potenciais ineficiências decorrentes de se fixar estoque mínimo por modal de transporte e demonstre que esta discriminação não penaliza aquelas distribuidoras que se enquadrem em uma condição que exige uma formação de estoque superior àqueles exigidos de suas concorrentes: além disso, esclareça as responsabilidades de cada agente associada à logística do sistema, de forma a não imputar sobre a distribuidora responsabilidade que cabe ao produtor;

v. Esclareça se há necessidade de formação de estoques adicionais para o etanol anidro, com o número de dias estipulados de acordo com o modal de transporte, visto que já há a exigência de estoques mínimos conforme o volume comercializado de gasolina C;

vi. Explícite quais restrições verticais são permitidas ou vedadas, com vistas a mitigar o risco de: (a) estas práticas emularem resultados que a agência busca coibir com a vedação à integração vertical; e (b) permanecer

a incerteza dos agentes econômicos e, com isso, elevar os custos de transação no setor; e

vii. Avalie se o aprimoramento da fiscalização não seria capaz de produzir os efeitos desejados com as medidas propostas.

À consideração superior.

JULIANA RODRIGUES M. SILVA
Assistente

ALEXANDRE O. LIMA LOYO
Assistente

JOSSIFRAM ALMEIDA SOARES
Coordenador-Geral da COGEN

De acordo.

RUTELLY MARQUES DA SILVA
Secretário-Adjunto de Acompanhamento Econômico

ANTONIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA
Secretário de Acompanhamento Econômico