



ANEXO

FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES CONSULTA PÚBLICA Nº 1/2020 - DE 14/08/2020 a 13/10/2020

NOME: RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A.

<input checked="" type="checkbox"/> agente econômico <input type="checkbox"/> consumidor ou usuário	<input type="checkbox"/> representante órgão de classe ou associação <input type="checkbox"/> representante de instituição governamental <input type="checkbox"/> representante de órgãos de defesa do consumidor	
Consulta Pública sobre proposta de regulamentação associada ao acesso não discriminatório, por terceiros interessados, aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo, seus derivados e de biocombustíveis		
ARTIGO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Art. 1º	Elaboração de prévia análise de impacto regulatório, que indique os problemas existentes atualmente, as diferentes alternativas disponíveis e os impactos, positivos e negativos, de cada uma delas, da perspectiva dos diferentes agentes econômicos atuantes no setor.	<p>No âmbito da Consulta Pública nº 01/2020, foi divulgada, além da minuta de norma voltada à regulamentação do tema, a Nota Técnica nº 11/2019, elaborada pela Superintendência de Infraestrutura e Movimentação – SIM, que descreve as etapas do estudo realizado para a revisão da Portaria nº 251 e traz um panorama sobre a regulamentação atual e sobre a proposta de norma que se pretende editar e objetivos.</p> <p>Não é possível identificar, a partir da referida documentação, de forma precisa, quais são os problemas decorrentes da regulação atual, quais as diferentes alternativas a serem consideradas para a sua resolução e, também, o impacto regulatório de cada uma destas propostas, à luz da perspectiva de cada eventual agente econômico do setor. Ou seja: não houve prévia Análise de Impacto Regulatório – AIR.</p> <p>Atualmente, devido à edição de novas leis, mais do que mera boa prática regulatória, não restam dúvidas quanto ao caráter mandatório da realização de AIR. Em primeiro, porque a lei passou a exigir a consideração das consequências práticas de quaisquer decisões administrativas, o que, no caso de propostas de atos normativos, pressupõe a avaliação de seus impactos (art. 20 introduzido pela Lei Federal nº 13.655/2018 ao Decreto-Lei</p>

		<p>nº 4.657/1942). Além disso, houve um reforço desta diretriz, já cogente, com a edição da Lei das Agências (art. 6º, <i>caput</i>).</p> <p>Inclusive, no caso da ANP, pode-se entender que a regra de elaboração de prévia AIR se aplica de forma imediata, já que é possível inferir do seu Regimento Interno os órgãos competentes pela condução destes estudos (art. 6º, § 2º, da Lei das Agências e art. 12, XXI, e art. 30-A, VIII e IX, da Portaria nº 69/2011).</p> <p>A não realização deste estudo, antes da audiência e consulta pública, prejudica, em alguma medida, a plena compreensão dos problemas regulatórios identificados e das alternativas consideradas pela Agência para endereçamento dos referidos problemas e, portanto, a formulação de contribuições verdadeiramente propositivas por parte dos agentes regulados.</p> <p>Da mera análise do texto divulgado, o que se pode dizer, com segurança, é que as medidas propostas pela Agência representam intervenção estatal excessiva na esfera de liberdade dos agentes regulados. Isso porque a proposta conta com inúmeras obrigações e restrições que, em nossa visão, não se justificam à luz dos resultados que podem delas ser razoavelmente esperados – haja vista a sua inaptidão para atingi-los.</p> <p>Por um lado, isso decorre do fato de que, ainda que se considere que os objetivos da norma seja incentivar o <i>acesso de terceiro</i>, até mesmo os referidos <i>terceiros</i>, isto é, os clientes de terminais portuários poderão ter seus interesses negativamente afetados por meio das medidas interventivas nela previstas. Sendo assim, cumpre entender: qual terceiro (cliente) será realmente beneficiado pela proposta de norma, haja vista que boa parte deles terão sua liberdade negocial tolhida por inúmeros dispositivos da proposta de norma, conforme detalhados nas demais contribuições apresentadas abaixo?</p> <p>Por outro lado, da análise da proposta de norma, identificam-se uma série de restrições e obrigações aos investidores, no exercício do seu direito de preferência do proprietário, e aos operadores de terminais marítimos que demandam o dispêndio de recursos significativos, ajustes de processos e restrição da sua liberdade negocial sem a demonstração dos benefícios diretos que se pode esperar a partir da adoção das referidas medidas. Por meio de determinadas disposições, a proposta de norma mitiga, quase que por completo, a autonomia operacional e gerencial dos agentes econômicos que detém infraestrutura portuária, o que se revela incompatível com a lógica de exploração das atividades de movimentação e armazenagem de cargas</p>
--	--	--

		<p>pela iniciativa privada – que deveria se pautar por uma maior flexibilidade e liberdade, conforme, inclusive, assegurado por lei e pela Constituição Federal de 1988 (art. 170).</p> <p>Estes aspectos fazem com que, na visão da Raízen Combustíveis S.A., o esforço de comentar aspectos pontuais da proposta de norma divulgada seja relativamente infrutífero, haja vista que mudanças pontuais ao texto não serão suficientes para corrigir os problemas identificados. Na realidade, entende-se que há uma necessidade premente de revisão das próprias premissas consideradas pela Agência por ocasião da elaboração da proposta de norma divulgada e, portanto, a reformulação da minuta.</p> <p>É de se notar que as fragilidades gerais sintetizadas acima – que poderiam ter sido identificadas antes mesmo da divulgação da Audiência e Consulta Pública caso tivesse sido realizada uma AIR pautada pelos parâmetros divulgados pelo Guia de AIR divulgado pela Casa Civil em 2018 –, foram evidenciadas em Workshop realizado em 28 de setembro de 2020 e em 05 de outubro de 2020, no qual os representantes da Agência já demonstraram inclinação no sentido de alterar o texto da proposta de norma diante das críticas recebidas por associações, agentes econômicos e outros órgãos e entidades públicas.</p> <p>Importante que esta d. Agência considere que o tema que ora se discute é extremamente sensível para os investidores e demais agentes regulados. A adoção de medidas regulatórias cujos impactos não sejam devidamente dimensionados podem desestimular a realização de investimentos e, com isso, retardar o desenvolvimento de toda a infraestrutura portuária pelas próximas décadas. Tal cenário recomenda que todas as alternativas regulatórias existentes sejam devidamente consideradas e que a solução a ser adotada busque, na maior medida possível, conciliar os diferentes interesses envolvidos, de forma que a intervenção estatal ocorra de forma pontual e na medida do necessário – o que não é verificado pelas medidas incorporadas à proposta de norma.</p> <p>Sendo assim, a Raízen Combustíveis sugere que a ANP realize prévia Análise de Impacto Regulatório, a partir dos subsídios colhidos na presente audiência e consulta pública, identificando, com clareza, o problema regulatório que se pretende resolver e, também, as diferentes alternativas regulatórias disponíveis, para, na sequência, conceber e divulgar ao mercado uma proposta de norma mais adequada e, a partir disso, realizar novo procedimento de Consulta e Audiência Pública para participação dos agentes</p>
--	--	---

		regulados potencialmente afetados pela medida.
<p>Art. 1º, par. 2º</p>	<p>Art. 1º Fica regulamentado o uso, por terceiros interessados, dos terminais aquaviários autorizados pela ANP para a movimentação de petróleo, de derivados de petróleo, de derivados de gás natural e de biocombustíveis, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.</p> <p>§ 2º Não estão sujeitos a esta Resolução:</p> <p>I - as instalações portuárias utilizadas exclusivamente para apoio offshore autorizadas a operar como terminal de uso privado (TUP);</p> <p>II - as operações de transferência entre embarcações não atracadas, para transbordo de petróleo, de derivados de petróleo, de derivados de gás natural e de biocombustíveis;</p> <p>III - as instalações portuárias utilizadas para movimentação e armazenamento de metanol que não movimentem ou armazenem petróleo, derivados de petróleo, derivados de gás natural ou biocombustíveis; e</p> <p>IV - os terminais de GNL; e</p> <p>V – bases de distribuição situadas em instalações portuárias.</p>	<p>A ANP, por meio da Consulta Pública nº 01/2020, divulgou a proposta de revisão da Portaria ANP nº 251/2000, que trata da regulamentação do acesso, não discriminatório, por terceiros interessados, aos terminais aquaviários existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo, seus derivados e biocombustíveis.</p> <p>Por meio da proposta de norma, busca-se regulamentar a Lei Federal nº 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”), que, ao tratar sobre o transporte de petróleo, seus derivados e gás natural (Capítulo VII), prevê a faculdade de interessados fazerem uso “dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos”, mediante remuneração adequada ao titular das instalações (art. 58).</p> <p>É importante que se tenha em mente que nem todas as instalações portuárias recebem o tratamento dispensado aos “terminais marítimos”. A rigor, a regulação foi erigida de modo a conferir tratamento distinto às instalações portuárias a depender da sua vocação, ou seja, da sua finalidade. Na prática, no setor de derivados, determinadas instalações portuárias operam como “terminais marítimos” (<i>que nada mais são do que instalações de transportes, cuja vocação principal é a prestação de serviços de movimentação de cargas e, em decorrência dessa movimentação, a armazenagem do produto por certo período de tempo</i>), enquanto outras como “bases de distribuição” (<i>instalações que tem por objetivo primordial a armazenagem, detidas por distribuidoras e utilizadas, preponderantemente, pelo seu detentor</i>).</p> <p>Além de se tratar de um modelo largamente utilizado na prática, essa dicotomia é admitida pela regulação da ANP e, inclusive, da própria ANTAQ – que, em leilões portuários recentes, tem expressamente admitido a faculdade de os futuros arrendatários optarem por explorar as respectivas áreas portuárias arrendadas sob o regime de base de distribuição ou de terminais marítimos.</p> <p>Na medida em que as bases possuem características próprias e não são regidas pelas disposições do Capítulo VII da Lei do Petróleo, o disposto no art. 58 da lei não se aplica a estas instalações. Inclusive, no próprio Workshop realizado por esta Agência reguladora em 28 de setembro de 2020, foi acertadamente esclarecido pelos representantes da ANP que não é cabível estender a aplicação deste dispositivo às bases de distribuição.</p>

		<p>A proposta de norma, reconhecendo a circunstância de que determinadas instalações portuárias não deverão receber, à luz da regulação da ANP, o tratamento de “terminal marítimo”, expressamente excluiu do seu âmbito de aplicação determinadas instalações portuárias que não se sujeitam ao disposto no art. 58 da Lei do Petróleo. Apesar disso, as “bases de distribuição” não foram incluídas de forma expressa no rol de exceções do art. 1º, par. 2º.</p> <p>Por essa razão, a fim de que não restem dúvidas quanto à inaplicabilidade das disposições da futura norma às bases de distribuição, sugere-se que seja incorporado no rol do art. 1º, par. 2º, exceção expressa às “bases de distribuição” situadas em instalações portuárias, já que tais instalações não estão sujeitas ao disposto no art. 58 da Lei do Petróleo.</p>
<p>Art. 31, par. 1º e 2º e Art. 33 e 34</p>	<p>Art. 31 Em terminal aquaviário marítimo, situado dentro ou fora do porto organizado, fica assegurado ao carregador proprietário, por meio da utilização da preferência do proprietário, o uso do terminal para a movimentação de seus próprios produtos até que exista encaminhamento para o operador de solicitação de acesso no uso das instalações.</p> <p>§ 1º O carregador que movimentar produtos em terminais situados em porto organizado não tem direito de preferência do proprietário.</p> <p>§ 2º Pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador não têm direito à preferência do proprietário.</p> <p>Art. 33 O carregador proprietário deve encaminhar à ANP, quando solicitado, a proposta de preferência do proprietário para cada terminal contendo, no mínimo, as seguintes informações:</p> <p>I – movimentações mensais próprias realizadas nos últimos três anos, discriminando os volumes para cada produto movimentado e o percentual de ocupação médio de cada tanque nos meses informados;</p> <p>II – cópias dos contratos vigentes entre o operador e o carregador proprietário; e</p> <p>III – documentos que justifiquem a necessidade de movimentação relativa ao volume requerido para fins de preferência do proprietário.</p> <p>Parágrafo único. A ANP estabelecerá a preferência do</p>	<p>A previsão legal de <i>acesso não discriminatório</i>, por terceiros interessados, a terminais marítimos representa uma intervenção estatal à liberdade dos agentes econômicos que detém tais infraestruturas. Por essa razão, este tipo de limitação deve ser interpretada restritivamente e apenas quando autorizada por lei.</p> <p>Justamente por isso, o legislador estabeleceu, em favor dos investidores, a garantia da preferência ao proprietário. Busca-se, com isso, assegurar que haja atratividade para a realização de investimentos e, também, segurança jurídica capaz de assegurar que os objetivos de tais agentes (em muitos casos: a movimentação de cargas próprias) sejam alcançados.</p> <p>Ocorre que a proposta de norma ora em comento, ao invés de limitar as restrições impostas à liberdade dos investidores (as regras de “acesso não discriminatório”) e trazer flexibilidade para que os investidores possam exercer o direito à livre iniciativa (“preferência do proprietário”), inverteu essa lógica.</p> <p>A proposta de norma parte da premissa de que há, deliberadamente, negativa de acesso a terceiros por parte dos detentores de infraestrutura portuária. No entanto, o que se verifica na prática, é que o problema é outro: há <i>escassez de infraestrutura portuária</i>. Por esta razão, é necessário cautela ao impor, de forma compulsória, a entrada de terceiros em instalações portuárias, inclusive em detrimento do proprietário das instalações. Embora a medida possa, em alguma medida, aparentar resolver o problema de eventual terceiro interessado, ela não resolve os gargalos logísticos</p>

~~proprietário, considerando a proposta apresentada pelo carregador proprietário, no prazo máximo de sessenta dias, contados do recebimento dessa.~~

~~Art. 34 A ANP poderá revisar, motivadamente, a preferência do proprietário a qualquer tempo, considerando as solicitações de acesso e negativas de acesso.~~

existentes no país e, da forma como colocado na proposta de norma, desestimula a realização de investimentos por parte de agentes que detêm cargas próprias.

O diagnóstico no sentido de que a infraestrutura portuária existente encontra-se saturada foi exposto, com clareza, em estudo técnico elaborado pela Consultoria Terrafirma, que conclui, a partir da análise de dados setoriais (item 2.9, 3.25 e Anexo 3), que “é crescente a necessidade de novas instalações portuárias para atender a demanda crescente do mercado de combustíveis, sobretudo diante da relativa estabilidade do parque de refino e o imbalance regional de consumo e produção” (item 2.13).

A realidade mostra que, para a realização de tais investimentos, assume papel de relevo os investidores que detêm cargas próprias. Com efeito, atualmente, boa parte dos agentes que tem tido apetite para investir em infraestrutura portuária são, justamente, os detentores de carga. Como aponta a pesquisa realizada pela Consultoria Terrafirma, “não fossem os operadores de carga própria, 71% dos leilões de Arrendamento portuário teriam sido desertos” (item 3.17). Conscientes dessa circunstância, o Ministério da Infraestrutura e ANTAQ, em leilões portuários recentes, tem incentivado a participação de todos os eventuais interessados em investir em portos, notadamente aqueles que possuem cargas próprias. Trata-se, inclusive, de tendência observada em diversos setores da economia, em que agentes verticalizados, detentores de cargas próprias, exploram áreas arrendadas, em portos públicos, sem qualquer tipo de restrição. Como mencionado pelo estudo da Consultoria Terrafirma, isso ocorre nos setores de granéis sólidos vegetais, granéis minerais, contêineres e celulose (item 3.23). Nestes casos, a autonomia operacional e gerencial dos investidores é plenamente respeitada.

No entanto, a depender da regulação que venha a ser editada pela ANP, é possível que os eventuais benefícios decorrentes da realização de investimentos por tais agentes econômicos sejam completamente suprimidos. Isso porque, na hipótese de aquele que se predispõe a realizar investimento elevado para implantação de infraestrutura portuária e a assumir todos os riscos inerentes ao negócio, sequer puder movimentar e armazenar suas próprias cargas, qual incentivo haverá para a realização deste investimento e assunção dos riscos, uma vez que este investidor se verá impedido de movimentar suas cargas e pode ter que vir a contratar outro operador de terminal para movimentação e armazenagem de seus produtos?

		<p>Todo este diagnóstico corrobora a percepção segundo a qual qualquer medida tendente a restringir o exercício do direito de preferência deve ser vista com cautela, tendo em vista os efeitos nefastos que podem ser produzidos e, portanto, deve ser considerado pela ANP.</p> <p>Na linha de tais preocupações, cabe ressaltar, em concreto, 3 (três) aspectos críticos da proposta de norma, relativo à regulamentação do direito de preferência do proprietário, que devem ser enfatizados:</p> <p>(i) A proposta de limitar a preferência do proprietário para terminais marítimos situados <i>fora do porto organizado</i> é ilegal e produzirá impactos extremamente negativos da perspectiva de investidores (art. 31, par. 1º): a proposta de norma sugere uma limitação “geográfica” para que os investidores possam invocar a preferência do proprietário. De acordo com a minuta divulgada, no caso de terminais marítimos situados <i>dentro</i> da área do porto organizado, não seria cabível essa prerrogativa. Isso seria justificado pelo fato de que a Lei do Petróleo se refere à preferência do “proprietário” (art. 58, par. 2º) e, como o porto organizado é um bem público, eventuais particulares que detenham a titularidade de arrendamentos portuários não seriam “proprietários” da área arrendada.</p> <p>A nosso ver, a interpretação conferida ao disposto no art. 58 da Lei do Petróleo é incorreta e deve ser repensada.</p> <p>Em <i>primeiro</i>, isso se deve ao fato de que o critério da “propriedade da área” é absolutamente inócuo e incerto. Embora a poligonal do porto organizado seja uma área pública, existem muitos terminais privados (talvez a sua maioria) que também se encontram situados em áreas públicas (mais especificamente em terrenos de marinha). Por essa razão, se o critério for “propriedade da área”, isso geraria um casuísmo que traria instabilidade e insegurança jurídica e afrontaria os propósitos do legislador com a criação da garantia da preferência do proprietário.</p> <p>Em <i>segundo</i>, é preciso que se tenha em mente os propósitos do legislador com a instituição da garantia da preferência do proprietário. O objetivo da norma legal é limitar a regra do “acesso não discriminatório” por terceiros. Se não houvesse essa previsão, os</p>
--	--	---

		<p>investidores que possuem cargas próprias se sentiriam desencorajados a investir em infraestrutura portuária. Essa é uma preocupação válida tanto para terminais privados, como, também, para terminais situados em portos organizados, já que o Governo visa a atrair o maior número de concorrentes possíveis nos leilões portuários que realiza. Neste sentido, vale notar que, recentemente, foram realizados diversos leilões de portos pela ANTAQ/MInfra, em que os Editais não traziam nenhum tipo de restrição à participação de empresas verticalizadas (ex.: de distribuidoras de combustíveis líquidos).</p> <p>Seria um contrassenso fomentar, de um lado, a participação de empresas verticalizadas em leilões portuários para exploração de arrendamentos em áreas públicas e, de outro, subtrair dos licitantes vencedores o direito à preferência do proprietário, assegurado por lei. Por essa razão, uma interpretação teleológica da lei impõe que a preferência do proprietário seja reconhecida também para terminais situados dentro da área de porto organizado.</p> <p>Em <i>terceiro</i>, quando se analisa o disposto no par. 2º do art. 58 da Lei do Petróleo (preferência do proprietário), é evidente que o objetivo da norma é estabelecer um contraponto à previsão do caput do art. 58, que prevê o “acesso não discriminatório” para terminais situados dentro ou fora da área de porto organizado. Sendo assim, não há qualquer razoabilidade na interpretação de que a garantia da preferência do proprietário, que complementa o caput do art. 58, deveria ser mais restritiva do que a previsão do <i>caput</i>. Como já dito, restrições à liberdade econômica (regras de acesso não discriminatório) se interpretam restritivamente e, portanto, não os direitos do agente privado que faz os investimentos e, portanto, detém o direito de utilização deste bem.</p> <p>Em <i>quarto</i>, se a intenção do legislador fosse restringir o instituto da preferência aos casos em que o investidor é o “proprietário da área”, seria necessária a revisão da Resolução ANP 35/2012, que, ao regulamentar o art. 58 da Lei do Petróleo para o caso de dutos longos, define “proprietário” como “empresa ou consórcio de empresas que detém a propriedade das Instalações de Transporte”, sendo estas entendidas como os “dutos de transporte, estações de bombeamento e instalações de armazenagem indispensáveis à operação de cada duto” (art. 2º, II e IV). Em nenhum momento a resolução se referiu à propriedade da “área” na qual os dutos são</p>
--	--	--

		<p>instalados para fins de identificação do beneficiário da “preferência do proprietário”. Uma eventual alteração da Resolução ANP 35/2012 para compatibilizá-la com a proposta ora em comento, todavia, seria desprovida de qualquer razoabilidade.</p> <p>Em <i>quinto</i>, além dos diversos leilões portuários que vem sendo realizados pelo Governo Federal, está em curso o desinvestimento da Petrobrás em ativos de refino. A percepção de risco e o <i>valuation</i> dos ativos envolvidos em tais programas estão intimamente relacionados à segurança jurídica que os investidores encontrarão, no país, para a obtenção de retorno esperado pelos investimentos. Por essa razão, considerando as políticas públicas de governo existentes, entende-se que esta Agência deve visar o êxito e o sucesso de tais programas e o exercício da atividade regulatória deveria, ao menos em tese, estar orientado para estes propósitos. Ocorre que determinadas medidas da proposta de norma – como é o caso deste art. 31, par. 1º -, impõe dificuldades para o êxito dos programas, afronta as premissas de qualquer decisão de investimento (qual a razão para a alienação de terminais marítimos situados em portos organizados junto com refinarias se não houvesse a possibilidade de exercício da preferência do proprietário?) e pode levar à perda de valor dos ativos desinvestidos ou mesmo à frustração das expectativas de retorno de investidores. Por isso, entendemos que os impactos negativos oriundos da edição destes normativos deverão ser devidamente considerados por esta Agência, sendo inconcebível que, na conjuntura atual, seja editado ato normativo capaz de inviabilizar ou frustrar a expectativa de retorno de investidores e, mais do que isso, o próprio êxito das políticas públicas governamentais.</p> <p>Diante das ponderações indicadas acima, entendemos que o conceito de proprietário deve ser modificado, a fim de que seja considerado como tal aquele que investe na implantação, manutenção ou ampliação das instalações do terminal aquaviário, independentemente de se tratar de instalação situada dentro ou fora do porto organizado.</p> <p>(ii) A proposta de impedir o exercício da preferência do proprietário por empresas do mesmo grupo econômico é ilegal e irrazoável (art. 31, par. 2º): por fim, a proposta coloca que não poderão invocar a preferência do proprietário “pessoas jurídicas coligadas,</p>
--	--	---

		<p>subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador” (par. 2º). Trata-se de uma restrição indevida à preferência do proprietário e que viola a própria finalidade do instituto.</p> <p>Ao assegurar a preferência do proprietário, a intenção da Lei do Petróleo é viabilizar que grupos econômicos verticalizados possuam segurança jurídica e vejam atratividade na realização de investimentos para a exploração de terminais marítimos. É evidente que a preocupação do legislador não se dirige aos grupos econômicos que atuem, tão somente, na operação de terminais para prestação de serviços a terceiros, que não possuem cargas próprias e que, portanto, sequer necessitam exercer direito de preferência.</p> <p>Ocorre que, por motivos diversos, empresas verticalizadas podem optar por explorar terminais marítimos por meio de sociedades de propósito específico (SPEs). Essa decisão pode decorrer de uma escolha de organização da atividade empresária do próprio investidor, necessidade para estruturação do <i>project finance</i> ou, até mesmo, de exigências regulatórias, previstas em atos normativos infralegais ou editais de processos de licitação ou seleção de parceiros privados. Em todo caso, o fato é que a forma de organização societária (exploração direta ou mediante SPE) não afasta o fato de que a decisão pela realização do investimento teve como premissa o fato de que os acionistas daquela SPE poderiam fazer uso do ativo para a movimentação de suas cargas. Além disso, não nos parece que a intenção do legislador tenha sido impedir o exercício da preferência do proprietário nesses casos – já que isso vai de encontro com a própria finalidade do instituto.</p> <p>Desta forma, considerando que a organização societária é, em muitos casos, justificada por questões regulatórias (ANTAQ) ou de gestão empresarial, não faz sentido que a regulação da ANP estabeleça uma limitação ao exercício da garantia da preferência do proprietário, que pode produzir efeitos inversos àqueles pretendidos pelo legislador: insegurança jurídica, frustração da expectativa de retorno de investimentos já realizados e desestímulo à realização de investimentos. Sendo assim, é necessário que a preferência do proprietário seja assegurada, no mínimo aos acionistas de eventual sociedade de propósito específico que explore o terminal.</p> <p>(iii) Imposição de limitação “apriorística” ao volume a ser</p>
--	--	--

		<p>movimentado/armazenado: pela sistemática adotada pela proposta de norma, pretende-se atribuir à ANP a prerrogativa de estabelecer, de forma apriorística, os volumes a serem movimentados a título de preferência do proprietário. Com efeito, nos termos do art. 33 e 34 da proposta de norma, coloca-se a necessidade de a ANP “estabelecer” a preferência do proprietário, considerando a proposta apresentada pelo carregador proprietário, além da prerrogativa de a Agência “revisar a preferência do proprietário a qualquer tempo”.</p> <p>Tais disposições introduzem dose de incerteza aos investidores que detêm cargas próprias, que podem acabar ficando sujeitos à avaliação discricionária da agência para que possam utilizar as instalações portuárias por eles investidas. A definição antecipada de limites rígidos, inclusive, não parece solução razoável, haja vista que os volumes a serem efetivamente movimentados acabam sendo condicionados por circunstâncias econômicas, sociais e de mercado cambiantes e imprevisíveis (vide, por exemplo, o recente exemplo da Covid-19). Sendo assim, a medida se revela inadequada, já que inapta a trazer proteção adequada ao investidor. Ao contrário. A proposta acaba por estabelecer restrição que pode inviabilizar o uso da infraestrutura pelo proprietário para escoar suas cargas naquela região.</p> <p>Inclusive, pode acabar impondo ao investidor a necessidade de contratar terceiros para que possa acomodar parte de suas próprias cargas diante das restrições impostas à preferência do proprietário. Essa realidade gera ineficiências operacionais, mitiga a autonomia gerencial e operacional do operador e traz desestímulo para que estes agentes realizem investimentos. Isso porque tal agente, além de ter que arcar com os riscos e custos inerentes à implantação de uma infraestrutura portuária, se verá obrigado a, para parte de suas cargas, arcar com o custo decorrente da contratação de um outro terminal. Penaliza-se, desta forma, o investidor, fazendo com que seja mais cômoda a posição de simplesmente acessar infraestrutura de terceiros e, em última análise, prejudica o consumidor final, haja vista que acaba por impor, até mesmo para operadores que detêm cargas próprias, o dever de contratar um terceiro para a movimentação e armazenagem de cargas.</p> <p>Por fim, a própria legalidade da medida pode ser questionada, haja vista que não há, na Lei do Petróleo, qualquer indicativo no sentido</p>
--	--	--

		<p>de que deve ser estabelecida uma regulação apriorística para limitação da preferência do proprietário. Sendo assim, outras alternativas deveriam ser consideradas pela ANP, a fim de que os investidores não sejam onerados e haja intensificação da insegurança jurídica, o que leva a um cenário que acaba por desestimular a realização de novos investimentos. Assim, em linha com a contribuição acima, recomenda-se que sejam consideradas estas diferentes alternativas, mediante prévia realização de AIR, para que, no âmbito de nova Consulta e Audiência Pública, os agentes regulados possam avaliá-la.</p> <p>Sendo assim, recomenda-se que (i) seja retirada a restrição geográfica para o exercício do direito à preferência do proprietário, que deve beneficiar os titulares de terminais aquaviários situados dentro ou fora da área de porto organizado; (ii) exclusão da regra que limita que empresas do mesmo grupo econômico exerçam o direito de preferência do proprietário; e, por fim, (iii) a necessidade de supressão da sistemática de definição apriorística do volume a ser movimentado a título de preferência do proprietário.</p>
<p>Art. 2º, X e XXII</p>	<p>Art. 2º Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições</p> <p>X - carregador proprietário: pessoa jurídica, ou consórcio dessas, que é, simultaneamente, carregador e titular ou acionista da sociedade empresária que detenha o direito de exploração proprietária de terminal aquaviário, situado fora do porto organizado;</p> <p>XXII - preferência do proprietário: direito garantido para armazenagem para o carregador proprietário, para movimentação ou armazenagem de seus próprios produtos em um terminal aquaviário privado, situado fora do porto organizado;</p>	<p>A contribuição se justifica pelos motivos expostos na contribuição anterior.</p>
<p>Art. 12, caput e parágrafo 1º</p>	<p>Sugerimos a supressão da norma e a manutenção da sistemática atual da Portaria ANP 251, em que há mera “presunção” de prática discriminatória e, portanto, não uma “vedação” à contratação neste formato, sem a obrigatoriedade de “oferta pública de capacidade”, mantendo-se a liberdade de contratar das partes.</p>	<p>A proposta de norma proíbe a celebração de contratos de prazo superior a 2 (dois) anos com um único carregador e que possa implicar em utilização superior a 50% da capacidade estática, exceto quando se tratar de exclusividade de uso do terminal decorrente de preferência do proprietário (art. 12, caput c/c par. 1º). Além disso, coloca-se que, ao término do prazo deste contrato, o operador deverá realizar “oferta pública da capacidade” (par. 2º).</p> <p>Por meio desta medida, busca-se trazer objetividade para a identificação de eventuais práticas discriminatórias. Apesar disso, a proposta acaba intervindo</p>

		<p>excessivamente na liberdade negocial das partes ao impor limitações à definição de condições comerciais importantes para a celebração de contratos de movimentação e armazenagem. A rigor, ao estabelecer o prazo máximo de contrato (2 anos), o volume máximo a ser contratado (50% da capacidade estática) e a forma de renegociação (obrigatoriedade de oferta pública de capacidade), verifica-se uma ingerência excessiva, despropositada e ilegal na esfera de liberdade das partes privadas que pactuam contratos desta natureza.</p> <p>Na medida em que a Lei do Petróleo não autoriza que a ANP defina, de antemão, condições comerciais de tais contratos privado, entendemos que não há fundamento legal para a proposta e, ao contrário, a sua edição configuraria hipótese de abuso de poder regulatório, vedado pelo art. 4º da Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).</p> <p>A pretexto de buscar coibir eventuais práticas discriminatórias, não nos parece válido que a regulação estabeleça, sem fundamento em lei, amarras à liberdade contratual de partes privadas. Além disso, várias dessas medidas sequer nos parecem compatíveis com as melhores práticas de mercado. Neste sentido, vale fazer alusão à definição de “contratação de longo prazo” como sendo aquela pactuada por “período superior a 2 anos”, prazo este excessivamente exíguo e incompatível com o que, na prática, é feito para que haja ambiente propício para assegurar o retorno de investimentos realizados pelos operadores de terminais marítimos.</p> <p>Este tipo de limitação afeta, intimamente, a perspectiva de retorno de investidores de terminais aquaviários, haja vista que restringe a liberdade negocial das partes e, além disso, intensifica o risco de demanda, já que os detentores dessas instalações portuárias não conseguirão firmar contratos de longo prazo (que, na prática, costumam ser de 5 ou até 10 anos) para mitigar o risco de demanda e assegurar retorno mínimo pelos investimentos. Tal situação, no limite, poderá provocar a instauração de pleitos de reequilíbrio e, até mesmo, um completo desestímulo à realização de novos investimentos em áreas portuárias.</p> <p>Também da perspectiva dos próprios “terceiros”, isto é, dos <i>clientes</i> do terminal aquaviário, não há sentido para instituir a regra. Com efeito, se um determinado cliente contrata capacidade igual ou superior a 50% de um terminal, isso decorre do fato de que esta empresa possui uma demanda que precisa ser atendida. Diante disso, a medida pode acabar cerceando ou inviabilizando o próprio exercício da atividade econômica por parte dos clientes do terminal, que negociaram e se comprometeram com determinados volumes</p>
--	--	---

		<p>de movimentação junto aos operadores do terminal. Sendo assim, cabe indagar: a quem esta medida se presta a atender, já que ela acaba por preterir, até mesmo, os clientes do terminal e, portanto, agentes que, possivelmente, não possuem infraestrutura portuária – ou, pelo menos, não na mesma zona de influência do porto contratado? Por meio de regras que representam forte intervenção estatal à liberdade dos agentes privados, os próprios clientes estão sendo preteridos em benefício do interesse de um “suposto” terceiro interessado, cuja existência, inclusive, é incerta.</p> <p>Outro problema identificado a partir da análise da proposta de norma diz respeito ao fato de que apenas se permite que o proprietário utilize mais de 50% da capacidade estática quando se tratar de “exclusividade do uso do terminal”. Ocorre que, na prática, o período de exclusividade do proprietário, pelos termos da minuta, está restrito aos 10 primeiros anos. Decorrido esse período, será cabível solicitação de acesso de terceiros e a preferência do proprietário será definida pela ANP. No entanto, ao estabelecer que a limitação de 50% não será aplicável apenas durante o período de “exclusividade”, a proposta traz, por via transversa, uma limitação ao percentual de preferência de proprietário a ser homologado pela ANP após o decurso do período de exclusividade – que não poderá exceder 50%. Não há qualquer justificativa para que isso seja feito e, além disso, constitui uma restrição excessiva à garantia da preferência do proprietário.</p> <p>Diante do acima exposto, entendemos que a proposta não é adequada, já que, além de não encontrar amparo na legislação, pode produzir impactos extremamente negativos para o setor, que merecem ser considerados e detalhados por ocasião da análise de impacto regulatório da proposta de norma, a qual certamente demonstrará a necessidade de supressão da proposta.</p> <p>Alternativamente, caso se entenda necessário manter a restrição dos 50% da capacidade estática, deveriam ser realizados ajustes de forma a prever que: (i) contratação de longo prazo é aquela por período superior a 10 (dez) anos; (ii) supressão da obrigatoriedade de “oferta pública de capacidade”; e (iii) a exceção à regra ocorrerá “quando se tratar de uso do terminal decorrente da preferência do proprietário”, sem indicação de “exclusividade do uso”, o que apenas protegeria o proprietário nos 10 primeiros anos de operação do terminal.</p>
--	--	--

<p>Art. 12, par. 2º, e art. 34</p>	<p>Art. 10 Os serviços do terminal são prestados exclusivamente pelo operador autorizado pela ANP, mediante remuneração adequada, com base em critérios previamente estabelecidos, e nos termos do respectivo contrato.</p> <p>§ 2º A ANP pode exigir mudanças nas cláusulas contratuais dos contratos, mediante fundamentação em processo administrativo próprio.</p> <p>Art. 34 A ANP poderá revisar, motivadamente, a preferência do proprietário a qualquer tempo, considerando as solicitações de acesso e negativas de acesso.</p>	<p>Determinados dispositivos da proposta de norma acabam por trazer insegurança e imprevisibilidade aos agentes econômicos ao prever competências excessivamente amplas à ANP.</p> <p>Em <i>primeiro</i>, isso decorre da possibilidade de a Agência “exigir mudanças nas cláusulas contratuais dos contratos, mediante fundamentação em processo administrativo próprio” (art. 10, par. 2º). Os contratos celebrados entre operadores de terminais marítimos e seus clientes são contratos de natureza privada. Eventual intervenção estatal na definição das cláusulas de tais instrumentos deve possuir expressa previsão legal, já que prevalece, em tais contratações, o princípio da autonomia da vontade. Não nos parece que haja, na Lei do Petróleo ou em qualquer outra lei, fundamento para que a Agência intervenha em tais contratos, ainda mais sem qualquer tipo de parâmetro normativo claro e objetivo. Por esta razão, em observância ao disposto no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, recomendamos a supressão do parágrafo segundo do art. 10.</p> <p>Em <i>segundo</i>, a proposta coloca que a Agência “poderá revisar, motivadamente, a preferência do proprietário a qualquer tempo, considerando as solicitações de acesso e negativas de acesso” (art. 34). A Lei do Petróleo, ao tratar sobre o acesso não discriminatório, garantiu aos proprietários direito de preferência, tendo sido previsto que o seu exercício será “regulado pela ANP”. Ao atribuir à Agência o dever de regulamentar este tema, entende-se o ato normativo infralegal indicará, de forma clara, técnica e objetiva, respeitadas as balizas gerais da lei, os parâmetros para o exercício deste direito e as hipóteses restritas de intervenção regulatória em seu exercício. Isso não significa que, ao exercer seu poder regulamentar, a Agência possa simplesmente avocar para si a competência para revisar, “a qualquer tempo” a preferência do proprietário. Esse tipo de disposição pode intensificar a insegurança jurídica e aumenta os riscos envolvidos na realização de investimentos e exploração de infraestrutura portuária. Por isso, recomendamos a supressão do art. 34.</p>
<p>Art. 4º, caput c/c par. 1º e Art. 16, II, “f” e “g”</p>	<p>Art. 4º. Eventuais terceiros interessados, que tenham recebido negativas de acesso imotivadas dos operadores, podem encaminhar eventual contestação para a ANP, juntamente com a negativa de acesso, para fins de avaliação da razoabilidade, ou não, da negativa pela Agência. O operador deve encaminhar para a ANP, por meio eletrônico, todas as negativas de acesso emitidas, em até seis dias úteis, contados da data limite.</p> <p>§ 1º. O operador deve prover, em seu sítio eletrônico, um formulário</p>	<p>Ao estabelecer a necessidade de adoção de procedimentos internos e de divulgação de informações, a proposta de norma trouxe previsões que, na prática, tornarão excessivamente oneroso o seu cumprimento.</p> <p>Neste sentido, vale fazer referência às normas da proposta de norma que preveem a necessidade de: (i) registro e envio à ANP, por parte do operador, de todas as negativas de acesso; (ii) manutenção “centro de custo segregado para cada terminal na elaboração de demonstrativos contábeis” quando não se</p>

	<p>para que os terceiros interessados registrem suas contestações quanto às negativas de acesso.</p> <p>Art. 16 No exercício das suas atividades, o Operador fica obrigado a:</p> <p>I - manter um centro de custo segregado para cada terminal na elaboração de seus demonstrativos contábeis, caso não tenha sido estabelecida Sociedade de Propósito Específico - SPE para a operação do terminal;</p> <p>II - divulgar, em seu sítio de Internet, as seguintes informações referentes a cada um de seus terminais:</p> <p>(...)</p> <p>f) histórico diário dos volumes movimentados por modal no último ano, conforme modelo definido no Anexo III; e</p> <p>g) volumes de estoque por produto, do último ano dia de mês anterior.</p>	<p>tratar de SPE; e (iii) publicação de “histórico diário dos volumes movimentados por modal” e os “volumes de estoque por produto, do último dia do mês anterior”.</p> <p>A primeira exigência, relativa ao registro e envio da ANP de todas as negativas de acesso emitidas, entende-se que a regra estabelece um ônus significativo aos operadores de terminais, que deverão alocar recursos, financeiros e humanos, para uma função que, na prática, não assume relevância. Isso porque é possível que o próprio cliente compreenda e entenda razoáveis os motivos da recusa. Ainda, é possível que o cliente encontre outra opção, a despeito da negativa. Sendo assim, qual o efeito prático que se espera obter a partir da imposição desse tipo de obrigação que, certamente, importa na atribuição de maiores custos e burocracia aos operadores? Melhor seria se a proposta de norma se limitasse a prever o direito de eventual terceiro que tenha recebido recusa imotivada encaminhar a negativa de acesso à Agência para que esta avalie, a partir de critérios objetivos, se haveria, ou não, abuso por parte do operador.</p> <p>Em relação à segunda e à terceira exigência mencionada, verifica-se que tanto a exigência de manutenção de “centro de custos segregado”, como a exigência de divulgação de tais informações na periodicidade indicada – diária ou mensal – demanda a adequação de processos internos (contábeis e de T.I), contratação e desenvolvimento de sistemas, contratação de pessoal especializado para alimentar os sistemas e realizar procedimentos voltados ao atendimento da norma. Tais adequações são complexas e envolvem o dispêndio de recursos significativos que impactam o opex das empresas e tornam a exploração de terminais marítimos ainda mais onerosa, custos que acabam sendo suportados, em última análise, pelo consumidor final. Por tais razões, entendemos que haverá significativo impacto econômico da perspectiva dos agentes regulados, que não justificam os potenciais benefícios da instituição dessa obrigação.</p> <p>Vale mencionar que a Lei de Liberdade Econômica busca restringir a imposição de barreiras regulatórias que tragam ônus aos agentes econômicos, sendo necessária minuciosa análise do impacto regulatório envolvido na instituição de qualquer obrigação que tenha este efeito. No caso dos dispositivos em comento, nos parece que as obrigações sugeridas não se justificam à luz dos potenciais benefícios esperados com a sua instituição.</p> <p>Além de os custos envolvidos no atendimento da norma ser excessivamente elevado, deve-se considerar que, no tocante à obrigatoriedade de divulgação</p>
--	---	---

		<p>de informações, a periodicidade de divulgação das informações pode gerar condutas oportunistas, fazendo com que eventuais concorrentes do operador do terminal avalie as cargas que estão tendo maior movimentação nos demais terminais marítimos e, com isso, oriente seu comportamento de forma a absorver a demanda de seus concorrentes ou a praticar preços predatórios.</p> <p>Diante do acima exposto, sugere-se que a obrigação prevista no art. 4º, caput e parágrafo 1º, e no inciso “I” do art. 16 sejam suprimidas, enquanto que aquelas previstas no inciso “II, “f” e “g”, sejam adaptadas, de forma a mitigar os impactos negativos e indesejáveis indicados acima.</p>
<p>Art. 10, par. 3º, e 4º, 21, 26, 27, 28 e 29</p>	<p>Art. 10. (...) § 3º. Todos os contratos firmados entre carregadores e operadores, incluindo o carregador proprietário, devem possuir ou incluir cláusula para determinar multa para o caso de serviços programados e não executados, quando não houver a comunicação prévia e tempestiva.</p> <p>§ 4º. Os operadores devem encaminhar previamente para a ANP a minuta dos contratos nos quais não estejam previstos o uso do princípio da fungibilidade e os que exijam alocação de tancagem exclusiva para um único carregador.</p> <p>Art. 21 O terceiro interessado com solicitação de serviço confirmada pelo operador tem o seguinte prazo para ratificar o pedido de acesso e realizar a contratação dos serviços, salvo acordo entre as partes: I – cinco dias úteis no caso de confirmação de uso da capacidade disponível; II – um dia útil no caso de confirmação de uso da capacidade ociosa.</p> <p>Art. 25 O operador é responsável pela qualidade dos produtos armazenados no terminal e na devolução desses ao carregador. Parágrafo único. O operador deve fazer uso do princípio da fungibilidade, desde que não estabelecido expressamente em contrário em contrato e devidamente justificado, conforme § 4º do art. 10.</p> <p>Art. 26 O Operador pode adotar as providências que se façam necessárias para a liberação do terminal no caso de não retirada de produtos pelo carregador no prazo máximo estabelecido no contrato, devendo solicitar anuência prévia da ANP para vender ou movimentar esses produtos.</p>	<p>Na linha da contribuição apresentada acima, entendemos que uma série de medidas previstas na proposta de norma acabam por estabelecer restrições à liberdade das partes (operadores de terminais e clientes) para a negociação dos termos dos contratos de movimentação e armazenagem. Tais contratos possuem a natureza de contratos de direito privado e, por essa razão, apenas é possível que sejam estabelecidas condicionantes regulatórias aos seus termos caso expressamente autorizado por lei.</p> <p>A nosso ver, da leitura do art. 58 da Lei do Petróleo não se depreende qualquer autorização para que sejam estabelecidas condicionantes tais como aquelas previstas nos art. 10, 21, 26, 27, 28 e 29 da proposta de norma aos termos dos referidos contratos, restando configurado, portanto, o vício previsto no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica.</p> <p>Tais medidas tampouco se justificam para fins de atingimento dos objetivos pretendidos por esta iniciativa regulatória, que visa a assegurar o acesso de terceiros a terminais aquaviários. Diante disso, sugere-se a supressão de tais dispositivos, que podem aumentar custos de transação sem a comprovação de seus benefícios.</p>

	<p>Art. 27 O operador pode definir a forma de aferição das perdas e sobras admissíveis, desde que a forma de apuração e os percentuais estejam definidos em contrato.</p> <p>Art. 28 O operador pode exigir do carregador volume de produto para formação de lastro operacional para realização dos serviços de movimentação, devendo o carregador receber o produto imediatamente ao final do contrato.</p> <p>Art. 29 O operador pode recusar o acesso ao terceiro interessado, caso comprovado que a confirmação da solicitação de acesso pelo interessado não obedeceu aos prazos estabelecidos no art. 21.</p>	
<p>Art. 7º</p>	<p>Art. 7º. Os operadores ficam obrigados a permitir a conexão dutoviária destes com instalações de terceiros interessados, respeitados os contratos vigentes, as regras da Administração Portuária, as normas de segurança, as disposições de seus Contratos de Arrendamento ou Contratos de Adesão ou Contratos de Direito de Passagem e as Condições Gerais de Serviço do Terminal, exceto se não houver capacidade disponível, mediata e imediata, para a movimentação de cargas de terceiros.</p> <p>§ 1º. Para a realização de conexões dutoviárias de que trata o caput, o terceiro interessado é responsável por firmar contratos de passagem, em observância ao disposto na regulação da ANTAQ, e pela obtenção de licenças.</p>	<p>A proposta de impõe a necessidade de os operadores permitirem conexão dutoviária de seus dutos com as instalações de terceiros interessados.</p> <p>Embora os propósitos da norma sejam pertinentes, o caráter imperativo da norma (que prevê que os operadores estarão “obrigados” a permitir a conexão dutoviária) deve ser atenuado. Isso se justifica pelo fato de que é necessário avaliar se existe capacidade operacional disponível, no duto, para que a interconexão seja realizada. Em sendo possível, é preciso que também sejam considerados os impactos da eventual conexão na capacidade de movimentação do terminal durante todo o seu prazo de arrendamento, em se tratando de arrendamento portuário. Isso porque, a depender da situação em concreto, é possível que haja desequilíbrio econômico-financeiro devido à frustração de demanda do terminal, situação que terá se materializado em decorrência da regulação desta Agência, sem que o operador tenha dado causa a esta situação.</p> <p>Ademais, em relação ao art. 7º, par. 1º, é preciso atentar para o fato de que a regulação da ANTAQ estabelece regulação própria para a celebração de contratos de direito de passagem. Por essa razão, é importante esclarecer que a celebração de contratos de passagem deverá observar o disposto na regulação da ANTAQ, sendo desejável certo grau de deferência da ANP em relação ao que consta nos atos normativos do setor portuário, a fim de que não haja conflito de normas.</p> <p>Por fim, é preciso que, além das disposições trazidas nas Condições Gerais de Serviços do Terminal e, também, das regras da Administração Portuária e de normas de segurança, sejam observadas as disposições trazidas nos Contratos de Arrendamento (instalações portuárias de uso público), nos Contratos de Adesão (instalações portuárias de uso privado) e eventuais</p>

		<p>Contratos de Direito de Passagem, haja vista que tais instrumentos podem estabelecer condicionantes específicas que deverão ser respeitadas.</p> <p>Por tais razões, recomenda-se que (i) a obrigatoriedade de o operador permitir conexão dutoviária com terceiros seja atenuada, de forma a comportar exceções específicas; (ii) seja expressamente prevista a necessidade de os contratos de passagem serem firmados em observância à regulação da ANTAQ, de forma a se evitar sobreposição de competência ou conflito de normas; (iii) seja prevista a necessidade de observância das regras porventura trazidas nos Contratos de Arrendamento, Contratos de Adesão e Contrato de Direito de Passagem.</p>
--	--	--

Este formulário deverá ser encaminhado à ANP para o endereço eletrônico: audiencia_sim_251@anp.gov.br.