



Nota Técnica SEI nº 43765/2020/ME

Assunto: **Consulta e Audiência Públicas nº 01/2020, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).**

1. SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Analisa-se minuta de resolução que revoga a Portaria nº 251, de 7 de novembro de 2000, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicomustíveis (ANP). A proposta é objeto das Consulta e Audiência Públicas ANP nº 1/2020.
2. A revogação decorre do objetivo da minuta de estabelecer novas regras de acesso de terceiros aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, de movimentação de combustíveis. A revisão normativa proposta pela minuta tem potencial de favorecer a otimização do aproveitamento econômica dessas infraestruturas, bem como a concorrência na indústria de combustíveis. Razões pelas quais se considera meritória a iniciativa da agência reguladora.
3. Com intuito de contribuir com esse trabalho, apresentam-se sugestões de aprimoramento da minuta de resolução. Objetivam reduzir incertezas regulatórias e outros custos de transação, contribuindo com a segurança jurídica e os incentivos ao investimento na atividade, sem abdicar da finalidade original da minuta que é a de promover a concorrência na indústria de combustíveis com a edição de novas regras para o acesso de terceiros aos terminais de movimentação desses produtos.
4. Esta manifestação decorre das competências da SEAE de promoção da concorrência e de outros incentivos à eficiência econômica, que estão previstas no Decreto nº 9.745/2019.

2. ANÁLISE

2.1 Fundamentação legal

2.1.1 Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997)

5. A obrigatoriedade do acesso de terceiros a terminais marítimos tem previsão legal no caput do art. 58 da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997). Segue a transcrição do dispositivo:

Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.

6. Do exposto, depreende-se que a Lei não restringe o acesso de terceiros à localização do terminal, não havendo distinção se a infraestrutura está localizada dentro ou fora do porto organizado, ou exceção da regra aos terminais de uso privado.

7. A Lei do Petróleo prevê remuneração ao titular das instalações devido à faculdade de utilização dessas infraestruturas por terceiros interessados, conforme § 1º do art. 58 da referida Lei transcrito a seguir.

§ 1º. A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

8. Tendo em vista o dispositivo legal, foi publicada a Portaria ANP nº 251/2000. É a norma vigente que estabelece critérios para o acesso de terceiros aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo e seus derivados. A norma constitui objeto de revisão das Consulta e Audiência Públicas ANP nº 1/2020.

9. Com base no descrito pela Lei do Petróleo, a minuta de resolução das Consulta e Audiência Públicas nº 1/2020 ampara o acesso de terceiros a qualquer tipo de terminal. Então, não restringe o direito de acesso aos terminais arrendados em porto organizado, alcançando igualmente os terminais de uso privado, como indica o caput do art. 3º da minuta transcrito a seguir:

Art. 3º O operador deve permitir o acesso não discriminatório e o uso do terminal aos interessados, mediante remuneração adequada e observadas as normas desta Resolução.

10. Dessa forma, não há inovação da proposta em tela quanto à abrangência do acesso de

terceiros à infraestrutura portuária, reproduzindo faculdade legal prevista no art. 58 da Lei nº 9478/1997 que não estabelece exceções ao acesso para determinados tipos de terminal. Sobre as demais condições de acesso, como a preferência do proprietário, são discutidas adiante neste documento.

2.1.2 Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013)

11. Em relação à legislação do setor portuário, cabe breve menção à Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos). A lei prevê um conjunto de diretrizes para exploração dos portos organizados e instalações portuárias. O incentivo à concorrência, bem como o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias encontram-se no rol de diretrizes, conforme se extrai de seu art. 3º:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; (...)

V - **estímulo à concorrência**, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias – grifo nosso.

12. Assim, a Lei dos Portos, de modo similar à Lei do Petróleo, ampara o acesso de terceiros aos terminais aquaviários de movimentação de petróleo e combustíveis. Trata-se de mais uma peça da legislação que embasa a minuta de resolução objeto das Consultas e Audiências Públicas ANP nº 1/2020.

13. No âmbito infralegal da regulação do setor portuário, cabe menção resumida da Resolução nº 3.274, de 6 de fevereiro de 2014, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), alterada pelas Resoluções ANTAQ 3.584, de 15 de agosto de 2014 e pela Resolução Normativa nº 02-ANTAQ, de 13 de fevereiro de 2015.

14. Em linha com as orientações legais sobre o acesso de terceiros, a Resolução ANTAQ nº 3.274/2014 estabelece para diversos agentes econômicos – Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário – a necessidade de observar permanentemente: i) a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários; ii) preços não discriminatórios; iii) a não imposição de impedimentos do acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, canais de distribuição, entre outras práticas lesivas à concorrência. A seguir, transcrição dos dispositivos da norma sobre a questão:

Art. 3º A Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário devem observar permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as seguintes condições mínimas:

VI - generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários; (Redação dada pela Resolução Normativa nº 02-ANTAQ, de 13.02.2015)

VII - modicidade, adotando tarifas ou preços em bases justas, transparentes e não discriminatórias aos usuários e que reflitam a complexidade e os custos das atividades, observando as tarifas ou preços-teto, desde que estabelecidos pela ANTAQ; (...)

X - abstenção de práticas lesivas à livre concorrência, tais como, entre outras:

a) opor obstáculo ao exercício dos direitos ou à execução dos serviços;

b) formar cartel;

c) concentrar ou dominar mercados;

d) opor obstáculo ou resistência à entrada de novas empresas no mercado;

e) impedir ou prejudicar o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; e

f) prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

2.2. Fundamentação econômica

15. A literatura econômica apresenta justificativas para a regulação do acesso de terceiros a infraestruturas com características análogas aos dos terminais portuários de movimentação de petróleo e combustíveis. As seções subsequentes resumem referencial econômico, que envolvem os temas de integração vertical e infraestruturas essenciais.

2.2.1 Integração Vertical

16. O debate sobre efeitos da integração vertical na concorrência é motivado em parte pela possibilidade de falhas de mercado em um determinado elo de uma cadeia produtiva ocasionar barreiras à entrada em outros elos a montante ou a jusante da cadeia. O relatório “Estudos do art. 2º da Resolução CNPE nº 12/2019”¹ cita exemplos dessa situação, como as atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica, que possuem características de monopólio natural e podem cercear a concorrência de outros elos da cadeia produtiva potencialmente competitivos, como a geração de energia elétrica. Caso análogo ocorre na indústria de gás natural, em que as etapas de transporte e distribuição possuem características de monopólio natural e podem fechar mercado de outros elos potencialmente competitivos da cadeia produtiva.

17. O relatório cita também estudos que apontam a possibilidade de fechamento de mercado como resultado de processos de integração vertical. Indica-se que a integração pode aumentar os custos dos concorrentes do agente verticalizado em determinados elos da cadeia produtiva (ORDOVER et al. 1990²; SALINGER 1988³; SALOP e SCHEFFMAN, 1987⁴). Abaixo, segue transcrição do relatório que

resume resultados de estudos conhecidos na literatura de organização industrial como abordagem pós-Chicago:

Uma ideia fundamental desta abordagem é que as empresas verticalmente integradas terão incentivos diferentes das empresas não integradas para competir no mercado de insumos (a montante). Uma empresa integrada reconhecerá que pode se beneficiar dos custos mais elevados impostos aos seus concorrentes a jusante quando se abstém da concorrência agressiva no mercado de insumos, e, por conseguinte, tentará fazê-lo para aumentar os custos dos concorrentes. O fechamento vertical pode, portanto, surgir em equilíbrio. O artigo de Salop e Scheffman (1987) constitui a base para este argumento.

18. O relatório também cita as considerações da OCDE sobre a separação vertical e acesso de terceiros a infraestruturas como forma de promoção da concorrência em indústrias em que coexistem segmentos potencialmente competitivos e outros com falhas de mercado. Segue transcrição do relatório a respeito.

De acordo com OCDE (2001)⁵, há duas abordagens regulatórias destinadas a proteger e promover a concorrência nos componentes competitivos de uma indústria com segmentos competitivos e não competitivos: a estrutural e a de condutas.

(...)

A regulação estrutural aborda as condições de entrada e de saída das empresas nos setores regulados e as medidas para separação vertical de segmentos competitivos e da atividade não competitiva da indústria. Na separação vertical estrutural, o processo de produção de bens e serviços é segmentado, o que impede a atuação da mesma empresa nas diferentes fases da cadeia produtiva. Essa barreira regulatória objetiva preservar os segmentos competitivos da cadeia produtiva do poder de mercado das empresas atuantes nos segmentos não competitivos. (p. 47)

19. Cabe registrar observações análogas apresentadas em outro relatório do Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis, demais Derivados de Petróleo e Biocombustíveis (CT-CB): *Estudos do Subcomitê Novo Cenário Downstream - Tema: Infraestrutura para movimentação de derivados*⁶. O relatório comenta que problemas concorrenciais da integração vertical no mercado de combustíveis não podem ser negligenciados, sobretudo, pela possibilidade de controle dos ativos de armazenagem e movimentação por empresas que apresentam elevado *market share* nos elos a jusante da cadeia produtiva, como se lê na próxima transcrição.

Ou seja, a aplicação de remédios ex-ante, e.g. restrições à participação no certame licitatório, pode ser alternativa adequada quando: i) se identificam situações em que o vencedor da licitação tem posição dominante em etapas a montante ou a jusante da cadeia produtiva; e ii) o resultado do processo licitatório pode permitir estratégia de integração vertical que cria barreiras à entrada nas referidas etapas. O exposto indica que não se pode negligenciar eventuais problemas de concorrência decorrentes da integração vertical da atividade de transporte e armazenagem de combustíveis, especialmente para agentes com *market share* significativo nas etapas da cadeia desse produto alcançadas pela estratégia de integração. Essa circunstância envolve a regulação de terminais portuários, inclusive, nos processos de concorrência pública pelo controle desses ativos. (p.101)

20. O exposto confere motivação econômica para a regulação do acesso de terceiros às infraestruturas marítimas de movimentação de combustíveis e da respectiva minuta em apreço, em vista de riscos à concorrência da integração vertical da cadeia desses produtos apontados pela literatura descrita há pouco. As regras de acesso previstas na minuta são formas de tratar os riscos mencionados. Inclusive, o art. 37 da minuta prevê a desverticalização do operador de terminais, restringindo a atuação desse agente em outros elos produtivos, como a formulação de correntes de nafta importada e operação de central petroquímica, conforme pode ser visualizado na transcrição do art. 37.

Art. 37 O operador prestará os serviços, nos termos da Autorização de Operação concedida pela ANP, respeitando as seguintes obrigações específicas:

I - não comprar produtos, exceto para uso próprio na operação do terminal, para o caso previsto no § 2º, alínea d, ou para reposição a carregadores por perdas ou contaminações, conforme previsto no CGST; II - não vender produtos, exceto para o caso previsto no art. 26 ou para o caso previsto no § 2º, alínea d; e

III - não importar ou exportar produtos, exceto para o caso previsto no § 2º, alínea d.

§ 1º O operador deve possuir constituição societária cujo objeto principal seja a operação logística de terminais.

§ 2º Além da atividade principal mencionada no § 1º, o operador pode explorar as atividades de:

a) construção de terminais;

b) transporte dutoviário;

c) prestação de serviços de formulação de combustíveis; e d) operação de central petroquímica.

2.2.2. Infraestruturas essenciais

21. A motivação econômica para a regulação do acesso de infraestruturas de movimentação de combustíveis, bem como da minuta de resolução em comento, relaciona-se também com a literatura relativa ao tema de infraestruturas essenciais (*essential facilities doctrine*). Para essas infraestruturas, o titular pode apresentar condutas que ocasionem prejuízos à concorrência para as etapas a jusante da cadeia

produtiva. Consequentemente, para evitar essas situações, o tratamento adequado pode ser a existência de regulação com regras pré-definidas de acesso não discriminatório. Sobre essa abordagem, o relatório “Estudos do art. 2º da Resolução CNPE nº 12/2019” reporta o seguinte:

A doutrina das instalações essenciais (“*Essential Facilities Doctrine*” ou EFD) estabelece que o proprietário de uma instalação considerada “essencial” ou um “gargalo” (*bottleneck*) deve providenciar acesso a terceiro para esta instalação a um preço “razoável”. Ela deve ser compreendida como uma exceção aos princípios da economia de mercado e deve ser aplicada em situações que requeiram a regulação do direito de propriedade. (p. 288)

22. O relatório indica adicionalmente que as experiências internacionais utilizam a regulação do acesso de terceiros à infraestrutura de transporte como uma forma de promover a concorrência:

O estado da arte, bem como a experiência operacional em diversos países do mundo revela que o acesso de terceiros a instalações de transporte é condição necessária, mas não impreterivelmente suficiente para permitir a competição e a diversidade de agentes no mercado (KENNEDY, 1993). Nesse sentido, o arcabouço legal e regulatório nesses países busca promover o acesso de terceiros (*Third Party Access - TPA*) às infraestruturas consideradas essenciais (MACHADO; BONELLI; RANGEL; 2018). Internacionalmente, o acesso a estruturas essenciais por terceiros interessados resulta da aplicação da Doutrina das Infraestruturas Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*), a qual determina que o proprietário de uma infraestrutura considerada essencial seja obrigado a disponibilizar o acesso a essa instalação a um preço razoável (fundamentado em critérios técnicos e econômicos). A recusa em negociar o acesso a uma infraestrutura essencial pode caracterizar restrição à competição e uma tentativa de abuso de poder de monopólio por parte da empresa dominante (MACHADO; BONELLI; RANGEL; 2018). (p.292)

23. Ademais, o relatório *Estudos do Subcomitê Novo Cenário Downstream - Tema: Infraestrutura para movimentação de derivados* aponta deficiências na regulação do acesso à infraestrutura portuária de movimentação de combustíveis. *In verbis*:

Portanto, nesse momento, entende-se que o tema deve ser analisado para caso das operações portuárias de movimentação de combustíveis, que carece de um *enforcement* regulatório do livre acesso a infraestruturas essenciais. No médio e longo prazos, com a abertura do mercado, a transição passará por uma onda de investimento e ampliação de capacidades, resultando por fim, na consolidação de um mercado competitivo, quando a pertinência de tais restrições [à integração vertical da infraestrutura com outros elos da cadeia produtiva de combustíveis] pode ser revista – explicação nossa em colchetes.

2.2.3 Assimetria de informação e infraestrutura essencial

24. Outra abordagem do estudo da Resolução nº 12/2019 é o distanciamento entre o acesso de terceiros previsto no art. 58 da Lei nº 9.478/1997 e a abordagem teórica sobre infraestruturas essenciais. Isso porque o comando legal prevê o livre acesso a todos os terminais marítimos, não havendo restrição àqueles enquadrados como infraestrutura essencial.

25. O relatório “Estudos do art. 2º da Resolução CNPE nº 12/2019” reporta que ferramentas simples e objetivas para a classificação de uma infraestrutura como essencial podem não ser suficientes para esse enquadramento. É possível que a avaliação de cada infraestrutura demande tempo para o correto enquadramento. Nesse caso, entre a solicitação de acesso de um terceiro à infraestrutura e a conclusão da análise citada, pode se dispendir tempo o suficiente para inviabilizar a operação pretendida pelo terceiro interessado e desestimular novos pedidos de acesso.

26. Em vista do comentado no parágrafo anterior, o relatório pondera que a regulação *ex ante* pode ser mais eficiente para amparar o acesso de terceiros às infraestruturas de transporte de e armazenagem de combustíveis. *In verbis*:

Mais uma vez, é importante lembrar das dificuldades de se aplicar um teste simples e inequívoco a cada instalação para caracterizá-la como essencial, conforme a teoria propõe. Além disso, mesmo que isso seja possível, haveria um tempo transcorrido entre a manifestação de interesse de um agente por acesso à instalação de outrem, a coleta de informação pelo órgão regulador para aplicação do teste, as contra argumentações das partes e a decisão final. Caso esse tempo seja longo demais, poderá, por si só, inviabilizar a operação pretendida e desestimular novos pedidos de acesso. Sendo assim, a regulação *ex ante* provavelmente é mais eficaz para doutrinar esses casos. (p. 304)

27. O exposto vai ao encontro da proposta de resolução em apreço, uma vez que a minuta adota regulação *ex ante* para garantir o acesso de terceiros às infraestruturas de transporte marítimo para movimentação de combustíveis.

2.2.4. Outras questões concorrenciais e regulatórias

28. O relatório “Estudos do art. 2º da Resolução CNPE nº 12/2019” comenta o papel relevante dos terminais portuários para a contestação do mercado regional das refinarias instaladas no país, especialmente, após a conclusão do programa de desinvestimento da Petrobras na atividade de refino, como se lê na transcrição a seguir:

De fato, em um contexto em que os ativos de refino da Região Sudeste, o maior mercado consumidor, permanecerão sob controle da Petrobras, a única via de contestação desse mercado, ao menos no curto prazo, seria a importação por meio de terminais marítimos. Além disso, para se avaliar o efeito sobre a concorrência nas regiões em que serão privatizadas as refinarias da Petrobras, também vale analisar quais terminais portuários poderiam contestar esses mercados. (p. 151)

29. O papel dos terminais aquaviários na contestação do mercado de combustíveis é mais um indicativo da relevância da regulação do acesso de terceiros a essas infraestruturas na promoção da concorrência dos produtos em tela e, conseqüentemente, da minuta de resolução em comento. Essa relevância é destacada por outro estudo do CT-CB (*Estudos do Subcomitê Novo Cenário Downstream - Tema: Infraestrutura para movimentação de derivados*), do qual se extraiu a transcrição abaixo.

O exposto indica que, no curto prazo, uma das principais formas de contestação do mercado de combustíveis da região Sudeste pode ser a importação e comercialização de produtos por meio de terminais aquaviários. Tal fato, no entanto, independe do TCC assinado entre CADE e Petrobras e é até mesmo anterior ao referido acordo, já que mudanças da lógica concorrencial não ocorrem apenas no curto prazo. De todo modo, neste contexto, no caso de verticalização entre a atividade de refino e a infraestrutura portuária essencial para a movimentação de combustíveis, o acesso de terceiros não discriminatório pode ser um instrumento de contestação de poder de mercado, que pode viabilizar a importação e a comercialização de produtos de agentes concorrentes da Petrobras. (p. 94)

(...)

o terminal aquaviário pode ser fator fundamental de contestabilidade de mercados, com potencial poder de estimular a concorrência.

2.3 Sugestões de aprimoramento da minuta de resolução

30. Em que pesem o mérito da proposta objeto da consulta pública em análise e as fundamentações legais e econômicas que a amparam, identificam-se possibilidades de aprimoramento. Adiante, exibe-se tabela com sugestões de mudança da minuta de resolução e respectivas justificativas.

31. De modo geral, as sugestões objetivam reduzir incertezas regulatórias e outros custos de transação, contribuindo com a segurança jurídica e os incentivos ao investimento na atividade, sem abdicar da finalidade original da minuta que é a de promover a concorrência na indústria de combustíveis com a edição de novas regras para o acesso de terceiros aos terminais de movimentação desses produtos.

32. Para tanto, as sugestões reforçam o papel da transparência de informações nas condições de acesso de terceiros aos terminais aquaviários. O reforço pode diminuir o custo de fiscalização da agência reguladora⁷ e medidas associadas de intervenção na negociação desse acesso, conferindo mais liberdade para os agentes negociarem tal circunstância.

33. Com as sugestões supracitadas, espera-se reduzir custos de transação tanto para o agente público como para os agentes privados, ampliando o espaço desses últimos para tomarem decisões mais aderentes às suas necessidades. Isso pode conciliar os objetivos de promoção da concorrência com a manutenção de incentivos ao investimento em infraestrutura.

34. As sugestões para as condições de acesso de terceiros em terminais privados e o tratamento da preferência do proprietário seguem o racional explicado há pouco – ver especialmente as sugestões para os arts. 32 e 34 da minuta de resolução em foco, na próxima tabela.

35. No que se refere aos limites propostos de contratação de capacidade por um único agente – constantes no art. 12 da minuta, as sugestões de mudança buscam os mesmos objetivos comentados. Um propósito adicional é tornar mais claro o mecanismo de controle desses limites.

36. Outro conjunto de sugestões é mais voltado para a clareza da redação da minuta, diminuindo incertezas regulatórias decorrentes de falhas nesse quesito. É o caso das sugestões para os arts. 3º, 31 e 36.

37. A tabela a seguir apresenta a compilação das contribuições à minuta de resolução, com respectivas justificativas. Sugestões de mudança de texto estão destacadas em vermelho.

Artigo da minuta de resolução objeto das Consultas e Audiências Públicas ANP nº 1/2020	Sugestões de aprimoramento da minuta de resolução objeto das Consultas e Audiências Públicas ANP nº 1/2020	Justificativas
Art. 3º (...) (...) § 5º O operador deve atender às solicitações de acesso por ordem de chegada.	Art. 3º (...) (...) § 5º (...) § 6º Considera-se a chegada o momento do recebimento da solicitação pelo operador.	Problema: a proposta não define “ordem de chegada”. Solução: especificar como vai se dar o atendimento por ordem de chegada.

<p>Art. 12 É vedada a contratação de longo prazo realizada com um unico carregador, incluindo o carregador proprietário, que implicar direta ou indiretamente em utilização superior a 50% (cinquenta por cento) da capacidade estática, exceto quando se tratar de exclusividade de uso do terminal decorrente da preferência do proprietário em terminais de uso privado.</p> <p>§ 1º Para fins desta norma é considerada contratação de longo prazo aquela que implique em reserva de capacidade estática do terminal por período superior a 2 anos.</p> <p>§ 2º Findo o prazo do contrato citado no § 1º, o operador de terminal fica obrigado a realizar oferta pública da capacidade, por meio do seu sítio eletrônico na Internet, para a manifestação de interessados.</p>	<p>Art. 12 ...exceto quando se tratar de uso do terminal decorrente da preferência do proprietário em terminais de uso privado.</p> <p>§ 1º Para fins desta norma é considerada contratação de longo prazo aquela que implique em reserva de capacidade estática do terminal por período superior a 2 anos.</p> <p>§ 2º A forma de acesso e as condições para contratação da capacidade deverão estar disponibilizadas de forma transparente no sítio eletrônico do operador do terminal.</p> <p>§ 3º No caso do contrato que implicar direta ou indiretamente em utilização superior a 50% (cinquenta por cento) da capacidade estática, mantida a exceção do caput, é vedada a prorrogação e fica obrigado o operador de terminal a realizar oferta pública dessa capacidade para realização de nova contratação, por meio do seu sítio eletrônico na Internet, para a manifestação de interessados.</p> <p>§ 4º É permitido ao contratante alcançado pelo § 3º participar da oferta pública de capacidade, manifestando interesse na celebração de novo contrato.</p> <p>§ 5º Não tendo sido contratada toda a capacidade, faculta-se a contratação, nas mesmas condições da oferta pública, da capacidade remanescente, não se aplicando o limite de 50% de que trata o caput.</p>	<p>Problema:</p> <p>i) redação original da exceção do caput do art. 12 pode ocasionar insegurança jurídica relativa ao direito de preferência do proprietário, comprometendo incentivos ao investimento;</p> <p>ii) não está claro: a) em que condições deve ser realizada a oferta pública; b) se o detentor de um contrato expirado, ou a expirar, pode participar desse processo seletivo público; c) o que ocorre caso não haja interessados na contratação de toda a capacidade; d) se é necessário realizar oferta pública após o término de todos os contratos de longo prazo, além dos contratos de prazo inferior que implicam direta ou indiretamente em utilização superior a 50% (cinquenta por cento) da capacidade.</p> <p>Solução: i) estipular como regra geral a transparência das formas de acesso e condições de contratação de capacidade; ii) restringir obrigação de oferta pública no caso do término de contrato que implicar direta ou indiretamente em utilização superior a 50% (cinquenta por cento) da capacidade; iii) permitir que o detentor desse tipo de contrato (que implica utilização superior a 50%) possa participar do processo seletivo público; iv) no caso de capacidade não contratada na oferta pública, permitir contratação nas mesmas condições do processo, não se aplicando o limite de 50% de que trata o caput.</p>
<p>Art. 16 No exercício das suas atividades, o Operador fica obrigado a:</p> <p>(...)</p> <p>III - manter, nas instalações do terminal, os registros das solicitações de serviço, suas respectivas confirmações ou negativas de acesso e demais documentos referentes às operações.</p> <p>(...)</p> <p>§ 5º As informações de que trata o inciso II devem ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em sua página na Internet, com registro da data de</p>	<p>Art. 16 No exercício das suas atividades, o Operador fica obrigado a:</p> <p>(...)</p> <p>§ 5º As informações de que tratam os incisos II e III devem ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em sua página na Internet, com registro da data de publicação.</p>	<p>Problema: falta de transparência (assimetria de informação) sobre as solicitações de acesso confirmadas ou negadas em cada terminal.</p> <p>Solução: incluir nas obrigações do operador do terminal a divulgação, em seu sítio eletrônico, das solicitações de acesso confirmadas ou negadas.</p>

publicação.		
<p>Art. 31 No terminal situado fora do Porto Organizado fica assegurado ao Carregador Proprietário exclusividade para uso do Terminal para movimentação dos seus próprios produtos, por meio da utilização da Preferência do Proprietário, até que exista encaminhamento para o operador de solicitação de acesso no uso das instalações.</p>	<p>Art. 31 No Terminal de Uso Privado fica assegurado ao Carregador Proprietário exclusividade para uso do Terminal para movimentação dos seus próprios produtos, por meio da utilização da Preferência do Proprietário, até que exista encaminhamento para o operador de solicitação de acesso no uso das instalações.</p>	<p>Problema: dentro de Portos Organizados, podem existir Terminais de Uso Privado (TUPs), o que compromete o critério dentro/fora do porto para tratar do direito de preferência. Com a aplicação desse critério, terminais que exercem as mesmas funções (autorizatórios em TUPs), por estarem em áreas diferentes, terão regramentos diferentes. Trata-se, então, de assimetria regulatória sem justificativa econômica.</p> <p>Solução: considerando a possibilidade de existirem terminais privados dentro de Portos Organizados, sugere-se manter o direito de preferência que já existe hoje para esses sujeitos para evitar problema de insegurança jurídica da regulação.</p>
<p>Art. 32 A manifestação do Terceiro Interessado só poderá ser realizada para fins de acesso obrigatório, após os dez primeiros anos de operação do Terminal situado fora do Porto Organizado.</p>	<p>Art. 32 A manifestação do Terceiro Interessado só poderá ser realizada para fins de acesso obrigatório, após os dez primeiros anos de operação do Terminal de Uso Privado para atender a capacidade disponível ou ociosa informada na programação.</p>	<p>Problema: a redação permite interpretação de que após o período de 10 anos, o TUP deverá dar acesso ainda que não tenha capacidade disponível ou ociosa, ou seja, ainda que o carregador proprietário necessite de 100% da capacidade de armazenagem para movimentar seus próprios produtos. Isso pode ocasionar insegurança jurídica relativa ao direito de preferência do proprietário, comprometendo incentivos ao investimento.</p> <p>Solução: explicitar que após 10 anos de uso exclusivo, solicitação de acesso de terceiros será acatada apenas para capacidade disponível ou ociosa.</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>Art. 34 A ANP poderá fiscalizar, a qualquer tempo, a efetiva utilização da preferência do proprietário por meio da programação de que trata o Capítulo III, salvo durante o transcurso do prazo de que trata o art. 32.</p> <p>§ 1º Caso a ANP constate subutilização do terminal, poderá revisar, motivadamente, a programação referida no caput de acordo com a utilização efetiva do terminal.</p> <p>§ 2º O Terminal de Uso Privado após o transcurso do período de que trata o art. 32, deverá tornar pública capacidade disponível ou ociosa para fins de acesso a terceiros.</p> <p>§ 3º A forma de acesso e as condições para contratação da capacidade de que trata o § 2º deverão estar disponibilizadas de forma transparente no sítio</p>	<p>Problema: considerando que a preferência do proprietário é o volume de produto garantido ao carregador proprietário para movimentação e armazenagem do seu próprio produto, a atividade de fiscalização poderia focar na efetiva utilização de capacidade por meio da programação de que trata o Capítulo III da minuta de resolução, para fins de ajuste e garantia da otimização do uso do terminal. A revisão dessa programação, e não da preferência, poderia ocorrer quando constatada a subutilização do terminal. Isso porque a revisão da programação pode ser suficiente para permitir a otimização da infraestrutura, sem prejudicar a segurança jurídica relativa ao direito de preferência do proprietário e o incentivo ao investimento em infraestrutura.</p> <p>Solução: ajustar redação para amparar revisão da programação de que trata o Capítulo III da minuta de resolução, e não da preferência do proprietário, com o objetivo de possibilitar o uso de capacidade</p>

	<p>eletrônico do operador do terminal.</p> <p>§4º A remuneração pelo acesso ao Terminal de Uso Privado concedida a terceiros se dará nos termos do art. 35.</p>	<p>disponível ou ociosa por terceiros interessados. Com o ajuste, a fiscalização poderia ter implicações imediatas sobre a programação, e não sobre a preferência do proprietário.</p>
<p>Art. 36 O operador pode requerer suspensão, por tempo limitado, das normas de acesso definidas no âmbito desta Resolução, por meio de envio de requerimento fundamentado para a ANP.</p> <p>Parágrafo único. A execução de que trata o caput somente se justifica quando houver risco de investimento privado ou de desabastecimento ao mercado.</p>	<p>Art. 36 O operador pode requerer suspensão, por tempo limitado, das normas de acesso definidas no âmbito desta Resolução, por meio de envio de requerimento fundamentado para a ANP.</p> <p>Parágrafo único. A execução de que trata o caput somente se justifica quando comprovadamente houver sido realizado no terminal investimento ainda não amortizado ou houver risco de desabastecimento ao mercado, apreciados pela ANP no prazo de 15 dias a contar do recebimento do pedido.</p>	<p>Problema: a expressão risco de investimento é vaga e pode sustentar, por exemplo, a interpretação de que investimento programado e ainda não realizado configura motivo para a suspensão da norma.</p> <p>Solução: especificar que somente o investimento comprovadamente realizado pode configurar hipótese para a suspensão da norma e que essa hipótese será avaliada pela ANP, assim como o risco de desabastecimento do mercado.</p>

CONCLUSÃO

38. A Audiência e Consulta Públicas ANP nº 01/2020 são iniciativas meritórias para o aperfeiçoamento do arcabouço regulatório sobre o acesso de terceiros a terminais portuários de movimentação de petróleo e combustíveis. Isso porque o referido acesso contribui para a concorrência na indústria de combustíveis, como aponta a literatura econômica apresentada resumidamente neste documento.

39. Ainda que meritória, foram identificadas possibilidades de aprimoramento da minuta de resolução objeto da consulta. Esta nota explícita e justifica as sugestões de mudança. Objetivam reduzir incertezas regulatórias e outros custos de transação, contribuindo com a segurança jurídica e os incentivos ao investimento na atividade, sem abdicar da finalidade original da minuta que é a de promover a concorrência na indústria de combustíveis com a edição de novas regras para o acesso de terceiros aos terminais de movimentação desses produtos.

40. Esta manifestação decorre das competências da SEAE de promoção da concorrência e de outros incentivos à eficiência econômica, que estão previstas no Decreto nº 9.745/2019. Ademais, trata-se de posicionamento para a presente data.

¹. <http://www.mme.gov.br/documents/36220/895361/Relat%C3%B3rio+RCNPE+12-2019+v12.pdf/641a1bf0-b53d-3d36-c273-ae773b53557e>

². ORDOVER, J.A., G. SALONER, and S.C. SALOP. 1990. Equilibrium vertical foreclosure. *American Economic Review* 80: 127–142.

³. SALINGER, M.A. Vertical Mergers and Market Foreclosure, *Quarterly Journal of Economics*, 103: 335-356. 1988.

⁴. SALOP, S.C., and D.T. Scheffman. 1987. Cost-raising strategies. *Journal of Industrial Economics* 36: 19–34.

⁵. OECD, *Restructuring Public Utilities for Competition* (2001), disponível em <www.oecd.org/daf/competition/sectors/19635977.pdf>

⁶. <http://www.mme.gov.br/documents/36220/1123057/Relat%C3%B3rio+Subcomit%C3%AA+Novo+Cen%C3%A1rio+Downstream+Infraestrutura+v19+final.pdf/78c71b1b-add6-8a44-dbe2-de457d245057>

⁷. A título de referencial teórico, Clarkson et al. (2007) apud Moraes (2017, p. 34 e 35) nota que o compartilhamento de informações é relevante para a resolução de problemas de assimetria de informação e tem sido mecanismo utilizado pelas agências reguladoras. *In verbis*: “A resolução de assimetrias de informação por meio do compartilhamento de informações traz benefícios tanto para os que possuem informação abundante, quanto para os que carecem dela. (...) A legislação e os regulamentos são os mecanismos mais utilizados pelas agências reguladoras para, através de seu poder coercitivo, forçar os regulados a divulgar informações críticas para o benefício da atividade regulatória. Em caso de não cumprimento ou não atendimento aos regulamentos, os regulados podem sofrer sanções, o que desestimula o comportamento oportunista relativo às informações.”

Documento assinado eletronicamente

ELIEZER DE LIMA LOPES

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental

Documento assinado eletronicamente

PATRICIA DA SILVA PEREIRA

Coordenadora

Documento assinado eletronicamente

MAURICIO MARINS MACHADO

Coordenador-Geral

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ADRIANO DE CARVALHO PARANAÍBA

Subsecretário de Competitividade e Melhorias Regulatórias

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

GEANLUCA LORENZON

Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade



Documento assinado eletronicamente por **Maurício Marins Machado, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental**, em 08/10/2020, às 11:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Patrícia da Silva Pereira, Analista de Planejamento e Orçamento**, em 08/10/2020, às 11:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eliezer de Lima Lopes, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental**, em 08/10/2020, às 11:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Adriano de Carvalho Paranaíba, Subsecretário(a) de Competitividade e Melhorias Regulatórias**, em 08/10/2020, às 11:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 13/10/2020, às 19:58, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **11007765** e o código CRC **EB3F29D1**.