

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP
SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA - SDL
Coordenação de Regulação

NOTA TÉCNICA Nº 2/2020/SDL-CREG/SDL/ANP-RJ

ASSUNTO

Análise de Impacto Regulatório para autorização à venda direta de Etanol Hidratado (Resolução ANP nº 43/2009).

EMENTA

Revisão do marco regulatório de fornecimento, comercialização e envio de dados de etanol combustível à ANP - através da revisão da Resolução ANP nº 43/2009.

REFERÊNCIAS

Leis de nº 9478/97, 13.874/2019, 13.848/2019, Resoluções ANP de nº 43/2009, 41/2013, 19/2015, 729/2018, 734/2018.

1. SUMÁRIO EXECUTIVO

1.1. Este documento tem por objetivo analisar os impactos da ação regulatória por parte da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis no setor de etanol, mais especificamente sobre matéria disciplinada pela Resolução ANP nº 43/2009 e sobre as possibilidades de melhoria do desenho regulatório por ela delimitado, subsidiando o processo deliberativo.

1.2. O trabalho está dividido em 12 seções a partir desta. A inicial, que compreende este sumário, tem por objetivo introduzir a análise feita e a estrutura do documento, bem como apontar as questões que serão abordadas.

1.3. A Seção 2 trata da identificação dos problemas que motivam a necessidade de ação pelo ente regulador. Mais especificamente o óbice derivado da estrutura tributária vigente, caso ocorra a comercialização direta entre as usinas produtoras de etanol hidratado combustível e os postos revendedores.

1.4. A Seção 3 busca identificar os grupos que serão afetados caso a venda direta seja implementada, ainda que essa forma de comercialização não seja compulsória, mas facultativa, cabendo ao agente econômico, discricionariamente, sua opção. Além disso, são analisados os efeitos do fim da vedação, bem como a distribuição desses entre os atores do setor regulado e junto a demais agentes econômicos e ao Governo.

1.5. A Seção 4 trata das contribuições recebidas durante a elaboração deste trabalho, sejam essas do mercado regulado, sejam de demais interessados. A Seção 5 identifica a base legal que confere competência à ação da ANP no problema identificado.

1.6. A Seção 6 define os objetivos regulatórios da presente ação, no caso concreto, a adequação do arcabouço normativo da Agência ao novo ambiente institucional vigente, tendo em vista a edição da Declaração De Direitos de Liberdade Econômica (integrante da Lei 13.874/2019) e a recomendação constante da Resolução CNPE nº 12/2019 de conclusão dos trabalhos pela ANP a respeito da vedação de comercialização de etanol hidratado entre produtores e a revenda varejista.

1.7. A Seção 7 expõe as opções regulatórias disponíveis para ANP tratar do problema identificado. Nesta seção, analisam-se as possibilidades de não atuar, e discutem-se opções normativas e não normativas sobre o problema identificado.

1.8. A Seção 8 por sua vez debate o impacto esperado de cada opção regulatória apontada na parte anterior, comparando-as. A Seção 9 discute possíveis estratégias de implementação da opção

regulatória apontada como preferível no enfrentamento do problema identificado, tendo em vista as demais questões apontadas neste documento.

1.9. A Seção 10 expõe a forma como se dará o acompanhamento das medidas entendidas como necessárias ao tratamento do problema regulatório identificado pela alternativa entendida como preferível, bem como sua estratégia de implementação.

1.10. A Seção 11 traz demais alterações regulatórias propostas no bojo da ação pela ANP, bem como outras necessidades.

1.11. Por fim, a Seção 12 indica os responsáveis pelo presente trabalho e a Seção 13 traz complementos.

2. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO

2.1. Após a greve dos caminhoneiros em 2018, intensificou-se a discussão em torno da possibilidade de comercialização de etanol hidratado combustível (EHC) pelas usinas aos postos revendedores, como medida de estímulo à concorrência no mercado de combustíveis.

2.2. Hoje, por força do art. 6º da Resolução ANP nº 43/2009, o produtor de etanol, ou cooperativa, somente pode comercializar o produto com outro fornecedor (agente operador, empresa comercializadora, cooperativas de produtores ou outro produtor), com o mercado externo ou com as distribuidoras. **Neste ponto está o cerne da questão e o grande motivador de se iniciar a revisão do marco regulatório vigente: se existe ou não eficiência, sob o ponto de vista regulatório, da necessidade do EHC obrigatoriamente passar pelo elo da Distribuição.** Entende-se que, a despeito de não existir qualquer óbice à implementação da venda direta, salvo a questão tributária que será desdobrada adiante, o modelo vigente ainda se mostra como uma medida anti-competitiva e prejudicial ao mercado.

2.3. A discussão ganhou maior repercussão em virtude do Projeto de Decreto Legislativo do Senado de nº 61/2018 que visa a sustar os efeitos do art. 6º da Resolução ANP nº 43/2009.

2.4. Diante desse cenário, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) realizou a Tomada Pública de Contribuições nº 2/2018 (TPC nº 2/2018) sobre a “venda direta de etanol pelas usinas aos postos revendedores varejistas de combustíveis”, com o objetivo de verificar a necessidade de eventual readequação das normas existentes no setor e colher contribuições, dados e informações sobre o tema. [1]

2.5. Ocorre que a eventual liberalização da venda direta de etanol pelas usinas aos postos revendedores varejistas de combustíveis teria impactos de ordem tributária e concorrenciais. Isto porque no desenho tributário vigente há recolhimento de impostos federais (PIS/PASEP e Cofins) em dois elos da cadeia de abastecimento: no elo de produção, quando da comercialização de EHC pelo produtor com o distribuidor, e no elo de distribuição, quando ocorre a comercialização do combustível aos revendedores varejistas.

2.6. Importante considerar que a tributação de PIS/Cofins sofreu mudanças importantes ao longo do tempo. No período de janeiro de 2011 a abril de 2013, as alíquotas de PIS/Cofins incidiam tanto na etapa de produção/importação quanto na etapa de distribuição. No entanto, o advento da Lei 12.859/2013, que conferiu aos importadores e produtores de etanol crédito presumido para abatimento dos valores devidos na venda do produto (sendo R\$ 21,43 por metro cúbico comercializado, para o PIS, e R\$ 98,57 por metro cúbico comercializado, para a COFINS), com validade até 31 de dezembro de 2016, teve o efeito prático de zerar a alíquota de PIS/Cofins incidente no início da cadeia do biocombustível. Ademais, de maneira semelhante, foi suprimida a incidência de tal tributo sobre a etapa de distribuição.

2.7. Ocorre que, com a expiração dessa validade do referido crédito presumido, no início de 2017, voltou a vigorar a alíquota R\$ 0,12 por litro de etanol hidratado sobre a produção/importação. Sob o prisma da estrutura tributária, porém, a principal alteração ocorreu em meados de 2017, quando, além de elevar a alíquota incidente de R\$0,12 para R\$ 0,1309 por litro no início da cadeia, foi restituída a tributação na etapa de distribuição, sendo fixada em R\$0,1964 por litro.

2.8. Na venda direta, no entanto, o PIS/Pasep (Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público) e Cofins (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), só seriam recolhidos na etapa de comercialização do EHC pelo produtor. Ou seja, ao retirar-se o elo de

distribuição da cadeia de comercialização, só seriam arrecadados os tributos incidentes no elo da produção, cuja alíquota máxima é de R\$ 0,1309 por litro.

2.9. Na forma de comercialização vigente, quando o EHC passa pelo distribuidor de combustíveis líquidos, incide novamente tributação de PIS/PASEP e Cofins, cuja alíquota é de R\$ 0,1109 por litro.

2.10. Dessa forma, quando o distribuidor intermedeia a relação entre produtores e revendedores varejistas, a tributação federal total incidente sobre o etanol hidratado é de R\$ 0,2418 por litro. [2]

2.11. Já na venda direta, este valor seria de R\$ 0,1309. Assim, o fim da vedação ao disposto no art. 6º da RANP nº 43/2009 poderia levar a perdas na arrecadação de tributos federais estimadas em R\$ 2,17 bilhões, tendo por base os 19,54 bilhões de litros de EHC vendidos entre novembro de 2017 e outubro de 2018.

2.12. Além disso, o fim da vedação criaria um diferencial competitivo favorável àqueles que pudessem optar pela venda direta, devido à menor carga tributária, uma vez que não é possível, do ponto de vista legal, majorar a tributação do produtor, observando o teto de alíquota aplicável conforme o item 2.8., o que poderia significar que o mero relaxamento da vedação levasse a uma assimetria concorrencial entre o produtor e o distribuidor provocada pela ação do ente regulador.

2.13. Isto porque, em cenários onde coexistam venda direta e a forma de comercialização atual, aqueles que pudessem optar pela primeira forma, mantido o atual desenho tributário, obteriam vantagem competitiva frente ao distribuidor derivada tão somente da não incidência de tributo e não de maior eficiência econômica, derivada de ganhos operacionais ou logísticos, por exemplo.

2.14. Fica claro, portanto, a necessidade de contemplar, na opção regulatória da ANP, o tratamento tributário isonômico.

2.15. Acrescenta-se, ainda, que, em contexto de isonomia tributária, fatores como oportunidade logística (economicidade) e inexistência de outras regras que condicionem o comportamento dos revendedores, a exemplo da chamada "tutela de fidelidade à bandeira", também devem ser considerados na viabilização de fato na venda direta por parte do produtor de EHC ao posto revendedor.

2.16. Por fim, tendo exposto o problema tributário decorrente da permissão à venda direta com a manutenção do atual arcabouço tributário, cabe ponderar qual o provável cenário, caso a Agência não intervenha.

2.17. Como anteriormente mencionado, já foi proposto projeto de decreto no Senado para a questão, o que reduz a participação da ANP frente ao tratamento regulatório usual, onde o mercado, bem como demais interessados têm espaço à participação e são respondidos em seus questionamentos, através de audiências, consultas públicas, bem como outros instrumentos a fim de estimular a participação social dos grupos interessados, como foi o caso de workshop sobre o tema ocorrido em janeiro deste ano na ANP.

2.18. Além disso, a via legislativa federal não garante o equacionamento da questão tributária, o que pode remeter aos problemas de competitividade e arrecadação já apontados. Ao mesmo tempo, tendo em vista a Resolução do CNPE nº 12/2018 que recomenda à ANP o tratamento do tema, bem como o Relatório do GT nº 1 do Ministério da Fazenda (SEI nº 0133299), tratado em seção posterior, o fim da vedação à venda direta de EHC, na ANP, hoje, encontra óbice apenas na questão tributária, não restando obstáculos de outra natureza.

2.19. Neste sentido, a inação por parte da ANP pode implicar em custos claros ao Legislativo: tratar de um tema com o qual tem pouca familiaridade, o que demandará mais recursos, e que se desdobra numa deliberação da questão tributária já mencionada, sob pena de, ao não fazê-lo, criar um ambiente competitivo disfuncional, que pode levar a uma desorganização deste setor do Abastecimento Nacional.

3. GRUPOS AFETADOS

- 3.1. Com o fim da vedação à venda direta, esperam-se o aumento da competição na oferta de etanol hidratado combustível e o estabelecimento de arranjos de negócios mais eficientes, sobretudo, para os postos de combustíveis de bandeira branca próximos às unidades produtoras.
- 3.2. Tendo vista essa expectativa de incentivo ao aumento da eficiência econômica das empresas, há potencial para reduções de preço, ou ao menos para que este reflita de forma mais clara os valores percebidos a cada elo da cadeia de abastecimento. Além disso, pode haver um incremento na qualidade da oferta para o consumidor, dadas as pressões de um mercado mais competitivo e eficiente.
- 3.3. Para que isso ocorra, a condição necessária é a solução da questão tributária, que poderia se dar, por exemplo, pela concentração da arrecadação do PIS/Pasep e da Cofins no elo da produção. Ou seja, o recolhimento das contribuições sobre o etanol, que hoje ocorre tanto no elo da produção como na distribuição de combustíveis líquidos, passaria, em sua totalidade, à primeira parte da cadeia.
- 3.4. Essa forma de arrecadação, conhecida como monofasia, seria necessária para que as duas formas de aquisição do produto pela revenda varejista (junto a distribuidores de combustíveis ou diretamente com os produtores de etanol) ocorram em regime de isonomia tributária, o que evitaria os efeitos negativos apontados na Seção II, entre estes, a redução da arrecadação resultante da opção pela aquisição de etanol pela revenda junto aos produtores. Tal conformação tributária, no entanto, requer mudanças na legislação do PIS/PASEP e da Cofins, que, por óbvio, foge à competência da ANP, estando sob esfera de competência do poder legislativo federal.
- 3.5. Alternativamente à monofasia, há duas hipóteses de tratamento da questão. A primeira, a adequação do desenho regulatório vigente à venda direta mantendo-se a isonomia tributária.
- 3.6. Nesta forma de tratamento do problema, seria criado um novo agente autorizado apenas à aquisição de EHC do produtor e sua posterior comercialização com postos revendedores e sobre o qual recairia-se a mesma tributação incidente sobre o elo de distribuição. Tal agente estaria vinculado a produtor de etanol autorizado pela Agência e teria requisitos para o exercício dessa atividade específica diferenciados dos atualmente impostos ao exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e diretamente relacionados aos da usina ao qual está vinculado, particularmente no que tange as instalações de armazenagem. Entenda-se que o objetivo da criação desse agente é basicamente o de viabilizar a venda direta de EHC do produtor ao posto revendedor sem que isso implique no não pagamento dos tributos federais incidentes na etapa de distribuição. Essa estratégia evitaria que ocorressem os efeitos previstos na Seção II, caso fosse instituída a venda direta sem a mudança do arcabouço tributário.
- 3.7. A segunda hipótese de tratamento seria a divulgação do entendimento de que, na venda de etanol hidratado combustível, não é vedada a modalidade conhecida como “por conta e ordem”. Nesta, o EHC não precisa passar fisicamente pelas instalações de distribuição, saindo da usina diretamente à revenda.
- 3.8. A modalidade é semelhante à forma mais comum de operação: o distribuidor adquire o EHC junto ao produtor, vendendo em seguida à revenda. A diferença consiste que, no caso da “venda por conta e ordem”, o produto é transportado da usina ao posto revendedor, sem passar por base de distribuição, de forma a reduzir custos logísticos.
- 3.9. Desta forma, mesmo sem a passagem física de produto pela base de distribuição, ocorre o fato gerador, dado que o EHC foi movimentado pelo distribuidor, o que permite a isonomia de tributação nos dois elos, mas com redução dos possíveis custos logísticos do trajeto mais comum, do produtor ao distribuidor e deste ao revendedor. Entenda-se, entretanto, que nesse caso, a operação tem seu custo elevado pelo valor cobrado pelo elo de distribuição, sem que o produto sequer passe por sua base. De fato, a eliminação de tal custo à operação, embora represente ganho ao distribuidor, se eliminado representaria ganho de eficiência à operação.
- 3.10. Estas duas formas de tratamento serão analisadas oportunamente, em seção posterior.

3.11. Por fim, entende-se que o problema regulatório existente, a inadequação do arranjo tributário vigente a arranjos de negócios potencialmente mais eficientes, afeta:

- I - **revendedores varejistas e produtores de etanol**, diretamente, porque podem ser obrigados a arranjos logísticos ineficientes decorrentes da vedação à venda direta;
- II - **consumidores**, indiretamente, porque os efeitos sobre revendedores e produtores podem enrijecer a oferta de produto e torná-lo mais caro; e,
- III - **distribuidores**, diretamente, porque entre os efeitos da manutenção da vedação, está a certeza de que o EHC precisa passar por este elo da cadeia, o que se configura em uma espécie de garantia de receita.

3.12. Assim, mantida a vedação à venda direta pela inadequação do arcabouço tributário a formas mais eficientes de negócio, persistirão ainda: a dificuldade de que os preços reflitam de forma clara os valores percebidos na cadeia de combustíveis e os ganhos de eficiência possíveis aos agente econômicos, e, será mantida a garantia de receita a distribuidores pelo desenho regulatório vigente.

3.13. As duas consequências, por sua vez, implicarão em menores incentivos aos aumentos da oferta de produto para a revenda varejista, da eficiência e da e competição no mercado.

4. **CONSIDERAÇÕES SOBRE MANIFESTAÇÕES RECEBIDAS DURANTE A ELABORAÇÃO DA AIR**

4.1. Em 06 de agosto de 2018, após o fim da “greve dos caminhoneiros”, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) realizou a Tomada Pública de Contribuições nº 2/2018 (TPC nº 2/2018) sobre a “venda direta de etanol pelas usinas aos postos revendedores varejistas de combustíveis”, cujo objetivo era verificar a necessidade de eventual readequação das normas existentes no setor e colher contribuições, dados e informações sobre o tema.

4.2. No âmbito da TPC nº 02/2018, foi instaurado Grupo de Trabalho pela Portaria ANP nº 357/2018 que teve, entre outras atribuições, a de analisar as sugestões recebidas durante a TPC nº 2/2018, e elaborou a Nota Técnica do GT_Portaria nº 357/2018 nº 001/2018. Nesta, recomendou à Agência só autorizar a venda direta de etanol hidratado combustível após o equacionamento da questão tributária exposta no documento.

4.3. Apesar da recomendação, o GT criado pela Portaria ANP nº 357/2018 não conseguiu convergir para uma posição final sobre o tema, no prazo estabelecido, o que levou a Diretoria Colegiada da ANP a determinar, por meio da Resolução de Diretoria nº 0214/2019, referente à Reunião de Diretoria nº 970 de 28/03/2019, que a matéria fosse devolvida para a Superintendência de Distribuição e Logística (SDL) a fim de que esta, “considerando os trabalhos técnicos produzidos no âmbito do GT e outros, bem como demais documentos pertinentes, concluísse a análise dos temas e conduzisse o processo de revisão das respectivas regulamentações”.

4.4. Nesse contexto, e com base no encaminhamento apresentado pela SDL, a Diretoria Colegiada da ANP, conforme Ata da Reunião de Diretoria nº 0994/2019 (SEI nº 0809082), realizada em 26 de outubro de 2019, "verificou a necessidade de revisão do arcabouço regulatório", determinando “à SDL que dê início ao processo de revisão da Resolução ANP nº 43/2009”.

4.5. Desde então, em obediência ao que foi deliberado pela Diretoria Colegiada, a questão da venda direta de etanol é tratada em processo de revisão regulatória pela SDL, atividade que é consubstanciada por este documento.

4.6. De forma a ampliar a participação do mercado no âmbito da ação regulatória, em janeiro de 2020, foi realizado Workshop sobre o tema no Escritório Central da ANP, no Rio de Janeiro, no qual a SDL expôs como objetivo principal da revisão regulatória o de viabilizar a venda direta sem que tal alteração implicasse no não recolhimento dos tributos federais atualmente incidentes na etapa de distribuição. O evento permitiu aos representantes do mercado tomarem conhecimento das ideias e estudos preliminares desenvolvidos pela Agência. Foi, também, possível aos integrantes do setor afetado expressar suas preocupações e dar sugestões, ampliando o debate e auxiliando a subsidiar a tomada de decisão da Agência.

4.7. Algumas das participações apresentadas nesta seção serão debatidas ao longo deste documento. Reforça-se que esta oportunidade não será única no processo revisório e que, em momento oportuno, abertura de Consulta e Audiência Pública, em respeito ao princípio da publicidade e à Lei das Agências Reguladoras.

4.8. A respeito das manifestações do setor, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes demonstrou descontentamento com o momento da elaboração da AIR, seguindo o entendimento de que deveria ser prévia à própria promoção do Workshop, o que vai além do disposto no art. 6º da Lei 13.848/2019, que estabelece a necessidade de elaboração de AIR para o processo de alteração normativa pelas Agências Reguladoras, rito, este, ainda em pleno desenvolvimento.

4.9. A Associação das Distribuidoras de Combustíveis (Brasilcom) e a Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (FECOMBUSTIVEIS) alegaram que, caso se optasse pela criação de um novo agente para a cadeia de abastecimento, ainda que restrito à comercialização apenas de etanol hidratado combustível, a esse deveria ser imposto o mesmo ônus posto a distribuidores de combustíveis líquidos, o que evitaria a criação, por via regulatória, de um diferencial competitivo indevido.

4.10. Tal entendimento é compartilhado pelo Sincopepetro, que também questionou o potencial dos ganhos, expressos em margem para o consumidor, que a medida pode proporcionar.

4.11. A União da Indústria de Cana-de-Açúcar (ÚNICA) lembra que a opção de novo player não seria viável para todos os produtores. Além disso, expressou que a monofasia tributária implicaria na absorção desproporcional de toda carga tributária pelo produtor. O mesmo entendimento teve o Fórum Nacional Sucroenergético. Essas questões serão abordadas nas seções posteriores, por pertinência temática.

5. IDENTIFICAÇÃO DA BASE LEGAL

5.1. Seguindo um entendimento já consolidado em matéria de regulação e exarado em diversos materiais e defesas judiciais realizadas por esta Agência Reguladora, tem-se que a origem de seu poder normativo decorre de um fenômeno jurídico identificado pela doutrina como delegificação ou deslegalização.

5.2. Por intermédio de uma lei-quadro, editada pelo Congresso Nacional e promulgada pela Presidência da República, determinado ente descentralizado da Administração Pública é investido na missão pública de conferir maior densidade normativa à moldura que sua lei-quadro lhe impõe. É o caso da ANP que, por meio da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, especialmente, em razão das competências discriminadas em seus art. 8º a 10, possui amplo poder normativo sobre as matérias relativas ao mercado nacional de exploração e produção de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

5.3. Com efeito, o poder normativo das agências reguladoras tem fundamento constitucional no art. 174 da CRFB, que prevê a possibilidade de o Estado funcionar como agente normativo e regulador de determinadas atividades econômicas. No caso particular da ANP, há fundamento constitucional específico para a instituição da Lei do Petróleo, conforme previsto no art. 177, §2º, inciso III da CRFB. Desta forma, a delegificação de matérias técnicas à normação pela ANP, nos termos da Lei nº 9.478/1999, confere ao agente regulador poder normativo amplo, que lhe permite inovar na ordem jurídica mediante a edição de atos normativos com generalidade e abstração, com eficácia de lei em sentido material.

5.4. Segundo a "Teoria do Ordenamento" de Santi Romano, divulgada no Brasil pelo professor Alexandre Aragão e conhecida como a Teoria dos Ordenamentos Jurídicos Setoriais, as agências reguladoras são instituições que, segundo a proposição teórica, estão aptas a desenvolver um ordenamento jurídico próprio e paralelo ao ordenamento jurídico tradicional. A lógica dos ordenamentos jurídicos setoriais acompanha a delegificação de matérias técnicas aos entes responsáveis pela regulação de determinados segmentos da economia, com limites claros estabelecidos por sua lei quadro, qual seja a Lei nº 9.478/1999.

5.5. Essas competências normativas delegificadas compõem o ordenamento jurídico setorial da ANP, que convive harmonicamente com o ordenamento jurídico nacional. Mais recentemente, no

entanto, as competências normativo-regulatórias das agências vêm sendo colocadas em xeque diante de intromissões indevidas de diversas instituições públicas. Enquanto o Executivo avoca competência para a Administração Direita, o Legislativo usurpa competências que ele próprio delegara às agências. Diante disso, passou-se a afirmar - em defesa da autonomia regulatória das agências reguladoras - que essas competências delegificadas na lei-quadro são exclusivas daqueles entes para os quais o Congresso confiou a missão regulatória.

5.6. Destarte, o Supremo Tribunal Federal (STF), quando questionado na ADI 5501 sobre a constitucionalidade de lei ordinária que disciplinava matéria de competência exclusiva da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), reconheceu expressamente que o ordenamento jurídico nacional admitiu, a partir da instituição do modelo de agências reguladoras autônomas, a natureza exclusiva das competências regulatórias, prevendo inclusive a hipótese de reserva de regulação.

5.7. Como se vê, tanto o entendimento doutrinário quanto o jurisprudencial predominante é no sentido de que as agências reguladoras possuem características peculiares, que as difere das demais autarquias, envolvendo o exercício de amplo poder normativo. Em outras palavras, as agências podem regulamentar e normatizar atividades de interesse social, criando normas que obrigam os agentes regulados, a fim de adequar a prestação dos serviços ao interesse público, possuindo, portanto, força cogente. É dizer que a ANP pode e deve editar normas, com força de lei, com base nos parâmetros, standards e conceitos indeterminados nela contidos, pois tal decorre de seu poder normativo, que tem origem no poder regulatório e convive com os poderes fiscalizador e sancionador. Os agentes regulados, por sua vez, encontram-se em situação de sujeição especial ao Estado, subordinados, portanto, aos regulamentos administrativos e de organização.

5.8. Sobreleva notar, ainda, que o abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública, nos moldes do artigo 1º da Lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas correspondentes. Sob a ótica legal-regulatória, isso implica que o princípio constitucional do interesse público se sobrepõe aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Desta monta, os agentes econômicos que atuam no abastecimento nacional têm suas atividades limitadas pelo interesse público, materializado na proteção do consumidor no que tange ao preço, à qualidade e à garantia de oferta de combustíveis. Essa condição resulta na necessidade de se combater práticas que possam de alguma forma prejudicar o consumidor.

5.9. Ademais, o art. 2º da mesma lei admitiu a cogência de todas as normas regulamentadoras quando expressamente previu que estariam sujeitos às sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis, os infratores das disposições da lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

5.10. Por sua vez, a Lei nº 9.478/1997, ao definir os objetivos da Política Energética Nacional, já havia incluído em seu art. 1º, inciso III, o dever de proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Ao descrever a finalidade de ANP no art. 8º, a lei inclui no inciso I do seu rol de competências, o dever de implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, com ênfase na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Ainda no mesmo artigo, o inciso XV é categórico ao conferir à agência o dever regular e autorizar, dentre outras, as atividades relacionadas à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade.

5.11. Desta forma a ANP, exercendo sua competência regulatória, estabeleceu que, nos moldes no art. 14, inciso I, da Resolução ANP nº 41/2013, o revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25 da Resolução, que, por sua vez, determina que esse revendedor deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.

5.12. Na mesma linha, o art. 2º, inciso VI, da Resolução ANP nº 43/2009 define fornecedor de etanol combustível como: i) produtor de etanol com unidade fabril instalada no território nacional, ii) cooperativa de produtores de etanol, iii) empresa comercializadora de etanol, iv) agente operador de etanol, ou v) importador de etanol, não podendo em nenhum dos casos, exercer as atividades de distribuição ou revenda varejista de combustíveis líquidos. Por sua vez, o art. 6º da mesma resolução determina que o fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com i) outro fornecedor cadastrado na ANP, ii) com distribuidor autorizado pela ANP, e iii) mercado externo.

5.13. Quanto ao ordenamento jurídico tributário vigente, não existe previsão na legislação para a transferência da cota de PIS/Cofins incidente na etapa distribuição para etapa inicial da cadeia sucroalcooleira, além de não existir margem legal para o acréscimo da alíquota incidente na etapa de produção capaz de garantir a manutenção da isonomia tributária do setor, o que faz surgir dúvidas acerca da aplicação das normas tributárias vigentes no caso de alteração da norma regulatória da ANP em análise.

5.14. Desse modo, a mera supressão do artigo 6º da Resolução ANP nº 43, de 22 de dezembro de 2009, criando a permissão para que as usinas produtoras de etanol comercializem o produto diretamente com os postos revendedores de combustíveis, sem que haja revisão das regras tributárias vigentes, pode levar à queda de arrecadação pelo simples fato de parte significativa da tributação sobre o biocombustível incidir sobre a etapa de distribuição.

6. DEFINIÇÃO DE OBJETIVOS DA AÇÃO

6.1. São dois os objetivos da presente ação regulatória: o alinhamento da Resolução ANP nº 43/2009 ao sentido principal da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e o atendimento à recomendação constante da Resolução CNPE nº 12/2019 de conclusão dos trabalhos pela ANP a respeito da vedação de comercialização de etanol hidratado entre produtores e a revenda varejista, bem como nas recentes diretrizes impostas pela Resolução CNPE nº 2, de 4 de junho de 2020, que determinam que a ANP regulamente, até 30 de outubro de 2020, a venda direta de EHC pelas usinas aos postos revendedores, assim como aos TRRs, na hipótese destes virem a poder comercializar etanol hidratado. De acordo as diretrizes emanadas pelo CNPE a regulamentação pela ANP deve contemplar a isonomia concorrencial no aspecto tributário, a preservação da arrecadação tributos de alíquota específica em relação à comercialização de EHC com os distribuidores, a facultatividade de comercialização nessa modalidade e a isonomia na definição dos padrões de qualidade.

6.2. Esta seção da presente Análise de Impacto Regulatório se debruça, portanto, sobre os objetivos acima expostos, bem como às possibilidades de atingimento de cada um desses e o grau de sucesso a ser observado na atividade proposta.

6.3. Rememora-se, a respeito do primeiro objetivo que, em 20 de setembro de 2019, por meio da publicação da Lei nº 13.874, foi instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica que, nos termos do seu art. 1º, dispõe:

“Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador(...)

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. (...)

§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação **a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento**, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, **como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício** ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.” **(grifo nosso)**.

6.4. Neste sentido, o processo revisório da RANP nº 43/2009 visa ao alinhamento desta normativa às diretrizes gerais contidas na mencionada lei, sobretudo no que tange à necessidade de

privilegiar a livre iniciativa como impulso primário e fundamental da atividade econômica.

6.5. É a partir desse princípio que se depreende a importância de revogação a disposições contidas no regramento editado pelos órgãos reguladores que não encontrem motivação fática, técnica, ou legal sólida, à sua manutenção.

6.6. Adicionalmente, acrescenta-se que, em 2019, o Conselho Nacional de Política energética (CNPE) publicou a Resolução nº 12, de 04 de junho de 2019 que, em seu art. 1º, dispõe:

“Art 1º Estabelecer como de interesse da Política Energética Nacional que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP priorize a conclusão dos estudos e a deliberação sobre os seguintes temas atinentes ao abastecimento de combustíveis (...) com o objetivo de aprimorar o normativo regulatório do setor, na busca da promoção da livre concorrência:

(...)

III – a comercialização, por produtor, de etanol combustível hidratado com revendedor varejista de combustíveis automotivos e TRR;”

6.7. A recomendação foi acompanhada de um prazo de 120 dias à sua execução, “contados a partir da lei que estabelecesse a monofasia tributária federal”. A este respeito, não houve ainda inovação legislativa, como visto anteriormente.

6.8. Como também anteriormente mencionado, em 2018, antes portanto do advento da Resolução CNPE nº 12/2019, a ANP, tendo por motivação a greve de caminhoneiros ocorrida naquele ano, promoveu uma série de consultas ao mercado regulado para obter subsídios para avaliar, entre outros temas, a manutenção da vedação à comercialização de EHC entre produtores e revendedores varejistas de combustíveis.

6.9. Isto porque as consequências do movimento grevista, entre elas o impedimento do fluxo de produtos regulados entre ofertantes e demandantes, tornaram necessária a intervenção no setor, de forma a mitigar possíveis restrições ao Abastecimento Nacional.

6.10. Assim, ao fim do locaute, houve a inevitável consideração a respeito do atual desenho regulatório no mercado nacional de combustíveis, e, conseqüentemente, da necessidade de manutenção da restrição a possíveis transações mutuamente benéficas entre agentes econômicos privados, quando estes atuam no setor regulado, sendo esta AIR responsável pelo tratamento dessas questões no que se refere à RANP nº 43/2009.

6.11. Como também já mencionado, a Tomada Pública de Contribuições nº 02/2018 foi encerrada após a Resolução de Diretoria que determinou à SDL a conclusão da análise da hipótese de venda direta de etanol.

6.12. Dentre os trabalhos produzidos no âmbito da TPC nº 02/2018, está o Relatório GT nº 1 que recomendou como “oportuna a liberalização da venda direta de etanol hidratado aos postos de combustível, desde que concomitantemente seja implementada a monofasia da Contribuição para PIS/Pasep e da Confins no elo da produção”. O mesmo tema tributário reaparece na Resolução CNPE nº 12/2019, posterior ao Relatório do GT nº 01, de 21/12/2018, como já observado.

6.13. Adicionalmente, em 2019, com o advento da Lei de Liberdade Econômica, tornou-se ainda mais clara a necessidade de revisão do arcabouço regulatório vigente, no que tange a outras possibilidades de desempenho de atividade regulada.

6.14. Com isso ficou clara também a necessidade de alinhamento do desenho regulatório da RANP nº 43/2009, bem como de outras normativas, às diretrizes da Lei de Liberdade Econômica, dada a delegação de competências realizada por meio da Lei do Petróleo, em particular no que dispõe o art. 8º, XVI.

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

(...)

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis...”

6.15. Desta forma, é claro o objetivo da ação aqui analisada: o ajuste da atividade regulatória da ANP ao novo marco legal e econômico. Para tanto, é necessário que o regramento vigente não mantenha vedações e/ou obrigações não devidamente motivadas, já que o princípio da livre iniciativa é o impulso primário da atividade econômica. Além disso, a ANP precisa, ao se deparar em seu ordenamento com regras que são desproporcionais, ou a que faltem devida motivação, proceder à sua alteração.

6.16. Hoje, como mencionado e tratado em documentos elaborados pela ANP ou com sua participação, a vedação à comercialização direta entre produtores e revendedores varejistas de EHC não possui óbices derivados da atividade em si, mas do regramento vigente, que está compreendido num conjunto maior de normas cuja principal característica é a proposição de um desenho regulatório em que há segmentação, em papéis estanques, dos participantes do mercado. No caso do EHC especificamente, entende-se que poderia ser dada maior liberdade em sua comercialização em razão de não haver papel relevante a ser desempenhado pela distribuidora, que afigura-se, de fato, como elo facultativo na relação entre produtor e revendedor. A imposição por parte da ANP de obrigatoriedade de compra pelo posto revendedor do distribuidor acaba por gerar, nos casos de venda por conta e ordem, por exemplo, custo adicional a essa comercialização que poderia ser eliminado pela previsão regulatória de venda direta de EHC em benefício da sociedade.

6.17. Resta, entretanto, o fato de que a estrutura tributária estabelecida acompanha essa forma de estruturação da regulação e, como já apontado, esse desenho fiscal é o único óbice a fundamentar a vedação à comercialização de etanol hidratado combustível entre produtores e revenda varejista, contida na RANP nº 43/2009. Ressalte-se que a venda direta de EHC, nesse caso, além da perda de receita ao cofre público, ensejaria uma vantagem competitiva do produtor sobre o distribuidor derivada unicamente da não incidência de tributo. Tal vantagem concorrencial que seria dada ao elo de produção por parte do órgão regulador, em detrimento da receita pública, seria revertido em ganho de receita por parte do produtor sem qualquer garantia de benefício à sociedade em melhoria na prestação de serviço ou preço.

6.18. Acrescenta-se: em sentido análogo ao da atuação da ANP na vedação da venda direta de EHC, o desenho regulatório da RANP nº 43/2009, no que versa sobre a definição de empresa comercializadora de etanol, também criou restrições a uma forma de atuação no mercado regulado que não se coaduna ao quadro legal vigente a partir da edição da Lei de Liberdade Econômica, porque limita a pluralidade de formas de composição societária que poderia ter esse agente econômico. Esta questão será abordada em seção à frente.

6.19. Também importa mencionar que, embora a Resolução CNPE nº 12/2019, tenha orientado no sentido de a ANP regulamentar a venda direta após a monofasia tributária, o andamento de projeto de decreto no senado federal com objetivo de permitir a venda direta de EHC por produtor diretamente ao posto revendedor sem qualquer tratamento da questão tributária que garanta a isonomia concorrencial tributária entre os agentes econômicos afigura-se como fato relevante para que a Agência busque solução regulatória dentro do contexto tributário atual para viabilização da venda direta.

6.20. Por fim, a Resolução CNPE nº 2/2020, de 4 de junho de 2020, em alinhamento com o disposto no item anterior, tratou de desvincular a ação desta Agência ao pressuposto de introdução da sistemática de monofasia por parte do legislativo. Aponta a normativa, que a ANP deve regular a comercialização, por produtor, de etanol hidratado combustível - EHC diretamente com Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos e Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR, sem que perca de vista os corolários da isonomia concorrencial no aspecto tributário, da preservação da arrecadação de tributos de alíquota específica, da facultatividade da comercialização nessa modalidade e da isonomia na definição dos padrões e especificação de qualidade do produto final ao consumidor.

6.21. Tendo tornado claros os fins da presente ação regulatória, deve-se estabelecer instrumentos de medição do atingimento dos objetivos apresentados, de forma a se poder avaliar em que grau a intervenção estatal é bem ou mal sucedida.

6.22. Tratando-se de alinhamento à diretrizes abstratas dispostas em lei, não é possível fixar metas quantitativas ao atingimento dos objetivos pretendidos: mas é considerável a avaliação da proximidade do possível novo desenho regulatório à Lei de Liberdade Econômica. Neste sentido, entende-se que, quanto mais plurais e menos engessadas as formas de atuação no setor regulado, mais próximo o novo regramento estará das diretrizes da Lei de Liberdade Econômica.

6.23. A avaliação do atingimento dos objetivos pretendidos, portanto, depende em larga medida do quão mais proporcional, considerando fins e meios, a intervenção estatal se dará no setor em comento. Disso se conclui que o fim da vedação à comercialização de etanol hidratado combustível entre produtores e revenda varejista, não restando óbices a fundamentá-la, bem como a liberdade de constituição das empresas comercializadoras de etanol, são ações que se coadunam com os objetivos mais gerais do marco legal vigente, sobretudo a partir da edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

7. ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS

7.1. Há dois tratamentos mais gerais em problemas regulatórios: os que implicam na intervenção no mercado e aqueles que não. Para o primeiro grupo de ações, há basicamente duas vias: a normativa e a não normativa. Para o segundo, entende-se que é a via defensável em cenários onde a autorregulação é possível ou o balanço entre custos e benefícios é desfavorável à ação.

7.2. Considere-se inicialmente a opção de não intervenção.

7.3. **Manutenção do Modelo Atual (alternativa de não ação):**

7.3.1. Como a Resolução ANP nº 43/2009 encontra-se em vigor, os agentes produtores permaneceriam obrigados ao cumprimento do normativo, comercializando o etanol hidratado combustível com o distribuidor e este com os postos revendedores. Os efeitos deletérios apontados ao final da Seção III do problema regulatório permaneceriam, portanto.

7.3.2. Este cenário encontra óbice no que foi devidamente tratado na Seção VI deste documento, que dispõe sobre os objetivos desta ação regulatória.

7.3.3. Assim, passa-se aos cenários em que há intervenção pela ANP no problema.

7.4. Dentre esses, pode-se dividi-los em 2 hipóteses: uma em que a venda direta é permitida independentemente do arranjo tributário vigente, outra em que se cria uma solução à questão fiscal de forma a permitir a comercialização de EHC entre produtores e revendedores varejistas.

7.5. **Alternativa de ação 1: Permissão à venda direta sem alteração do arranjo tributário.**

7.6. A proposta consiste na adição do revendedor varejista ao rol dos adquirentes de etanol hidratado junto ao produtor, independente da alteração legislativa que institua o regime monofásico ao PIS/Cofins na comercialização do produto regulado. Por certo, esta opção resultaria em um acirramento das questões concorrenciais e tributárias nos moldes apontados na Seção III.

7.7. **Alternativa de ação 2: Criação de novo integrante à cadeia de abastecimento.**

7.7.1. Alternativamente, poderia ser instituído novo papel na cadeia de abastecimento que permitisse a comercialização de etanol hidratado entre produtores e a revenda varejista, e, que, ao mesmo tempo, cumprisse a função de ponto de arrecadação tributária, evitando os problemas concorrenciais decorrentes da coexistência da venda direta com a atual estrutura fiscal.

7.7.2. A forma para isso, aqui sugerida, seria instituir, por ato normativo, a figura do “distribuidor de etanol vinculado”, em parte mencionado anteriormente. Este novo player seria uma pessoa jurídica distinta do produtor, mas controlada por este, que seria autorizado a apenas transacionar etanol hidratado combustível junto à rede varejista de combustíveis automotivos.

7.7.3. Esta alternativa tem vantagens. Por se tratar de um distribuidor, o novo agente regulado estaria sujeito à tributação que os demais distribuidores de combustíveis líquidos estão, o que permitiria a isonomia concorrencial na esfera tributária em qualquer forma de comercialização de EHC na cadeia de abastecimento.

7.7.4. Com isso, não haveria prejuízo fiscal decorrente da adoção da venda direta e não haveria a criação de um diferencial competitivo pela ação regulatória em ambiente com o atual desenho tributário, efeitos deletérios já abordados.

7.7.5. Além disso, a proposta de criação de um novo agente não implicaria em dependência de alteração legislativa, o que permite celeridade no tratamento do problema regulatório e redução de seus custos.

7.7.6. Por fim, cumpre apontar que há possibilidade de intervenção por via não normativa. Trata-se dela, abaixo.

7.8. **Ação não normativa.**

7.8.1. É possível, em alguns casos, reduzir parte da ineficiência logística resultante da comercialização de EHC nos moldes do atual arcabouço normativo por meio do que se conhece como “venda por conta e ordem”, mencionada anteriormente, mas, aqui, melhor debatida.

7.8.2. Nessa modalidade, embora a comercialização de produto ocorra respeitando a vedação à venda direta, ou seja, com o EHC, enquanto propriedade, fazendo o trajeto produtor-distribuidor-revendedor varejista, na prática, a transferência da posse do produto se dá de usina para revenda. Ou seja, não é necessário que o EHC vá às instalações de armazenamento do distribuidor.

7.8.3. A “venda por conta e ordem”, embora pouco conhecida é permitida pela ANP e respeita a estrutura tributária vigente, dado que a comercialização pelo distribuidor cria o fato gerador sobre o qual são arrecadados os tributos incidentes. A diferença reside no fato de que a entrega do produto é feita diretamente ao posto revendedor.

7.8.4. A forma de intervenção não normativa proposta seria ampliar a divulgação do entendimento da ANP de que não há vedação à modalidade comercialização por conta e ordem, tampouco à participação societária de produtores em distribuidoras.

7.8.5. Isso poderia favorecer melhores arranjos de negócios, com a constituição, pelo produtor, de distribuidora de combustíveis líquidos, quando houvesse interesse, o que permitiria ganhos resultantes da internalização de operações econômicas num mesmo grupo. Restaria, entretanto, o fato de que, por força da restrição imposta pela ANP à comercialização direta por parte da usina com o posto revendedor, não restaria ao produtor opção entre incorrer nos custos associados à constituição de distribuidora de combustíveis líquidos nos termos da RANP Nº 58/2014 ou o custo cobrado pela distribuidora pelo fato de ser obrigatória sua intermediação na comercialização entre as partes.

8. **IMPACTOS DAS ALTERNATIVAS IDENTIFICADAS E COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS.**

8.1. A alternativa de não-ação, ou seja, a manutenção do status quo, sofre forte resistência, uma vez que a vedação à venda direta, instituída em 2009 pela Resolução ANP nº 43, é hoje confrontada pelas transformações naturais em um mercado dinâmico, consubstanciadas na recente Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019, já debatida na seção que trata dos objetivos desta AIR.

8.2. A alteração do modelo de comercialização proposta encontra também subsídio, desta vez expressamente, na Resolução CNPE nº 12/2019 e na ata da Reunião de Diretoria nº 0994/2019, como consequência dos estudos propostos por aquela.

8.3. Torna-se quase natural o questionamento sobre a possibilidade não normativa, uma vez que é uma opção que não onera a administração quanto ao implemento de atividades fiscalizatórias, bem como no que diz respeito ao custo dispendido no processo revisório.

8.4. Ocorre que, apesar da possibilidade da comercialização por conta e ordem, bem como da participação societária de produtores em distribuidoras, são incapazes de solucionar o problema posto. Isto porque, no caso da primeira, não há aumento da competição na oferta a revendedores, dado que é o distribuidor quem vende a esses agentes, apenas redução de custos logísticos.

8.5. No caso da opção de constituição de distribuidoras por produtores, tem-se que os requisitos necessários oneram de forma incompatível agentes que já arcam com os ônus pertinentes à sua categoria econômica e atuação no mercado.

8.6. Já entre as opções regulatórias normativas, operacionalizar a venda direta, sem a interferência do elo de distribuição, seja ampliando o rol de adquirentes do produtor/fornecedor, seja suprimindo as limitações impostas pelo artigo que enumera os possíveis destinos do etanol hidratado combustível a partir do elo de produção, alcançaria, a priori, os objetivos que tangenciam a eficiência econômica, do ponto de vista concorrencial e logístico. No entanto, há potencial queda da arrecadação, como debatido na Seção II.

8.7. Como também já mencionado, sob a estrutura tributária atual, o fim da vedação a essa forma de comercialização resultaria em recolhimento desigual de PIS/Cofins em comparação com o formato vigente, também ensejando distorções no processo competitivo.

8.8. Por último, a possibilidade de introduzir nova figura ao mercado, apesar dos maiores custos ao órgão regulador, entre estes os de criar novo regramento, autorizar e fiscalizar os novos agentes, anularia os efeitos, nas esferas fiscal e concorrencial, da alteração das regras de comercialização.

8.9. Pelo exposto, o novo distribuidor vinculado de etanol hidratado, controlado pelo produtor, seria desenhado com requisitos simplificados, compatíveis com uma sociedade que já arca com os investimentos e capital necessários exigido à participação no mercado de produção de etanol e que já atende a requisitos de qualidade, segurança em nível de complexidade superior aos elos da cadeia de abastecimento mais próximos ao consumidor – a exemplo dos impostos aos distribuidores.

8.10. Entretanto, as obrigações tributárias, de segurança, de garantia da qualidade do produto também estariam presentes na figura do distribuidor vinculado.

8.11. Acrescenta-se que essa opção regulatória, por fim, não demanda mudança por via legislativa o que representa um menor custo ao atingimento dos objetivos da mudança normativa.

9. **ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO DA ALTERNATIVA REGULATÓRIA SUGERIDA**

9.1. Tendo em vista a necessidade de atuação da Agência no problema regulatório identificado e os impactos negativos substanciais das demais alternativas de tratamento consideradas, entende-se que a melhor alternativa é a opção normativa de atuação, isto é, a instituição, por novo regramento a ser editado, do distribuidor vinculado.

9.2. Com a criação deste novo agente, a questão tributária na venda direta é equacionada, porque os impostos seriam recolhidos tanto no elo da produção, como já ocorre, como na comercialização de produto junto aos postos revendedores, evitando distorções concorrenciais e a necessidade de mudanças na carga de tributos.

9.3. Desta forma, a instituição do distribuidor vinculado é a forma mais eficiente encontrada para permitir a venda direta em um mercado com a atual estrutura tributária e pode ser um elemento importante para impulsionar a concorrência, pelo aumento da oferta de etanol hidratado aos postos revendedores.

9.4. A respeito do desenho regulatório desse novo agente, é necessário considerar a finalidade e a natureza da atuação esperada. Tendo em vista o objetivo de incremento na oferta de produto à rede varejista, e também o fato de que esse novo player é vinculado a produtores de etanol, é razoável que não sejam instituídos requisitos de autorização do mesmo nível dos que são propostos aos entrantes no setor de distribuição de líquidos, como já ponderado.

9.5. Isto porque o fundamento do papel do distribuidor vinculado é permitir a existência de elo à cadeia para adequação à estrutura tributária vigente, aumentando as possibilidades de oferta de produto à rede varejista.

9.6. Ainda no tema das obrigações a serem propostas, entende-se que não é necessário ao distribuidor vinculado manter estoques de combustíveis, dado que requisitos dessa natureza já estão estabelecidos para o produtor e que esse agente só poderá comercializar etanol hidratado combustível com a revenda varejista.

9.7. Por outro lado, tendo em vista a forma de atuação do novo agente regulado, considera-se fundamental a instituição de requisitos de regularidade fiscal, tanto no processo de outorga

de autorização ao exercício da atividade, bem como à sua manutenção.

9.8. Assim, os interessados em atuarem como distribuidor vinculado devem comprovar regularidade fiscal no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) em nível IV, que abrange também impostos municipais e estaduais.

9.9. Considerando que o novo agente apenas intermediará a relação comercial entre produtores e revendedores, entende-se como necessária a rigidez na comprovação de regularidade fiscal, que, caso não ocorra, poderia fomentar práticas com efeitos deletérios à competição no mercado, justo o que se visa evitar na ação regulatória presente.

9.10. Além disso, a comprovação de regularidade fiscal em nível IV no SICAF é instrumento hábil à verificação do cumprimento das obrigações em âmbito estadual, abrangendo, inclusive, o ICMS.

9.11. Acrescenta-se ainda que a adoção da estratégia normativa nos termos indicados nesta seção permite viabilizar a venda direta de etanol hidratado combustível em curto prazo, dado que não há necessidade de mudanças em regramentos sob competência de outros atores.

9.12. Por fim, é necessário esclarecer um ponto que fundamenta a escolha do termo distribuidor para o novo agente. De acordo com o disposto no artigo 5º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, a seguir transcrito, aplicam-se, ao ente comercializador de etanol hidratado que não se enquadre nas definições de produtor, importador, distribuidor ou varejista, as condições tributárias de distribuidor.

“Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de: [\(Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

I – 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) e 6,9% (seis inteiros e nove décimos por cento), no caso de produtor ou importador; e [\(Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

II – 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) e 17,25% (dezessete inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), no caso de distribuidor; [\(Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

§1º Ficam reduzidas a 0% (zero por cento) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta de venda de álcool, inclusive para fins carburantes, quando auferida: [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

I – por distribuidor, no caso de venda de álcool anidro adicionado à gasolina; [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

II – por comerciante varejista, em qualquer caso; [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

III – nas operações realizadas em bolsa de mercadorias e futuros. [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

§2º A redução a 0 (zero) das alíquotas previstas no inciso III do §1º deste artigo não se aplica às operações em que ocorra liquidação física do contrato. [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#); [\(Produção de efeitos\)](#)

§3º **As demais pessoas jurídicas que comerciem álcool não enquadradas como produtor, importador, distribuidor ou varejista ficam sujeitas às disposições da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis à pessoa jurídica distribuidora. [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)" (grifo nosso)**

9.13. De fato, o distribuidor vinculado não é um distribuidor de combustíveis líquidos no termos do art. 1º, parágrafo único da da RANP nº 58/2014, abaixo transcrito:

“Art. 1º Ficam estabelecidos, pela presente Resolução, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação.

Parágrafo único. A atividade de distribuição de combustíveis líquidos é considerada de utilidade pública e compreende aquisição, armazenamento, mistura, transporte, comercialização e controle de qualidade de combustíveis líquidos.”

9.14. Isto porque o novo agente será criado com uma forma de atuação bastante limitada: somente poderá adquirir etanol hidratado combustível de produtor autorizado ao qual está vinculado e comercializá-lo junto à revenda varejista de combustíveis

automotivos. E essa criação tem fito regulatório diverso do usual no abastecimento nacional: a adequação de uma modalidade de atuação mais eficiente ao arcabouço tributário vigente.

9.15. Assim, o nome da nova figura não guarda relação estrita com o possível alcance da ação regulatória. Isto é, não se está criando um novo distribuidor de combustíveis líquidos com menor ônus à entrada, mas meramente nomeando o novo agente de forma a adequá-lo ao quadro normativo tributário.

9.16. Por fim, embora distribuidores autorizados nos termos da RANP nº 58/2014 possam comercializar mais produtos regulados que o novo agente, fato é que sua atuação se dá no comércio atacadista de combustível, no caso, apenas o etanol hidratado. Ou seja, a atuação do novo agente guarda similaridades com a dos distribuidores de combustíveis líquidos. Fato esse que torna obrigatória a presença do comércio atacadista de combustíveis em seu objeto social.

9.17. Ainda a respeito da atuação do distribuidor vinculado, como já mencionado, entende-se que o desenho regulatório proposto pode permitir ganhos de eficiência decorrentes de melhores arranjos logísticos no setor de etanol hidratado combustível. Isso poderia levar à redução de custos e de preços, pois menores valores seriam gastos em transportes, armazenamento e administração. Estes podem ser inferiores em relação ao incorridos pelos distribuidores de combustíveis líquidos.

9.18. Esse cenário se apresenta como apto a reduzir as ineficiências econômicas observáveis no atual modelo, em razão da redução de custos de transação, aumentando a concorrência na oferta aos postos revendedores, com possível tendência à redução de preços ao consumidor final.

9.19. Há, logicamente, situações onde esses novos arranjos não apresentarão ganhos competitivos, e, portanto, onde esse modelo de comercialização não será adotado. Em outras, sua adoção poderá ter os efeitos já mencionados e pressionar a concorrência do setor. Mas reforça-se que a opção por uma forma ou outra de comercialização estará condicionada à escolha dos integrantes do mercado a partir do regramento vigente e do cenário fático em que eles estão inseridos.

9.20. Acrescenta-se ainda que o modelo proposto é adaptável a um mercado onde venha a ocorrer a flexibilização da tutela regulatória à bandeira pela ANP, situação em que os revendedores poderiam adquirir etanol hidratado quaisquer distribuidores vinculados, o que aumentaria ainda mais a pressão competitiva sobre a oferta de produto.

9.21. Por fim, apontam-se as providências necessárias nesta seção à possibilidade de fim da vedação da venda direta.

9.22. Considerando que as regras para a atividade objeto desta AIR encontram-se distribuídas entre alguns atos normativos, é preciso explicitar, a partir do ponto principal desta mudança de regramento, quais outras modificações são necessárias para a devida adequação do arcabouço regulatório.

9.23. Em primeiro, é necessária a alteração do art. 6º da RANP nº 43/2009 de forma a permitir a comercialização de etanol hidratado com o novo agente regulatório. Note-se que o caput do dispositivo fala em fornecedor, que é gênero amplo do qual produtor é espécie, como se constata pela leitura do art. 1º da mesma normativa. Assim, há necessidade de alteração de forma a prever que produtores, devidamente autorizados à atividade pela ANP, poderão comercializar etanol hidratado junto ao distribuidor vinculado.

9.24. A esse respeito, entende-se que cooperativas de produtores também se enquadram nesta hipótese de comercialização, dado que cooperativas são meras formas associativas das quais agentes econômicos, de forma a reduzir custos e auferir ganhos de escala, escolhem fazer parte.

9.25. Ainda em relação às possibilidades de comercialização de etanol hidratado combustível é necessário adicionar ao rol de agentes constante do art. 17 da RANP nº 734/2018 o distribuidor vinculado.

9.26. É também necessário ampliar, na RANP nº 41/2013, com a inclusão do distribuidor vinculado ao o rol de agentes, constante do art. 14, do qual a revenda varejista pode adquirir produtos.

9.27. Para além destes desses atos normativos, resta também a necessidade de haja previsão de envio de dados relativos à movimentação de produtos para os distribuidores vinculados, nos termos da Resolução ANP nº 729/2018. Considerando que esses agentes são diferentes dos distribuidores de combustíveis líquidos, só comercializando etanol hidratado combustível, serão necessários ajustes internos ao Sistema de Informação de Movimentação de Produtos (SIMP), para que a necessidade de informar à ANP suas operações seja tecnicamente viável.

9.28. Rememora-se, ainda, a necessidade de restrição das atividades desses novos agentes à comercialização de etanol hidratado. Dessa forma, o distribuidor vinculado terá desenho bem semelhante ao da empresa comercializadora de etanol. Ou seja, será pessoa jurídica controlada diretamente ou indiretamente por produtor de etanol, e que não poderá conter, em seu objeto social, a produção ou qualquer forma de industrialização de etanol. Diferencia as duas formas de atuação no mercado, a impossibilidade de que os distribuidores vinculados comercializem etanol anidro.

9.29. A respeito, por fim, das empresas comercializadoras de etanol, tendo em vista o exposto na Seção VI, entende-se também pela necessidade de modificação do art. 2º, II, da RANP nº 43/2009, de forma a permitir a livre constituição por esses agentes econômicos, não estando mais estes obrigados a serem compostos por no mínimo duas empresas.

10. ACOMPANHAMENTO DA AÇÃO REGULATÓRIA

10.1. Por se tratar de inovação no desenho regulatório, uma vez que há a criação de um novo agente e a possibilidade de novos arranjos de negócio, não há como traçar um paralelo entre o cenário atual e o pretendido.

10.2. Ainda assim, é possível identificar e acompanhar alguns indicadores para futuras avaliações de impacto da ação regulatória. O número de novos distribuidores vinculados e o volume comercializado por intermédio desse agente são dois dos principais parâmetros que devem ser acompanhados de forma a avaliar a eficácia do atual processo revisório.

10.3. É possível também observar relação entre as autorizações concedidas por região e a flutuação dos preços praticados. Futuramente, talvez a queda dos preços possa ser associada às novas disponibilidades logísticas que estão entre os propósitos da presente ação regulatória. O que funcionaria como outro indicativo de eficácia da ação.

10.4. Finalmente, é possível consultar órgãos da fazenda para a obtenção de dados quanto ao desempenho tributário dos setores de produção e distribuição de etanol hidratado combustível, de forma a avaliar se uma das questões aqui levantadas, a manutenção dos patamares da arrecadação, foi devidamente tratada.

11. OUTRAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS

11.1. Tendo em vista o exposto nas Seções VI e IX, entende-se também pela necessidade de modificação do art. 2º, II, da RANP nº 43/2009, abaixo transcrito, de forma a permitir a livre forma de constituição das empresas comercializadoras de etanol liberando-as da obrigação de serem compostos por no mínimo duas empresas.

“Art 2º (...)

II - empresa comercializadora de etanol: pessoa jurídica controlada diretamente ou indiretamente por dois ou mais produtores ou cooperativas de produtores de etanol, que se enquadre no art. 116 e no § 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e que não poderá conter, em seu objeto social, a produção ou qualquer outra forma de industrialização de etanol”

11.2. Além disso, por necessidade de alinhamento ao arcabouço normativo mais amplo, resta a adequação da Resolução ANP nº 19/2015 que estabelece o regimento técnico e as especificações do etanol anidro e hidratado.

11.3. Como o distribuidor vinculado é mero comprador e vendedor de etanol hidratado, não realizando atividades de armazenamento, nem de transporte, há duas formas de cumprir o requisito regulatório. A primeira seria o total adimplemento do ônus pelo novo agente.

11.4. Essa medida seria desproporcional, tendo em vista que o novo agente não lida fisicamente com o produto regulado, apenas garante a transferência de propriedade entre elos da cadeia, o que

determina a existência de fato gerador à incidência de tributos, nos termos do que já foi discutindo em seções anteriores.

11.5. Adicionalmente, entende-se que o boletim de conformidade existe em parte porque o distribuidor de líquidos recebe o combustível do produtor, armazena-o e, ao fim da transação comercial seguinte, transfere a posse do produto nos termos da transação feita. Ou seja, o boletim de conformidade serve à garantia de que o etanol que saiu do produtor chegue ao elo da cadeia posterior à da distribuição com a mesma especificação que tinha inicialmente, funcionando tanto para o distribuidor como para o adquirente final como uma garantia a respeito do que foi originalmente adquirido.

11.6. No caso dos distribuidores vinculados, embora a relação entre ofertante e demandante se dê entre diferentes pessoas jurídicas, como não há transporte e armazenamento do etanol hidratado com a troca de titularidade desse produto, tratando-se de entrega direta das instalação do produtor para a instalação da revenda, entende-se que esse agente não é obrigado a analisar novamente o produto e emitir novo documento da qualidade, podendo ser utilizado o certificado da qualidade, já emitido pelo produtor.

11.7. Assim, entende-se pela exceção desta obrigação nas operações em regime de venda direta com, no entanto, a permanência da responsabilidade solidária pela qualidade dos produtos transacionados dos entes que movimentam o produto e o comercializam junto ao consumidor final.

11.8. Assim, entende-se pela exceção da obrigação de emissão de boletim de conformidade nas operações de comercialização pelo distribuidor vinculado, mas reforçando-se a responsabilidade solidária pela qualidade dos produtos transacionados dos entes que movimentam o produto e o comercializam junto ao consumidor final.

11.9. Para tanto, se faz necessário prever: a não obrigatoriedade de emissão do boletim de conformidade pelo distribuidor vinculado, não o eximindo da responsabilidade pela qualidade do produto; a obrigatoriedade do documento fiscal conter identificação do certificado da qualidade emitido pelo produtor de etanol ou cooperativa de produtores de etanol, conforme o caso; e que o produto deverá ser acompanhado da cópia desse documento.

11.10. Também por isso, a obrigação constante do art. 11 da Resolução ANP nº 19/2015, abaixo transcrito, não precisará ser cumprida nas atividades do distribuidor vinculado.

“Art. 11. A documentação fiscal e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE), emitidos pelo Distribuidor, para fins de entrega do Etanol Hidratado Combustível e referentes às suas operações de comercialização, deverão indicar o número do Boletim de Conformidade correspondente.

Parágrafo único. O Etanol Hidratado Combustível, ao ser transportado, deverá ser acompanhado de cópia legível de seu Boletim de Conformidade (...).”

11.11. Em respeito ao Decreto 9094/2017 que regulamenta a Lei de nº 13.460/2017 e à presunção de boa fé pelos administrados, a documentação a ser apresentada nos processos administrativos da ANP pelos agentes regulados abrangidos pela RANP nº 43/2009 não precisa ser autenticada em cartório. Assim, todos os requisitos constantes da normativa poderão ser cumpridos pelo envio de cópia legível simples da documentação requerida.

11.12. Por fim, os dispositivos elencados abaixo, sofreram alterações que visam atualizar o dispositivo legal a que faz referência ou correções textuais:

- a) Inciso III do art. 2º - Definição em duplicidade;
- b) Inciso V do art. 2º - Atualização da definição, com base na Resolução ANP nº 19/2015.;
- c) Inciso VIII do Art 2º - Termo constante na definição não é citado no restante da Resolução ANP nº 43/2009;
- d) Art. 4º (caput) - Atualização da Resolução de referência;
- e) Art. 9º (caput) - Atualização da Resolução de referência;

- f) Art. 10 (caput) - Atualização da Resolução de referência;
- g) Art. 11 (caput) - Correção textual;
- h) Inciso I do art 12 - Detalhamento da operação de lacres;
- i) Alínea b, do inciso I e alíneas e e f do inciso II, ambos do art 15 - Atualização da Resolução de referência e correção textual.

11.13. Na mesmo sentido das alterações propostas no item imediatamente acima, desde a publicação da Resolução ANP nº 734, de 28 de junho de 2018, a Resolução ANP nº 43/2009 não mais se aplica aos produtores de etanol, conforme art. 31 transcrito abaixo, sendo, desta forma, necessários outros ajustes para compatibilização ao cenário vigente. As adequações trazidas pela Superintendência de Produção de Combustíveis - SPC, estão esquematizadas no documento SEI nº 0795275.

"Art. 31. A Resolução ANP nº 43, de 2009, não se aplica ao produtor de etanol autorizado pela ANP."

12. RESPONSÁVEIS PELA AIR

Fabio Nuno Marques da Vinha

Jessica Gonçalves Oliveira

Leonardo de Pereira Queiroz

Rafael Andrade da Cruz

Thiers de Cruz e Alves

Patricia Huguenin Baran

Cezar Caram Issa

13. COMPLEMENTOS

[1] RELATÓRIO GT Nº 1 IMPACTOS CONCORRENCIAIS E TRIBUTÁRIOS DA COMERCIALIZAÇÃO DO ETANOL PELAS USINAS DIRETAMENTE AOS PONTOS REVENDADORES

[2] Regime especial de apuração e pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no qual as alíquotas são específicas.



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Andrade da Cruz, Técnico em Regulação**, em 17/07/2020, às 10:06, 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 **LEONARDO PEREIRA DE QUEIROZ, Analista Administrativo**, em 17/07/2020, às 10:08, 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 **JESSICA GONCALVES OLIVEIRA, Assessora Administrativa**, em 17/07/2020, às 10:08, 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 **Fabio Nuno Marques da Vinha, Técnico Administrativo**, em 17/07/2020, às 10:16, 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 **PATRICIA HUGUENIN BARAN, Superintendente Adjunta**, em 17/07/2020, às 14:09, 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 **CEZAR CARAM ISSA, Superintendente**, em 17/07/2020, às 14:42, 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.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0795275** e o código CRC **C330CC2E**.

Observação: Processo nº 48610.201961/2020-30

SEI nº 0795275