

Contribuições à Revisão da PAMP 251/2000 quanto ao acesso de terceiros a terminais aquaviários regulados pela ANP

Elaborado por: Terrafirma Consultoria

Requisitado por: Associação Brasileira de
Terminais de Líquidos (ABTL)



TERRAFIRMA

Setembro | 2019

Sumário

1. Introdução	3
1.1. Sobre os autores	4
2. Análise crítica da proposta de Restrição de Utilização Máxima	5
2.1. Alinhamento da Restrição de Utilização Máxima aos objetivos da PANP 251/2000	6
2.2. Aplicabilidade da Restrição de Utilização Máxima	13
2.3. Conclusão da análise crítica	15
3. Avaliação da proposta de Restrição de Utilização Máxima frente a práticas internacionais	17
3.1. Ausência de normas similares à Restrição de Utilização Máxima.....	17
3.2. Recomendação do Banco Mundial quanto à intervenção do governo na gestão de terminais.....	21
3.3. Adoção de mecanismos similares à Restrição em outros mercados é exceção à regra	22
3.4. Uso compartilhado compulsório com terceiros é excepcional e mediante remuneração justa	25
4. Conclusões e recomendações.....	26

1. Introdução

O presente documento foi elaborado no âmbito da revisão da Portaria ANP nº251/2000 (“PANP 251/2000”), que estabelece critérios para o livre acesso, por terceiros interessados, aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo e seus derivados.

Esta revisão faz parte da Agenda Regulatória da ANP para o biênio de 2015-2016 e tem sido alvo de debates desde 2016, quando foi realizada consulta prévia para obtenção de subsídios e informações adicionais dos diversos agentes econômicos do setor de transporte e armazenagem de petróleo, derivados e de biocombustíveis.

O tema foi novamente debatido no evento “Workshop sobre Terminais Aquaviários de Petróleo e Combustíveis”, de fevereiro de 2019, que buscou colher a visão de órgãos da administração pública, de operadores de terminais e de seus usuários sobre a revisão das regras de acesso a terceiros, preferência do proprietário e remuneração pelo uso da infraestrutura, atualmente regulamentadas pela PANP 251/2000.

Desde então o tema segue sendo tratado no Grupo Abastecer Brasil do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), contando com representações do poder público e do setor privado. Neste contexto, foi solicitado pelo Grupo à Associação Brasileira de Terminais de Líquidos (ABTL) uma avaliação de práticas internacionais acerca do acesso de terceiros em terminais aquaviários, como subsídio para novos estudos e discussões.

De particular interesse do Grupo mostrou-se avaliar a Questão Relevante *1.1. Utilização superior a 50% da capacidade de armazenagem com um único carregador*¹ do Aspecto Regulatório *1. Atendimento Não Discriminatório*, conforme apresentados pela ANP no evento mencionado. Neste documento, por simplificação, esta restrição será tratada de “**Restrição de Utilização Máxima**”.

A ABTL então solicitou à Terrafirma uma avaliação técnica independente (Nota Técnica) acerca da proposta de revisão da PANP 251/2000 **especificamente quanto à Restrição de Utilização Máxima**, contendo uma apreciação sobre eventuais práticas similares em outros países. Nesse contexto, esta Nota Técnica endereça os seguintes temas:

- A seção 1 apresenta uma análise crítica da Restrição de Utilização Máxima, considerando seu alinhamento aos objetivos elencados pela ANP e sua aplicabilidade;
- A seção 2 discute práticas internacionais com relação ao acesso de terceiros em terminais aquaviários de graneis líquidos, e de que forma corroboram com a análise crítica desenvolvida; e
- A seção 3 apresenta considerações finais.

¹ Segundo Carregador é a pessoa jurídica usuária do serviço prestado pelo operador e proprietária dos produtos movimentados.

1.1. Sobre os autores

Este Parecer foi desenvolvido pelos engenheiros David Goldberg e Carolina Ishihata, sócios e consultores da Terrafirma Consultoria Empresarial e de Projetos Ltda (“Autores”, neste documento).

A Terrafirma é uma empresa de consultoria com experiência relevante na área de infraestrutura portuária. A equipe é composta por cerca de 30 profissionais, com experiência acumulada em mais de 200 projetos e 80 clientes².

Dentre os trabalhos recentes da Terrafirma em infraestrutura de transportes destaca-se a assessoria a empresas vencedoras nos leilões da Ferrovia Norte-Sul e de arrendamentos portuários realizados em março de 2019, a participação junto a associações privadas de terminais portuários na proposição de aprimoramentos do marco regulatório do setor portuário, diversos estudos de prorrogação e reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamentos portuários submetidos ao Governo Federal, bem como os estudos de mercado e modelagem econômico-financeira da concessão dos aeroportos de Salvador e de Fortaleza (4ª rodada, março de 2017) e de 12 aeroportos³ (5ª rodada, março de 2019), para o Governo Federal.

² A Terrafirma se consolidou como Pessoa Jurídica em 2016, a partir da separação integral da unidade Pinheiros da Verax Consultoria. Como unidade Pinheiros da Verax Consultoria desde 2006, e como Terrafirma a partir de 2016, o mesmo grupo tem desenvolvido projetos de consultoria de gestão na área de infraestrutura.

³ Aeroportos de Recife, Maceió, João Pessoa, Aracaju, Juazeiro do Norte, Campina Grande, Vitória, Macaé, Cuiabá, Sinop, Alta Floresta e Rondonópolis.

2. Análise crítica da proposta de Restrição de Utilização Máxima

A Lei do Petróleo (Lei 9.478/1997) estabeleceu o fim do monopólio da Petrobras nas atividades de pesquisa, exploração, produção e refino de petróleo/gás natural, bem como a criação de uma subsidiária para explorar a infraestrutura de transporte da estatal, a Transpetro. Simultaneamente, criou a ANP para regular as atividades da cadeia O&G que seriam exploradas por diversos agentes econômicos.

O artigo 58º da Lei facultou a terceiros interessados o uso dos dutos e terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada, excetuando as instalações de Gás Natural Liquefeito (GNL)⁴. Ademais, atribuiu à ANP a responsabilidade por mediar conflitos com relação ao pagamento pela utilização desses ativos, com base em critérios a serem pré-estabelecidos e preços de mercado, bem como regular a preferência do operador na movimentação de carga própria, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.

Assim, depreende-se que o propósito da Lei era impedir que o controle de instalações essenciais (*essential facilities*) dutoviárias e portuárias impedisse a entrada de novos *players* nos mercados de O&G *upstream* e *midstream*⁵, em que o monopólio havia sido recém quebrado, bem como no mercado de *downstream*.

O embasamento teórico para tal preocupação é a doutrina de *essential facilities*, que justifica algum grau, maior ou menor, de controle e atuação de autoridades para assegurar que as infraestruturas não sejam utilizadas por um agente econômico para prejudicar a competição na cadeia⁶.

No Brasil, o conceito de instalações essenciais parece estar refletido no direito de acesso previsto pela Lei 12.815/2013 em seu Art. 13º, o qual atribui à ANTAQ competência para “disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato”. A ANTAQ viria a disciplinar a questão por meio da Resolução 3.707/2014, que, por outro lado, preserva a competência da ANP sobre terminais aquaviários de graneis líquidos em seu Art. 13º.

⁴ Parágrafo 1º do Art. 58º, com redação dada pela Lei nº 11.909/2009.

⁵ *Upstream* refere-se às atividades de exploração de petróleo cru e sua transferência para refinarias, e *midstream* refere-se ao refino e transporte de derivados de petróleo até sua entrega às distribuidoras (*downstream*).

⁶ De forma geral, o conceito de instalações essenciais está inserido em um contexto de combate de situações de monopólio e de abuso de poder econômico. De acordo com o relatório publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a competição no setor portuário nos países membros da organização, infraestruturas podem ser consideradas essenciais quando quatro cenários são verificados:

- 1) Sem acesso à infraestrutura em questão, as empresas não podem operar no mercado secundário - o acesso é, portanto, essencial, e não desejável;
- 2) O operador da infraestrutura em questão pode se recusar a fornecer o recurso essencial, reservando para si o mercado secundário;
- 3) Não há justificativa objetiva para que o operador da infraestrutura em questão recuse a prestação de serviços; e
- 4) O operador da infraestrutura em questão deve controlar todo o potencial de entrada ao mercado secundário. Nesse caso, a construção de uma segunda infraestrutura deve ser considerada economicamente ou fisicamente inviável.

Fonte: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>.

Seguindo as diretrizes da Lei do Petróleo, a PANP 251/2000 regulamentaria algumas das cláusulas da Lei, ora em processo de revisão, com os objetivos elencados pela ANP conforme a Figura 1.

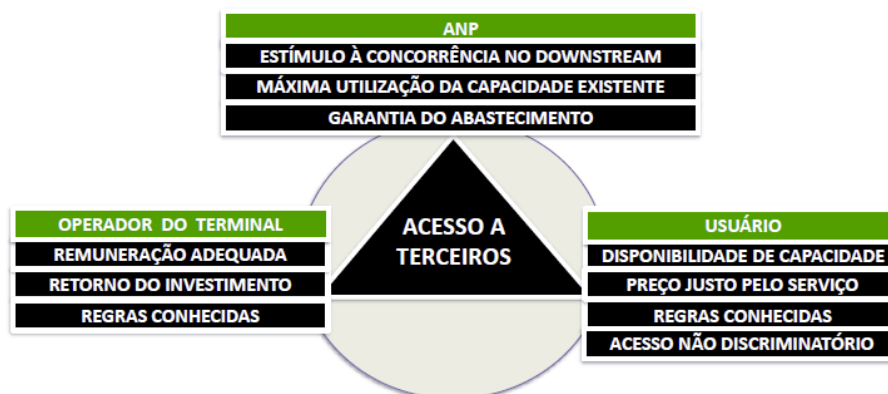


Figura 1: Objetivos da PANP 251/2000 segundo a ANP⁷

A PANP 251/2000 estipulou, entre outros, que “os operadores atenderão, de forma não discriminatória, terceiros interessados nos serviços de movimentação de produtos pelo Terminal, considerando as disponibilidades e as condições gerais de serviço do terminal”, e que seriam consideradas “discriminatórias [e, portanto, vedadas] as contratações, em um mesmo Terminal, com um único Carregador, que impliquem em utilização superior a 50% da capacidade de armazenagem deste Terminal” (tratado neste documento por Restrição de Utilização Máxima).

A análise crítica da Restrição de Utilização Máxima, foco desta Nota Técnica, abordará as seguintes dimensões:

- Seu alinhamento aos objetivos da PANP 251/2000 para a ANP (Figura 1), considerando a diversidade de modelos e vocações dos terminais aquaviários sujeitos à sua aplicação;
- Sua aplicabilidade na prática, considerando as assimetrias de informação entre operadores e Agência e os custos regulatórios associados.

Posteriormente, na seção 0, se avaliará se as práticas internacionais corroboram com a análise crítica desenvolvida na seção seguinte.

2.1. Alinhamento da Restrição de Utilização Máxima aos objetivos da PANP 251/2000

A PANP 251/2000 sujeita todos os terminais aquaviários de granéis líquidos regulados pela ANP a regras de acesso a terceiros⁸. Há, todavia, uma grande heterogeneidade dentre esses terminais, considerando, por exemplo, as diferentes características expostas na Figura 2.

⁷ Fonte: Apresentação “Workshop Terminais Aquaviários de Petróleo e Combustíveis”, SIM/ANP 14/02/2019.

⁸ Cabe observar que as bases de distribuição de combustíveis, dentro ou fora dos Portos Organizados, são reguladas pela ANP, porém com base em regras e propósitos distintos, não sendo afetados pelos dispositivos de acesso a terceiros previstos na PANP251/2000.

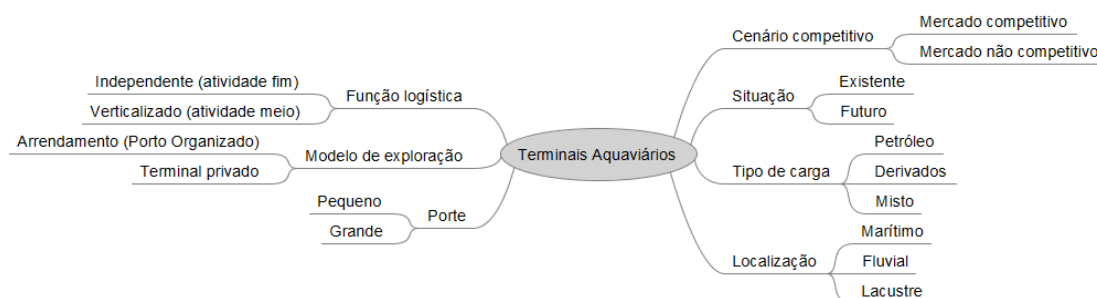


Figura 2: Características de terminais aquaviários (não exaustivo)

Em função dessas diferentes características, cada terminal será afetado e responderá de forma distinta às obrigações de acesso a terceiros. **Para atingir seus objetivos gerais, a Restrição de Utilização Máxima deveria atender os objetivos para a maior parte dos casos avaliados.**

Dentre as características elencadas na Figura 2, considerou-se que a localização do terminal (marítimo, fluvial ou lacustre) não seria dimensão relevante para a aplicabilidade da Restrição de Utilização Máxima, e, portanto, não foi avaliada.

Função logística: terminais verticalizados x independentes

Desde a publicação da PANP 251/2000, a capacidade portuária dedicada a granéis líquidos vem aumentando consideravelmente. Além dos terminais da Transpetro, o Brasil conta atualmente com diversos terminais de operadores independentes, incluindo multinacionais de elevada reputação como Odfjell, Oiltanking, Stolt-Nielsen e Vopak, além de grandes grupos nacionais, como Catallini e Ultra. Com efeito, levantamento da ANP de fev/2019 apontou participação bipartida de tancagem para combustíveis (51% Petrobras x 49% não Petrobrás), embora concentrado para óleo cru (100% Petrobrás)⁹.

Assim, convém avaliar os impactos da Restrição de Utilização Máxima para ambos os tipos de função na cadeia, com os respectivos objetivos e incentivos, como resumido a seguir.

Tabela 1: Diferenças entre terminais independentes e verticalizados

	Terminais independentes	Terminais verticalizados
Função na cadeia	Prestar serviços portuários a terceiros (atividade-fim)	Prestar serviços portuários à própria empresa (atividade-meio)
Objetivos empresariais	Maximizar resultado na prestação de serviços portuários	Maximizar resultado na venda de petróleo ou de combustíveis, conforme o caso

⁹ Fonte: Apresentação “Workshop Terminais Aquaviários de Petróleo e Combustíveis”, SIM/ANP 14/02/2019.

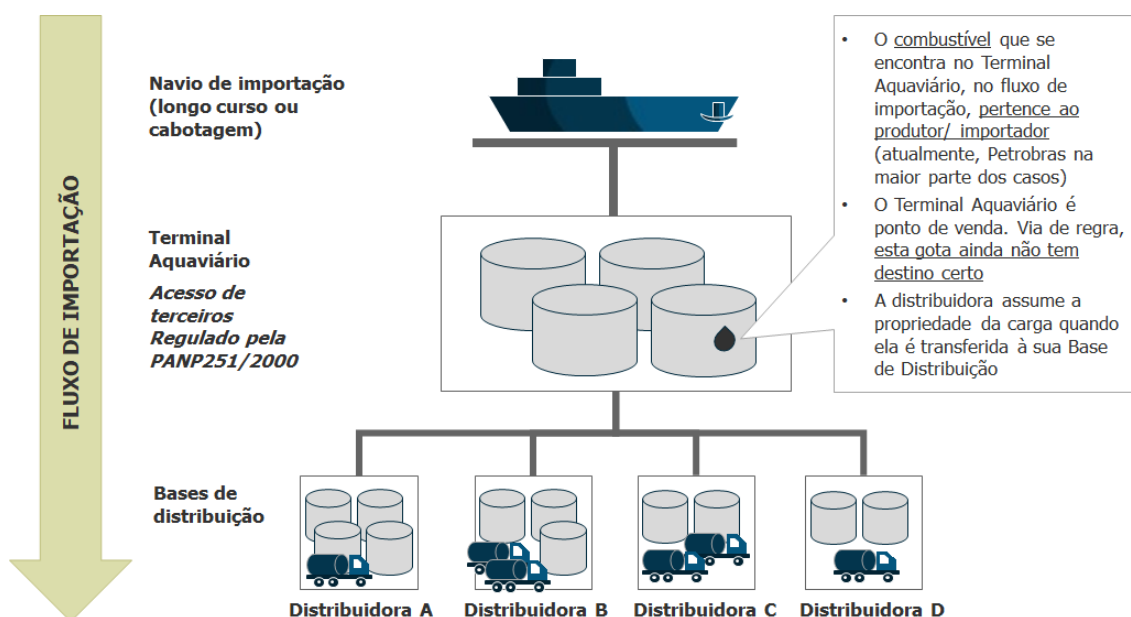
	Terminais independentes	Terminais verticalizados
Incentivos naturais	-Maximizar giro dos tanques -Maximizar ocupação da capacidade	-Otimizar cadeia logística da empresa (atuando como buffer de produtos) -[eventualmente] Impedir acesso de competidores

Tendo em vista os objetivos da PANP 251/2000 elencados na Figura 1, vê-se que alguns deles não devem ser atingidos (ou correm o risco de) com a Restrição de Utilização Máxima, em ambos os modelos.

No caso dos **terminais independentes**, a Restrição de Utilização Máxima não maximizará o uso da capacidade, que já é seu incentivo natural. Pelo contrário, a regra poderá limitar o uso do terminal ou sua rentabilidade, caso haja demanda de um carregador superior à metade da capacidade - e a probabilidade de isso acontecer é atualmente elevada, frustrando um dos objetivos da Portaria.

Como o número de carregadores dos terminais aquaviários é restrito, com a Petrobras (produtora ou importadora) respondendo pela maior parte da movimentação, frequentemente as contratações de capacidade esbarrarão na Restrição de Utilização Máxima, mesmo em terminais independentes. Isso porque, cabe frisar, nos fluxos de importação de combustíveis (carga importada ou doméstica cabotada) a carga está sob a responsabilidade da produtora ou importadora (em geral a Petrobras) até que chegue à base de distribuição.

Assim, por mais que um determinado mercado seja muito competitivo na distribuição, em geral é concentrado na produção/importação. Assim, a Restrição de Máxima Utilização não deverá, de forma geral, ter um efeito direto na concorrência no *downstream* (também um dos objetivos da Portaria).



Espera-se, portanto, que diversas tentativas de contratação de capacidade sejam “barradas” pela Restrição, e o carregador tenha que encontrar logísticas alternativas (possivelmente sub-ótimas) para satisfazer a parcela da demanda que o terminal esteja impedido de atender, como utilizar terminais mais distantes e/ou empregar maiores pontas rodoviárias, encarecendo a logística e quiçá aumentando o risco de desabastecimento (outro objetivo da PANP 251/2000). Parece não haver benefícios que compensem os custos.

Em adição ao exposto acima, estariam também ameaçados os objetivos expressos de remuneração adequada e retorno do investimento para este tipo de operador, que tem na operação portuária sua atividade-fim, sobretudo para aqueles que já se encontram em operação e não terão previsto tamanha Restrição caso ela a venha a se impor.

No caso de **terminais verticalizados** pertencentes a petroleiras (ex. Petrobras), as preocupações subjacentes à Restrição de Utilização Máxima podem, à primeira vista, parecer mais aplicáveis, porém é também criticável, sobretudo do ponto de vista operacional. Esses terminais em geral atuam como *buffers* de armazenagem, equilibrando os fluxos de óleo cru entre plataformas e refinarias, e/ou os fluxos de derivados entre refinarias e bases de distribuição primárias, para as quais os terminais aquaviários funcionam como pontos de venda e entrega de produtos. A programação de uso dos tanques pela petroleira é por vezes feita conjuntamente com a das refinarias e dutos, a quem são, em diversos casos, interligados¹⁰.

Sendo assim, a maximização do uso da capacidade do terminal pode se dar em detrimento da otimização da cadeia industrial ao qual ele pertence, trazendo sobrecustos e até riscos de desabastecimento, frustrando objetivos dos usuários a da ANP com a norma. Para superar estas restrições possivelmente alguns terminais verticalizados teriam que ser expandidos para evitar colapsos operacionais, ainda que isso seja economicamente ineficiente. Aumentariam os custos de operação e manutenção, onerando a cadeia.

Diante do exposto acima, por motivos diferentes, não se encontra vantagens em se vedar, *a priori*, que um terminal dedique mais de 50% da capacidade a um único carregador, seja ele verticalizado ou independente. A própria ANP poderia atuar como mediadora em casos de eventuais conflitos, conforme orienta a Lei do Petróleo. Não obstante, convém avaliar o alinhamento da Restrição de Máxima Utilização aos objetivos da norma também sob outros pontos de vista para aprimorar a presente análise crítica.

Cenário competitivo

A aplicabilidade da Restrição de Utilização Máxima deveria depender do contexto competitivo em que cada terminal se encontra. Conforme discutido anteriormente, o pressuposto da diretriz da Lei do Petróleo é que os terminais aquaviários são (ou podem se tornar) ativos escassos, cujo controle por um determinado agente causa um prejuízo aos seus competidores na mesma cadeia de transportes.

¹⁰ Supõe-se neste caso que a restrição de 50% prevista na PANP 251/2000 incluía a carga própria do carregador (ou seja, um terminal da Transpetro poderia comprometer ao máximo 50% da sua capacidade estática com carga da Petrobras). Não fosse assim, estaria no fundo se provocando restrição a um eventual terceiro dono de carga (além do carregador proprietário e de outro player que não poderia ocupar mais de 50% da capacidade remanescente), o que parece fugir ao espírito da norma.

Se a premissa não for verdadeira, isto é, se em determinados locais os **terminais aquaviários não se enquadrarem como ativos escassos e houver competição**, a Restrição de Máxima Utilização perderia utilidade. Por exemplo, tome-se um complexo portuário onde competem diversos terminais aquaviários arrendados e/ou privados independentes. Neste caso, um importador de combustíveis que esteja com dificuldade de encontrar acesso em um terminal poderá recorrer a seu competidor.

De forma geral, nos casos em que terminais independentes oferecem capacidade a diferentes clientes, a Restrição tende a segregar volumes em diferentes terminais, gerando ineficiência, como ilustra simplificada a Figura 3. A ineficiência eleva custos, afetando a viabilidade do negócio, não se alinhando a objetivos da PANP 251/2000.

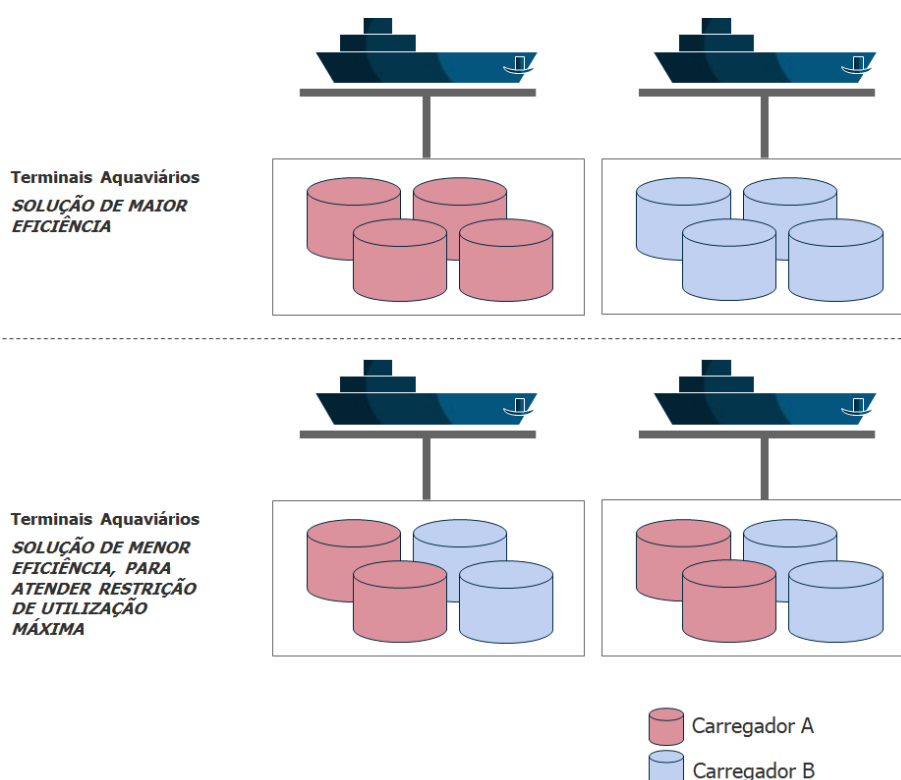


Figura 3: Ineficiência gerada pela Restrição de Utilização Máxima em mercados competitivos

Assim, entende-se que caberia discussão quanto à aplicação da Restrição de Utilização Máxima nos casos em que não há competição adequada e em que há barreiras de entrada (físicas, financeiras, regulatórias etc.) à entrada de nova capacidade.

Modelo de exploração

A PANP 251/2000 reconhece uma distinção regulatória entre **terminais arrendados em Portos Organizados** e os então previstos **terminais de uso privativo misto**¹¹, assegurando a estes

¹¹ A PANP 251/2000 não admitia que terminais aquaviários fossem enquadrados como terminais privativos de uso exclusivo, conforme a Lei 8.630/1993 (Art. 1º, par. 2º).

últimos, mas não àqueles, a utilização da preferência ao proprietário (art. 6º). De forma geral, a evolução do marco regulatório desde então sofreu sensíveis alterações.

A Lei 12.815/2013 (desde a Medida Provisória 5959/2012), dentre outras alterações estruturantes no setor portuário, extinguiu as diferenças entre terminais privativos de uso exclusivo e misto e flexibilizou as regras para sua implantação, permitindo uma significativa ampliação da capacidade portuária. Desde então, a evolução do marco infralegal (incluindo o Decreto 8.033/2013, atualizado pelo Decreto 9.048/2017), caminha no sentido de dar mais flexibilidade à gestão dos terminais arrendados, reduzindo as assimetrias de exploração dos dois modelos e permitindo com que os Portos Organizados ganhem competitividade.

Nesse sentido, uma proposta que aplique a Restrição de Máxima Utilização aos terminais arrendados em grau distinto dos Terminais de Uso Privado tende a encontrar resistências setoriais, e desestimulará investimentos, sobretudo nos Portos Organizados.

Outra questão relevante, no tocante aos **terminais arrendados em Portos Organizados**, é que os contratos de arrendamento contêm disposição de atendimento não-discriminatório, porém não vinculam isso a uma máxima utilização por um único carregador. Pelos contratos, os arrendatários gozam de plena flexibilidade gerencial para negociar preços e volumes junto a seus clientes¹², o que seria uma afronta ao *enforcement* da Restrição de Máxima Utilização.

Segundo levantamento da Terrafirma, atualmente existem cerca de 30 arrendamentos para terminais aquaviários de granéis líquidos no Brasil¹³. Destes, 4 foram arrendados antes da PAMP 251/2000, quando as restrições não existiam¹⁴. Para os demais, segundo informado pela ABTL, a Restrição não era na prática considerada pelos operadores na decisão de investimentos dada a sua falta de aderência à prática cotidiana. Os contratos de arrendamento tampouco previam explicitamente a necessidade de aderência à Restrição de Utilização Máxima.

Assim, a aplicação da Restrição aos terminais existentes, sobretudo os arrendados, não privilegia o objetivo de “jogar com regras conhecidas”, e pode também ferir o de “retorno ao investimento”, conforme objetivos da PAMP 251/2000 (Figura 1, p.6).

Situação (terminal existente ou novo)

No caso dos **terminais existentes**, parte-se de um contexto em que a Restrição de Máxima Utilização já consta na PAMP 251/2000 mas, segundo informado pela ABTL, não tem sido praticada (justamente pelas vicissitudes tratadas nesta Nota Técnica) nem tampouco tem sido considerada pelos operadores na decisão de investimentos em terminais. Assim, a imposição de fato da Restrição não seria bem aceita pelos operadores, que buscariam alguma espécie de proteção e/ou reparação nas esferas administrativa e/ou judicial. Particularmente nos terminais arrendados em Portos Públicos, pode-se gerar um passivo regulatório significativo, como tratado na discussão acima sobre diferenças de modelos de exploração.

¹² Salvo melhor conhecimento, existem raras exceções em que preços são regulados por price-caps, porém não aplicados a terminais de granéis líquidos.

¹³ São arrendamentos localizados nos Portos Organizados de Rio Grande, Paranaguá, Santos, Vitória, Aratu, Maceió, Suape, Cabedelo, Itaquí e Belém/Miramar. Haverá ainda um novo terminal em Vila do Conde (VDC12), licitado em março de 2019.

¹⁴ Alguns contratos encontram-se expirados.

Adicionalmente, a Restrição reduz as chances de viabilidade de **novos terminais**, uma vez que cria ineficiências em um setor em que a universo de clientes é bastante restrito. Ainda, cria dificuldades para arranjos tipo *built-to-suit*, comuns no setor. Neste tipo de arranjo, um cliente oferece *Take-or-Pay* de longo prazo para que o contratado invista e opere determinada instalação a ele dedicada. O caso hipotético abaixo ilustra os possíveis conflitos com a Restrição de Máxima Utilização:

*Considere um terminal aquaviário com capacidade de 50 mil m³, operando livremente no mercado de derivados. Suponha que uma petroleira com refinaria na região demande 100 mil m³ para uma expansão das operações na região, e ofereça ao terminal um contrato *Take-or-Pay* para que o terminal construa 100 mil m³ adicionais e opere esses tanques de forma dedicada. Este arranjo violaria a Restrição de Máxima Utilização (afinal, o terminal resultante teria 150 mil m³, com 100 mil m³, ou 67%, dedicado a um carregador). A solução seria a petroleira financiar 150 mil m³ adicionais, embora apenas 100 mil m³ fossem necessários, possivelmente inviabilizando o negócio.*

Assim, a Restrição de Máxima Utilização será, em muitos casos de novos terminais, incompatível com os princípios de “retorno do investimento” e de “disponibilidade de capacidade” elencados pela ANP.

Tipos de carga

Olhando sob a ótica do tipo de carga, pode haver espaço para discussão de acesso a terceiros em terminais de **derivados** de petróleo, em que efetivamente pode haver diferentes carregadores (petroleiras e importadoras) e consumidoras finais (distribuidoras).

Entretanto, terminais voltados ao recebimento de **petróleo** são via de regra verticalizados e operam integrados às refinarias, de forma que a Restrição de Máxima Utilização provavelmente teria como efeito manter uma capacidade ociosa¹⁵, impondo custos adicionais à cadeia e ameaçando o abastecimento, em descompasso a objetivos da Portaria. Situação diferente haveria se houvessem parques de tancagens de grande escala interligados a diferentes refinarias, como ocorre, por exemplo, no Porto de Rotterdam, com cinco refinarias na retroárea¹⁶. Não é o caso brasileiro, em que as refinarias são mais dispersas pelo território.

Adicionalmente, no curto prazo, estar-se-ia na tentativa de solucionar um falso-problema, pois não deverá haver demanda de outros players por tancagem de petróleo – afinal, a Petrobras é praticamente monopolista em refino no Brasil, e suas eventuais compras de óleo de outras petroleiras pode utilizar os terminais da Transpetro. A eventual privatização de refinarias pode alterar a titularidade do problema, porém elas continuarão operando de forma integrada aos terminais a ela conectados.

Há ainda terminais **mistos**, que operam tanto **petróleo como derivados de petróleo** (ex. Terminal Madre de Deus - TEMADRE, ligada à refinaria RLAM, na Bahia). Em adição às questões

¹⁵ Um exemplo intuitivo é o de eventual restrição de uso da capacidade acima de 50% de uma monoboia de desembarque de óleo cru ligado a uma refinaria. Neste caso, a Restrição, se cumprida à risca, teria como simples consequência a utilização máxima de 50% da capacidade, pois outro carregador jamais a utilizaria.

¹⁶ Fonte: <https://www.portofrotterdam.com/en/doing-business/logistics/cargo/liquid-bulk-cargo>.

já mencionadas, aqui teria que se lidar com a ambiguidade de como se computar os percentuais de restrição para fins regulatórios: tanques de petróleo e combustíveis conjuntamente, mesmo se tratando de etapas distintas da cadeia, ou separadamente?

O mesmo tipo de situação ocorrerá nos terminais que compartilham infraestrutura para **movimentar combustíveis fósseis e biocombustíveis e/ou produtos químicos**, estes últimos não sujeitos à regulação da ANP.

Diante do exposto, parece evidente que terminais voltados a operação de petróleo cru, ou aqueles mistos em que petróleo seja relevante, não deveriam ser objeto da Restrição de Máxima Utilização.

Porte

Em **terminais de pequeno porte**, a Restrição de Utilização Máxima tende a ser mais severa pois com maior frequências os lotes mínimos dos carregadores superarão 50% da capacidade (no limite, um terminal com dois tanques idênticos não poderá contratar ambos a um mesmo carregador). É possível que alguns desses terminais fossem expelidos do mercado caso não tenham meios financeiros ou regulatórios (ex. limitados em área arrendada) para expandir, situação que confrontaria alguns dos objetivos da PANP 251/2000, segundo a ANP: estímulo à concorrência, máxima utilização da capacidade existente, remuneração adequada e retorno do investimento (ao Operador do Terminal).

As análises críticas acima realizadas ponderam os benefícios e custos potenciais da Restrição de Utilização Máxima caso seja efetivamente imposta, demonstrando uma série de questões críticas. Elas partem do pressuposto que, a despeito de todas as questões apontadas, seja possível aplicar a Restrição efetivamente. Entretanto, como se discute na seção 2.2 abaixo, existe uma série de barreiras para assegurar o *compliance* dos operadores à Restrição caso ela seja de fato instituída.

2.2. Aplicabilidade da Restrição de Utilização Máxima

Como visto na seção 2.1, os operadores de terminais existentes e futuros, de diferentes modelos de exploração, contextos competitivos, funções na cadeia, portes, localização e tipos de carga seriam tentados a evitar a Restrição de Utilização Máxima caso ela venha a ser imposta pela ANP.

Como se vê a seguir, existirá diferentes barreiras a serem superadas pelos reguladores para assegurar o cumprimento da Restrição.

Assimetria de informação operacional

Os Terminais declaram às autoridades as estatísticas operacionais de movimentação de cargas e de navios, que podem ser também conferidas por outros meios. Entretanto, essas estatísticas não são suficientes para aferir o percentual da capacidade utilizada por determinado carregador

(um mesmo volume pode ser movimentado em mais ou menos tanques, variando-se o % da capacidade utilizada de cada tanque, o giro ou tempo médio de permanência, entre outros).

Por outro lado, as estatísticas de quantos tanques ou qual capacidade estática está comprometida com quais carregadores, a cada instante, é algo próprio da gestão operacional do terminal, e só é controlável por alguém que acompanhe diuturnamente as operações, internamente.

Assim, confrontada com uma requisição de capacidade por um carregador qualquer, se o terminal possuir um volume de movimentação razoável para as suas dimensões provavelmente conseguirá negar com base em argumentações técnicas, ainda que possua, na realidade, meios para processar a demanda.

Dificuldade de rastreamento da empresa interessada

A avaliação do grau de controle de uma Pessoa Física ou Jurídica sobre uma empresa não é trivial. A depender da sofisticação da arquitetura do grupo empresarial em discussão, pode ser difícil identificar se uma determinada empresa tem ou não sob contrato mais de 50% da capacidade de um terminal contratada.

Ademais, existem parcerias entre empresas muitas vezes formuladas em contratos privados e não registrados em juntas comerciais e/ou cartórios (portanto, não públicos) e que, no limite, poderiam ser usados para contornar a Restrição de Utilização Máxima.

Imprecisões da normatização

As imprecisões do texto atual da PANP 251/2000 para a Restrição de Utilização Máxima potencializam as dificuldades mencionadas acima, como apontam os exemplos abaixo (não exaustivo):

- Horizonte de tempo considerado. A Portaria não especifica se a Restrição deve ser válida a cada instante (ou seja, em nenhum momento a capacidade comprometida com um único carregador deve superar 50%) ou se há um período mínimo em que a regra é válida (ex. 1 semana ou mês);
- Unidade considerada. A Portaria não especifica como será medido o percentual de utilização da capacidade: em número de tanques, em capacidade estática de tancagem (m³), ou outra unidade;
- Pessoas jurídicas afetadas. A Portaria não especifica se a Restrição de Utilização Máxima vale para cada Pessoa Jurídica (CNPJ) em particular, ou se vale para todo o grupo econômico, incluindo controladas, controladoras, coligadas, etc.;
- Mix de cargas. A Portaria não especifica como deve ser contabilizada a utilização caso um terminal opere mais de um tipo de produto (petróleo, derivados, químicos, biocombustíveis, etc.) para o mesmo carregador.

Assim, caso se opte por manter a Restrição à despeito do que foi ponderado neste documento, parece conveniente solucionar estas e outras ambiguidades na aplicação da norma.

Os pontos acima colocados buscaram demonstrar como, ainda que se considere pertinente e necessária a imposição da Restrição de Utilização Máxima pelos eventuais ganhos alcançados, sua aplicabilidade prática encontraria uma série de barreiras.

2.3. Conclusão da análise crítica

A preocupação da Lei do Petróleo com o acesso de terceiros a terminais aquaviários, baseada na doutrina de *essential facilities*, refletiu-se na PANP 251/2000 em diversos dispositivos regulatórios, entre outros na Restrição de Utilização Máxima, a qual é discutida na proposta de revisão da Portaria.

Ao optar por uma regra geral e de alto grau de intervenção na atividade regulada, o *enforcement* da Restrição causará diversos impactos no setor, sobretudo diante da diversidade de características próprias e diversidade de contextos em que estes terminais estão inseridos. Como se tratou acima, a aplicação geral da Restrição tanto a terminais independentes como a terminais verticalizados, novos ou existentes, trará desalinhamentos importantes com os objetivos da própria PANP 251/2000 para o setor e para os operadores elencados pela ANP¹⁷:

- A Restrição não garantirá estímulo à concorrência no *downstream*, pelo contrário, poderá reduzi-la;
- A Restrição não garantirá a máxima utilização da capacidade existente, pelo contrário, poderá tornar as instalações existentes, na média, mais ociosas;
- A Restrição não reduzirá o risco de abastecimento, pelo contrário, poderá aumentá-lo;
- A Restrição não atenderá aos princípios de assegurar remuneração adequada e retorno ao investimento para os terminais;
- A Restrição não segue o princípio de preservar regras conhecidas.

Observou-se ainda uma série de situações específicas nas quais a Restrição de Utilização Máxima seria particularmente inapropriada, como no caso de terminais de petróleo ligados a refinarias, terminais independentes em contextos de ampla competição, terminais arrendados em Portos Públicos em que tal regra não é refletida nos contratos de arrendamento, e terminais de pequeno porte.

Não obstante, ainda que se considere pertinente e necessária a imposição da Restrição de Utilização Máxima pelos eventuais ganhos alcançados, demonstrou-se também que sua aplicabilidade prática encontraria uma série de barreiras. Caso os incentivos dos operadores caminhem em sentido contrário, entende-se que terão diversos meios de contornar a Restrição, impondo um enorme custo regulatório à ANP e outras atividades envolvidas para assegurar o seu *enforcement*.

¹⁷ Ao não atender plenamente os objetivos da ANP e do operador do terminal, a Restrição tampouco atenderá de forma plena os incentivos aos usuários desenhados pela ANP.

Com base em todo o exposto, entende-se como inadequada a aplicação da Restrição de Utilização Máxima de forma geral a todos os terminais aquaviários.

Na seção 0 a seguir avalia-se as práticas internacionais com respeito ao acesso de terceiros em terminais aquaviários de graneis líquidos, com o objetivo de verificar se a Restrição de Utilização Máxima encontra respaldo em outros países e, por conseguinte, se experiências internacionais corroboram ou contrastam com a análise crítica tecida até o momento.

3. Avaliação da proposta de Restrição de Utilização Máxima frente a práticas internacionais

Com o objetivo de avaliar a eficácia do mecanismo de Restrição de Utilização Máxima realizou-se levantamento de práticas internacionais quanto à regulação do acesso de terceiros em terminais aquaviários de graneis líquidos destinados a movimentação de petróleo e combustíveis.

A pesquisa foi baseada na análise de normas dispostas por Agências Regulatórias internacionais em dois setores de interesse - Setor Portuário e Setor de Óleo e Gás - já que estes terminais se encontram na intersecção desses dois setores regulados; de artigos e informações divulgadas por organizações públicas de referência; e de experiências compartilhadas por dirigentes de empresas multinacionais destacadas neste mercado.

Embora ampla e focada em países de grande expressão, a pesquisa realizada não foi exaustiva. Ou seja, as conclusões são inferências a partir de uma amostra, mas poderá haver exceções que, salvo melhor entendimento, não enfraquecerão as conclusões obtidas.

Com base nas informações levantadas e na melhor avaliação dos Autores, verificou-se que a **proposta de Restrição não encontra respaldo nas práticas internacionais**. Tal conclusão é sustentada pelas evidências abaixo:

1. Normas internacionais dos setores Portuário e de Óleo e Gás não especificam restrições a acesso de terceiros (“TPA - Third Party Access”) a infraestruturas portuárias da cadeia do petróleo, derivados de petróleo e biocombustíveis;
2. O Banco Mundial, órgão que tem atuado em diversos programas de modernização de portos em diversos países ao longo das últimas décadas, recomenda a livre negociação entre concessionários e clientes e a supervisão mínima por parte do governo em terminais de graneis líquidos arrendados e/ou de propriedade de operadores independentes;
3. Mesmo nos mercados em que o quadro regulatório para TPA é consolidado (e.g. mercado de Gás Natural Liquefeito - GNL), a adoção de mecanismos similares ao proposto pela ANP é exceção à regra;
4. Imposições por autoridades de concorrência da obrigatoriedade de uso compartilhado de infraestruturas portuárias com terceiros são verificadas apenas em caráter excepcional, e sempre mediante remuneração adequada à realidade do setor.

Cada uma das evidências identificadas será detalhada a seguir.

3.1. Ausência de normas similares à Restrição de Utilização Máxima

Salvo melhor entendimento, o mecanismo de Restrição de Utilização Máxima constante na PANP 251/2000 e em discussão na sua revisão não é adotado no resto do mundo, conforme se demonstra a seguir. As notas de rodapé explicitam as fontes acessadas e detalhes adicionais.

1) Não foram encontradas regulamentações de acesso de terceiros em terminais aquaviários regulados pela ANP no arcabouço regulatório dos setores Portuário e de Óleo e Gás em outros países

Ao analisar as normas dispostas pelas Agências Reguladoras que regulam os setores Portuário e de Óleo e Gás em diversos países desenvolvidos, não se encontrou regulação específica acerca do acesso de terceiros em terminais aquaviários de graneis líquidos, e muito menos o emprego de mecanismos como a Restrição de Utilização Máxima em terminais aquaviários de graneis líquidos.

Nos **Estados Unidos**, o setor portuário é regulado pelo Departamento dos Transportes e Administração Marítima (MARAD)¹⁸, enquanto o Setor de Petróleo e seus derivados é regulado pela Comissão Federal Reguladora de Energia (FERC)¹⁹. A partir de análises das resoluções publicadas por cada uma das agências identificadas, não se constatou qualquer regulação acerca do acesso a terceiros aos terminais aquaviários de graneis líquidos. A regulamentação acerca de acesso de terceiros a infraestruturas ligadas à cadeia do petróleo, seus derivados e biocombustíveis parece se restringir ao transporte por oleodutos²⁰.

Nos países membros da **União Europeia (UE)**, que seguem as diretrizes definidas pelo Parlamento Europeu e Conselho da UE, a mesma inexistência de regulamentação é observada. Dentro do pacote que regulamenta o Setor de Energia da UE, encontrou-se diretrizes acerca do acesso à terceiros apenas para os mercados de Gás Natural e de Eletricidade²¹. Além disso, o regulamento UE 2017/352, recém publicado, que estabelece o regime da prestação de serviços portuários e regras comuns relativas à transparência financeira dos portos, também não define regras a respeito de combate a práticas discriminatórias por terminais de graneis líquidos ao acesso de terceiros.

Da mesma forma, não se verificou regras ao acesso de terceiros sendo aplicadas a terminais aquaviários de graneis líquidos na **Austrália**. Segundo o Instituto Australiano do Petróleo (AIP)²², a não regulamentação do acesso à terceiros a terminais da cadeia do petróleo e seus derivados é sustentada pelo entendimento de que sua eventual aplicação: i) reduziria seriamente os incentivos ao investimento em novas infraestruturas ou em melhorias de infraestruturas já existentes e, conseqüentemente, ii) aumentaria os custos de fornecimento de combustível tanto para empresas quanto para consumidores.

De acordo com o Instituto, o acesso a terceiros é atualmente viável no país a partir de negociações comerciais justamente por existir uma significativa capacidade disponível no

¹⁸ *Maritime Administration*, agência reguladora que faz parte do Departamento de Transportes (DOT) do país.

¹⁹ *Federal Energy Regulatory Commission*.

²⁰ Regulada pela Lei de Comércio Interestadual (ICA) implantada inicialmente em 1887.

²¹ Conforme Diretrizes 2009/72/EC e 2009/73/EC do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e de eletricidade, respectivamente. As duas Diretrizes constituem o Terceiro Pacote Energético da Comissão da União Europeia, adotado em 2009 com vista a prosseguir a liberalização do mercado interno da eletricidade e do gás, que altera o segundo pacote e proporciona a base para a realização do mercado interno da energia.

²² Relatório "*Downstream Petroleum*" publicado pelo Australian Institute of Petroleum (AIP) em 2017 sobre o estado da indústria petrolífera australiana a jusante e seu desempenho financeiro.

mercado de movimentação de combustíveis, fruto de investimentos massivos em expansões e em novas instalações ao longo dos últimos anos.

De fato, ao analisarmos o acordo assinado em 2007 pelo Conselho dos Governos Australianos (COAG) que versa sobre as orientações gerais às regulamentações econômicas aos estados australianos no acesso a infraestruturas nacionalmente estratégicas, verifica-se que os princípios referentes ao setor portuário orientam a preferência pela promoção da livre negociação comercial entre o proprietário da instalação portuária e o agente que demanda acesso, em detrimento de regulamentações econômicas²³.

A mesma diretriz é verificada no manual de boas práticas publicado pela Agência Reguladora de Óleo e Gás do **Reino Unido** (“Oil & Gas Authority” – OGA) a respeito de disputas acerca de acesso de terceiros em infraestruturas a montante do mercado de Óleo e Gás²⁴. De acordo com o manual, a OGA i) incentiva e espera que a maioria dos problemas relacionados ao acesso de terceiros à infraestrutura seja resolvida tempestivamente através de negociações comerciais e, ii) acredita que o uso potencial de seus poderes funcionará como um incentivo para esse resultado.

2) Dirigentes de empresas multinacionais operadoras de terminais de graneis líquidos e gasosos reportam desconhecer normas parecidas com a Restrição de Utilização Máxima onde suas empresas operam ou prestam consultoria

Com o intuito de colher maiores informações a respeito de práticas internacionais, foram entrevistados dirigentes de duas multinacionais operadora de terminais de graneis líquidos e gasosos, bem como de uma das principais autoridades portuárias do mundo, a saber²⁵:

- *Royal Vopak NV*: empresa holandesa que opera uma rede global de 69 terminais de graneis líquidos e gasosos ao redor do mundo, totalizando cerca de 37 milhões m³ de capacidade estática. Os terminais estão localizados no Canadá, Estados Unidos, Brasil, Colômbia, México, Venezuela, Panamá, Índia, Indonésia, Austrália, Malásia, Singapura, Tailândia, Arábia Saudita, Paquistão, Coreia do Sul, China, Vietnã, Bélgica, Alemanha, Espanha, Holanda e África do Sul²⁶. Foram consultados dois dirigentes, um sediado em Houston, nos EUA, e outro em Cingapura;
- *Stolt-Nielsen Limited*: empresa inglesa que opera uma rede global de 16 terminais de graneis líquidos e gasosos, com um total de 4,8 milhões m³ de capacidade estática. Os terminais estão localizados na Austrália, Bélgica, Brasil, China, Coreia do Sul, Malásia,

²³ Cláusulas 4.1, 4.2 e 4.3 do “Competition and Infrastructure Reform Agreement (CIRA)”.

²⁴ “Guidance on Disputes over Third Party Access to Upstream Oil and Gas Infrastructure” publicado pela OGA no âmbito da publicação do Ato de Energia de 2011 pelo Parlamento do Reino Unido.

²⁵ Os valores das capacidades estáticas colocados neste item consideram todos as cargas caracterizados como graneis líquidos ou gasosos (derivados de petróleo, químicos, gás e óleos vegetais). Os nomes dos dirigentes entrevistados foram preservados por questão de sigilo. Caso necessário, os mesmos podem ser consultados caso seja necessário maior abertura e novos questionamentos.

²⁶ Com base em informações compartilhadas e disponibilizadas no site da empresa. Fonte: <https://www.vopak.com/>.

Holanda, Nova Zelândia, Singapura, Reino Unido e Estados Unidos²⁷. Foi entrevistado um dirigente, atualmente sediado no Brasil;

- *Port of Rotterdam* (Porto de Roterdã): maior porto marítimo da Europa e um dos maiores do mundo, com especial destaque para contêineres e graneis líquidos, contando com 5 refinarias e 40 terminais de graneis líquidos, com uma capacidade estática de 31 milhões m³. Por servir de *hub port* para o setor petroquímico, petróleo e seus derivados, junto com os químicos, representam quase a metade das mercadorias transportadas pelo Porto²⁸. O Porto atua ainda com consultoria em diversos países do mundo, inclusive no Brasil²⁹. Foi entrevistado um diretor comercial do departamento de graneis líquidos.

A Figura 4 apresenta a abrangência de atuação das empresas entrevistadas.



Legenda:

- Países que fazem parte do campo de atuação das empresas entrevistadas
- Países fora do campo de atuação das empresas entrevistadas

Figura 4: Abrangência de atuação das empresas entrevistadas

Em consonância ao resultado da pesquisa em agências reguladoras internacionais, todos os dirigentes entrevistados relataram não verificar, nos diversos países onde as empresas atuam ou onde já atuaram, a existência de normas que regulamentam o acesso de terceiros a terminais de líquidos destinados a petróleo e combustíveis, e muito menos que impeçam contratações com um único carregador que implicasse utilização superior a 50% da capacidade de armazenagem.

²⁷ Com base em informações compartilhadas e disponibilizadas no site da empresa. Fonte: <https://www.stolt-nielsen.com/en/>.

²⁸ Com base em informações compartilhadas e disponibilizadas no site da empresa. Fonte: <https://www.portofrotterdam.com/en>.

²⁹ No Brasil, o Porto de Roterdã é parceiro do Porto de Pecém, no Ceará, e do Porto Central (greenfield), no Espírito Santo.

Não obstante, como se verá a seguir, os mesmos dirigentes relataram situações específicas onde presenciaram algum tipo de atuação regulatória, porém restrita ao setor de GNL.

3.2. Recomendação do Banco Mundial quanto à intervenção do governo na gestão de terminais

Recomendações do Banco Mundial, baseadas em análise de práticas interacionais, orientam a livre negociação entre concessionários e clientes e a supervisão mínima por parte do governo.

Com o intuito de fornecer informações básicas, exemplos concretos de reformas tanto bem-sucedidas quanto malsucedidas, ferramentas e métodos específicos para orientar reformas em sistemas portuários em todo o mundo, o Banco Mundial elaborou, em 2001 e em 2007³⁰, manual intitulado **Port Reform Toolkit**. Esse documento é considerado uma importante referência na literatura do setor portuário e é utilizado em diversos países do mundo na orientação de políticas públicas.

Em sua última e segunda edição, de 2007, o Banco Mundial recomenda explicitamente que a supervisão do governo seja mantida ao mínimo quando as atividades em análise não constituírem serviços públicos.

De acordo com o Toolkit³¹, não se constitui como serviço público os serviços: i) prestados em favor de empresas privadas ou em nome de suas acionistas e/ou ii) quando os clientes portuários não são unidades econômicas nacionais. Nesses casos, os operadores devem ser livres para negociar preços e condições de serviços com seus clientes caso a caso. Nesse contexto, as condições de serviços serão consequência da competição entre os operadores.

Quando não se tratar de serviço público econômico, o poder público deve considerar sua intervenção apenas nos casos em que se verifica posição de monopólio e de abuso de poder econômico³². Em situações de competição, é desejável que o risco de demanda seja integralmente da concessionária. Isso significa que a concessionária deve poder gerenciar o risco de demanda, controlando os parâmetros operacionais que afetam sua posição competitiva. Isso pressupõe liberdade substancial para a concessionária em termos de investimentos, nível de serviço e tarifas praticadas, embora ainda possa ser necessária algumas regulamentações para garantir o cumprimento das obrigações de preservação de ativos públicos e manutenção da capacidade mínima.

O Manual ressalta que nem sempre é possível ou desejável combater todas as formas de discriminação entre os clientes de uma infraestrutura portuária. Por exemplo, não é realista obrigar um operador subsidiário de uma linha de transporte a servir outras linhas de transporte concorrentes nas mesmas condições que sua empresa afiliada, independentemente de determinações contratuais. Com o intuito de mitigar eventuais abusos de poder nessas

³⁰ Documentos intitulados como “*Port Reform Toolkit PPIAF, World Bank, 2nd Edition*”. Fonte: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition>

³¹ Fonte: Port Reform Toolkit, Módulo 4.

³² Fonte: Port Reform Toolkit, Módulo 4.

situações, a diretriz do Banco Mundial é definir e detalhar as condições que as concessionárias deverão atender clientes concorrentes já nas qualificações da concessão, visando poucas intervenções do poder público durante a operação do terminal.

Isto posto, ao impor indiscriminadamente a proposta de Restrição de Utilização Máxima a todos os terminais aquaviários destinados ao transporte de petróleo, derivados e biocombustíveis, sem considerar análises caso a caso da existência ou não de situação de monopólio e abuso de poder econômico, a proposta da ANP não está alinhada com as diretrizes do Banco Mundial, por sua vez redigidas com base em ampla experiência internacional daquela entidade.

3.3. Adoção de mecanismos similares à Restrição em outros mercados é exceção à regra

Mesmo nos mercados em que o quadro regulatório acerca do acesso de terceiros é consolidado, o mecanismo proposto pela ANP não encontra respaldo nas práticas internacionais.

Com o intuito de avaliar se o mecanismo proposto pela ANP apresenta respaldo em normas regulatórias de outros mercados, ainda que não comparáveis ao âmbito da PAMP 251/2000, foram avaliados mecanismos de regulação de acesso de terceiros adotados internacionalmente em mercados em que tais práticas são consolidadas.

Ao analisar o arcabouço regulatório de diversos países de referência no setor de Óleo e Gás, verificou-se a existência de práticas regulatórias para o acesso de terceiros apenas para o mercado de GNL. Tal fato se explica pelos processos de liberalização do setor energético nos países analisados.

A promoção da liberalização do setor energético está associada à motivação dos países em estimular a competição no mercado de energia, através de incentivos à desverticalização de empresas monopolistas, à proteção dos consumidores, ao acesso não discriminatório de terceiros e à criação de reguladores independentes. Nesse contexto, os processos de liberalização focalizaram no mercado de gás, juntamente com o de eletricidade, uma vez que ambos tratam de mercados tipicamente constituídos por monopólios naturais e empresas verticalizadas.

Como exemplo, cita-se a União Europeia (EU), que apresenta aprofundado marco regulatório acerca do tema. A UE promoveu a abertura gradual dos mercados energéticos nacionais por meio de pacotes de liberalização do setor, sendo o primeiro pacote publicado em 1996³³ e o terceiro, atualmente em vigor, em 2009³⁴. De fato, as diretivas e regulamentos que compõem os pacotes de energia da UE se referem unicamente aos mercados de eletricidade e gás.

³³ As primeiras diretivas relativas ao mercado de energia elétrica (96/92/EC) foram adotadas em 1996 e, em 1998, para o mercado de gás natural (98/30/EC).

³⁴ Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, que estabelecem regras comuns para os mercados internos de eletricidade e gás, respectivamente, e Regulamentos (EC) 713/2009, instituindo a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER), e 714/2009 e 715/2009, relativos às condições de acesso às redes de transporte para o comércio transfronteiriço de eletricidade e gás natural.

Dentro do mercado de gás, verifica-se o mercado de GNL como o mais consolidado no que concerne ao quadro regulatório de acesso de terceiros. Essa consolidação é explicada pela alta complexidade da infraestrutura associada, que requer investimentos intensivos, possuem fortes restrições técnicas, e, conseqüentemente, favorecem contratações a longo prazo. Estes elementos requerem significativo conhecimento técnico e regulatório para que a promoção do acesso de terceiros no mercado seja efetiva, implicando em um quadro regulatório mais consolidado. De fato, de acordo com o Conselho dos Órgãos Europeus de Regulamentação da Energia (CEER)³⁵, a maioria dos terminais de GNL na Europa está sujeita a regimes de acesso de terceiros regulamentados.

Com propósito informativo, optou-se por analisar a regulamentação dos países membros da UE para o mercado de GNL, em que pese as grandes diferenças para a infraestrutura de movimentação e armazenagem de petróleo e derivados.

De modo geral, o regulamento da UE exige que os operadores de terminais ofertem a totalidade da capacidade disponível para os participantes do mercado, e exige que eles publiquem mecanismos transparentes e não discriminatórios de alocação de capacidade³⁶. Ressalte-se que a diretiva da UE possibilita ainda que novos grandes projetos de infraestrutura sejam isentos dos requisitos de acesso de terceiros, na condição de que o operador cumpra com critérios que satisfaçam o regulador nacional e a Comissão Europeia³⁷.

Frente a essas diretrizes gerais, cada um dos estados membros da UE adotou diferentes mecanismos regulatórios no que concerne à alocação de capacidade primária de infraestruturas da cadeia de GNL (dutos, estocagem ou terminal de regaseificação).

Uma vez que o mecanismo indicado na PANP 251/2000 se refere a restrições de máxima utilização de capacidade de armazenagem por um único carregador, a análise dos dispositivos regulatórios adotados por cada um dos países membros da UE se focou na busca de cláusulas análogas. Analisou-se, dessa forma, mecanismos de alocação de capacidade primária e restrições referentes a contratações de capacidade primária por um único carregador.

Com base em informações do relatório publicado pelo CEER, identificou-se apenas um país membro da UE que limita contratações de armazenagem por um único carregador: a Espanha. A tabela a seguir apresenta, para cada um dos países membros da UE, o regime de acesso de terceiros (regulado ou não) e a verificação da existência de dispositivos regulatórios que limitam contratações por um único carregador no setor de GNL.

³⁵ Relatório “*CEER Status Review and evaluation of access regimes at LNG terminals in the EU*”, publicado pelo Conselho dos Órgãos Europeus de Regulamentação da Energia (CEER). Fonte: <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/ae2a4d59-d51a-62c0-c818-69bf12cab9f>

³⁶ Regulamento (EC) 715/2009.

³⁷ Artigo 36 da Directive (EC) 2009/73.

Tabela 2: Análise dos dispositivos adotados por diversos países membros da UE frente à regulamentação de acesso de terceiros a terminais de GNL

País-membro da UE	Regime do acesso de terceiros	Dispositivo de alocação de capacidade primária	Há restrições quanto a contratações por um único carregador?
Bélgica	Regulado	Baseados em procedimentos de chamada pública (“Open Season”) combinados a regras “primeiro a chegar, primeiro a ser atendido” (First come first serve - FCFS)	Não
France	Regulado	Baseados em procedimentos de “Open Season” combinados a regras FCFS	Não
Grécia	Regulado	Baseados em regras FCFS	Não
Itália	Regulado ³⁸	Baseados em procedimentos de “Open Season”	Não
Holanda	Isento	Baseados em procedimentos de “Open Season”	Não
Polônia	Regulado	Baseados em procedimentos de “Open Season” combinados a regras FCFS	Não
Portugal	Regulado	Baseados em procedimentos de “Open Season” combinados a realização de leilões	Não
Espanha	Regulado	Baseados em procedimentos de “Open Season” combinados a regras FCFS	Sim ³⁹
Reino Unido	Isento	Baseados em regras FCFS ⁴⁰	Não

Com base na tabela acima, nota-se que a adoção de dispositivos regulatórios similares à Restrição de Utilização Máxima é *sui generis* na Europa. Os países-membros adotam majoritariamente apenas mecanismos de alocação de capacidade primária baseados em procedimentos de chamada pública (“Open Season”)⁴¹, combinados a regras para em que as capacidades disponíveis após a conclusão das chamadas públicas são alocadas em contratos de curto prazo por ordem cronológica de solicitação, no regime “primeiro a chegar, primeiro a ser atendido” (First come first serve - FCFS).

³⁸ Ressalte-se que o Terminal de Rovigo é parcialmente isento.

³⁹ De acordo com o art. 6 do Decreto Real 949/2001, pelo menos 25% da capacidade total de uma infraestrutura (dutos, estocagem ou terminal de regaseificação de GNL) deve ser reservada para contratos de curto prazo (menos de 2 anos), sendo que um único remetente não pode conter mais de 50% dessa capacidade de curto prazo.

⁴⁰ Com exceção do terminal de South Hook.

⁴¹ Definido pela Agência Internacional de Energia (“International Energy Agency” - IEA), em 2008, como o processo conduzido pelo proprietário das instalações de infraestruturas (dutos, estocagem ou terminal de regaseificação de GNL) de forma a avaliar o interesse financeiro de potenciais usuários na capacidade dessas instalações. No Brasil tal processo foi inicialmente denominado Concurso Público de Alocação de Capacidade, e renomeado pela Lei do Gás como Chamada Pública. Fonte: Nota Técnica no0032011 – elaborado em 2011 pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural (SCM): “PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE GNL, INCLUSIVE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 16 DO DECRETO 7.382, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2010: FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA”

Portanto, ainda que se considere normas regulatórias de mercados em que o quadro regulatório acerca do acesso de terceiros é consolidado, como o mercado de GNL, o mecanismo proposto pela ANP não encontra respaldo nas práticas internacionais.

3.4. Uso compartilhado compulsório com terceiros é excepcional e mediante remuneração justa

Com base no levantamento de normas internacionais, verifica-se imposições por autoridades de concorrência a obrigatoriedade de uso compartilhado de infraestruturas portuárias com terceiros sempre mediante remuneração adequada à realidade do setor e apenas em caráter excepcional, ou seja, nos casos de conflitos de acesso à infraestruturas declaradas “essenciais” e quando situações reais de monopólio e de abuso de poder econômico são comprovadas.

De acordo com o relatório publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴² sobre a competição no setor portuário nos países membros da organização, as condições internacionalmente consideradas para a declaração de uma infraestrutura como essencial (segundo a doutrina de *essential facilities*, comentada no item 2) são bastante rigorosas.

De fato, as declarações só são de fato verificadas após a solicitação de enquadramento pelas partes interessadas pelo uso do ativo em questão e após a comprovação de que i) a mesma se enquadra em situação real de monopólio e de abuso de poder econômico, e que ii) o acesso de terceiros promoverá um aumento substancial da concorrência em um mercado dependente.

Ainda assim, cabe ressaltar que, segundo a mesma fonte, a declaração da infraestrutura como essencial não forneceria automaticamente aos solicitantes de acesso o direito de usá-la. Mesmo que uma infraestrutura tenha sido declarada como essencial, a orientação é privilegiar negociações entre terceiros e os operadores dos terminais em detrimento de regulações econômicas. De forma geral, os terceiros interessados só podem notificar uma disputa de acesso e solicitar à agência reguladora que resolva a disputa quando as negociações não tiverem sucesso.

De acordo com as reformas da política de concorrência do COAG⁴³, na Austrália, a intenção da declaração de instalações como “essenciais” não é permitir uma porta aberta a terceiros. Dessa forma, a agência reguladora deve procurar equilibrar as demandas dos solicitantes de acesso e os interesses dos prestadores de serviços declarados, através da fiscalização das tarifas de acesso praticadas e/ou de outros mecanismos. De acordo com o COAG, seria inconsistente com os objetivos especificados pelo próprio conceito de “*essential facilities*” estabelecer tarifas de acesso ou outras condições de acesso, de modo que os operadores não fossem compensados pelos custos, incluindo um retorno comercial sobre o investimento em infraestrutura.

⁴² Relatório “Competition in Ports and Port Services”, publicado sob a responsabilidade do Secretário-Geral da OCDE em outubro de 2011, que compila informações levantadas em mesa redonda realizada pelo Comitê de Concorrência da OCDE em junho de 2011. Fonte: <https://www.itf-oecd.org/competition-ports-and-port-services>.

⁴³ Seção Part IIIA introduzida pelo Trade Practices Act (TPA) pelo Conselho dos Governos Australianos (COAG) em 1995.

Dessa forma, ao impor indiscriminadamente mecanismo de regulação ao acesso de terceiros a todos os terminais na forma da Restrição de Utilização Máxima: i) sem considerar análises caso a caso a existência ou não de situação de monopólio e abuso de poder econômico, e ii) reduzindo potencialmente as chances de viabilidade de novos terminais, entende-se que a Restrição de Utilização Máxima vai na contramão das boas práticas internacionais.

4. Conclusões e recomendações

Esta Nota Técnica procurou avaliar a proposta de revisão da PANP 251/2000, especificamente quanto à Questão Relevante “1.1. Utilização superior a 50% da capacidade de armazenagem com um único carregador” do Aspecto Regulatório “1. Atendimento Não Discriminatório”, tratada, por simplificação, de “**Restrição de Utilização Máxima**”. O tema está sendo tratado no Grupo Abastecer Brasil do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), contando com representações do poder público e do setor privado.

A ANP apresenta diversos objetivos para a revisão da PANP 251/2000 (Figura 1, p.6), como o estímulo à concorrência no *downstream*, a máxima utilização da capacidade existente e remuneração adequada e retorno do investimento (ao Operador do Terminal). Não obstante, ao analisar criticamente a Restrição de Utilização Máxima à luz dos diversos tipos e contextos de terminais que se sujeitariam à mesma, verifica-se que a mesma: i) trará desalinhamentos importantes com os objetivos indicados, ii) apresenta aplicabilidade prática contestável, e iii) vai na contramão de práticas internacionais.

Com relação ao alinhamento da Restrição aos objetivos da PANP 251/2000, verificou-se, entre outros, que:

- **A Restrição não garantirá estímulo à concorrência no *downstream*, pelo contrário, poderá reduzi-la**, uma vez que afetará a viabilidade de novos terminais independentes, principalmente aos terminais de pequeno porte, os quais poderão ser expelidos do mercado caso não tenham meios financeiros ou regulatórios para expandir;
- **A Restrição não atenderá aos princípios de assegurar remuneração adequada e retorno ao investimento para os terminais**, ao limitar o uso de terminais independentes e sua rentabilidade (caso a demanda esteja limitada a poucos carregadores), criar ineficiências em um setor em que o universo de clientes é bastante restrito, e gerar dificuldades para arranjos tipo *built-to-suit*, comuns no setor;
- **A Restrição não garantirá a máxima utilização da capacidade existente, pelo contrário, poderá tornar as instalações existentes, em média, mais ociosas**, principalmente os terminais voltados ao recebimento de petróleo verticalizados e integrados às refinarias, bem como os de pequeno porte;
- **A Restrição não reduzirá o risco de abastecimento, pelo contrário, poderá aumentá-lo**, uma vez que a Restrição só implicará na maximização do uso da capacidade de terminais verticalizados em detrimento da otimização da cadeia industrial ao qual ele pertence, impondo custos adicionais à cadeia e ameaçando o abastecimento;
- **A Restrição não segue o princípio de preservar regras conhecidas**, uma vez que não eram na prática consideradas nas avaliações internas de rentabilidade dos terminais, e

que os contratos de arrendamento, particularmente, contêm disposição de atendimento não-discriminatório, porém não vinculam isso a uma máxima utilização por um único carregador. Pelos contratos, os arrendatários gozam de plena flexibilidade gerencial para negociar preços e volumes junto a seus clientes⁴⁴.

Com relação à aplicabilidade da Restrição, verificou-se uma série de barreiras a serem superadas pelos reguladores para assegurar o seu cumprimento:

- **Assimetria de informação operacional:** o monitoramento diuturno do cumprimento da Restrição, ou seja, das estatísticas de quantos tanques ou qual capacidade estática está comprometida com quais carregadores, só é possível pela própria gestão operacional interna do terminal;
- **Dificuldade de rastreamento da empresa interessada:** a avaliação do grau de controle de uma Pessoa Física ou Jurídica sobre uma empresa não é trivial. Existem parcerias entre empresas muitas vezes formuladas em contratos privados e não registrados publicamente e que, no limite, poderiam ser usados para contornar a Restrição de Utilização Máxima;
- **Imprecisões da normatização:** a Portaria, em sua redação atual, não especifica o horizonte de tempo em que a regra é válida, nem a unidade considerada, nem as Pessoas Jurídicas afetadas e nem como o mix de cargas deve ser contabilizado.

Portanto, ainda que se considere pertinente e necessária a imposição da Restrição de Utilização Máxima pelos eventuais ganhos alcançados, entende-se que os operadores terão meios de contornar a Restrição, impondo um enorme custo regulatório à ANP e outras atividades envolvidas para assegurar o seu *enforcement*.

Com relação à avaliação da Restrição frente a práticas internacionais, verificou-se que, salvo melhor entendimento, a proposta de Restrição não encontra respaldo nas práticas internacionais, dado que:

- **A Restrição não se trata de prática adotada no resto do mundo**, uma vez que i) não se encontra regulamentações acerca do acesso de terceiros a terminais aquaviários regulados pela ANP no arcabouço regulatório dos setores Portuário e de Óleo e Gás em outros países avaliados, e ii) dirigentes de empresas multinacionais do mercado de logística de graneis líquidos e gasosos relatam não encontrar normas parecidas em nenhum dos países onde suas respectivas empresas operam ou prestam consultoria;
- **O Banco Mundial recomenda, em manual de referência do setor portuário intitulado *Port Reform Toolkit*, a livre negociação entre concessionários e clientes e a supervisão mínima por parte do governo** em terminais de graneis líquidos arrendados e/ou de propriedade de operadores independentes;
- **Mesmo no mercado de GNL, em que o quadro regulatório acerca do acesso de terceiros é consolidado, a adoção de mecanismos similares ao proposto pela ANP é exceção à regra;**

⁴⁴ Salvo melhor conhecimento, existem raras exceções em que preços são regulados por price-caps, porém não aplicados a terminais de graneis líquidos.

- **Imposições por autoridades de concorrência da obrigatoriedade de uso compartilhado de infraestruturas portuárias com terceiros são verificadas sempre mediante remuneração adequada com a realidade do setor e apenas em caráter excepcional, quando situações reais de monopólio e de abuso de poder econômico são comprovadas.**

Com base em todo o exposto, entende-se como inadequada a aplicação da Restrição de Utilização Máxima de forma geral a todos os terminais aquaviários, sem prejuízo que a ANP atue, no espírito da Lei do Petróleo, como mediadora e árbitra imparcial dos conflitos pontuais que porventura vierem a surgir com relação ao acesso de terceiros, à despeito das dificuldades encontradas para o seu *enforcement*.