

1. Do ponto de vista do seu segmento, que cuidados devem ser tomados ou que diretrizes devem ser observadas para a promoção da livre concorrência no setor?

Sob a perspectiva do consumidor, é de fundamental importância dispor da mais ampla liberdade de escolha possível e de informações claras e acessíveis a respeito de preços e qualidade dos produtos ofertados. Também é fundamental poder contar com canais de reclamações/denúncias por meio dos quais o consumidor possa relatar eventuais problemas na relação com revendedores e/ou distribuidores, fomentando, assim, a busca pelo aprimoramento dos serviços prestados e dos produtos ofertados.

Nesse sentido, há iniciativas de três naturezas que podem representar avanços:

- a) Modificação da regulação atual, de modo a permitir a constituição de novos modelos/arranjos de negócios no setor, com diferentes composições entre distribuição e revenda, adaptados a diferentes condições locais/regionais (número de agentes no mercado, logística, tributação, renda da população local, dentre outros)
- b) Maior transparência na formação dos preços ao consumidor, de maneira complementar às medidas adotadas pelas Resoluções ANP nº 794/2019 e 795/2019, especialmente em relação à carga tributária
- c) Estímulo à adesão, por parte das empresas do setor, à plataforma Consumidor.gov.br

Em relação à transparência na formação de preços, seria importante para o consumidor a informação clara a respeito da carga tributária incidente sobre os produtos/serviços ofertados. Uma forma poderia ser a obrigatoriedade de divulgação – assim como ocorre com os preços – do valor referente à tributação inserida no preço final.

Também seria importante estimular a adesão à plataforma Consumidor.gov.br pelas empresas do setor. O Consumidor.gov.br é um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet. Ele não constitui um procedimento administrativo e não se confunde com o atendimento tradicional prestado pelos Órgãos de Defesa do Consumidor. Sendo assim, a utilização desse serviço pelos consumidores se dá sem prejuízo ao atendimento realizado pelos canais tradicionais de atendimento do Estado providos pelos Procons Estaduais e Municipais, Defensorias Públicas, Ministério Público e Juizados Especiais Cíveis.

A principal inovação do Consumidor.gov.br está em possibilitar um contato direto entre consumidores e empresas, em um ambiente totalmente público e transparente, dispensada a intervenção do Poder Público na tratativa individual.

Por se tratar de um serviço provido e mantido pelo Estado, com ênfase na interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação de empresas é voluntária e só é permitida àquelas que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo no qual se comprometem a conhecer, analisar e investir todos os esforços possíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada.

Os dados das reclamações registradas no Consumidor.gov.br alimentam uma base de dados pública, com informações sobre as empresas que obtiveram os melhores índices de solução e satisfação no tratamento das reclamações, sobre aquelas que responderam as demandas nos menores prazos, entre outras informações.

O Consumidor.gov.br fornece informações essenciais à elaboração e execução de políticas públicas de defesa dos consumidores, bem como incentiva a competitividade no mercado pela melhoria da qualidade de produtos, serviços e do atendimento ao consumidor. Esse serviço é monitorado pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Agências Reguladoras, entre outros órgãos, e por toda a sociedade.

- 2. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à verticalização da cadeia produtiva, incluindo a participação societária, a titularidade dos ativos, entre outros fatores de relação comercial, tais como: a participação da distribuidora nas operações de revenda e a responsabilidade pela requalificação do botijão GLP? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.**
- 3. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à venda direta para a revenda varejista e os demais agentes de mercado, tais como: a comercialização direta por produtores/importadores a revendedores/TRR e a obrigatoriedade de que TRR compre apenas de distribuidores? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.**

Na questão 1 foi sugerida a modificação da regulação atual, de modo a permitir a constituição de novos modelos/arranjos de negócios no setor, com diferentes composições entre distribuição e revenda, adaptados a diferentes condições locais/regionais (número de agentes no mercado, logística, tributação, renda da população local, dentre outros). A ideia, nesse caso, é buscar arranjos organizacionais que resultem em ampliação da oferta para o consumidor – ampliando, assim, sua liberdade de escolha –, adaptabilidade a características regionais e maior competitividade no setor, com impactos prováveis sobre o preço dos produtos ofertados.

As questões 2 e 3 tratam justamente desse ponto: a regulação atual permite a adoção de arranjos/modelos de negócio que beneficiam o consumidor? A resposta é não. A vedação à verticalização entre distribuição e revenda de combustíveis, associada à vedação à venda direta para a revenda varejista e demais agentes de mercado, resulta em uma estruturação do setor que limita a oferta e reduz as possibilidades de potenciais ganhos de eficiência que poderiam ser gerados, com impactos negativos sobre a oferta e os preços ao consumidor final.

Nesse sentido, é necessário rever a atual vedação à verticalização entre distribuição e revenda, especialmente quando associada à possibilidade de bandeiramento de revendedores. No modelo atual, há evidências de que a vedação normativa à verticalização não impediu a existência de uma verticalização de fato, concretizada por

meio do bandeiramento de revendedores e da exigência de exclusividade, associados à tutela regulatória de fidelidade à bandeira. São três os resultados imediatos dessa verticalização de fato:

- a) Redução da concorrência entre distribuidoras, que passam a ter um mercado cativo (sua rede bandeirada), sobre o qual elas possuem um controle não desprezível, decorrente, dentre outros fatores, da propriedade sobre os terrenos onde se situam postos revendedores, da propriedade sobre outros ativos necessários à revenda de combustíveis (que vão desde as bombas para abastecimento até os equipamentos para realização de pagamentos), dos contratos de exclusividade e da tutela regulatória da fidelidade à bandeira;
- b) Mitigação da concorrência entre revendedores e entre distribuidores, resultante da indução do consumidor a um erro em suas escolhas. A existência do bandeiramento induz o consumidor a escolher o local de abastecimento em função da marca que o posto revendedor ostenta, acreditando haver diferença entre os produtos ofertados por aquela marca em relação a outras. Vale dizer que, em relação aos combustíveis comuns, ou seja, não aditivados (óleo diesel B, gasolina C e etanol hidratado combustível), não há distinção entre uma marca e outra. Se estiverem dentro das especificações da ANP, não há qualquer diferença para o uso do consumidor. Essa escolha equivocada, baseada numa suposta diferenciação de produto (que não existe), acaba por prejudicar a concorrência entre revendedores e entre distribuidores, pois enfraquece a concorrência via preços;
- c) Ausência de canais efetivos de reclamação e de resolução de conflitos que não sejam da ANP ou pela via judicial, pois as distribuidoras alegam que problemas junto aos revendedores não são de sua alçada, visto que se trata de pessoas jurídicas de personalidades distintas, e postos revendedores atribuem tais problemas à distribuidora, detentoras das marcas.

Associado a essas questões é fundamental rever as vedações decorrentes da tutela regulatória da fidelidade à bandeira. O que se chama de tutela regulatória da fidelidade à bandeira está vinculado ao papel de fiscalização, exercido pela ANP, no sentido de garantir que os revendedores bandeirados só adquiram combustível das distribuidoras às quais estão vinculados e as distribuidoras não comercializem combustíveis com os postos que exibam marca de outro distribuidor. O descumprimento dessas regras sujeita os agentes a aplicação de sanção pela Agência.

Em relação à tutela regulatória da fidelidade à bandeira, cabe também mencionar que nem a Lei nº 9.478/1997, que criou a ANP, nem a Lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre as infrações às normas referentes ao abastecimento nacional de combustíveis, fazem qualquer referência à atuação da Agência em relação à fidelidade à marca por parte dos postos revendedores ou a punições aplicáveis a revendedores bandeirados em função de aquisição de combustíveis de determinado distribuidor. Assim, não há dispositivo legal referente à tutela regulatória da fidelidade à bandeira, mas apenas normas editadas pela própria ANP.

A tutela regulatória de fidelidade à bandeira está relacionada, sobretudo, ao disposto no artigo 32 da Resolução ANP nº 58/2014 e no artigo 25, parágrafos 2º e 4º da Resolução ANP nº 41/2013.

Diz o artigo 32 da Resolução ANP nº 58/2014:

Art. 32. É vedada a comercialização de combustíveis líquidos com revendedor varejista que não esteja autorizado pela ANP ou que optou por exibir a marca comercial de outro distribuidor, nos termos do art. 25 da Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, ou outra que venha a substituí-la, conforme informações disponibilizadas no endereço eletrônico www.anp.gov.br, exceto no caso previsto no § 1º deste artigo.

Diz o artigo 25, parágrafos 2º e 4º da Resolução ANP nº 41/2013:

Da Identificação da Origem do Combustível Automotivo

Art. 25. O revendedor varejista de combustíveis automotivos deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.

(...)

§ 2º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá:

I - exibir a marca comercial do distribuidor, no mínimo, na testeira e no totem do posto revendedor, de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e

II - adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial.

(...)

§ 4º Se o posto revendedor exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, **o revendedor deverá adquirir, armazenar e comercializar somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial**, exceto nos casos previstos no inciso I do art. 11.

(grifos nossos)

Em função desses dispositivos normativos, atualmente a ANP fiscaliza a utilização da marca dos distribuidores pelos revendedores. Dessa fiscalização resulta que, além da responsabilidade por uso indevido da marca (quando for o caso), pela infração ao direito do consumidor (quando se configura) e da penalidade por descumprimento contratual, é possível ainda a configuração de infração administrativa relacionada ao descumprimento da restrição de compra e venda entre distribuidores e revendedores vinculados à determinada marca.

A tutela regulatória da fidelidade à bandeira carrega consigo a justificativa de proteção do consumidor contra a comercialização de combustível de origem desconhecida por

revendas que utilizem as marcas de penetração nacional, além de outras razões ligadas a confiabilidade da marca e da procedência do produto.

Entretanto, como já mencionado, a diferenciação entre postos bandeirados e postos bandeira branca (que não ostentam marcas de distribuidores) não se refere, de forma alguma, à qualidade dos produtos negociados. No Brasil, não há diferença quanto à qualidade do produto, no caso de combustíveis sem aditivos (óleo diesel B, gasolina C e etanol hidratado combustível), devendo os postos bandeira branca e bandeirados seguirem a especificação estabelecida pela ANP. A Agência monitora, por meio do Programa de Monitoramento de Qualidade de Combustíveis Automotivos (PMQC), os índices de conformidade para postos bandeirados e postos bandeira branca. Há pouca diferença entre os dois grupos (96,8% para os postos bandeira branca, 98,2% para os bandeirados). Vale dizer que tais índices se encontram dentro de padrões internacionais de qualidade.

Assim, não há justificativa para a tutela regulatória à fidelidade à bandeira, uma interferência desnecessária da agência reguladora em relações que poderiam acontecer no âmbito dos agentes privados. O fim da tutela regulatória de fidelidade à bandeira, portanto, significaria retirar a obrigação de fiscalização da ANP (e o custo de tal fiscalização), deixando-a sob responsabilidade das empresas distribuidoras detentoras das marcas, quando houver contratos de exclusividade no fornecimento dos produtos. Assim, essas empresas, no âmbito exclusivo de suas relações privadas com os revendedores, passariam a fiscalizar os postos a elas vinculados, a fim de garantir a exclusividade de venda de combustíveis de sua marca.

Em relação às restrições regulatórias à venda direta para a revenda varejista e para os demais agentes de mercado, tais como a comercialização direta por produtores/importadores a revendedores/TRR e a obrigatoriedade de que TRR compre apenas de distribuidores, é preciso destacar que tais restrições não parecem trazer quaisquer benefícios ao consumidor, mas apenas colocar obstáculos à concorrência.

Em análise recente de tais vedações o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) indicou experiências internacionais (Estados Unidos, Itália, Portugal, México) em que agentes com atuação semelhante à dos TRR são responsáveis pelo incremento da concorrência ao disputarem mercado com distribuidores, por meio da Nota Técnica nº 35/2018/DEE/CADE, de 19 de novembro de 2018.

Vale lembrar que essas vedações foram flexibilizadas durante a recente "greve dos caminhoneiros". A crise de abastecimento que se abateu sobre o país levou à flexibilização da vinculação de marca para vendas de distribuidoras de combustíveis. Naquele momento, entendeu-se que a flexibilização do modelo ofereceria alternativa de suprimento por distribuidores cujas bases não tinham sido afetadas pelos bloqueios impostos pelos grevistas. Na ocasião, também foi permitido que os TRR vendessem para postos revendedores, em função de sua atuação regional e/ou local e elevada capilaridade. Naquele momento, ao permitir a venda dos TRRs aos postos, a ideia era suprir mercados locais/regionais com maior agilidade e viabilizar atuação dos distribuidores em ocorrências de maior relevância.

O sucesso dessas medidas conjunturais, adotadas durante a “greve dos caminhoneiros”, permite afirmar que a retirada da vedação à comercialização direta entre TRR e revendedores varejistas poderia oferecer novas alternativas de arranjos/modelos de negócio que beneficiam o consumidor, especialmente por intensificar a concorrência no segmento de distribuição.

De forma análoga poderia ser tratada a vedação existente no mercado de etanol, permitindo-se a comercialização direta entre usinas produtoras de etanol e revendedores varejistas. Os argumentos contrários a essa possibilidade – centrados na questão da garantia de qualidade que a intermediação dos distribuidores oferece ao produto – não é razoável. As mesmas exigências aplicadas hoje aos distribuidores na questão de controle de qualidade poderiam ser demandadas das usinas.

É preciso ressaltar, entretanto, que seria necessário nesse caso rever as vedações decorrentes da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, que também seriam aplicáveis à comercialização de etanol.

Seria necessário rediscutir também, no caso do mercado de etanol, as questões tributárias referentes à monofasia tributária federal, com a concentração da arrecadação das contribuições para PIS/Pasep e Cofins no elo da produção, garantindo-se, assim, a isonomia tributária com as demais alternativas de comercialização do produto.

4. Qual sua sugestão de aprimoramento regulatório para a promoção de livre concorrência no setor, a redução de custos de transação ou mitigar outros efeitos negativos sobre o preço dos combustíveis?

Conforme já mencionado anteriormente, sugere-se a modificação da regulação atual, de modo a permitir a constituição de novos modelos/arranjos de negócios no setor, com diferentes composições entre distribuição e revenda, adaptados a diferentes condições locais/regionais (número de agentes no mercado, logística, tributação, renda da população local, dentre outros). Para tanto, sugere-se:

- a) a eliminação das vedações que impedem a verticalização formal entre distribuição e revenda de combustíveis;
- b) fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira;
- c) eliminação da vedação à comercialização direta por produtores/importadores a revendedores/TRR
- d) fim da obrigatoriedade de que TRR comprem apenas de distribuidores;
- e) fim da vedação à comercialização direta entre TRR e revendedores varejistas;
- f) fim da vedação à comercialização direta entre usinas produtoras de etanol e revendedores varejistas.

Também é importante garantir maior transparência, para o consumidor, a respeito da formação dos preços no setor, de maneira complementar às medidas adotadas pelas Resoluções ANP nº 794/2019 e 795/2019, especialmente em relação à carga tributária.

Além disso, seria importante fornecer alternativas tecnológicas (como aplicativos para celulares, por exemplo) que permitissem a rápida e fidedigna comparação de preços de

revenda em determinada localidade, otimizando a escolha do consumidor e reduzindo a assimetria de informações.

Sugere-se, ainda, o estímulo à adesão, por parte das empresas do setor, à plataforma Consumidor.gov.br, como canal de resolução de conflitos alternativo à judicialização.

Para além dessas medidas, há ainda uma outra questão específica, referente à concentração hoje existente no mercado de distribuição de combustíveis: a propriedade de instalações essenciais (*essential facilities*), ativos determinantes para a viabilidade de operação nesse segmento e que impõem barreiras à entrada não desprezíveis. É preciso avançar na regulamentação do uso de tais instalações, como forma de dinamizar a concorrência no setor.

5. Em que medida o modelo de certificação e a propriedade do botijão de GLP dificulta a sua atuação no mercado, tais como: aumento de custos operacionais e de investimento e a cobrança inicial pelo uso do botijão (recipiente)? Quais alternativas você sugere para minimizar tais dificuldades?

Muitas das restrições impostas à comercialização de GLP estão vinculadas a características do botijão (recipiente) e à responsabilização por seu abastecimento, requalificação e inutilização.

O primeiro aspecto – o material usado para confecção dos recipientes – será tratado na questão seguinte.

A obrigatoriedade de que a identificação da marca comercial esteja estampada em alto relevo no corpo dos recipientes transportáveis de GLP foi, durante muito tempo, o meio pelo qual se facilitou a identificação dos responsáveis pela operacionalização do processo de requalificação, além de, em teoria, facilitar a fiscalização.

Vale dizer que esse requisito impõe custo operacional não desprezível (a destroca de botijões entre as distribuidoras) sem representar uma garantia, de fato, de segurança para o consumidor ou de facilidade de fiscalização, uma vez que não impede a existência de um mercado clandestino de GLP.

É possível introduzir no botijão tecnologia que permita sua rastreabilidade (chip + aplicativo), monitorando sua compra, abastecimento, revenda, requalificação e, ao fim, sua inutilização.

Tal medida permitiria monitoramento permanente do recipiente – inclusive com sua localização geográfica – inibindo sua comercialização por vendas clandestinas e seu abastecimento em condições inadequadas (por exemplo, em momento de requalificação).

Também permitiria a utilização de botijões “fungíveis”, uma vez que não haveria a marca de uma empresa estampada no recipiente. O registro no chip permitiria identificar as empresas que o comercializaram – distribuidores e revendedores – podendo-se, inclusive, exigir a inclusão de informações a respeito das condições físicas do recipiente a cada momento, atribuindo-se a responsabilidade por sua requalificação/inutilização à empresa

que o receber quando tais condições indicarem a necessidade de requalificação/inutilização.

A fiscalização poderia ocorrer em tempo real, mesmo à distância, por meio dessa tecnologia. A responsabilização dos agentes estaria diretamente associada às informações registradas e aos eventos que ocorressem fora das normas de segurança estabelecidas.

A substituição dos recipientes atuais por novos – com a tecnologia embarcada – poderia ocorrer à medida que houvesse a inutilização dos antigos.

Em relação à questão da fungibilidade dos botijões em face de sua propriedade – atribuída, supostamente, à empresa cuja marca estampada no botijão – vale lembrar que atualmente já existe uma permanente troca de propriedade do recipiente, cada vez que o consumidor troca seu botijão vazio, de qualquer marca, por um cheio, de qualquer marca. Considerando que o consumidor, em sua primeira aquisição, paga também o valor do botijão (cobrança inicial), o recipiente passa a ser dele naquele momento. Nas aquisições seguintes, ocorre a troca de um recipiente por outro e, portanto, os botijões comercializados têm sua propriedade constantemente transferida. Assim, não haveria impedimento legal para a adoção dessa fungibilidade, estando a propriedade de certa quantidade de botijões por uma distribuidora associada exclusivamente à posse dos recipientes em determinado momento.

6. Existem alternativas comerciais ao material usado para confecção dos recipientes transportáveis de GLP, com potencial redução de custos operacionais e logísticos?

Sim, já são comercializadas em outros países embalagens de botijões de GLP feitas de fibra de vidro termoplástico e polietileno de alta densidade, mais leves que as tradicionais embalagens de aço, o que impacta diretamente nos custos de transporte.

Em 2012, essas embalagens chegaram a ser testadas no Brasil, mas não entraram efetivamente em comercialização.

Sobre o assunto:

<https://jpn.up.pt/2009/04/16/garrafa-de-gas-inovadora-vale-premio-internacional-a-professor-da-feup/>

<http://www.galpennergia.com/PT/PRODUTOSSERVICOS/PRODUTOS/GASEMGARRAFA/Paginas/Home.aspx?tab=4>

7. Quais medidas poderiam ser adotadas para combater as vendas clandestinas de GLP?

A medida mais efetiva seria introduzir no botijão tecnologia que permitisse sua rastreabilidade (chip + aplicativo), monitorando sua compra, abastecimento, revenda, requalificação e, ao fim, sua inutilização.

Tal medida permitiria monitoramento permanente do recipiente – inclusive com sua localização geográfica – inibindo sua comercialização por revendas clandestinas e seu abastecimento em condições inadequadas (por exemplo, em momento de requalificação).

8. Outras alternativas de comercialização de GLP poderiam beneficiar o consumidor, tais como a comercialização em menores quantidades, a não exclusividade de marca e a não cobrança inicial pelo botijão (recipiente)?

Sim, a comercialização em menores quantidades, ou seja, a possibilidade de abastecimento parcial do botijão, poderia ser uma vantagem para o consumidor, desde que houvesse mecanismos de segurança que permitissem a correta aferição da quantidade de GLP no botijão, evitando-se o abastecimento além da capacidade do recipiente.

A não exclusividade de marca, já mencionada em respostas anteriores, também poderia beneficiar o consumidor, ao reduzir custos operacionais de troca dos botijões, além de retirar uma barreira à entrada hoje existente. Se qualquer distribuidor pudesse abastecer qualquer botijão, poderia haver a facilitação de entrada de novos concorrentes nesse mercado. Atualmente, a necessidade de possuir botijões próprios para poder atuar na distribuição impõe um custo não desprezível de entrada, especialmente em função da grande concentração desse mercado.

A não cobrança inicial do botijão cria uma dificuldade, pois a transferência de posse desse ativo para o consumidor sem qualquer custo (com pagamento apenas pelo GLP) geraria um risco de perda associado ao mau uso/acondicionamento da embalagem. As alternativas a essa cobrança – que passariam por algum dispositivo contratual entre o fornecedor e o consumidor, passível de demanda pela via judicial – criariam dificuldades desnecessárias à comercialização. Assim, a cobrança inicial parece ser medida que favorece a comercialização do produto.

9. O acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos) dificulta sua atuação no mercado? Houve alguma negativa de acesso? Por quê? Caso nunca tenha tentado obter acesso, quais os motivos?

10. Quais os ativos de infraestrutura precisam ter acesso aprimorado para importação e movimentação de combustíveis? Quais novas áreas precisam ser desenvolvidas? Qual sua sugestão para aprimoramento regulatório do acesso à infraestrutura?

11. Deve haver pleno acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos)? Quais os possíveis entraves para efetivar esse acesso? Quais as possíveis consequências oriundas do pleno acesso?

A resposta é sim: o acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos) é um fator de diferenciação na atuação no mercado, constituindo uma barreira efetiva à entrada e influenciando diretamente na participação no mercado.

É preciso, inicialmente, repensar o acesso aos dutos, visto que há hoje uma disfuncionalidade decorrente do modelo escolhido no momento da abertura do mercado de óleo e gás, resultante da Lei nº 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”): apesar de a lei ter

obrigado a Petrobras a criar a Petrobras Transporte S.A. (Transpetro), para operar seus dutos e terminais, a nova empresa foi implementada como uma subsidiária integral, de modo que a Petrobras manteve a propriedade de todos estes ativos. O que se verifica, portanto, é que o principal agente carregador, a Petrobras, exerce influência decisiva na atividade de transporte como exclusivo acionista da única empresa transportadora de combustíveis fósseis, a Transpetro.

Além disso, o desenho e a operação dos dutos e terminais que já estavam construídos foram organizados de modo a atender às necessidades específicas da Petrobras, não tendo sido efetuada qualquer avaliação da necessidade de alterações nesta infraestrutura existente para atendimento ao mercado como um todo, com o pressuposto da atuação de vários agentes participantes. Assim, a primeira e mais notória barreira à entrada no setor de transporte que pode ser utilizada pela Petrobras na defesa de sua fatia de mercado nos mercados concorrenciais à montante e à jusante está na modelagem da infraestrutura dutoviária e na localização dos terminais marítimos existentes, que, em face de razões históricas, foram definidos para atendimento dos fluxos de movimentação de produtos em conformidade com os interesses da empresa.

O fato é que não existem incentivos para que a a Transpetro, na qualidade de único transportador de combustíveis fósseis, planeje e invista na infraestrutura dutoviária de modo a contemplar, isonomicamente, as necessidades de todos os agentes atuantes nesses mercados à jusante e à montante. Isto porque a Petrobras, acionista exclusivo da Transpetro, atua nos mercados concorrenciais nos elos a montante (refino e importação) e a jusante (distribuição), caracterizando um claro conflito de interesses contrário ao funcionamento equilibrado do setor.

Na prática, o Sistema Petrobras desempenha um papel de “garantidor do transporte” de combustíveis – como se esse transporte fizesse parte do próprio produto adquirido pelas distribuidoras –, o que é viabilizado pela sua posição de monopolista do sistema dutoviário de transporte e de hegemonia dos terminais portuários.

Associado a isso, é preciso considerar também, na análise da infraestrutura, os ativos de estoque da atividade de distribuição: terminais (terrestres ou aquaviários) e bases de combustíveis. Os terminais se localizam próximos a portos, dutos ou ferrovias e geralmente recebem o combustível da produtora ou de um fluxo de cabotagem. São ativos que não podem ser diretamente detidos por distribuidoras, constituindo-se idealmente como espaços de operadores logísticos disponíveis para atendimento às distribuidoras e outros agentes. Apesar disso, as grandes distribuidoras pertencem a grupos econômicos que são proprietários da maior parte dos terminais portuários autorizados a movimentar combustíveis líquidos no país, o que é determinante para a existência de barreiras à entrada e de dificuldades por parte das distribuidoras menores em oferecer efetiva contestação frente às grandes.

Por sua vez, as bases são propriamente os ativos das distribuidoras, canalizando os fluxos ao longo de sua cadeia de operações. Elas são compostas basicamente por tanques de armazenamento, pátio e plataformas de carregamento e descarregamento dos modais de carga (dutos, vagões de trem, caminhões-tanque). A posse de bases com acesso a modais estratégicos na localidade pode ser um grande diferencial competitivo para uma distribuidora na competição em um corredor logístico. Antes de 2014, era possível a uma

distribuidora entrar no mercado apenas arrendando espaço em bases alheias, sem possuir base própria. No entanto, com a edição da Resolução ANP nº 58/2014, as entrantes devem possuir propriedade, exclusiva ou compartilhada (condomínio), sobre 750 m³ de espaço em base que atenda aos requisitos da Resolução ANP nº 42/2011.

O acesso a esses ativos é fundamental para atuação no mercado. A escala de operação é de vital importância ao negócio, na medida em que reduz significativamente os custos logísticos por unidade de massa (ou volume), possibilita maior capacidade de armazenamento e transporte em uma dada região, permite a otimização dos fluxos de transferência e estoque, confere maior poder de barganha na negociação de contratos de fornecimento de combustíveis; e aumenta o poderio financeiro da empresa, possibilitando melhor classificação de crédito – e, conseqüentemente, custos financeiros menores –, assim como mais capacidade de bancar investimentos e custos com marca e estoque.

Distribuidoras menores e de escopo mais local ou regional, principalmente no interior no país, nas áreas de difícil acesso e/ou de menor densidade de demanda, se utilizam largamente de transporte rodoviário, na medida em que suas atividades se concentram relativamente mais nos fluxos de entrega para a revenda, a distâncias mais curtas e volumes menores. Desse modo, o principal investimento que essas distribuidoras podem fazer para alavancar sua posição competitiva costuma ser a construção de base(s) própria(s) ou em condomínio. Distribuidoras menores tendem a atuar sobretudo com bases secundárias (mais próxima do ponto de consumo e, portanto, do fluxo de entrega), enquanto as regionais conseguem acesso às bases primárias com mais frequência. Uma base mais competitiva se conecta a ferrovias ou aquavias, de modo a se aproximar dos fluxos a montante e receber o fornecimento de derivados no fluxo de transferência (entre bases) ou no fluxo primário (da refinaria ou do terminal até a base primária).

Distribuidoras maiores, por sua vez, transportam combustíveis em maior escala e distância e, por isso, precisam de acesso a terminais, investimentos portuários e bases primárias próximas a dutos, ferrovias e pontos de entrega (portos, refinarias), de modo a obter uma posição forte em todos os fluxos da distribuição. As dutovias são utilizadas mais frequentemente no fluxo primário, mas às vezes também na transferência entre bases. Possuem um elevado custo, sendo viáveis somente para companhias que operam em larga escala com bastante acesso a capital e previsibilidade de operação no médio-longo prazo. Justamente por isso, a maior parte dos dutos no Brasil é concentrada no Sistema Petrobras. Já as ferrovias podem representar uma grande economia nos movimentos de interiorização de combustível, sendo especialmente relevantes na transferência entre bases.

No Ato de Concentração nº 08012.001656/2010-01 (Cosan-Shell), houve um intenso contraditório sobre o papel das bases intermodais na obtenção de vantagens competitivas em favor das maiores distribuidoras. As conclusões do Cade sobre esse debate, naquela ocasião, podem ser resumidas como segue:

- a) as bases primárias são preponderantemente multimodais, com acesso a dutos e, frequentemente, ferrovias e aquavias. O acesso às bases primárias é fundamental para uma distribuidora que não deseje depender das maiores para obter fornecimento de derivados;

- b) as bases secundárias podem ser monomodais ou multimodais, a depender da disponibilidade de infraestrutura nas regiões atendidas. A partir disso, existem dinâmicas competitivas diferentes nas regiões. As bases secundárias em regiões com infraestrutura tendem a se localizar ao longo das ferrovias ou aquavias e o seu diferencial de custo tende a favorecer as distribuidoras maiores e/ou já instaladas nas vias, comprimindo a margem das demais. Por sua vez, as bases secundárias em regiões atendidas pelo modal rodoviário tendem a apresentar uma maior flexibilidade de localização e menor necessidade de escala, não penalizando tanto as distribuidoras menores ou entrantes;
- c) apesar das vantagens oferecidas pelos modais mais eficientes, a decisão de operar uma base multimodal exige que a distribuidora possua escala suficiente, devendo ser capaz de adquirir e manter um nível de suprimento mais elevado e estável. Assim, bases multimodais são com mais frequência constituídas em condomínio, especialmente entre distribuidoras menores, de modo a diluir os custos fixos e garantir escala e regularidade;
- d) devido à variedade de perfis entre distribuidoras e às especificidades de cada corredor logístico, nem sempre as bases multimodais serão mais eficientes considerando o posicionamento logístico da distribuidora. Em alguns casos, as bases secundárias monomodais podem oferecer condições de rivalidade, o que depende de uma avaliação mais pormenorizada do corredor e da localidade em questão;
- e) há sérios gargalos na infraestrutura de transporte de combustíveis líquidos brasileira, o que constitui significativo limitador para a entrada de novos agentes e favorece as distribuidoras que já se instalaram nos melhores pontos. As quatro distribuidoras nacionais (Petrobras, Ipiranga, Raízen e Alesat) já se instalaram na maior parte das localidades com modal mais eficiente. **“Portanto, o acesso aos modais mais eficientes passa, necessariamente, pelas condições de acesso a essas bases controladas pelas grandes distribuidoras do setor”** (fl. 2721 daquele Ato de Concentração, grifos no original).

Considerando a necessidade de otimizar a distância e o dimensionamento dos ativos conforme cada modal, é possível perceber a importância da localização das bases e terminais para a competitividade de um empreendimento. As áreas próximas às refinarias estão sujeitas à valorização crescente, em função de sua oferta limitada e do número crescente de empresas que demanda acesso a essas localidades, cruciais do ponto de vista da logística dos combustíveis. A consequência daí derivada é que as primeiras firmas a se estabelecerem com seus tanques nos pontos de retirada enfrentam custos substancialmente menores, pois se antecipam à valorização imobiliária.

Percebe-se, portanto a necessidade de discutir amplamente a questão de acesso a essas instalações essenciais, de modo a viabilizar a ampliação da concorrência nos diversos segmentos do setor de combustíveis. Vale lembrar que a doutrina das instalações essenciais (essential facilities doctrine) estabelece que o proprietário de uma instalação considerada “essencial” ou um “gargalo” deve providenciar acesso a terceiro para esta instalação a um preço razoável. Ela deve ser compreendida como uma exceção aos

princípios da economia de mercado e deve ser aplicada em situações que requerem que se regule o direito de propriedade.

Existem quatro requisitos que devem ser observados para a aplicação dessa doutrina:

- i. controle da instalação por um monopolista;
- ii. incapacidade ou falta de razoabilidade em duplicar a instalação por parte de um concorrente;
- iii. a negativa de uso da instalação para um concorrente; e
- iv. a capacidade de efetivamente prover aos concorrentes acesso à instalação.

Com relação ao item (i), o ponto de partida para a verificação do requisito é se a firma, ou um conjunto de firmas atuando em conjunto como uma entidade única, que detém a propriedade da instalação em questão, possui poder de monopólio no mercado relevante ou não. É como vem operando as grandes distribuidoras em relação às suas instalações, as bases e os terminais

Com relação ao item (ii), para uma instalação ser considerada “essencial” ela não precisa ser necessariamente indispensável, sendo suficiente que a duplicação da instalação seja economicamente inviável e a negativa de acesso prejudique fortemente os potenciais novos entrantes no mercado. Além disso, o acesso à instalação deve ser essencial para concorrência, isto é, que a instalação constitua um meio para que o interessado no acesso possa concorrer com o proprietário da instalação (o monopolista). Este acesso à instalação só deverá ser considerado essencial caso esta recusa de acesso pelo monopolista mostrar-se fundamental para a sua estratégia de impedir a concorrência no mercado alvo. É o caso dos dutos para transporte de combustíveis, controlados majoritariamente pelo Sistema Petrobras.

A negativa de uso da instalação para um concorrente, item (iii), pode ser considerado por si só como o elemento central para a aplicação da doutrina, uma vez que, se não houver rejeição de acesso, o problema nem existiria. Um ponto que deve ser mencionado aqui é que a negativa de acesso deve ser prejudicial à concorrência, levando a uma ineficiência econômica, o que significa dizer que concorrentes tão ou mais eficientes não são capazes de ocupar algum lugar no mercado, que poderia levar a um resultado mais eficiente, seja em termos de preço, ou em termos de qualidade na prestação do serviço. Nesse sentido, à semelhança de outros mercados de infraestrutura, as distribuidoras utilizam sua capacidade ociosa de maneira estratégica. No cenário atual, nenhuma distribuidora consegue estar presente de maneira satisfatória em todas as localidades. Por isso, todas elas necessitam negociar contratos de cessão umas com as outras. Assim, quanto mais infraestrutura própria em lugares diferentes uma distribuidora possui, maior seu poder de barganha ao tentar negociar cessão com outras distribuidoras. Ainda, a cessão de espaço depende não só da capacidade ociosa, como também da decisão da empresa potencialmente cedente. As maiores conseguem suportar perdas mais substanciais ao agir estrategicamente para evitar a entrada de uma concorrente menor e indesejada. Mais uma vez, observa-se aqui a presença de vantagens que pendem para o lado das distribuidoras de maior escala e alcance territorial.

A respeito do item (iv) é necessário ressaltar que, como regra geral, qualquer firma é livre para contratar com quem desejar e a legislação de defesa da concorrência e a regulação setorial não podem determinar o compartilhamento ou acesso a uma infraestrutura que torne impraticável ou prejudique o proprietário da instalação no atendimento aos seus clientes de forma satisfatória, afetando negativamente o mercado desta forma. Contudo, cabe ressaltar que em alguns casos é exigido que o proprietário da infraestrutura demonstre que a recusa de acesso aos seus concorrentes é justificável do ponto de vista comercial, ou seja, não pode ser uma negativa de acesso imotivada.

Pode-se dizer, portanto, que o acesso a uma instalação é essencial quando a recusa exclua todos ou a maioria dos concorrentes do mercado. Apesar disso, vale destacar que os legítimos interesses do proprietário da instalação devem ser protegidos por meio da imposição de uma taxa de acesso e outros termos e condições que sejam justos e razoáveis, incluindo o reconhecimento das necessidades atuais e futuras do proprietário para a capacidade das instalações, a fim de evitar comportamentos oportunistas (*free rider* e risco moral) que inibam investimentos sob o princípio da livre iniciativa. Além disso, o acesso ou a obrigação de negociação deve ser essencial para o solicitante, ao invés de meramente conveniente.

Usualmente, a aplicação da doutrina de instalações essenciais ocorre em relação a grandes projetos de infraestrutura, tais como redes de transmissão de eletricidade, gasodutos de transporte, terminais aquaviários, ferrovias, rodovias, portos, mas não em relação a produtos, processos de produção ou a maioria das outras instalações comerciais. Embora definir com precisão a natureza das instalações e atividades econômicas que se enquadram em todos estes requisitos seja uma tarefa potencialmente complexa, uma característica frequente é o envolvimento do governo nessas atividades, seja como financiador ou acionista ou regulador.

Deve pesar, também, na tomada de decisão acerca da imposição da obrigatoriedade de acesso, o fato que tal ação pode se tornar um desincentivo à realização de novos investimentos de infraestrutura, além de características regionais específicas como diferentes graus de integração setorial, histórico de propriedade e de regulamentação, e as ponderações dos objetivos da política de defesa da concorrência.