



**ANÁLISE DO PARECER ANALÍTICO DE REGRAS
REGULATÓRIAS Nº 25/COGEN/SEAE/MF, DE 11 DE
JUNHO DE 2012, SOBRE A CONSULTA PÚBLICA
ANP Nº 06/2012, REFERENTE À
REGULAMENTAÇÃO DO LIVRE ACESSO AOS
DUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, SEUS
DERIVADOS E BIOCOMBUSTÍVEIS**

**Coordenadoria de Defesa da Concorrência
e
Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus
Derivados e Gás Natural**

JULHO 2012



Nota Técnica Conjunta nº 001/2012-CDC-SCM Rio de Janeiro, 04 de julho de 2012

ASSUNTO: ANÁLISE DO PARECER ANALÍTICO DE REGRAS REGULATÓRIAS Nº 25/COGEN/SEAE/MF, DE 11 DE JUNHO DE 2012, SOBRE A CONSULTA PÚBLICA ANP Nº 06/2012, REFERENTE À REGULAMENTAÇÃO DO LIVRE ACESSO AOS DUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, SEUS DERIVADOS E BIOCOMBUSTÍVEIS

I – INTRODUÇÃO

Trata-se de revisão da Portaria ANP nº 115/2000, necessária devido ao previsto no artigo 8º, inciso XXI, da Lei nº 9.478, de 06/08/1997, incluído pela Lei nº 11.909, de abril de 2009, o qual determina, como uma das atribuições da ANP, o registro dos contratos de transporte e de interconexão entre instalações de transporte, inclusive as procedentes do exterior, e os contratos de comercialização, celebrados entre os agentes de mercado. Além disso, a revisão da citada Portaria deve ser promovida, também, para regulamentar o disposto na Medida Provisória nº 532, de 28 de abril de 2011 – convertida na Lei nº 12.490, de 16 de setembro de 2011 – que conferiu à ANP a atribuição de autorizar e regular instalações utilizadas para o transporte e a transferência de biocombustíveis.

Assim sendo, a SCM propôs, em 21 de junho de 2011, minuta de Resolução, a qual foi submetida à consulta pública por 30 dias e, após promovidas as alterações julgadas pertinentes, levado a audiência pública em 28 de novembro de 2011.

Tendo em vista a quantidade de comentários recebidos por ocasião da consulta pública, as intervenções dos inscritos na audiência pública e, principalmente, as relevantes alterações feitas pela equipe técnica da SCM na minuta originalmente disponibilizada, decidiu a SCM pela publicação de nova minuta de Resolução e pela repetição dos procedimentos de consulta, por 15 dias, e audiência pública. Nesse sentido, a SCM emitiu a Nota Técnica nº 010/2012-SCM, de 24/04/2012, que trouxe as justificativas técnicas para as mudanças inseridas na minuta de Resolução.

Em face da apresentação de nova minuta de Resolução da ANP, em 19 de junho de 2012 foi enviado à Diretoria-Geral da ANP o Ofício nº 301/GABON/SEAE/MF, de 11 de junho de 2012, encaminhando o Parecer Analítico

de Regras Regulatórias epígrafado, da Secretaria de Acompanhamento Econômico, no Ministério da Fazenda. Referido documento traz a manifestação da SEAE, nos termos do art. 19, da Lei 12.529/2011, que, em suas considerações finais constatou que *“a opção de subcontratação de serviços de transporte pelo transportador poderia trazer prejuízos à competição e que o custo de transação associado a tal alternativa poderia ser repassado por estes agentes aos carregadores”*.

Sugeriu, ainda, que a ANP apresente: *“(i) as estimativas de custos tributários adicionais para os pequenos carregadores, no caso da alternativa de criação do pool; (ii) a análise comparativa dos benefícios aos pequenos carregadores associados à permissão da contratação, por parte de um transportador, de capacidade de transporte em outro duto, vis-à-vis os custos regulatórios da agência e de transação dos transportadores; (iii) a fixação de limites para determinar os carregadores que podem constituir o pool, caso esta opção seja a escolhida, considerando a escala mínima viável para atuar como carregador”*.

À luz do exposto, a presente Nota Técnica Conjunta, elaborada pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência (CDC) e pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural (SCM) da ANP, tem o objetivo de responder as arguições encaminhadas pela SEAE.

II – CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS ACERCA DO PARECER ANALÍTICO DE REGRAS REGULATÓRIAS Nº 25/COGEN/SEAE/MF

Primeiramente, há que se ter em mente ser fundamental que todo ato administrativo – no caso em tela a Resolução da ANP – quando calcado na discricionariedade técnica, esteja fundamentado em necessidades públicas e tenha motivação técnica, ponderando, pois, os diversos fatores e suas conseqüências. De fato, é necessária a fundamentação técnica, sob o risco do ato eivar-se não na discricionariedade, mas na arbitrariedade, conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limites. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito(...) Equivale à ausência de motivação a invocação formal à competência do agente ou à existência em abstrato de uma norma legal.” (In “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Ed. Saraiva. 2005, págs.258-259).

Nessa esteira, forçoso trazer à baila a necessidade de motivação técnica para as diversas alterações propostas para a Portaria ANP nº 115/2000. Tal justificação foi objeto da Nota Técnica nº 010/2012-SCM. Destarte, questiona-se se citadas alterações não prejudicarão, de alguma forma, o processo concorrencial. O que será feito a seguir.

II.1 ALEGAÇÃO DE QUE A OPÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PELO TRANSPORTADOR PODERIA TRAZER PREJUÍZOS À COMPETIÇÃO E QUE O CUSTO DE TRANSAÇÃO ASSOCIADO A TAL ALTERNATIVA PODERIA SER REPASSADO POR ESTES AGENTES AOS CARREGADORES.

Uma das constatações aludidas na Nota Técnica nº 010/2012-SCM é concernente à parcela relevante dos produtores (potenciais carregadores), que é de pequeno porte e apresentaria custos de transação significativos na contratação de transporte com agentes distintos.

Como forma de mitigar esse cenário, sugeriu-se: (i) a criação de um *pool* de pequenos carregadores contratando com cada um dos transportadores envolvidos; e (ii) a subcontratação da capacidade de transporte por transportadores interconectados, associada ao maior controle das operações por parte da agência, com o objetivo de mitigar o risco de abuso de poder de mercado por parte dos transportadores.

Como já aduzido na presente Nota Técnica, a SEAE ponderou que *“a opção de subcontratação de serviços de transporte pelo transportador poderia trazer prejuízos à competição e que o custo de transação associado a tal alternativa poderia ser repassado por estes agentes aos carregadores”* e que *“a alternativa de criação do pool, sob a ótica de minimização do risco de impactos danosos à concorrência, pode ser a melhor solução no momento para mitigar os custos de transação de acesso dos pequenos carregadores ao sistema de dutos”*.

Alega-se, pois, que os prejuízos à competição ocorreriam caso um determinado transportador concentre grande quantidade de contratos de transporte e use de seu poder de mercado para criar barreiras à entrada de carregadores. Entretanto, não se aprofundando a teoria das *“essencial facilities”* e o direito de acesso às infraestruturas essenciais, no presente caso, em se falando de livre acesso aos polidutos existentes, a reflexão sobre possível restrição à concorrência deve ser feita considerando-se o efetivo acesso à capacidade ociosa e/ou disponível, a qual seria objeto de possível contratação por novos fornecedores.

A contratação de capacidade firme por um único agente não constitui problema desde que esta traduza a efetiva movimentação e desde que não haja restrição de acesso a uma eventual capacidade ociosa/disponível. Assim, apenas seria possível falar em limitação ao número de fornecedores, e em possível problema concorrencial, na hipótese de ocorrer restrição ao acesso à capacidade ociosa e/ou disponível.

Ressalte-se que em ambas as opções ora discutidas, os produtores contratarão apenas com um único agente: o representante do *pool* ou o transportador interconectado.

Não obstante, do ponto de vista da programação da movimentação de carga, há ganhos de eficiência associados à contratação de uma carga única em comparação com a contratação e programação de cargas com carregadores diferentes, pois a movimentação se dá em regime de batelada, o qual consiste na movimentação não-contínua de cada produto. Assim, vislumbra-se, tanto do ponto de vista dos produtores (carregadores), quanto do ponto de vista dos transportadores, menores custos de transação, pois o contrato de transporte seria firmado por um único agente.

Dessa forma, as medidas propostas pela ANP – (i) sugestão de que os pequenos carregadores agreguem suas cargas na forma de um *pool* e negociem conjuntamente contratos com cada um dos transportadores envolvidos; e (ii) a permissão para subcontratação da capacidade de transporte por transportadores interconectados, associada ao maior controle das operações por parte da ANP – têm por objetivo a prevenção de possível exercício abusivo do poder de mercado de transportadores e carregadores, fazendo-se necessárias independentemente da opção regulatória que venha a ser feita, pois procuram oferecer resposta a um problema intrínseco à defesa da concorrência em mercados em que se faz presente a questão do livre acesso a infraestruturas essenciais. Desse modo, os custos regulatórios decorrentes dessas medidas não variam em função das opções regulatórias em questão, sendo necessárias ao bom desempenho da missão legal da ANP de promover a livre concorrência nos mercados relevantes abrangidos.

Ressalte-se ainda que a minuta de Resolução torna possível ambas as opções regulatórias destacadas no parágrafo anterior, na medida em que a implementação da opção (ii) por um conjunto de carregadores não inviabiliza a implementação da opção (i) por iniciativa de outros carregadores.

II.2 ESTIMATIVAS DOS CUSTOS TRIBUTÁRIOS ADICIONAIS PARA OS PEQUENOS CARREGADORES, NO CASO DA ALTERNATIVA DE CRIAÇÃO DO *POOL*

Os custos tributários adicionais para os pequenos carregadores, no caso da alternativa de criação do *pool*, decorreriam da necessária intermediação comercial por este novo agente, uma vez esta impõe uma operação comercial adicional em comparação com a opção de contratação direta com os transportadores.

Contudo, a estimativa de tais custos depende essencialmente do rol de tributos (cada um com suas diferentes modalidades de aplicação) em que incorreria o *pool*, o que depende do modelo de negócios e da forma jurídica a serem adotados pelo *pool*, elementos a serem definidos por cada conjunto de carregadores quando da constituição do *pool* e, por esta razão, não disponíveis *a priori* para esta Agência.

Ressalte-se que os carregadores poderão se associar com esta finalidade sem que para tanto sejam impostas, pela minuta ora em discussão, quaisquer restrições quanto ao tipo ou tamanho do *pool*.

Vale lembrar que os pequenos carregadores não serão obrigados a constituírem *pool* para acesso à capacidade ofertada pelo transportador, ficando livre para a contratação sem intermediários, caso esta seja a alternativa mais eficiente.

II.3 ANÁLISE COMPARATIVA DOS BENEFÍCIOS AOS PEQUENOS CARREGADORES ASSOCIADOS À PERMISSÃO DA CONTRATAÇÃO, POR PARTE DE UM TRANSPORTADOR, DE CAPACIDADE DE TRANSPORTE EM OUTRO DUTO, VIS-À-VIS OS CUSTOS REGULATÓRIOS DA AGÊNCIA E DE TRANSAÇÃO DOS TRANSPORTADORES

A minuta disponibilizada por esta ANP torna possível aos carregadores adotar ambas as opções ora em debate, quais sejam: (i) a criação de um *pool* de pequenos carregadores contratando com cada um dos transportadores envolvidos; e (ii) a subcontratação da capacidade de transporte por transportadores interconectados, associada ao maior controle das operações por parte da agência, com o objetivo de mitigar o risco de abuso de poder de mercado por parte dos transportadores.

Dessa forma, caberá aos próprios carregadores avaliarem, em cada situação concreta, qual o melhor formato de negócios a ser adotado, medindo por si próprios as vantagens e desvantagens associadas a cada uma delas.

Não obstante, em ambas as opções regulatórias aventadas, como já dito anteriormente, faz-se necessária a adoção das medidas propostas pela ANP voltadas para a ampliação da transparência tanto da contratação como da programação da capacidade dos dutos, em razão de serem indispensáveis ao cumprimento da missão legal da ANP de promover a livre concorrência nos mercados relevantes abrangidos.

Desse modo, os custos regulatórios decorrentes da implementação de tais medidas e pela ANP e de seu cumprimento pelos agentes econômicos não servem como critério de comparação entre as opções ora discutidas, razão pela qual torna-se desnecessária sua estimativa para tais fins.

II.4 FIXAÇÃO DE LIMITES PARA DETERMINAR OS CARREGADORES QUE PODEM CONSTITUIR O POOL, CASO ESTA OPÇÃO SEJA A ESCOLHIDA, CONSIDERANDO A ESCALA MÍNIMA VIÁVEL PARA ATUAR COMO CARREGADOR

No que tange à sugestão de fixação de limites quanto ao tamanho máximo dos carregadores que poderiam constituir o pool, destacada no parágrafo 39 e no item (iii) do parágrafo 41, no Parecer Analítico de Regras Regulatórias Nº 25/COGEN/SEAE/MF, tecemos os seguintes comentários:

A definição de carregador proposta na minuta de Resolução permite a constituição de pool de produtores sob o formato que julgarem ser mais conveniente e cuja estruturação seja a mais eficiente possível. Não foram impostas restrições quanto ao tipo ou tamanho do pool a ser utilizado (se condomínio, cooperativa, etc), pois não foi identificado nenhum óbice do ponto de vista concorrencial em quaisquer das alternativas disponíveis.

A fixação de limites para determinação dos carregadores que poderiam constituir o pool, conforme proposto, restringiria a liberdade de associação dos produtores a partir de estimativa de escala mínima viável para a constituição de pool e de uma possível imposição de limite máximo quanto ao tamanho dos

carregadores que poderiam se associar desta forma. A definição de tais limites depende do levantamento de um conjunto de informações sujeitas a assimetrias informacionais e de obtenção custosa. Ainda mais importante, a minuta de Resolução proposta já dispõe de mecanismos voltados para a proteção do acesso de pequenos produtores e/ou carregadores à contratação de capacidade, quais sejam:

(i) No que se refere à contratação firme, os Artigos 14, 15, 16, 17 e 18 determinam que deve ser dada publicidade, mediante publicação no DOU, às solicitações de capacidade firme recebidas pelo transportador, de modo a permitir que outros agentes interessados na contratação desta capacidade manifestem seu interesse em contratar parte da capacidade disponível oferecida;

(ii) No caso da contratação interruptível, vale destacar o incremento da transparência da programação de cargas trazido pelo Artigo 19 da referida minuta. Com a exigência de divulgação de uma programação preliminar e a antecipação dos prazos de divulgação da programação final das cargas a serem movimentadas, tornou-se mais fácil a contratação de capacidade ociosa. Ademais, deve-se ressaltar a possibilidade de arbitragem dos eventuais conflitos relativos à contratação de capacidade ociosa por parte desta Agência, caso provocada por qualquer agente que se considere prejudicado com uma negativa de acesso por parte de um transportador.

Deste modo, consideramos que a medida sugerida acarretaria custos regulatórios associados à sua implementação pela ANP, bem como significativas incertezas relacionadas à aferição da escala mínima viável para atuar como carregador e do limite máximo quanto ao tamanho dos carregadores que poderiam constituir um pool.

Por fim, esclarecemos que a minuta proposta tem por linha condutora ampliar as possibilidades de modelos de negócio à disposição dos agentes, sem deixar, contudo de oferecer ao órgão regulador informações e mecanismos para uma atuação preventiva e repressiva de comportamentos indesejáveis, seja do ponto de vista regulatório, seja do ponto de vista concorrencial.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Nota Técnica Conjunta, elaborada pela CDC e pela SCM teve por objetivo oferecer resposta aos comentários encaminhados pela SEAE, por meio do Parecer Analítico de Regras Regulatórias nº 25/COGEN/SEAE/MF.

Ao longo das seções anteriores foram comentados os questionamentos sintetizados nas considerações finais do Parecer Analítico acima mencionado, reforçando-se a motivação pela opção regulatória refletida na minuta de Resolução disponibilizada em sede da Consulta e Audiência Pública nº 06/2012 desta ANP.

Sem prejuízo do disposto na presente Nota Técnica Conjunta, conforme já exposto na Nota Técnica ANP nº 010/2012-SCM, de 24/04/2012,

acredita-se que as alterações propostas na minuta de Resolução foram elaboradas de forma a ampliar e flexibilizar as modalidades de contratos entre agentes, uma vez que está sendo proposto um padrão para contratação de capacidade de transporte de petróleo, seus derivados e biocombustíveis. Ponderados os benefícios e os riscos desta flexibilização, fizeram-se necessárias alterações nas regras de programação e aprovação de contratos, de modo a garantir a capacidade de supervisão tanto da ANP quanto dos agentes de mercado.

Na nova minuta proposta foi mantida a necessidade da observância de importantes e consagrados princípios, tais como o do livre acesso, o da não-discriminação e isonomia para a oferta de capacidade e o da preferência do proprietário.

Por fim, cumpre destacar que foi incluído no escopo da Resolução o transporte de biocombustíveis, em consonância com as alterações promovidas pela Lei nº 12.490/11 (MP nº 532/11) na Lei 9.478/97.

Pelo exposto,

SCM

CDC

Guilherme De Biasi Cordeiro

Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados,
Álcool Hidratado Combustível e Gás Natural

Douglas Pereira Pedra

Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados,
Álcool Hidratado Combustível e Gás Natural

Helio da Cunha Bisaggio

Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados,
Álcool Hidratado Combustível e Gás Natural

Rodrigo Milão de Paiva

Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados,
Álcool Hidratado Combustível e Gás Natural

De acordo:

De acordo:

JOSE CESÁRIO CECCHI

Superintendente

**LÚCIA MARIA NAVEGANTES
DE OLIVEIRA BICALHO**

Chefe de Coordenadoria