

CONTRIBUIÇÕES IBP À CONSULTA PRÉVIA ANP Nº 04/2023

Pergunta 4.1 - O problema regulatório e as causas raízes foram corretamente identificados?

Inicialmente parabenizamos a ANP pela realização da consulta prévia para a obtenção de subsídios e desenvolvimento de AIR. Acreditamos que a medida fortalece o rito regulatório, a participação social e a consistência dos resultados. Nesse sentido, apresentamos nossas contribuições preliminares, sem prejuízo de aprofundamentos futuros ao longo dos debates.

Em que pese o problema regulatório tenha sido identificado como “o papel do produtor de derivados de petróleo na atividade de armazenagem dentro da cadeia produtiva do petróleo”, entendemos que esta é apenas uma parte do problema. O cerne da questão está em como a Agência entende a prestação de serviços de armazenagem ao longo da cadeia, e envolve não somente os produtores, mas também outros agentes, sendo aspecto central para garantir a segurança energética do país e promover a concorrência e a eficiência do mercado. Este problema mais amplo deve ser avaliado de maneira cautelosa pela Agência.

É possível identificar relação entre este tema e a regulamentação de infraestruturas, bem como os debates sobre os papéis e responsabilidades dos agentes e sobre a isonomia concorrencial, os quais devem ser analisados de forma harmônica, clara e objetiva, sob pena de se incorrer em incoerências regulatórias, externalidades não previstas e falhas de mercado.

A liberdade econômica e a regulação devem ser tratadas como fatores complementares, coexistindo de forma equilibrada e proporcional para garantir um ambiente de negócios justo, eficiente e seguro. Cada agente econômico possui sua “função primordial”, ou seja, seu *core business*, que deveria ser sempre aderente à autorização para o exercício da atividade que desempenha, ressaltando seu papel em cada elo da cadeia. Nesse sentido, apontamos ainda o papel da fiscalização para garantir essa compatibilidade.

Pergunta 4.2 - Existem causas raízes que não foram identificadas?

Sim, causas raízes adicionais podem ser elencadas, como incompatibilidades conceituais e o déficit da infraestrutura nacional. Por este motivo, é necessário avaliar a regulamentação da infraestrutura de forma mais ampla e sistêmica, visando identificar o papel de cada agente econômico na armazenagem/movimentação ao longo da cadeia produtiva e garantir a isonomia entre aqueles que exercem atividades similares.

Cabe destacar que, por ocasião das discussões de acesso de terceiros aos terminais aquaviários, foram apresentados argumentos que apontavam a necessidade de distinguir os tipos de infraestrutura e a regulamentação adequada para cada caso.

Nesse sentido, outra reflexão necessária é sobre a governança dos processos regulatórios de modo a garantir coerência entre conceitos comuns em discussões diferentes conduzidas por diferentes áreas.

Pergunta 4.3 - Além da dedução realizada pela SPC de que o problema regulatório referiu-se à potencial concorrência entre refinadores e terminais aquaviários em bases desiguais, há outra interpretação possível ao problema regulatório identificado desse histórico?

Historicamente a SPC entendeu que o problema regulatório era a “potencial concorrência entre refinadores [e produtores] e terminais aquaviários em bases desiguais”. A SPC, na nota técnica, manifesta entendimento que o problema regulatório, na verdade, seria “o papel do produtor de derivados de hidrocarbonetos líquidos no serviço de armazenagem dentro da cadeia produtiva do petróleo”.

Entendemos que são dois problemas distintos, que demandariam análises e soluções diferentes. Sem prejuízo de estas discussões serem aprofundadas, elas também devem harmonizadas. Nos parece que isto é reflexo de um problema mais amplo: a ausência de um marco regulatório de infraestrutura, que promova a simetria concorrencial e defina o conceito de instalação essencial, a fim de evitar que os problemas sejam enfrentados de forma fragmentada.

Desta forma, a Agência deveria aprofundar o papel da armazenagem/movimentação ao longo da cadeia pelos diferentes elos, garantindo o tratamento isonômico entre os agentes.

A título exemplificativo, há permissões para as mesmas atividades entre agentes distintos, onde algumas informações são divulgadas pela Agência, enquanto não há divulgação para outras. Assim, entendemos ser necessário promover maior clareza dos papéis e responsabilidades dos agentes no abastecimento nacional.

Pergunta 4.4 - Existem outros elementos relevantes que foram desconsiderados na análise histórica do processo de revisão que resultou na atual redação do art. 26 da Resolução ANP nº 852/2021?

O escopo da consulta pública nº 16/2020, que culminou com a publicação da RANP 852/2021, consistia na produção, na comercialização e na prestação de serviços por parte de produtores.

Acreditamos que as questões concorrenciais e de infraestrutura deveriam ter sido mais bem aprofundadas – idealmente em uma AIR - em função do redesenho de papéis e responsabilidades. Esses recortes da análise regulatória, em geral, não observam aspectos sistêmicos.

Além disso, no caso do arranjo Petrobras-Braskem, citado na nota técnica, aparentemente não foi considerada a especificidade das atividades desenvolvidas na Central Petroquímica, a qual recebe nafta petroquímica e produz insumos para fornecimento de matérias-primas para a indústria química, sendo essas atividades não reguladas pela ANP. Ademais, a situação específica deste arranjo logístico é preexistente e, portanto, deve ser observada, considerando que eventuais rearranjos poderão implicar em custos e ineficiências operacionais.

Pergunta 4.5 – Todas as atividades de armazenagem e movimentação devem ser consideradas como um único mercado pela ANP?

Não, as atividades são distintas, embora não possam ser facilmente dissociadas. Cabe destacar que movimentação e armazenagem podem, ainda, ser realizados por carregadores proprietários ou prestadores de serviços, sendo necessário aprofundar estas questões para regular de maneira apropriada. A tentativa de tratar as atividades de armazenagem e movimentação como um único mercado pode ensejar complexidades regulatórias e falta de aderência às realidades do setor, devido à dificuldade de desassociá-las.

Não obstante, é importante distinguir o que é uma INFRAESTRUTURA essencial, do ponto de vista da teoria econômica e da Doutrina de Instalações Essenciais, o que não deve ser confundido com uma ATIVIDADE essencial.

A Constituição Federal define como bens e serviços essenciais aqueles relativos aos combustíveis, porém tal definição é estabelecida de forma abrangente, para fins de bem-estar da sociedade e incidência do imposto.

No caso da infraestrutura, a teoria econômica aponta como ativos essenciais aqueles que se constituem como único meio de acessar um dado mercado, ou seja, trata de uma excepcionalidade que demanda uma regulação específica e obedece a alguns critérios reconhecidos internacionalmente.

Caso estes conceitos de essencialidade sejam confundidos, segue-se uma tendência de considerar todos os ativos envolvidos na armazenagem e movimentação de combustíveis como infraestruturas essenciais, sujeitas ao

regramento de acesso, sem a devida observância de preceitos fundamentais da teoria econômica, o que certamente gerará externalidades nos investimentos em infraestrutura.

Situações em concreto também devem ser levadas em consideração, quando essas são centrais para o arranjo logístico e manutenção das operações existentes, considerando, especialmente, o contexto histórico no qual a infraestrutura foi modelada e os investimentos foram realizados, o que não justificaria alterações físicas nestas instalações que estão sendo suficientes para a operação.

Vale destacar que, ao abordar o tema da essencialidade de ativos, a OCDE alerta sobre a necessidade de se distinguir ativos públicos, privados regulados e privados não regulados, pois *“o acesso compulsório pode diminuir os incentivos privados ao investimento e à inovação”*

Ressaltamos que não somos contrários ao regramento do acesso a ativos essenciais no conceito da teoria econômica, porém entendemos que a Lei 9.478/1997 não esclarece o conceito de forma adequada e possibilita entendimentos ambíguos e antagônicos à Doutrina de Instalações Essenciais.

Pergunta 4.6 - A limitação da oferta do serviço de armazenagem por produtores de derivados de petróleo limita a concorrência no mercado de armazenagem?

Entendemos que a afirmação carece de dados e concretude. Pode até ser uma teoria válida para o aspecto genérico, mas em casos ou em regiões específicas, pode ter resultados diferentes.

Por este motivo, deve ser promovida a simetria regulatória entre os papéis e responsabilidades dos agentes que porventura exerçam atividades similares, de forma a garantir um ambiente atrativo a investimento. Por exemplo, quando um determinado agente teria seu *core business* modificado? Apenas quando não ultrapassar 50% de sua atividade principal? Qual deve ser este gatilho? No caso de o agente ter seu *core business* modificado, como garantir a aderência de sua atividade à autorização expedida pela Agência?

Desta forma, a possibilidade de produtores ofertarem capacidade de armazenagem, deve ser aprofundada observando os seguintes aspectos:

- 1) Os papéis e responsabilidades dos agentes devem ser compatíveis com as atividades exercidas; por exemplo, o papel de um produtor deveria incluir a análise se ele utiliza a tancagem de forma preponderante para a produção, ou se ele presta mais serviços de armazenagem do que é esperado; nesses casos, devem ser analisadas medidas como a obtenção de uma autorização adicional como terminal ou, eventualmente, ter revogada sua autorização como produtor e ser caracterizado exclusivamente como terminal;
- 2) Em caso de uma eventual ampliação da prestação de serviço de armazenagem em detrimento da produção, a regulação deveria endereçar o parâmetro aceitável a partir do qual o agente deixaria de ser produtor para ser, por exemplo, um operador logístico – a questão deveria ser aprofundada em benefício da isonomia com os terminais; essa definição é fundamental, ainda, para o trabalho de fiscalização de forma a garantir a compatibilidade das atividades exercidas às autorizações do agente;
- 3) A segregação mandatória da tancagem para a constituição de um terminal nos parece inadequada. As soluções logísticas, especialmente aquelas estruturais e históricas, deveriam ser preservadas;
- 4) É necessário que a classificação de uma infraestrutura essencial seja compatível com a teoria econômica, notadamente a Doutrina de Instalações Essenciais. O conceito da ANP de “movimentação” ser uma atividade essencial é inapropriado e leva a distorções sobre a forma como o mercado se organiza de forma eficiente. Além disso, deve ser analisado se há interesse de terceiros no acesso, caso contrário, não há por que regular a questão do acesso.
- 5) Em caso de uma solução mais perene na qual o ativo seja caracterizado como uma infraestrutura essencial, a análise deveria ser realizada do ponto de vista da excepcionalidade e da temporalidade da situação, a fim de estabelecer as medidas aderentes ao caso concreto respeitando-se a Doutrina.

Pergunta 4.7 - Qual a motivação técnica, econômica ou concorrencial para limitar a oferta dos serviços de armazenagem por parte dos produtores de derivados de petróleo?

Os elementos apresentados na nota técnica não fornecem informações suficientes para responder à questão, demandando aprofundamentos na AIR. Eventual oferta dos serviços de armazenagem e/ou movimentação, deve ser precedida por maior clareza e delimitação dos papéis e responsabilidades dos agentes que exercem a atividade, preservando a isonomia de obrigações e respeitando o conceito econômico de essencialidade, quando aplicável, sob pena de se desestimular investimentos no setor privado.

Por este motivo, entendemos que a Agência deveria avaliar a transversalidade da regulação da infraestrutura ao longo da cadeia, buscando harmonizar os conceitos e normas nos diferentes marcos regulatórios, sob pena de se criar assimetrias e externalidades não desejadas.

Pergunta 4.8 - A atual limitação da oferta de serviço de armazenagem dos produtores de derivados de petróleo instituiu reserva de mercado ao excluir esses agentes da oferta desse serviço?

Os elementos apresentados na nota técnica não fornecem informações suficientes para responder à questão, demandando aprofundamentos na AIR.

A Lei 13.874/2019 estabelece, como dever da administração pública, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, a necessidade de dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos. Neste sentido, deve ser promovida uma discussão mais ampla dos papéis e responsabilidades dos agentes antes de responder à questão proposta.

Cabe destacar que a observância da Lei não deve ser confundida com a possibilidade irrestrita de qualquer agente desempenhar atividades sem exigências compatíveis, necessárias e fundamentadas, a fim de se evitar a geração de assimetrias concorrenciais.

Pergunta 4.9 - No caso de um produtor de derivados de petróleo sem acesso às instalações que a legislação nacional garante o direito de terceiros a acessarem, qual é a justificativa técnica, econômica ou concorrencial para limitar a oferta do serviço de armazenagem?

Entendemos que não é possível responder à pergunta de forma assertiva sem analisar detalhadamente a operação do agente vis à vis seus papéis e responsabilidades no abastecimento, que devem ser compatíveis com a autorização ao exercício de suas atividades. O agente em questão está produzindo? Suas atividades são compatíveis com sua autorização? Há isonomia com agentes que exercem atividades similares?

No caso específico, a depender da preponderância da atividade exercida, o agente deveria ser autorizado como terminal. É imprescindível que a fiscalização verifique sistematicamente sobre a compatibilidade da autorização dos agentes às atividades desempenhadas.

Por exemplo, identificamos que a nota técnica não aborda o quadro de boias que conecta o agente à Baía da Guanabara, o que poderia corroborar ainda mais a necessidade de caracterização deste agente como um terminal aquaviário sujeito ao acesso de terceiros e às obrigações estabelecidas pela RANP 881/2022, incluindo a obrigação de desverticalização para agentes que movimentam suas próprias cargas.

Pergunta 4.10 - Como as normativas que garantem o direito de terceiros acessarem às instalações de transporte de combustíveis regulados pela ANP amparam a restrição à atividade de armazenagem por parte dos produtores, tal como alegado pelo parágrafo 4.19 do Parecer nº 7/SIM-CAL?

Não há que se falar em acesso a ativos de armazenagem se estes não forem necessários à movimentação.

Novamente cabe destacar que o IBP tem se posicionado no sentido de revisão do conceito de essencialidade até então manifestado pela Agência. Durante as discussões que culminaram com a publicação da RANP 881/2022, o IBP manifestou-se contrário à interpretação da SIM quanto à interpretação dos dispositivos legais que norteiam o regramento do acesso de terceiros a infraestruturas e apontou incongruências com a Doutrina de Instalações Essenciais.

Assim, o Instituto reforça a necessidade de uma avaliação da regulação de infraestrutura de forma transversal com observância da teoria econômica e da experiência internacional, especialmente os preceitos da doutrina de ativos essenciais que apontam para a excepcionalidade necessária para aplicação do conceito.

Nesse sentido, corroboramos o entendimento da SPC e da OCDE que, havendo a possibilidade de replicar a infraestrutura, um determinado ativo não deve ser considerado essencial e não deve estar sujeito ao acesso compulsório de terceiros, sem prejuízo de permitir àquele agente estabelecer parcerias para o desenvolvimento de soluções conjuntas com outros agentes, desde que sejam estabelecidos critérios isonômicos entre aqueles que exercem a mesma atividade. Além desse critério, há outros parâmetros a serem observados que serão apontados ao longo de nossas contribuições.

Inclusive, é justamente a possibilidade de replicação da infraestrutura um dos fundamentos de nossos posicionamentos: os terminais aquaviários deveriam ser analisados sob os critérios da teoria econômica para fins de concessão de acesso.

Pergunta 4.11 - A "função primordial", tal como delimitado no Parecer nº 7/SIM-CAL, dos produtores de derivados de petróleo e dos terminais terrestres é um item habitual em análises concorrenciais? Há amparo teórico para a análise de diferentes "funções primordiais" na promoção da concorrência no mercado de armazenagem de produtos regulados pela ANP?

Concordamos com a SPC que a "função primordial", vista de forma isolada, não é capaz de delinear aspectos concorrenciais, sendo necessário avaliar outros parâmetros tais como poder de mercado e mercado relevante, incluindo dimensões geográficas e de produto.

Não obstante, a "função primordial" deve servir de amparo para a fundamentação dos papéis e responsabilidades dos agentes. A fiscalização deve garantir que os agentes estejam exercendo as funções compatíveis para as quais estão autorizados.

Assim, não deveria ser possível que este agente passasse a prestar serviços de armazenagem de forma preponderante e continuar com a mesma autorização. Estes limites não são claros na regulamentação e devem ser objeto de aprofundamento.

Pergunta 4.12 - À luz das diretrizes emanadas pela LEI 13.874/2020, particularmente seus artigos 2º e 4º, a atual restrição à atividade de armazenagem em produtores de derivados de petróleo visando limitar a atuação desse agente a sua "função primordial", tal como delimitado no Parecer nº 7/SIM-CAL, é justificada do ponto de vista concorrencial?

Conforme destacamos, os limites dos papéis e responsabilidades nos agentes não são tão claros na regulamentação e devem ser objeto de aprofundamento. Provavelmente por este motivo, a SIM defendeu uma limitação à atividade econômica tentando promover mais clareza a estes limites.

Não obstante, ao proceder desta forma, contribuiu para o desenvolvimento de uma regulação que vai de encontro à Lei 13.874/2019, pois a redação final da norma impede a adoção de modelos de negócios e introduz limites à

livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas. Entendemos que, *a priori*, deveriam ser preservadas as soluções logísticas constituídas historicamente que operam de forma eficiente e não criam assimetrias concorrenciais.

Cabe destacar que, por ocasião das discussões sobre o acesso de terceiros aos terminais aquaviários que culminou com a publicação da RANP 881/2022, o IBP também observou algumas incompatibilidades com a Lei da Liberdade Econômica, tais como a criação de ônus sem evidências do problema regulatório, a imposição do *unbundling* para todos os carregadores proprietários, a ausência de demonstração de benefícios, a previsão de intervenções administrativas e em contratos e a não realização de AIR.

Pergunta 4.13 - No caso da REFAP, a substituição do produtor de derivados de petróleo por terminal terrestre, considerando a sua "função primordial", é elemento suficiente para promover a concorrência naquele mercado?

Não. Conforme item 4.11, a "função primordial", vista de forma isolada, não é capaz de delinear aspectos concorrenciais, sendo necessário avaliar outros parâmetros tais como poder de mercado e mercado relevante para um dado produto.

Não obstante, a "função primordial" deve amparar a fundamentação dos papéis e responsabilidades dos agentes. A fiscalização deve garantir a aderência dos papéis e responsabilidades à autorização outorgada, ou seja, que os agentes estejam exercendo as funções e cumprindo as obrigações compatíveis com as atividades para as quais estão autorizados.

Por exemplo, não deveria ser possível que um agente produtor ("função primordial") passasse a prestar serviços de armazenagem ("função secundária") de forma regular e preponderante sem uma revisão/adequação de sua autorização. Estes limites não são claros na regulamentação e devem ser objeto de aprofundamento.

Cabe destacar que a nota técnica fala em contestação do mercado da refinaria na análise de uma solução de mercado desenvolvida pela Petrobras e pela Braskem, com investimento de ambas e, aparentemente, sem qualquer histórico de tratar-se de um mercado inacessível ou com indícios de algum tipo de conduta anticompetitiva que enseje regulação.

Além disso, os insumos produzidos na Central Petroquímica fornecem matérias-primas para a indústria química, os quais não concorrem com o setor de combustíveis. Eventuais regulações da Agência podem afetar um outro setor e isto não foi avaliado.

Ainda, concordamos com a SPC que não é possível afirmar que a proposta aventada de se replicar a infraestrutura amplia concorrência, até porque não foi feita nenhuma análise de volume, número de atores e abrangência daquele mercado.

Mais do que isso, a proposta não faz sentido do ponto de vista da alocação do capital da sociedade. Por que um agente deveria replicar a solução que já está funcionando para ele e nunca houve qualquer questionamento? Não faria mais sentido que o agente investisse esse capital em um outro local que demandasse infraestrutura? Não seria o caso de um outro agente interessado (caso houvesse) investir na infraestrutura local?

Entendemos que estas questões emergem de problemas conceituais na regulação de infraestrutura e na avaliação da dinâmica concorrencial.

Destacamos que há notícias de projetos de infraestrutura que haviam sido planejados e foram reavaliados/postergados em função da insegurança regulatória decorrente de normas recentes – a intenção de promover a concorrência pode estar contribuindo para inibir investimentos e, conseqüentemente, a concorrência.

Pergunta 4.14 - No caso da REFAP, como a sua conversão em terminal terrestre alteraria o direito de terceiros acessarem o duto de transporte ou o sistema de transporte? Quais as implicações da sua conversão em terminal terrestre para o direito de terceiros acessarem o sistema de transporte?

Entendemos que não haveria qualquer alteração, uma vez que os terminais terrestres não estão sujeitos ao regramento do acesso de terceiros, não havendo o que se falar de acesso a este tipo de ativo.

No caso dos dutos, estes sim estão sujeitos ao acesso de terceiros pela RANP 35/2012, cabendo uma negociação entre as partes e eventual realização de investimentos por terceiros interessados em acessar o duto.

Pergunta 4.15 - Existe alguma restrição ou limitação a atuação de agentes da cadeia produtiva do petróleo na operação ou propriedade de terminais terrestres? Mais precisamente, a Petrobras pode continuar a operar eventual terminal terrestre a partir da segregação dos tanques de armazenagem da REFAP ou há algum impedimento regulatório/legal?

Não temos conhecimento de qualquer restrição ou limitação à atuação de agentes da cadeia, na operação ou propriedade de terminais terrestres, exceto à observância dos requisitos legais e infralegais para a implementação do empreendimento e sua operação, devendo ser observada a isonomia concorrencial entre agentes.

Não obstante, consideramos que a imposição de segregação de tancagem aventada na nota técnica impõe custos sem demonstração de benefícios e, eventualmente, pode impactar soluções logísticas estruturais/históricas encontradas legitimamente pelo mercado na busca de sinergias, o que é comum na indústria de petróleo.

Por estes motivos, defendemos o aprofundamento destas questões em um marco regulatório de infraestrutura.

Pergunta 4.16 - Consegue identificar mais impactos positivos ou negativos em cada agente listado? Quais?

Sim. A nota técnica indica que “há ganhos para a sociedade com o aumento tanto da oferta, quanto da quantidade de competidores neste mercado.” Contudo, entendemos que o aumento da competição não decorre meramente do aumento da oferta [da capacidade existente] e da entrada de novos atores.

É necessário que haja um equilíbrio entre a oferta de infraestrutura via otimização dos ativos existentes e por meio do desenvolvimento de novos ativos, de forma a possibilitar aos agentes o uso de diferentes arranjos logísticos, observando a manutenção da isonomia concorrencial entre eles.

No contexto deficitário da infraestrutura do país, a Agência deveria valorizar os agentes que se comprometem com o desenvolvimento de novas instalações, e não apenas os *free-riders* beneficiados pela busca de otimização dos ativos existentes.

Pergunta 4.17 - Existem outros atores impactados direta ou indiretamente que não foram identificados? Quais?

No caso Petrobras-Braskem, citado na nota técnica, aparentemente não foram contemplados eventuais impactos na indústria petroquímica que se beneficia da nafta transportada no sistema em análise.

Ainda, cabe destacar que a transição energética é outro elemento importante que afeta todos os atores e deve ser aprofundado, pois pode demandar o fortalecimento de cadeias logísticas regionalizadas, e a regulamentação deve acompanhar estas mudanças.

Pergunta 5.1 - Existe base legal adicional que não foi citada? Qual?

Entendemos que há ambiguidades na interpretação da Lei do Petróleo que se desdobram em uma regulamentação do acesso incompatível com a *Doutrina de Instalações Essenciais*. Isto tem levado a interpretações extensivas que devem ser evitadas, sob pena de se afastar investimentos conforme preconiza a OCDE.

Sob a égide de um possível aumento de competitividade no setor, o acesso de terceiros a infraestruturas foi muito discutido nos últimos anos. Os fundamentos legais estão expressos na Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo):

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

(...)

§ 2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.

(...)

Ocorre que o texto legal não estabelece o conceito de essencialidade. Embora esteja claro que “será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos”, o comando legal não esclarece se caberia distinção e diferentes níveis de aplicação na “regulamentação aplicável” – por exemplo, tratar um *ex-ante* e outro *ex-post*, promovendo maior aderência à teoria econômica.

O fato é que a ANP regulou o acesso de terceiros aos terminais com regras muito parecidas com a regulação dos dutos, considerando ambos como ativos essenciais, embora sejam infraestruturas com características muito distintas. Mais do que isso, ampliou o escopo da norma para os terminais fluviais e lacustres ao regulamentar o acesso aos “terminais aquaviários”, em desalinho com a *Doutrina de Infraestruturas Essenciais*, que aponta para a excepcionalidade como requisito à regulação do acesso, e é amplamente reconhecida na experiência internacional.

Desta forma, emergiram incertezas quanto ao direito de propriedade e ao tratamento para comportamentos oportunistas.

Novamente destacamos o entendimento da OCDE, que “o acesso compulsório pode diminuir os incentivos privados ao investimento e à inovação”, corroborando a excepcionalidade da aplicação das regras de acesso em uma economia de mercado.

Assim, a regulação de acesso, no caso mais clássico, ocorrerá onde não há possibilidade de acessar um determinado mercado por uma infraestrutura existente, nem condições de investimento para replicá-la. É o caso dos terminais aquaviários destinados à movimentação de carga própria que, em geral, convivem com terminais voltados à prestação de serviços, não se constituindo qualquer barreira para acesso aos mercados.

Neste sentido, entendemos que caberia à ANP considerar a *Doutrina de Instalações Essenciais*, de forma a delimitar os dutos e terminais que devem ser submetidos ao acesso de terceiros e seus respectivos níveis de regulação. Nem todo duto e nem todo terminal necessariamente se conformam ao conceito de ativo essencial da teoria econômica, e isto deve ser revisado na regulação da Agência.

O quadro abaixo ilustra diferenças conceituais entre estas infraestruturas.

	Dutos de transporte	Terminais Aquaviários
Características	Monopólios Naturais / infraestrutura de rede	Possibilidade de falhas de mercado ou comportamentos anticompetitivos
Concorrência	Limitada mediante acesso	Ampla oferta de prestação de serviços intraporto e interportos
Atuação Regulatória	<i>ex-ante</i> : estabelece como se comportar ou “o que fazer”	<i>ex-post</i> : estabelece “o que não fazer” e age após constatação de infração
Modelos de negócios	Padronização dos modelos permitidos e dificuldade de replicação	Diversidade de modelos de negócios e possibilidade de replicação
Impacto sobre investimentos	Menor flexibilidade para inovações	Maior incentivo aos investimentos por meio da diversidade de modelos de negócios

Assim, reforçamos que o conceito de essencialidade aponta para uma excepcionalidade como requisito para a concessão do acesso a terceiros, na medida da impossibilidade de acessar mercados sem a utilização daquele ativo.

Segundo a doutrina, a parte interessada deveria comprovar pelo menos 4 características para que uma infraestrutura seja considerada essencial, a saber:

- (i) controle por um único agente;
- (ii) impossibilidade de duplicação da infraestrutura pelo concorrente;
- (iii) negativa de acesso à infraestrutura para o concorrente; e
- (iv) capacidade de dar acesso ao concorrente àquela infraestrutura.

Reforçamos que este conceito é reconhecido internacionalmente. No Brasil, EPE e CADE também já manifestaram convergência a estes princípios.

Outra reflexão necessária diz respeito à questão temporal, uma vez que eventuais mudanças nos mercados ou no desenvolvimento da infraestrutura podem gerar outras configurações e ensejar novas análises.

Assim, visando cumprir o mandamento legal de “*promover a máxima utilização da capacidade de transporte*”, as regras de acesso vigentes podem promover impactos negativos no desenvolvimento da infraestrutura do país, que atualmente apresenta expressivo déficit, indo na contramão do que se deseja em termos de atração de investimentos e expansão da infraestrutura ao não reconhecer tais diferenças.

Nesse sentido, a OCDE também afirma que a competição baseada no acesso é uma alternativa do tipo “segundo-melhor” (*second-best*) se comparada com a competição baseada na disponibilidade de infraestrutura. Diversos estudos apontam na mesma direção concluindo que o compartilhamento compulsório afeta investimentos.

No limite, a simples entrada de novos agentes competindo pela mesma infraestrutura deficitária implicará em aumento gradual da demanda por estes ativos escassos, levando ao aumento dos custos de movimentação e até mesmo a eventual comprometimento do abastecimento nacional.

Destacamos que esta elevação de custos afetará diretamente o abastecimento nacional, o custo Brasil e a competitividade da indústria no país, caso não sejam promovidos os ajustes necessários. Sem contar que a utilização de uma mesma rota logística, a partir da mesma origem, tem impacto muito limitado na competição, exceto no caso de ativos essenciais; assim, pouco ou nada contribuirá para acesso aos mercados ou redução dos custos do abastecimento.

Cabe destacar que não somos contrários ao regramento de acesso, mas defendemos que ele seja aplicado conforme a teoria econômica e as melhores práticas internacionais. Por isso, destacamos a necessidade de um marco regulatório de infraestrutura, com conceitos comuns e compartilhados, inclusive, com outros órgãos.

Pergunta 6.1 - O objetivo geral está bem delimitado?

Pergunta 6.2 - Existem outros elementos a serem incorporados ao objetivo? Quais?

Entendemos que o objetivo geral deve ser o desenvolvimento de um marco regulatório de infraestrutura, a fim de evitar fragmentação de conceitos e assimetrias regulatórias. Neste sentido, é fundamental considerar três dimensões principais:

LIBERDADE ECONÔMICA	PAPEIS E RESPONSABILIDADES	ACESSO A INFRAESTRUTURAS
<ul style="list-style-type: none">• Garantir a Liberdade Econômica sem desorganizar o setor• Promover a livre negociação entre as partes	<ul style="list-style-type: none">• Garantir a isonomia concorrencial• Promover maior clareza sobre os limites regulatórios das atividades inter e intra elos da cadeia• Avaliar o papel da armazenagem de forma transversal aos elos em um marco regulatório de infraestrutura• Garantir aderência da autorização à atividade exercida	<ul style="list-style-type: none">• Introduzir o conceito de ativo essencial reconhecido por EPE e CADE• Distinguir atividade essencial de ativo essencial• Indicar inadequação do conceito de movimentação essencial• Aprofundar relações entre os conceitos de movimentação e armazenagem