



DESVERTICALIZAÇÃO NO TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS

Superintendência de Infraestrutura e Movimentação - SIM

Julho de 2018

Diretoria Técnica

José Cesário Cecchi

Superintendente de Infraestrutura e Movimentação

Helio da Cunha Bisaggio

Superintendente Adjunta de Infraestrutura e Movimentação

Luciana Rocha de Moura Estevão

Assessor de Infraestrutura e Movimentação

Marco Antonio Barbosa Fidelis

Equipe Técnica da SIM

Alessandra Silva Moura

Almir Beserra dos Santos

Amanda Wermelinger Pinto Lima

Bruno Felipe Silva

Eduardo Assumpção

Felipe da Silva Alves

Guilherme Biasi

Jader Rocha

Leandro Mitraud Alves

Leonardo Jardim da Silva Faria

Luciano Veloso

Magno Antônio Calil Resende Silveira

Marcello Gomes Weydt

Marcio Bezerra de Assumpção

Mário Jorge Figueira Confort

Priscila Raquel Kazmierczak

Thiago Armani Miranda

Equipe Administrativa da SIM

Maria Ferreira Morris

Mina Saito

Responsáveis pela Elaboração da Nota Técnica

Alessandra Silva Moura

Luciano Veloso

Marco Antonio Barbosa Fidelis

ÍNDICE

I – Introdução.....	5
II – Atuação verticalmente integrada no segmento de transporte de combustíveis	6
<i>II. 1 O desenho da infraestrutura e dos fluxos logísticos de combustíveis como barreira ao mercado</i>	<i>9</i>
<i>II. 2 O Desinvestimento de Ativos anunciado pela Petrobras.....</i>	<i>13</i>
<i>II.3 – Vantagens e desvantagens de uma indústria verticalmente integrada.....</i>	<i>16</i>
III –Transição para um mercado concorrencial	17
<i>III.1- Do Acesso a Terceiros</i>	<i>17</i>
<i>III.2 – A doutrina de instalações essenciais (“essential facilities doctrine”) para permitir acesso às unidades de refino e terminais terrestres</i>	<i>19</i>
IV – Considerações finais	23



Nota Técnica nº 08/2018-SIM

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2018

ASSUNTO: DESVERTICALIZAÇÃO NO TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS

Esta Nota Técnica apresenta considerações acerca da necessidade de introdução de separação societária (full ownership unbundling) no segmento de transporte de combustíveis líquidos.

I – Introdução

Tendo em vista o objetivo estratégico da ANP de fomentar investimentos na produção, distribuição e revenda de derivados de petróleo e de biocombustíveis, esta Nota Técnica apresenta o entendimento da SIM/ANP acerca da necessidade de *unbundling*¹ societário nos segmentos de transporte dutoviário e aquaviário de combustíveis, tendo em vista que a aceitação do modelo de integração vertical nestes segmentos vem se configurando como um desestímulo ao uso eficiente à infraestrutura de transporte de combustíveis nacional e ao efetivo acesso de terceiros à esta infraestrutura essencial. O *unbundling* do transporte é condição importante para estimular novos entrantes no mercado de fornecimento de combustíveis, isto é, na produção e importação destes produtos.

Para tanto, a Nota Técnica está dividida em quatro seções, além desta introdutória e da bibliografia. Inicialmente, a Nota descreve, na Seção II, o histórico que levou à atual situação de controle por parte da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS² sobre a atividade de transporte de combustíveis no Brasil, apesar da tentativa de abertura de mercado com a flexibilização do monopólio introduzida pela Lei do Petróleo. Em seguida, na Seção III, estão identificadas as vantagens e desvantagens de uma indústria verticalmente integrada e seus impactos sobre os diferentes elos da cadeia de valor da indústria.

¹ O princípio do *unbundling* refere-se à independência entre os diversos segmentos da cadeia produtiva da indústria do petróleo.

² O controle exercido pela PETROBRAS no transporte (que é parte da sua atuação verticalmente integrada no refino, importação de combustíveis e no *downstream*) se dá na qualidade de controladora da sua subsidiária integral Petrobras Transporte S.A. – TRANSPETRO, que exerce a atividade de transporte de combustíveis líquidos, e também na qualidade de proprietária dos dutos de combustíveis líquidos que são arrendados para a TRANSPETRO.

Na seção IV, são apresentados os passos para uma transição do estado atual para a criação de um mercado mais competitivo no *midstream*. A partir dos requisitos para alcançar esta transição, esta seção explicita a importância da separação das atividades da cadeia, para o alcance dos objetivos propostos nas diretrizes estratégicas emanadas na Resolução nº 15/2017 do CNPE. Finalmente, são recuperados os principais pontos discutidos ao longo de toda a Nota Técnica e apontada a importância da adoção do *unbundling* societário para a atração de investimentos e aumento de competitividade no mercado de fornecimento de combustíveis.

II – Atuação verticalmente integrada no segmento de transporte de combustíveis

Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as atividades de transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural. Estes monopólios conferem à União, como poder central, o controle sobre o transporte³ de derivados, em virtude da importância estratégica destes produtos para a economia.

Em 1995, a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 introduziu a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de transporte, que permanecem como monopólio da União por força do dispositivo constitucional supracitado, observadas as condições estabelecidas em lei.

Assim, a partir de 1997, com a publicação da Lei nº 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”) foram definidas regras para o exercício do monopólio, viabilizando com que as atividades de transporte marítimo e dutoviário de derivados pudessem ser exercidas por outras empresas e consórcios, além da Petrobras, seja para suprimento interno ou para importação e exportação. Desta forma, o legislador registrou a opção da União de romper com o sistema vigente de monopólio da Petrobras para passar a autorizar⁴ outras empresas interessadas em exercer estas atividades, delegando o poder autorizativo para a ANP, conforme disposto no Art. 56 da referida Lei.

³ A diferença entre os termos “transporte” e “transferência” está descrita nas definições constantes do Art. 6º da Lei do Petróleo. O “transporte” é a “movimentação de petróleo, seus derivados, biocombustíveis ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral”. A Lei do Petróleo prevê o acesso de terceiros somente nas instalações classificadas pela ANP como “de transporte”.

⁴ A Autorização é um ato administrativo discricionário, unilateral e precário, pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse. A autorização expedida com prazo determinado perde sua natureza de ato unilateral, precário e discricionário, assumindo caráter contratual. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 183 e 184)

Contudo, apesar do chamado “fim do monopólio” legal da Petrobras, introduzido pela possibilidade de competição nas atividades potencialmente concorrenciais instituída na Lei do Petróleo ainda permanece a verticalização por parte da Petrobras nesta atividade, em função de uma série de barreiras à entrada, advindas da estrutura do mercado, que serão elencadas a seguir.

Quando da flexibilização do monopólio e da abertura do mercado de óleo e gás, o Art. 65 da Lei do Petróleo impôs à Petrobras a constituição de subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas. Obedecendo à imposição legal, a Petrobras criou a Petrobras Transporte S.A. – Transpetro, para operar seus dutos e terminais.

Contudo, a Transpetro foi implementada como uma subsidiária integral, permanecendo a Petrobras com a propriedade de todos estes ativos e firmando-se apenas um Contrato de Arrendamento destas instalações entre Petrobras e Transpetro.

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.

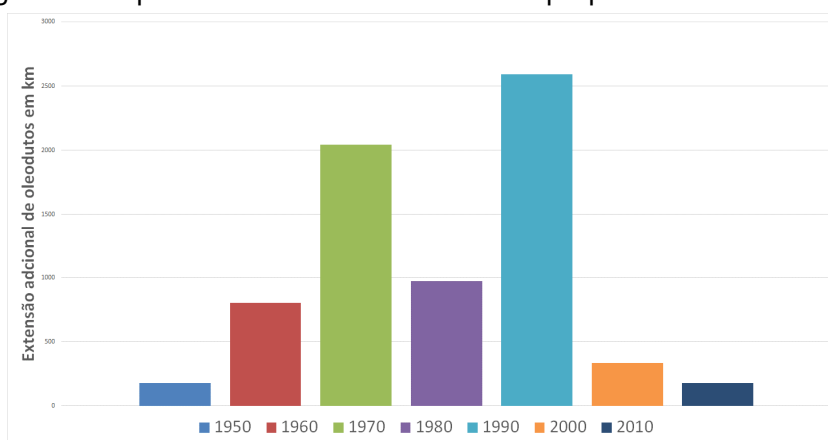
Contribui para isto o fato de que o desenho e a operação dos dutos e terminais que já estavam construídos de modo a atender às necessidades específicas da Petrobras. Após a Lei, não foi realizada avaliação da necessidade de alterações nesta infraestrutura existente para atendimento ao mercado como um todo, com o pressuposto da atuação de vários agentes participantes. O fato dos dutos terem permanecido sob o domínio da PETROBRAS, aliado à situação da Transpetro ser sua subsidiária integral, não teve o condão de gerar incentivos para que a Transpetro fosse a empresa a investir nesta infraestrutura.

Assim, os investimentos nas ampliações e na manutenção destas instalações podem ficar por conta da Petrobras e não da Transpetro. Uma vez que a PETROBRAS atua nos mercados concorrenciais nos elos a montante (refino e importação) e a jusante (*downstream*), não é possível reunir 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.

Além disso, cabe mencionar que a falta de investimento pelo detentor das instalações, que neste caso além de proprietário também é o principal carregador dos produtos nos oleodutos, pode ser utilizada como uma estratégia concorrencial de geração de maior preço de frete do produto, uma vez que geraria uma escassez artificial de infraestrutura, pela falta de ampliação.

Na Figura 1 nota-se que após a década de 90 houve acentuada desaceleração nos investimentos em oleodutos pela Petrobras. Contudo, antes de concluir algo sobre esta desaceleração, é necessário avaliar com cautela a utilização efetiva dos dutos existentes e as necessidades de ampliação, que não são objeto desta Nota.

Figura 1 - Expansão da malha dutoviária de propriedade da Petrobras



Fonte: Elaboração pela SIM/ANP com base nos dados da ANP

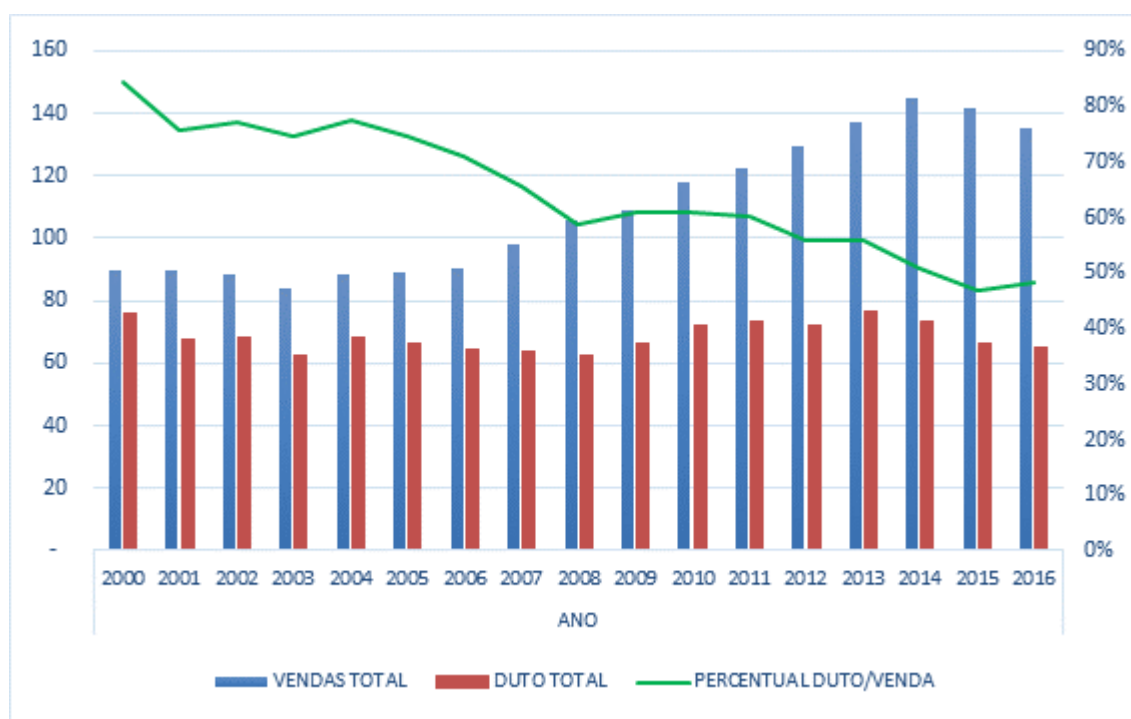
Para apresentar a relevância logística dos oleodutos, a Figura 2, a seguir, compara o volume total de derivados historicamente vendidos anualmente pelas distribuidoras no país e o volume total de produtos movimentados nos dutos de transporte da Transpetro, com extensão superior a 15 km (dutos longos).

É importante destacar que o crescimento nas vendas de combustíveis ao longo dos últimos anos não foi acompanhado por aumento do volume transportado por dutos longos, que se manteve estável, desde 2000. A participação do transporte dutoviário em relação ao total comercializado de derivados teve tendência de queda no período analisado.

A concorrência com os demais modais de transporte existentes no Brasil, em especial o modal rodoviário, poderia explicar esta tendência de estagnação ou até mesmo queda no uso dos dutos longos. Contudo, considerando-se que em longas distâncias sabidamente o frete dutoviário tem menor valor dentre todos os modais de transporte de combustíveis, esta explicação não encontra embasamento.

Assim, a única conclusão fática que se pode depreender da Figura 2 é que a movimentação dutoviária vem se mostrando estável ao longo dos últimos 18 anos. A comparação com relação às vendas precisaria de aprimoramento, pois: os dados de venda incluem produtos importados e considera a venda de biocombustíveis, que não utilizam em larga escala o modal dutoviário; e não leva em conta se os produtos movimentados nos dutos são os mesmos vendidos pelas distribuidoras e nem se houve aumento em mercados não atendidos pelos dutos longos.

Figura 2– Venda anual de combustíveis versus movimentação anual em dutos de transporte de propriedade da Petrobras, com extensão superior a 15 km.



Fonte: Elaboração pela SIM/ANP, a partir de dados da ANP e da Transpetro

II. 1 O desenho da infraestrutura e dos fluxos logísticos de combustíveis como barreira ao mercado

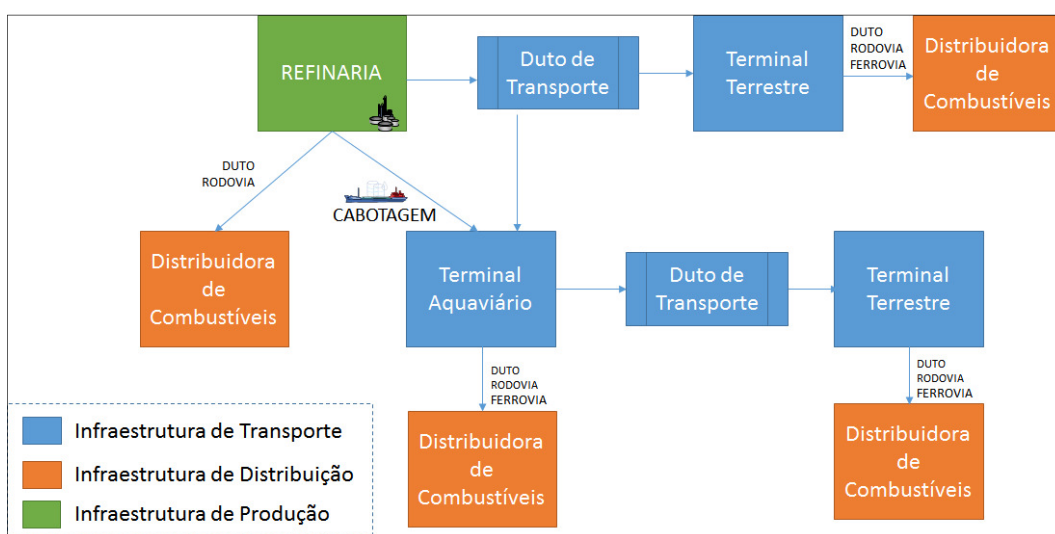
A Figura 3, apresentada a seguir, mostra que o combustível fóssil que é produzido nas Refinarias e nos Pólos de Processamento de Gás Natural da Petrobras, quando não deixa estas instalações e segue diretamente para as distribuidoras de combustíveis, precisa ser transportado por meio dos terminais aquaviários (cabotagem) ou da malha de oleodutos de transporte pertencentes à Petrobras, para ser entregue ao mercado.

Por esta necessidade de escoamento dos seus produtos, os fluxos usuais para o transporte de combustíveis do Brasil foram, naturalmente, criados pela Petrobras, em função

da localização, do perfil e dos mercados atendidos pelas suas refinarias. Ou seja, é uma infraestrutura que foi originalmente desenhada pela Petrobras, para uso da própria.

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 definidos⁵ para atendimento dos fluxos de movimentação de produtos em conformidade com os interesses da empresa.

Figura 3- Fluxos usuais de transporte para os Combustíveis Nacionais



Fonte: Elaboração pela SIM/ANP

É importante destacar que legislação vigente não determina a quem cabe definir o traçado e as interligações da infraestrutura de transporte dutoviário de combustíveis internas ou com os demais modais, tampouco a necessidade de ampliação dos oleodutos de qualquer porte.

Já com relação aos terminais marítimos, a Lei 12.815/2015 (“Lei dos Portos”) delega ao poder concedente a competência de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, sendo a ANP ouvida previamente sempre que a licitação, a chamada pública ou o processo seletivo envolver instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

⁵ Da década de 70 até a década de 90 os projetos de oleodutos e terminais eram conduzidos pelo Departamento de Transporte da Petrobras – DETRAN.

Portanto, o planejamento da estrutura de transporte dutoviário para os combustíveis líquidos permanece, de fato, sob a responsabilidade da Petrobras, uma vez que não há um mecanismo de planejamento governamental.

A ausência de regulação desse planejamento pode estar se traduzindo em desestímulo ao novo entrante no setor de produção de combustíveis, uma vez que ao intencional em investir em nova refinaria ou UPGN, precisam optar entre viabilizar um novo sistema dutoviário que atenda aos seus próprios interesses ou a negociação de uso da infraestrutura existente, com o agravante de que estes teriam que lidar com os requisitos logísticos da Petrobras, que investiu nos dutos existentes.

É importante mencionar que para regular os dutos existentes, advindos dos investimentos já realizados pela Petrobras, o Art. 58 da Lei do Petróleo dispõe que a ANP deve regular a preferência a ser atribuída ao proprietário de instalações (terminais marítimos e dutos de transporte) para movimentação de seus próprios produtos. Esta disposição afeta o acesso de terceiros aos dutos e aos terminais, conforme será demonstrado mais à frente neste documento.

Cumpram-se destacar que, do ponto de vista da oferta de combustíveis fósseis, de acordo com os dados estatísticos⁶ da ANP, 98,6% dos derivados produzidos no país são advindos das instalações de produção da Petrobras. Portanto, a estatal é praticamente a única fornecedora de combustíveis fósseis produzidos no país ao mercado, e apenas por meio da atividade de importação de combustíveis líquidos a concorrência tem se materializado.

Investimentos em dutos de grande porte são intensivos em capital e de longa amortização, estando as decisões de investimento, assim como o retorno dos projetos, sujeitos às consequências do direcionamento mercadológico da estatal. Como foi observado recentemente, ao longo dos anos 2017 e 2018 um movimento da Petrobras pode abalar imensamente não só a logística, mas todo o mercado de *downstream*, em especial, por conta as alterações na sua política de preços de derivados e das suas decisões de desinvestimentos interferem muito no funcionamento da logística.

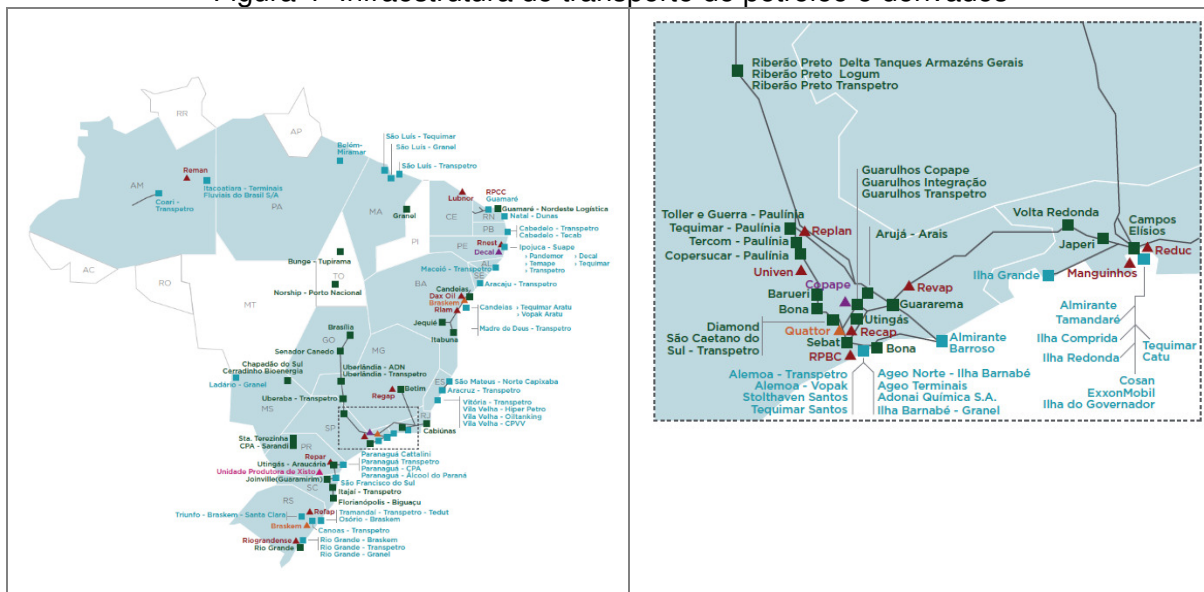
Os potenciais novos entrantes enfrentam a situação da existência da Transpetro como única transportadora de combustíveis fósseis, operando a totalidade da infraestrutura de maior porte e com incentivos completamente alinhados aos interesses do seu acionista majoritário, aliada à falta de planejamento logístico no que tange às instalações ou às ampliações dos oleodutos no Brasil. Assim sendo, o arcabouço legal/regulatório, assim como a estrutura de mercado atual, não reúne condições que permitam que os investimentos no

⁶ Tabela “Produção Nacional de Derivados de Petróleo”, disponível em <http://www.anp.gov.br/dados-estatisticos>.

setor (principalmente os que poderiam advir dos entrantes no setor de logística e transportes nacional) atendam de forma eficiente as potenciais demandas por transporte de combustíveis líquidos.

A Figura 4 apresenta a atual malha de transporte brasileira, onde se pode notar a diversificação empresarial existente nos terminais marítimos e a concentração dos oleodutos da Petrobras na costa brasileira.

Figura 4- Infraestrutura de transporte de petróleo e derivados

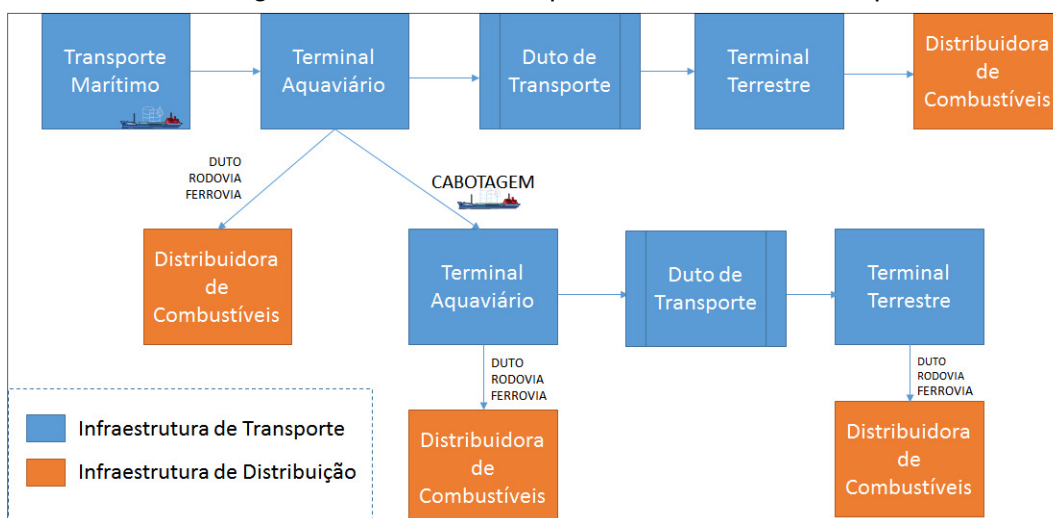


Fonte: ANP

Com relação ao fluxo para os derivados importados, que é apresentado na Figura 5, a infraestrutura de transporte tem início não nas Refinarias e UPGNs, mas nos terminais marítimos, cuja participação da Petrobras atualmente gira em torno de 48 % da capacidade total de armazenagem para combustíveis líquidos ou de 51%, considerando-se o GLP.

A depender da logística de cada produto, a curto e médio prazos, eventualmente, o produto importado também precisaria passar pelos dutos de transporte para chegar ao mercado com preço competitivo, em função do frete. Nesse sentido, o investimento em novos dutos para atender à importação poderia ser viável, desde que os agentes estejam sujeitos à um mercado estável e não sujeito à comportamentos oportunistas por parte de um agente dominante.

Figura 5 - Fluxos usuais para os Combustíveis Importados



Fonte: Elaboração pela SIM/ANP

II. 2 O Desinvestimento de Ativos anunciado pela Petrobras

Recentemente, a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras anunciou⁷ nos seus Planos de Negócios e Gestão (PNG) 2017- 2021, de 2016 e também no PNG 2018-2022, em 2017, sua intenção de redução do risco e agregação de valor por meio do estabelecimento de parcerias e desinvestimentos nos segmentos de refino, transporte, logística, distribuição e comercialização, permanecendo, contudo, com sua “estratégia de empresa integrada de energia”.

Em setembro de 2016, o PNG 17-21 apontou como estratégias para os segmentos de refino, transporte, armazenamento e comercialização de derivados:

- (1) a promoção de uma nova política de preços e a maximização de margens na cadeia de valor;
- (2) a não garantia integral do abastecimento do mercado brasileiro, por entender que, em sua lógica de negócios, há a previsão do ingresso de mais agentes para o atendimento total da demanda; e
- (3) o desenvolvimento de parcerias no *downstream*, possibilitando a introdução de outros atores no refino e na logística.

⁷ No site da Petrobras em “Relacionamento com Investidores” diversos comunicados foram feitos ao mercado e documentos foram disponibilizados para a consulta de interessados em participar do projeto “Parcerias em Refino”, com Divulgação da Oportunidade (*Teaser*) divulgado em 23/05/2018. Disponível em: <http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/divulgacao-das-oportunidades-u-teasers>).

Diante deste fato novo e promissor, pois trata-se de indicação de iniciativa da própria Petrobras em dirimir os efeitos da sua atuação verticalizada no *down* e *midstream*, fez-se necessário refletir sobre medidas necessárias à promoção e intensificação da competitividade no mercado visando a garantia do abastecimento de combustíveis e, para isso, foi concebida a iniciativa “Combustível Brasil” pelo Ministério de Minas e Energia – MME, que culminou em diversas propostas elencadas no documento principal da iniciativa, de maio de 2017.

Os trabalhos da iniciativa “Combustível Brasil” geraram a emanção de diretrizes estratégicas para o desenvolvimento do mercado de combustíveis pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, sacramentadas por meio do artigo 1º da Resolução CNPE nº 15 de 08 de junho de 2017. Dentre estas diretrizes estabelecidas, destacamos:

- *promoção de maior transparência em relação às capacidades e aos critérios de remuneração pelos serviços e uso da infraestrutura por terceiros;*
- *desenvolvimento de um mercado competitivo nos diversos elos da cadeia, com condições de oferta a preços de mercado para os combustíveis, demais derivados de petróleo e biocombustíveis;*
- *promoção da livre concorrência, respeito aos contratos e proteção dos interesses dos consumidores;*
- *transição para a nova configuração do mercado, sem prejuízo ao abastecimento de combustíveis, demais derivados de petróleo e biocombustíveis em todo o território nacional.*

Entretanto, decorridos quase dois anos do anúncio de desinvestimento da Petrobras e contrariando as expectativas do governo e do mercado, ainda não foi divulgada com clareza a decisão de qual será o modelo definitivo de negócio a ser adotado pela empresa e tampouco qual será a lista final de ativos envolvidos.

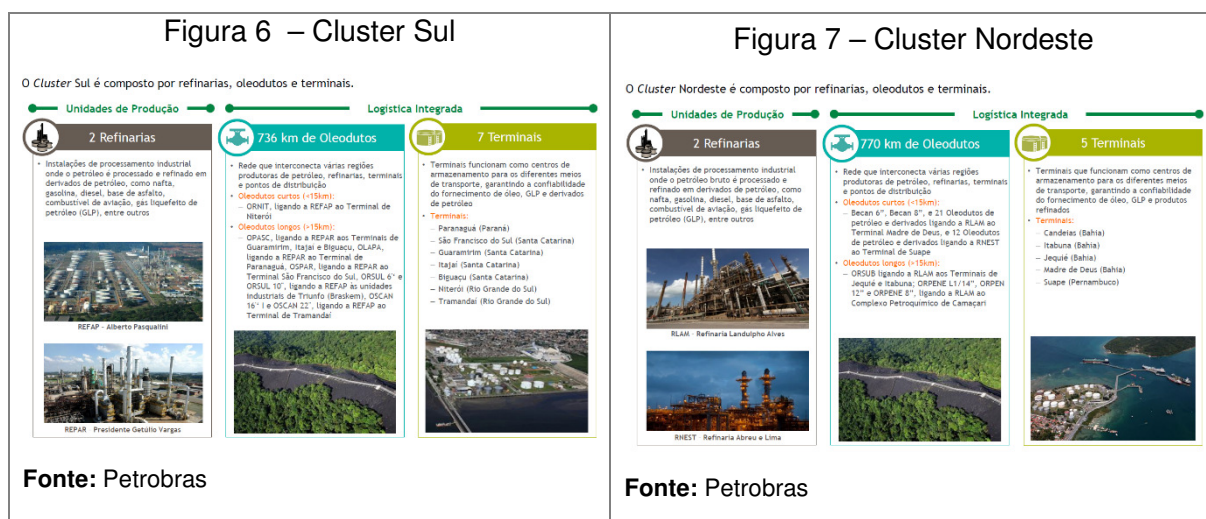
Esta falta de clareza acerca do posicionamento da Petrobras no *mid* e *downstream*, acompanhada pela recente crise de abastecimento, decorrente da greve dos caminhoneiros de 2018, que culminou na intervenção governamental na política de preços da empresa, causou ainda mais incerteza para os investidores.

É importante ressaltar que os desinvestimentos da Petrobras devem obedecer ao regime especial de desinvestimento de ativos pelas sociedades de economia mista federais, previsto no Decreto 9.188/2017, que prevê em seu Art. 8º que “*caberá à sociedade de economia mista de capital aberto informar o mercado acerca das etapas do procedimento competitivo de alienação, na forma estabelecida na legislação e nas normas editadas por órgãos ou entidades reguladoras*”.

Em divulgação de maio de 2018, a empresa informou considerar um modelo de venda de participação de 60% em uma *holding* que englobaria todos os ativos, separando os mesmos em conjuntos (*clusters*) de instalações específicas vinculadas às atividades de negócio de *downstream* e *midstream*, situadas nas regiões Sul e Nordeste do Brasil. Os ativos estão listados nas Figuras 1 e 2, abaixo.

Cabe destacar o risco de estabelecimento de uma subdivisão dos mercados entre agentes que atuam de forma verticalmente integrada no país (produtores, importadoras e distribuidoras), caso o desinvestimento em dutos de transporte e de terminais pela Petrobras não seja acompanhado da atribuição à ANP das devidas competências regulatórias e de instrumentos para sua atuação como regulador.

De fato, a simples separação jurídica entre as empresas operadoras de terminais, os transportadores dutoviários e as distribuidoras de combustíveis/produtores/importadores de petróleo e derivados, para a estrutura de mercado atual, não é suficiente para garantir a efetiva concorrência. Este nível na separação das atividades exigiria limites de “participações cruzadas” de grupos econômicos nos diferentes segmentos.



Assim, para possibilitar que a concorrência seja efetiva no caso da venda de um conjunto de ativos estratégicos para um mesmo grupo econômico participante de atividades de distribuição, produção ou importação, a separação societária com a proibição de participação cruzada de grupos econômicos nos diferentes segmentos da cadeia seria necessária.

Por outro lado, deve-se considerar que a segurança para movimentação de petróleo e derivados produzidos é um fator importante para atração de investidores para o refino.

II.3 – Vantagens e desvantagens de uma indústria verticalmente integrada

As atividades compreendidas nos setores de infraestrutura são correlacionadas, gerando, portanto, uma interdependência sistêmica, o que traz à tona a questão da coordenação entre estas diferentes atividades e a questão das economias de escala e escopo. A prestação do serviço com qualidade e de forma ininterrupta só pode ocorrer mediante a coordenação dos distintos segmentos da cadeia da indústria. Exatamente para auferir dos benefícios da coordenação, de ganhos de escala e escopo e da redução de custos de transação, a lógica econômica vai no sentido da integração das atividades da cadeia.

Ao mesmo tempo em que a integração vertical das atividades de uma cadeia redundaria nos benefícios acima citados, ela também pode resultar na adoção de práticas discriminatórias e anticompetitivas, como já abordado anteriormente nesta Nota, tais como a possibilidade do exercício do poder de mercado e a adoção do mecanismo de subsídios cruzados entre os segmentos da indústria⁸. Por meio desta última, uma empresa verticalizada poderia subsidiar uma atividade competitiva (o transporte) com os recursos auferidos na atividade monopólica, na qual não está sujeita à competição. Desta forma, ela estaria adotando uma estratégia de competição desleal para eliminar ou impedir a entrada de outras empresas no mercado competitivo.

A fim de evitar a adoção destas medidas é necessário haver um nível de separação mínima entre as atividades da cadeia, ou seja, a separação contábil. Assim, mesmo que uma empresa seja verticalizada, é ideal que ao menos a contabilidade das distintas atividades seja feita de forma separada.

No entanto, mesmo avançando na segmentação da atividade de transporte e corroborando o modelo já estabelecido na Lei nº 9.478/1997, a simples separação jurídica (segunda etapa no processo de separação) não é suficiente para garantir a competição nas atividades potencialmente competitivas da cadeia. Para que ela aconteça, de fato, é necessário garantir o acesso de todos os potenciais competidores à infraestrutura de transporte, que se caracteriza por ser um monopólio natural. No caso da separação jurídica é possível que, mesmo havendo empresas juridicamente distintas, um transportador que seja controlado por um carregador atue no sentido de defender os interesses deste último, adotando medidas discriminatórias de acesso entre carregadores.

⁸ Ao mesmo tempo em que a separação das atividades da cadeia permite maior transparência na formação dos preços e inibe práticas discriminatórias entre os diferentes elos da indústria, esta separação também resulta em perdas, em especial aquelas relacionadas à coordenação dos distintos segmentos de uma indústria de rede. Há, portanto, um paradoxo no *unbundling* vertical das atividades de uma indústria de rede (GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. A., *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, 2006).

No entanto, como já discutido anteriormente, a separação jurídica não é suficiente para garantir condições competitivas a montante e a jusante na cadeia. Para tanto, o ideal é, que a atividade de transporte seja, de fato, independente dos demais segmentos do *mid* e *downstream*.

III –Transição para um mercado concorrencial

III.1- Do Acesso a Terceiros

A importância da garantia do acesso de terceiros foi reconhecida pelos legisladores, quando exigiram, na Lei nº 9.478/1997 que a Petrobras constituísse uma subsidiária de transporte para construir e operar seus dutos (determinando a separação clara da atividade monopólica das demais atividades da cadeia) e quando determinaram o acesso de qualquer interessado aos dutos de transporte e aos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, atribuindo diretamente à ANP a responsabilidade de regular a preferência a ser dada ao proprietário das instalações com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte:

“ (...)

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

§1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

§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.

(...)”(grifos nossos)

No ano 2000, a ANP regulamentou o acesso de terceiros a todos os terminais aquaviários por meio da Portaria ANP nº 251/2000, estendendo o entendimento legal de

obrigação de acesso (*third party access*) também aos terminais lacustres e fluviais. A mencionada Portaria trata de diversos temas inerentes a garantia de acesso aos terminais, tais como o atendimento de terceiros de forma não discriminatória, forma de divulgação da capacidade disponível (disponibilidade) pelo operador do terminal, preferência do carregador proprietário e forma de composição da remuneração⁹ a ser cobrada pelos serviços disponíveis nos terminais.

A decisão da Agência foi amparada por meio do documento “Parecer Jurídico Referente à Proposta de Ação nº 1/2000”, emitido pela Procuradoria Federal da Advocacia Geral da União, junto à ANP (PF/ANP). No referido Parecer, a justificativa jurídica foi a garantia do alcance da eficácia do dispositivo legal:

“... ficamos convencidos da necessidade de que a Agência defenda uma interpretação não literal da norma e sim uma interpretação que incorpore os elementos técnicos e sociais determinantes da própria eficácia da norma, já que a mera regulamentação de livre acesso a terminais marítimos não permitiria que a norma atingisse seu objetivo que é o de garantir a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis. ...”

É importante esclarecer que a Lei do Petróleo não faz distinção acerca da localidade do terminal aquaviário com relação à obrigação de acesso a terceiros. Portando, tanto os agentes que operam terminais situados em portos públicos quanto em portos privados são atingidos pela obrigação de ofertar acesso livre e não discriminatório às suas instalações.

Entretanto, a regulação posterior à Lei, relacionada às condicionantes para a habilitação da empresa para operar a infraestrutura e também às regras de acesso a terceiros, foi pouco debatida e utilizada uma vez que o mercado de produção de combustíveis continua sendo dominado pela Petrobras.

É importante destacar que, atualmente, as solicitações de acesso não são enviadas compulsoriamente para a ANP. Assim sendo, a forma da Agência tomar conhecimento de eventuais problemas no acesso de terceiros seria por fiscalização preventiva com vistas a analisar especificamente as solicitações de acesso ou por denúncia dos requerentes, em especial, dos que tiveram seus pedidos de acesso efetivamente negados.

⁹ A Resolução ainda trata da remuneração como tarifa.

No que se refere à necessidade de acesso de terceiros a dutos de combustíveis, há que se destacar a pouca expressividade da malha nacional quando comparada a de mercados mais desenvolvidos, como o dos EUA.

Em mercados com infraestrutura logística já desenvolvida, o acesso a terceiros é facilitado e não há necessidade de regulamentar a preferência de uso para garantir o escoamento de produtos.

Para os oleodutos com extensão superior a 15 km, o regime vigente de acesso de terceiros (art. 9º da Resolução ANP nº 35/2012) estabelece que o carregador proprietário tem garantida a preferência, o que lhe confere prioridade na utilização da infraestrutura pelos primeiros dez anos de operação do duto. A partir do décimo primeiro ano, a preferência do proprietário sofre revisões pela ANP a cada 5 anos. Cabe salientar que a preferência de utilização da infraestrutura pelo proprietário é um fator importante para sua decisão de investir.

A referida Resolução restringe, ainda, a duração dos contratos de transporte com o objetivo de evitar o fechamento do mercado através da contratação de toda ou de grande parte da capacidade de transporte por períodos excessivamente longos.

Como a Lei do Petróleo determina apenas a separação legal das atividades, a norma em vigor incentiva, por meio de extensão do prazo contratual, a figura do *transportador proprietário* em detrimento do *carregador proprietário*, estruturação mais próxima daquela idealizada.

III.2 – A doutrina de instalações essenciais (“essential facilities doctrine”) para permitir acesso às unidades de refino e terminais terrestres

A doutrina das instalações essenciais (“*Essential Facilities Doctrine*” ou EFD) estabelece que o proprietário de uma instalação considerada “essencial” ou um “gargalo” (“*bottleneck*”) 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.

A aplicação do conceito de *Essential Facilities* exige que existam dois mercados, usualmente denominados de *upstream* e *downstream*, onde uma firma atua em ambos os mercados (firma A) e a outra firma atua ou deseja atuar no mercado *downstream* (firma B). Para tal, a concorrente firma B deseja adquirir um bem ou serviço da firma A verticalmente integrada, mas tem seu pedido recusado. Neste caso, a EFD estabelece sob quais condições uma firma verticalmente integrada deveria ser obrigada a ofertar o bem ou serviço ao seu concorrente.

As aplicações das EFDs no mundo variam de acordo com os diversos regimes legais existentes. Elas podem variar em função dos tipos de instalações envolvidas e da estrutura de mercado na qual elas se encontram inseridas, bem como em razão de quem estabelece

que a instalação objeto deva ser considerada essencial. Para ilustrar estas diferenças, serão apresentadas como a EFD é aplicada nos Estados Unidos, onde tal conceito teve origem, bem como na União Europeia e Austrália.

De acordo com a doutrina norte-americana, existem 4 (quatro) requisitos que devem ser observados para a aplicação da EFD, quais sejam:

- 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.

Já com relação ao item (ii), para uma instalação ser considerada “essencial” ela não precisa ser necessariamente indispensável, sendo suficiente para a aplicação da EFD 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.

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 EFD, 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.

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 pode determinar o compartilhamento ou acesso a uma infraestrutura a partir da aplicação da EFD 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.

Com relação à União Europeia, a EFD encontra-se sendo desenvolvida com base no Artigo 102 (antigo Artigo 82) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TCE)¹⁰, abaixo transcrito:

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;*
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.” (in verbis)*

De acordo com a legislação europeia, é vedado o abuso de posição dominante dentro do mercado comum europeu. Assim sendo, uma negativa de negociação (ou acesso) pode ser considerada abuso de posição dominante de acordo com o Artigo 102.

O primeiro caso analisado pela Corte de Justiça Europeia referente à uma negativa de negociação foi o caso da Commercial Solvents¹¹. Porém, a corte não fez uso do termo “Essential Facilities” em sua decisão. A primeira decisão da Corte de Justiça Europeia (CJE) a usar o termo foi Sea Containers vs. Stena Sealink¹². Neste caso a Comunidade Europeia decidiu que uma empresa que ocupa uma posição dominante no acesso a uma instalação essencial e por ela própria utilizada, e que recusa o acesso a terceiros a essa instalação

¹⁰ A atuação antitruste na União Europeia se fundamenta essencialmente nos Artigos 101 a 106 do TCE.

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61973CJ0006> (Acessado em: 12 de setembro de 2016).

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31994D0019> (Acessado em: 12 de setembro de 2016).

imotivadamente ou permite acesso aos seus concorrentes em condições menos favoráveis do que ela dá a si própria, violou o Artigo 86 (atual Artigo 106) do TCE.

Apesar da menção explícita ao termo “Essential Facilities” no caso *Sea Containers vs. Stena Sealink*, é no caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs. Mediaprint*¹³ onde a CJE se aproximou pela primeira vez do reconhecimento da existência da EFD na jurisdição da União Europeia.

Com base em decisões proferidas pela CJE, uma empresa dominante possui, em alguns casos, o dever de ofertar acesso se a negativa de negociação causar efeitos significativos sobre a concorrência. Quando o cliente é também concorrente da firma dominante em algum mercado, geralmente o mercado a jusante (*downstream*) do local no qual ocorreu a recusa de prover o serviço, o efeito na concorrência depende dos seguintes fatores:

- i. Se o comprador pode obter os bens ou serviços em outros lugares;
- ii. Se existem outros concorrentes no mercado a jusante; e
- iii. A importância que os bens ou serviços possuem para a continuidade do negócio do comprador.

Se o comprador tem outra fonte satisfatória de fornecimento, se os bens ou serviços não são essenciais, ou se mais um competidor não irá aumentar significativamente a concorrência, a aplicação da legislação antitruste não deve obrigar a empresa dominante a fornecer (LANG, 1994). No entanto, se a recusa de negociação ou de acesso, na prática, por parte da sociedade dominante representar que um dos seus poucos concorrentes se veja forçado a sair do mercado, a lei antitruste da Comunidade Europeia estabelece que a empresa dominante deve permitir acesso não discriminatório ou fornecer o serviço ao solicitante em igualdade de condições. Ou seja, o acesso a uma instalação é “essencial” quando a recusa exclua todos ou a maioria dos concorrentes do mercado (LANG, 1994).

Na Austrália, o desenvolvimento da EFD se baseia no *National Competition Policy Review Report* (COMMONWEALTH OF AUSTRALIA, 1993), ou “*Hilmer Report*”, o qual recomendou que os seguintes critérios deveriam ser atendidos pelo governo para declarar o direito de acesso pp. 250-253):

- i. O acesso à instalação em questão é essencial para permitir a concorrência efetiva numa atividade a jusante ou a montante.
- ii. A tomada da decisão é do interesse público, tendo em conta:

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0007> (Acessado em: 12 de setembro de 2016).

- a. a importância da indústria para a economia nacional; e
 - b. o impacto esperado na competitividade nacional decorrente de uma concorrência efetiva na indústria em questão;
- iii. 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.

É importante frisar que o acesso ou a obrigação de negociação deve ser essencial para o solicitante, ao invés de meramente conveniente (item [i]).

Além disso, esses critérios devem ser satisfeitos em relação a grandes projetos de infraestrutura (item [ii]), tais como: redes de transmissão de eletricidade, gasodutos de transporte, terminais aquaviários, ferroviárias, rodovias, portos etc., 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 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 (item [iii]).

Os três exemplos acima - dos Estados Unidos, a UE e a Austrália – visam ilustrar algumas das diferenças entre EFDs. Estas diferenças podem ter várias origens, incluindo os diferentes graus de integração, histórico de propriedade e de regulamentação, e as ponderações dos objetivos da política de defesa da concorrência.

Com base no exposto, pode-se observar que as instalações de armazenagem dentro de refinarias e terminais terrestres podem ser eventualmente enquadradas como EFDs, pois o acesso às estas instalações constitui elementos acessórios relevantes de uma infraestrutura de monopólio natural (transporte dutoviário de líquidos) e, pode ser fator limitante à concorrência.

IV – Considerações finais

A atuação verticalizada da Petrobras nos segmentos de *down* e *midstream*, o cenário de desinvestimentos anunciados por esta estatal, as dificuldades encontradas pela ANP de prestar auxílio às empresas que buscam acessar a infraestrutura da Petrobras operada pela Transpetro e o recente aumento da importação de combustíveis motivado pelo

reposicionamento comercial da incumbente, desvelam a necessidade de aprimoramento de normas que viabilizem a entrada de novos agentes e de maior investimento no setor, em especial, por meio da introdução da separação societária (“*unbundling*”) da atividade de transporte de líquidos no Brasil.

Destarte, no caso de adoção do *unbundling*, o transportador dutoviário ou operador de terminal, em tese, passaria a ter como objetivo precípua a maximização da utilização da capacidade de transporte, como previsto no Art. 58 da Lei nº 9.478/1997.

Esta medida facilitaria a garantia do acesso de terceiros à infraestrutura de transporte, pois a empresa transportadora teria interesse no uso máximo das suas instalações.

No caso da infraestrutura dutoviária para importação de combustíveis o *unbundling* também seria necessário. Nesse sentido, se observa que os entraves para a entrada de novos transportadores para atender a demanda por transporte advinda de agentes que atuam na importação de combustíveis líquidos parecem ser menores, e, no caso dos terminais marítimos, existem empresas privadas atuando no mercado nacional.

A partir da premissa de se atingir um mercado concorrencial e líquido de transporte de combustíveis no país, e tomando por base a análise da falta de incentivos por parte dos agentes verticalmente integrados em otimizar o uso da sua infraestrutura em benefício de todos os agentes atuantes no mercado e de investir eficientemente em terminais e dutos, é possível delinear quais seriam os itens a serem considerados neste aprimoramento:

- i. **Aplicação da separação societária entre os transportadores e agentes que atuam em atividades potencialmente concorrenciais:** os transportadores devem ser empresas separadas e independentes de empresas verticalmente integradas na indústria do petróleo.
- ii. **Adoção da doutrina de instalações essenciais (“essential facilities doctrine”) para permitir acesso às instalações de armazenagem de refinarias e terminais terrestres:** o acesso às estas instalações constitui elementos acessórios relevantes de uma infraestrutura de monopólio natural (transporte dutoviário de líquidos), sendo a ausência de acesso de terceiros a estas instalações um fator limitante à concorrência.

Portanto, a transição para uma estrutura de mercado na qual o transporte de derivados atende as necessidades da indústria de forma eficiente e isonômica deve levar em conta um processo de evolução, assim como ocorreu em outros países, acarretando a adaptação do marco legal e regulatório. Nesse sentido, a presente exposição mostra a necessidade de implementação do *unbundling* das instalações de transporte de líquidos e ampliação do escopo de instalações sujeitas ao acesso de terceiros de forma regulada.