

ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA DOS MERCADOS DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL

Professores

Helder Queiroz Pinto Jr

Marcelo Colomer Ferraro

Junho de 2021

ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA DOS MERCADOS DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL

Helder Queiroz
Marcelo Colomer¹

1. Introdução

Os mercados de combustíveis no Brasil estão em vias de passar por mudanças estruturais e regulatórias de grande importância histórica. Muitas destas mudanças ocorrem num contexto de incerteza de curto e longo prazos. No curto prazo, a esperada recuperação econômica da pandemia da Covid-19 exige uma rápida readaptação das condições de oferta doméstica de combustíveis. No longo prazo, os rumos da denominada “Transição Energética” sinalizam alterações no padrão de consumo de combustíveis fósseis.

Ainda que imperem tais condições de incerteza, a desconcentração industrial prevista com a venda anunciada das refinarias da Petrobras se constituirá, de fato, numa importante mudança estrutural histórica que, caso bem-sucedida, ensejará num novo padrão de concorrência no refino, com a entrada de novos competidores, e engendrará, a reboque, alteração nas condições de concorrência nos demais segmentos à jusante da cadeia de abastecimento de combustíveis.

Por se tratar de um elo central na cadeia petrolífera, a condição monopolista da Petrobras no refino produziu uma série de assimetrias competitivas à jusante, afetando sobremaneira o padrão de concorrência na distribuição e revenda. É importante notar que, nestes segmentos, não há monopólio. Os padrões de concorrência obedecem às estruturas de mercado regionais, estaduais e locais com diferentes graus de concentração e com players que variam de um estado da federação a outro.

Assim, o desenvolvimento e a operação dos mercados de distribuição e de revenda de combustíveis dependem claramente da compreensão de suas especificidades. A elevada interdependência existente entre os diferentes elos da sua cadeia produtiva e os altos

¹ Professores do Grupo de Economia da Energia/Instituto de Economia/UFRJ.

investimentos na logística de movimentação dos produtos explicam a importância da regulação na criação de incentivos e adequados mecanismos regulatórios.

As reformas estruturais, como a abertura em curso do segmento de refino, somente produzirão resultados efetivos se bem implementadas, a médio e longo prazos. Ou seja, uma fase de transição bem planejada é uma condição essencial para o alcance de tal objetivo e as mudanças regulatórias decorrentes deste processo devem ter, como preocupação central, a garantia de suprimento e a qualidade dos combustíveis.

As condições para garantia do suprimento suscitam tarefas de adequação da regulação que devem observar o novo papel da Petrobras, a necessidade de gerar um ambiente de atratividade aos novos entrantes e o aumento do nível de investimentos, visando, inclusive, garantir o valor de mercado dos ativos de refino e logística a serem alienados. E, nesta linha, foi muito importante a aprovação da resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) que instrui a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a estudar as condições operacionais e os fluxos logísticos decorrentes da nova configuração patrimonial do refino.

Além disso, tais mudanças estruturais irão suscitar igualmente alterações no padrão de concorrência a jusante do segmento de refino. Para tal, ***é essencial assegurar o funcionamento de um ambiente de condições efetivas de concorrência e estrita restrição das práticas anticompetitivas, em especial a sonegação e a inadimplência fiscais e a adulteração de combustíveis.***

Neste sentido, as responsabilidades da ANP nessas missões são cruciais. Atualmente, a Consulta Pública 07/2021 visa, segundo a ANP, aperfeiçoar o ambiente regulatório e ampliar as condições de concorrência nos segmentos de distribuição e revenda. Entretanto, ainda que apoiada numa AIR (Avaliação de Impacto Regulatório), a minuta de Resolução, tal como proposta, pode colocar em risco as condições operacionais, a segurança do abastecimento e o próprio padrão de concorrência vigente no segmento de distribuição e revenda.

Isto posto, este estudo visa examinar a efetividade dessas medidas para a concorrência e garantia do suprimento dos combustíveis. A ênfase do trabalho será na apresentação dos principais aportes conceituais que parecem ter sido colocados em segundo plano na preparação da referida minuta em Consulta Pública. Dois argumentos centrais serão destacados nesta linha. *Primeiro*, a distinção entre regulação de conduta e regulação de estrutura. A ANP e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) dispõem, no âmbito dos marcos legal e

regulatórios atuais, instrumentos de regulação da conduta dos agentes, podendo e devendo punir práticas anticompetitivas.

A regulação da estrutura e propostas de alteração do modo de organização industrial destes mercados deveriam ser mais cautelosas, envolver etapas de transição e ser mais atentas aos efetivos alcances da concorrência, sem sucumbir a “fundamentalismos” de mercado. É mister reconhecer que estes são mercados com barreiras estruturais à entrada, as quais se constituem num traço fundamental do seu padrão de concorrência.

Segundo, tal como preconiza a literatura especializada, os custos de transação e de regulação devem ser apreciados para alterações regulatórias tais como as que estão em consulta. Estes custos de transação envolvem, por exemplo, renegociações contratuais para comercialização e de fornecimento de novos tipos de informação para o regulador; quanto aos custos de regulação, parece claro que os dispositivos regulatórios propostos irão ensejar custos mais elevados de coleta de informações, monitoramento e fiscalização para a agência reguladora.

Para tal, este texto apresenta a seguir, na seção 2, as principais contribuições da literatura econômica sobre i) a regulação setorial e ii) de defesa da concorrência, buscando identificar elementos conceituais e teóricos que contribuam para a melhor compreensão da dinâmica competitiva e regulatória nos mercados de combustíveis. A seção 3 examina, à luz de tais aportes, as principais propostas de alteração regulatória e que foram colocados pela ANP na Consulta Pública nº7/2021. A última seção sumariza as principais conclusões do texto.

2. Boas Práticas no Exercício da Regulação Setorial e de Defesa da Concorrência: Aportes Conceituais

2.1. Papel e Instrumentos da Regulação Setorial

No plano conceitual, a literatura especializada sobre regulação econômica tem se debruçado, ao longo dos últimos anos, sobre o papel e exercício das atividades dos órgãos reguladores. Este tema remete à análise dos princípios de base e das boas práticas regulatórias (*better regulation*)². As contribuições teóricas e conceituais sobre o assunto são vastas e, evidentemente, não serão tratadas de forma exaustiva aqui. Porém, é importante perceber que,

² Baldwin, R., Cave, M., e Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012.

de uma forma geral, espera-se que a ação reguladora seja pautada por transparência, clareza, previsibilidade e congruência de princípios³.

Para tal, é interessante identificar de que forma um conjunto de medidas regulatórias preventivas podem, de fato, proporcionar benefícios líquidos ou, ao contrário, engendrar distorções num determinado mercado.

Os trabalhos da OCDE sobre este tema muito contribuíram para identificar e difundir as boas práticas regulatórias ⁴, entre elas a necessidade de revisões regulatórias, ao buscarem o aumento das condições de competição, que minimizem, em paralelo, os custos de regulação e dos agentes econômicos, a fim de evitar o surgimento de distorções de mercado.

Em outros termos, o regulador deve pesar os prós e contras de cada nova resolução, avaliando os custos adicionais para os agentes econômicos, assim como os custos de *enforcement* da nova resolução. Este ponto será retomado adiante na seção 3.

Dentre as formas de tratar este problema estão as denominadas Análises de Impacto Regulatório (AIR)⁵ e a preferência, muitas vezes sobrevalorizada, dos instrumentos de comando e controle (C&C). No caso do AIR, apesar de ser um instrumento de longo tempo de elaboração, pois é intensivo em tempo e em busca/organização de informações, ele pode ser visto como um elemento adicional do processo decisório do regulador. A ANP, em particular, preparou seu quadro técnico para a elaboração de AIR e tem se valido desse instrumento para apoiar o seu processo de tomada de decisões.

Na sua origem, a AIR foi precisamente adotada como uma ferramenta, entre outras, da agenda da assim chamada *Better Regulation* ou “Qualidade Regulatória”, para introduzir mais racionalidade e fundamentação empírica no processo de formulação e tomada de decisão de políticas públicas (*evidence-based policy making*) a fim, sobretudo, de apoiar a agenda da

³ Outros atributos associados às boas práticas regulatórias podem ser examinados em Gandra, R., Pinto Jr., H.,(2020) “Avaliação da aderência do modelo regulatório brasileiro no segmento de exploração e produção da Indústria de óleo e gás às “boas práticas” apontadas na literatura econômica”, in *Desenvolvimento em Debate*, v.8, n.1, 2020, pp. 121-143

⁴ Ver, por exemplo, OECD (2005), “OECD GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE”, Paris, OECD, 2005.

⁵ Segundo Baldwin, Cave and Lodge (2012, p. 315) “The central idea of regulatory impact assessment is that, in evaluating regulatory policy proposals, regimes, or rules, attention should be paid to an analysis of the anticipated costs and benefits associated with the relevant controls.”

competitividade e reduzir a burocracia e os custos administrativos gerados pela atividade regulatória do Estado para as empresas e consumidores⁶.

Com relação aos instrumentos de comando e controle (C&C), Baldwin, Cave and Lodge (2012)⁷ argumentam que os pontos fortes da regulamentação C&C estão relacionados com a capacidade de *enforcement* que pode ser usada para impor, por exemplo, padrões fixos com rapidez e para proibir atividades não conformes com tais normas. Em termos políticos, o regulador ou governo estaria agindo com força e tomando uma posição clara, autorizando ou restringindo determinadas ações dos agentes econômicos.

A regulamentação da C&C não é, no entanto, isenta de problemas. Como destacam Baldwin, Cave e Lodge (2012) uma grande preocupação com os instrumentos de C&C tem sido sua alegada propensão a produzir regras desnecessariamente complexas e inflexíveis, e, de fato, uma proliferação de regras que levam a regulamentação excessiva, legalismo ou ativismo regulamentar, proporcionando, nas palavras dos autores, o *strangling* (estrangulamento ou asfixia) da concorrência e da empresa⁸.

A previsibilidade do sistema é um dos principais atributos a serem preservados no exercício das funções das agências. A estabilidade das regras, que se desdobra na redução dos riscos às atividades econômicas, conduz ao fortalecimento da confiança e da credibilidade nas instituições responsáveis pela regulação e permite aos agentes econômicos o planejamento das suas atividades e investimentos.

Obviamente que são naturais as mudanças na regulação, justificadas pela busca do aperfeiçoamento das normas impostas. Contudo, as alterações nas regras devem ter um propósito definido e propositivo às transformações e/ou necessidades latentes dos mercados.

A flexibilidade do agente regulador está justamente vinculada às mudanças necessárias no conjunto de normas e ordenamentos regulatórios. As decisões quanto às adaptações ou transformações na regulação devem ser pautadas pela constatação inequívoca das mudanças nas condições de contorno (setoriais, econômicas, institucionais), comandadas pela sustentação

⁶ Ver PINTO JR., H.Q., VIEIRA, L. Qualidade Regulatória, Avaliação de Impacto Regulatório e os Desafios da Regulação Setorial no Brasil *in* Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe, p. 75-88, Brasília: Editora Alia Opera, 2012.

⁷ Baldwin, R., Cave, M, e Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012.

⁸ Ver sobre este tema Pinto Jr., H. Q., e Vernersbach, A. (2021), "*Boas Práticas, Sobreposição e Lacunas de Regulação: aportes conceituais para exame do mercado de GLP*". Texto para Discussão 03/2021, Projeto Institucional GEE/IE/UFRJ-Sindicatas "Observatório de Análises Econômicas e Regulatórias do Mercado Brasileiro de Combustíveis, janeiro 2021.

de um equilíbrio entre a discricção regulatória e os riscos decorrentes do grau de incerteza gerado pelos ajustes na regulação.

A adaptabilidade das regras pode permitir a acomodação de mudanças reativas às alterações nos setores econômicos, porém, pode provocar imprevisibilidade e, conseqüentemente, a elevação dos riscos, tornando o equilíbrio da flexibilidade essencial. Em decorrência, se reconhece que as normas regulatórias abarcam diversos sentidos da interdisciplinaridade, pois: i) incide sobre vários setores cujos efeitos se espraiam sobre novos mercados; ii) apresenta múltiplas fontes, ou seja, além da lei, são diversas as espécies normativas que interagem no espaço regulatório; iii) apresenta múltiplos conteúdos, temas que percorrem aspectos técnicos, econômicos, sociais e até mesmo organizacionais (PINTO JUNIOR, VERNERSBACH, 2021).

Cabe ressaltar que o exercício da regulação tem a sua eficiência também definida pela capacidade organizacional do agente regulador para mensurar o desempenho dos atos normativos, sugerir novas normas ou revisões. As instituições públicas reguladoras podem ter capacidades variadas ou mesmo inadequadas para captar a performance do quadro regulatório. Já as capacidades técnicas, de conhecimento, gerenciais e econômicas da agência reguladora são determinantes no processo de desenvolvimento das normas, interferindo na sua qualidade, aplicabilidade e eficiência (RALLEY; BALEP; HUBER, 2020)⁹.

A forma de interação do agente regulador com os regulados e demais organizações interessadas influi na sua eficiência para aplicar as regras. A troca de informações e a mensuração do desempenho da regulação determinam como os reguladores recebem, analisam e respondem às demandas regulatórias.

Cabe notar, tal como já mencionado acima, que de acordo com BALDWIN, CAVE & LODGE (2012), o exercício da regulação pode criar problemas na formulação e/ou aplicação das regras, dentre eles o ativismo regulatório, cujo conceito se aproxima do “*legalism*”, na literatura especializada sobre o tema (PINTO JUNIOR, VERNERSBACH, 2021).

PACCES E VAN DEN BERGH (2012)¹⁰ argumentam que as normas regulatórias devem atentar para os custos de transação que elas podem engendrar. Este ponto será desenvolvido

⁹ RALLEY, J.; BALEP, N. I.; HUBER, C. The role of administrative capacity in complementing performance measurement systems. Discussion paper nº 87. Center for Analysis of Risk and Regulation (CARR). London: CARR, 2020.

¹⁰ Ver Paccès, A. e Van den Bergh, R. (2012) “An introduction to the law and economics of regulation”, in *REGULATION AND ECONOMICS: SECOND EDITION ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, Alessio M. Paccès, Roger J. Van den Berg, eds., Cheltenham: Elgar, 2012

na seção seguinte. Porém, cabe destacar de pronto, tal como fazem os referidos autores que ineficiências decorrentes da concepção e implementação de normas geram custos de transação e isto deve ser levado em consideração nos procedimentos de revisão regulatória.

2.2. Papel e Instrumentos da Defesa da Concorrência: Regulação da Estrutura X Regulação da Conduta

O desenho institucional do Sistema de Defesa da Concorrência dos mercados de combustíveis no Brasil é formado pelos (CADE), Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Polícia Federal, Ministério Público e pelos órgãos de Defesa do Consumidor. A diversidade de agentes deixa clara a complexidade da regulação dos espaços concorrenciais, em especial em indústrias caracterizadas por elevadas especificidades de ativos.

As políticas e legislações de defesa da concorrência têm como objetivo limitar o exercício abusivo de poder de mercado por parte das firmas que o detêm. Isso porque se supõe que na existência de algum poder de mercado, as firmas são capazes de implementar práticas ou condutas anticompetitivas que reduzem os benefícios sociais esperados da concorrência. No entanto, a competição não deve ser utilizada em si mesma como orientação das políticas de defesa da concorrência¹¹. Essa só se torna desejada quando se traduz em maiores e incontestes ganhos de eficiência e bem-estar.

Atualmente, o debate sobre os aspectos que envolvem grau de concentração industrial e concorrência, antes centrado nos prejuízos do primeiro com relação ao segundo, é tratado na literatura com diversas nuances e elementos complementares. Desse modo, a concentração de mercado deve ser examinada através também das vantagens econômicas que ela pode gerar; e por isso, devem ser consideradas pelos órgãos de defesa da concorrência e de regulação na avaliação do impacto regulatório de mudanças nos regramentos setoriais.

A redução dos custos produtivos derivada das economias de escala e escopo, o aumento da produtividade, os maiores incentivos à inovação tecnológica e a redução dos custos de transação são algumas das motivações dos atos de concentração que impactam positivamente na eficiência alocativa. Ademais, é importante ressaltar que a concentração é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento de poder de mercado. Dentro desse contexto, é muito importante que se separe as políticas de regulação voltadas para a mudança na estrutura setorial (ações de desconcentração) das políticas regulatórias direcionadas para coibição práticas anticompetitivas.

¹¹ Viscusi, W., Harrington, J., & Vernon, J. (2005). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: MIT press

A concentração de mercados pode ocorrer por diversas vias. Em indústrias desreguladas com elevadas especificidades de ativos, a concentração ocorre, quase sempre, a partir do controle direto de todos os elos da cadeia produtiva por um único agente (integração vertical). Nesse tipo de indústria, as estruturas verticalmente integradas são a solução encontrada para se reduzir os elevados custos de transação sendo, por exemplo, o padrão de conduta das empresas petrolíferas no início do desenvolvimento dessa indústria.

Em setores regulados, onde o controle direto de diferentes elos da cadeia produtiva pelo mesmo agente é vedado, a concentração de mercado pode ocorrer a partir de condutas ou atos de concentração como, por exemplo, fixação de preços de revenda, venda casada, recusa de negociação e restrições territoriais e de base de clientes. Nesses casos, é importante que os órgãos de defesa da concorrência monitorem constantemente o impacto de tais comportamentos sobre a concorrência e o bem-estar social.

Define-se como conduta anticompetitiva práticas comerciais e/ou contratuais cujos resultados se traduzem em prejuízo a livre concorrência resultando em um deslocamento do nível de eficiência de um mercado “perfeitamente” competitivo – seja em termos alocativos, produtivos e/ou distributivos. As condutas anticompetitivas podem ser classificadas em verticais ou horizontais. As condutas verticais são práticas de restrições impostas por ofertantes de bens e serviços de um mercado aos agentes de outro mercado correlacionado verticalmente ao mercado de origem – isto é, sobre as etapas anteriores ou posteriores na sua cadeia de produção.

Tradicionalmente, muitas das práticas anticompetitivas verticais vinham sendo consideradas ilegais *per se* pelos órgãos de defesa da concorrência, em especial nos EUA (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005). Atualmente, contudo, a incorporação da análise dos ganhos de eficiências, em especial da redução dos custos de transação, tem reorientado a visão sobre os efeitos líquidos dessas práticas. Assim, muitas instâncias judiciais norte-americanas vêm substituindo o critério de ilegalidade *per se* das práticas verticais pela regra da razoabilidade onde a análise do balanço dos efeitos das práticas verticais (ganhos de eficiência e efeitos anticompetitivos) é feito caso a caso (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005).

Entre os efeitos positivos de ganho de eficiência, podemos destacar a redução dos custos de transação; economias de escala e escopo no mercado-alvo; e proteção ao desenvolvimento tecnológico no mercado de origem (menor apropriação das novas tecnologias pelas empresas concorrentes a partir das empresas distribuidoras e comercializadoras). Entre

estes efeitos, a redução dos custos de transação tem sido o principal fator para revisão das políticas antitruste.

Desenvolvida por Williamson nas décadas de 1980 e 1990 (Williamson, 1985 e 1996)¹², a teoria dos custos de transação parte da hipótese de que todas as transações econômicas são, em essência, relações contratuais. Assim, defende-se que as empresas se defrontam não apenas com custos produtivos e financeiros, mas também com custos relacionados ao estabelecimento formal ou informal de contratos (custos de transação). Dessa forma, as empresas em sua busca por maiores lucros, criam mecanismos contratuais e extracontratuais (governança) que ao facilitar a coordenação entre agentes reduzem os custos de transação, podendo mesmo viabilizar transações que de outra forma não aconteceriam.

Para Williamson, o processo contratual assume uma grande complexidade nos casos envolvendo especificidades de ativos. Nessas situações, o processo contratual consiste, essencialmente, em contratos de longa duração, isto é, com interação frequente e prolongada entre as partes. Uma vez que a capacidade preditiva das contingências contratuais dos agentes é limitada pela presença de incerteza (contratos incompletos), os elevados custos afundados (ativos específicos) exigem que se estabeleçam tanto salvaguardas *ex-ante*, que minimizem esses riscos, quanto mecanismos preventivos de governança das falhas contratuais *ex-post* associadas a comportamentos oportunistas diante das assimetrias de poder econômico criadas ao longo do processo.

Entre os mecanismos preventivos das falhas contratuais associadas aos comportamentos oportunistas, o estabelecimento de comprometimentos mútuos, geralmente a partir de investimentos com custos irrecuperáveis e acordos de exclusividade, permite que, ao aumentar o custo de oportunidade de saída do contrato, se reduza os custos de transação aumentando a eficiência econômica alocativa. Assim, quanto maior o grau de especificidade dos ativos envolvidos, maiores serão os ganhos de eficiência associados aos mecanismos cooperativos de adaptação.

A teoria dos custos de transação mostra que os ganhos de eficiência em uma economia de mercado não derivam somente de inovações tecnológicas, produtivas e organizacionais, mas também de novos arranjos contratuais (estruturas de governança) que busquem uma maior eficiência na gestão da coordenação das partes envolvidas em transações contratuais duradouras. Nesse ponto, os órgãos de regulação desempenham um papel essencial, em

¹² Williamson, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism; Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: The Free press e Williamson, O. (1996). *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press.

especial em indústrias com elevadas especificidades de ativos, na redução dos custos de transação. Em outros termos, a regulação setorial, ao estabelecer as salvaguardas necessárias para o cumprimento dos contratos privados, reduz os custos de transação garantindo, assim, as condições necessárias para a expansão dos investimentos em setores com elevados custos afundados.

Diante da importância dos custos de transação em setores regulados, a adoção de cláusulas/práticas contratuais restritivas não deve ser analisada somente pelo seu efeito sobre a concorrência, mas também com base nos seus efeitos positivos sobre a eficiência econômica. Nesse sentido, quando identificados ganhos de eficiência no estabelecimento de acordos de cooperação entre agentes de diferentes elos da cadeia produtiva, o órgão de regulação, ao invés de coibir tais práticas, deve zelar pelo bom funcionamento dessas relações contratuais. É essa observação dos efeitos líquidos das práticas anticompetitivas que justificam a utilização do princípio da razoabilidade pelos órgãos de defesa do consumidor.

Percebe-se, com base no que foi exposto acima, que as mudanças regulatórias que afetam a estrutura dos mercados devem ser sempre acompanhadas pela análise dos efeitos líquidos da desconcentração de mercado sobre a concorrência e eficiência alocativa. No caso do mercado de combustíveis brasileiro, por exemplo, as mudanças sugeridas no regramento setorial afetam negativamente as relações contratuais entre as empresas de distribuição e os postos revendedores. Como veremos na próxima seção desse artigo, ao aumentar os custos de transação e os custos fiscalizatórios sem uma contrapartida de redução de preço expressiva, algumas mudanças regulatórias sugeridas na Agenda Regulatória da ANP para o biênio 2020-21 podem resultar em impacto líquido negativo.

A ação limitada dos mecanismos regulatórios de estrutura, contudo, não significa que os órgãos de regulação e de defesa da concorrência não devem atuar no sentido de expandir as forças competitivas nos mercados de combustíveis. Nesse contexto, deve-se optar pelos instrumentos regulatórios que se destinem objetivamente ao controle de práticas anticompetitivas.

Alguns tipos de acordos, principalmente entre empresas concorrentes, como por exemplo acordos tácitos e formais de preços, possuem poucos benefícios relevantes em termos de ganhos de eficiência de forma que essas práticas devem ser, *per se*, consideradas ilegais pelos órgãos de defesa da concorrência (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005).

Aqui é importante ressaltar que os critérios de “ilegalidade *per se*” e da razão não são, a rigor, antagônicos, mas, sim, complementares. Pode-se afirmar que o critério da razão é o

critério geral por excelência já que consiste em ponderar os reais e potenciais efeitos anticompetitivos, de um ato ou conduta, com seus possíveis efeitos pró-eficiência, tendo em vista determinar seus efeitos líquidos (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005). Por sua vez, o critério *per se*, a rigor, não elimina a análise de efeitos compensatórios, ele apenas a considera desnecessária em face à evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas condutas ou atos (como cartel e acordos tácitos de preços) não geram normalmente benefícios relevantes de forma que sua condenação “*per se*” não irá criar injustiça, acarretando, por sua vez, substanciais economias de meios materiais.

Na próxima seção iremos apresentar e analisar as principais mudanças sugeridas pela ANP no regramento dos mercados de combustíveis no Brasil.

3. Motivações das Mudanças Regulatórias: uma análise à luz dos custos de transação e de regulação

A Consulta Pública nº7/2021 da ANP tem como objetivo o exame da minuta de resolução que altera o marco regulatório da atividade de revenda varejista de combustíveis e das atividades dos TRRs (transportador revendedor retalhista) e distribuidores de combustíveis líquidos. Como destacado na introdução deste texto, uma das motivações centrais para esta revisão diz respeito à introdução de maior competição nos mercados de combustíveis.

Os aportes conceituais apresentados anteriormente oferecem uma grade de análise para verificar em que medida os instrumentos de regulação setorial e de defesa da concorrência se articulam, especialmente num contexto de revisão de normas e resoluções regulatórias.

Uma das principais mudanças sugeridas para o mercado de combustíveis, no âmbito da revisão regulatória da ANP, é a permissão e regulamentação da venda de combustíveis fora das instalações autorizadas. A mudança sugerida no artigo 31 da resolução ANP nº 41 de 2013 abre espaço para venda e abastecimento de veículos automotivos com gasolina-C e etanol hidratado fora das instalações autorizadas e reguladas, atividade esta que se convencionou chamar de *delivery* de combustível. O argumento apresentado pela Superintendência de Fiscalização e Abastecimento é que a vedação à entrega de combustíveis fora das instalações autorizadas à atividade de revenda varejista impede que ofertantes e demandantes se beneficiem de novas formas de comercialização viabilizadas pelo avanço tecnológico disponível.

No entanto, mesmo que de forma excepcional, a autorização para a venda de gasolina e etanol fora dos postos revendedores traz um aumento considerável dos riscos operacionais e

ambientais sem uma contrapartida justificável de ganhos para a concorrência. Em outros termos, o aumento dos custos necessários para se fiscalizar e, dessa maneira, garantir a segurança operacional e ambiental dessa nova atividade não são compensados pelos ganhos para o consumidor em termos de redução nos preços.

A afirmação acima evidencia-se a partir da análise das exigências feitas pela própria resolução ANP nº 41 de 2013 para se autorizar a atividade de comercialização, a varejo, de combustíveis automotivos. Além do Certificado de Vistoria do Corpo de Bombeiros, é exigida também a Licença de Operação expedida pelo órgão ambiental competente, sendo ambos os documentos referentes ao endereço do empreendimento autorizado. Tais exigências se justificam pelo alto risco operacional e ambiental da atividade de abastecimento de combustíveis. Segundo (Rocha, 2015) pp. 11¹³:

“Devido à natureza do produto armazenado, toda instalação e sistema de armazenamento de derivados de petróleo e outros combustíveis configura-se como empreendimento potencialmente ou parcialmente poluidor e gerador de acidentes ambientais, pois os vazamentos de derivados de petróleo e outros combustíveis podem causar contaminação de corpos d’água subterrâneos e superficiais, do solo e do ar, além de apresentar riscos de incêndio e explosões, decorrentes desses vazamentos.”

No caso do abastecimento fora dos empreendimentos autorizados, a garantia das condições de segurança mínimas fica bastante dificultada pela própria natureza itinerante da atividade de delivery de combustível e pela dificuldade de fiscalização. A diversidade dos locais de abastecimento em termos de localização, proximidade de atividades comerciais sensíveis aos riscos (escolas, hospitais e indústrias de produtos inflamáveis), ventilação e etc... torna, praticamente impossível, a manutenção das condições adequadas de segurança operacional e ambiental. Assim, mesmo que o agente abastecedor tenha todos os cuidados, a própria condição de abastecimento sem proteções como cobertura e local impermeabilizado¹⁴ e o desconhecimento dos agentes que podem estar desenvolvendo essas atividades pode levar a geração de centelhamento e o lançamento de outros tipos de materiais durante o abastecimento.

¹³ Rocha, E. (2015). *GERENCIAMENTO DE RISCOS EM POSTO DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEL DE EMPRESA DE TRANSPORTE*. Espírito Santo: UFES.

¹⁴ A mudança na norma define que o abastecimento não pode ser realizado em locais com revestimento permeável. Contudo, essa avaliação é improvável de ser feita adequadamente por um agente em campo.

Assim, mesmo que a resolução nº 41 exija uma série extensa de garantias¹⁵ dos agentes interessados e coloque uma série de restrições¹⁶ para a venda de combustíveis fora dos postos autorizados, na prática a fiscalização das condições mínimas de segurança exigidas torna-se bastante complexa o que acarretará, na melhor das hipóteses, em um aumento do custo fiscalizatório e, no pior dos casos, na falta de segurança para a atividade de abastecimento.

Ademais, uma das responsabilidades da ANP é garantir a qualidade dos combustíveis comercializados. No Brasil, a fiscalização dos padrões de qualidade mostra-se bastante importante em função dos recorrentes problemas de adulteração dos combustíveis. De fato, ao lado do monitoramento dos preços, o custo de fiscalização da qualidade está entre as principais despesas com serviços regulatórios da ANP.

Dentro do contexto acima, a autorização das atividades de delivery de combustíveis tende a aumentar, consideravelmente, os já elevados custos de fiscalização da qualidade. Isso porque quanto maior o trajeto percorrido pelo caminhão de abastecimento maior será o espaço para a adulteração do combustível. Ademais, a ANP não incluiu na alteração da resolução uma etapa do PMQC para esta modalidade, o que aumentam as chances de contaminação do combustível na etapa de transferência/abastecimento do tanque do delivery em si.

Nesse ponto, é importante destacar que a nova redação sugerida para resolução ANP nº 41 estabelece que o revendedor deve manter, no veículo utilizado para abastecimento fora das instalações autorizadas, os materiais e equipamentos necessários à realização das análises relacionadas no item 3 do Regulamento Técnico da Resolução ANP nº 09 de 07 de março de 2007, caso solicitadas pelo consumidor. Contudo, repassar a responsabilidade do controle da qualidade dos combustíveis para o consumidor não é somente um desvio das funções regulatórias como também não irá coibir as práticas de adulteração. Dessa forma, será

¹⁵ Estudo de Análise de Gestão de Riscos; Registro Nacional de Transportes Rodoviários de Cargas; Licença de Operação expedido pelo órgão ambiental competente; Certificado de Segurança Veicular emitido pelo Departamento Nacional de Trânsito; Certificado de Inspeção para o Transporte de Produtos Perigosos; Certificado de Inspeção Veicular emitido pelo INMETRO; Certificado de realização de curso de Movimentação Operacional de Produtos Perigosos; Cadastro de Regularidade Ambiental emitido pelo IBAMA; Anotação de Responsabilidade Técnica – ART com recolhimento junto ao CREA; e comprovação de aquisição de seguro para acidentes para a atividade.

¹⁶ A atividade só é permitida quando há a venda antecipada de produto por sistema, plataforma eletrônica ou aplicativo digital cujos dados possam ser fiscalizados pela ANP; a atividade de abastecimento não pode ocorrer em localidades onde haja piso semipermeável ou permeável; o revendedor deve manter, no veículo utilizado para abastecimento, os materiais e equipamentos necessários à realização das análises relacionadas no item 3 do Regulamento Técnico da Resolução ANP nº 09 de 07 de março de 2007, caso solicitadas pelo consumidor; fica vedada a autorização a revendedores varejistas para venda fora do abastecimento autorizado em áreas rurais, bem como a comercialização de produtos outros que gasolina e etanol hidratado.

necessária a instrumentalização de novos mecanismos de fiscalizações em diferentes pontos do trajeto de entrega para que se possa garantir a qualidade da gasolina e do etanol destinados ao abastecimento fora dos postos autorizados, o que irá aumentar demasiadamente o custo fiscalizatório.

A própria Superintendência de Fiscalização e Abastecimento (SFI) da ANP reconhece a necessidade de novos instrumentos de fiscalização ao afirmar que é fundamental que a ANP tenha acesso à rota georreferenciada do veículo, de forma a esclarecer por onde este circulou e onde foram abastecidos os carros com combustíveis comercializados por meio do aplicativo. No entanto, não há menção ou estimativa, em seus argumentos de defesa ao *delivery* de combustíveis, do aumento que esses novos instrumentos fiscalizatórios trarão para o custo de regulação.

Outro problema associado ao *delivery* de combustíveis é o menor controle da evasão fiscal. Sendo produtos altamente tributados, os combustíveis automotivos estão sujeitos a diferentes formas de sonegação fiscal. Assim, apesar da restrição feita às formas de comercialização que só poderão ocorrer de forma antecipada por sistema, plataforma eletrônica ou aplicativo digital, a venda fora dos postos autorizados abre um grande espaço para a sonegação fiscal em função das limitações práticas das ações de fiscalização.

Infelizmente, é mister reconhecer que são várias as formas de fraude tributária. A adição de etanol na gasolina C acima do permitido em lei é uma maneira de sonegação uma vez que o etanol tem uma tributação menor do que a gasolina. Outra prática comumente verificada é o comércio sem nota fiscal, procedimento que facilita a venda sem rastreamento pela fiscalização. Em todos os casos, a redução ilícita da carga tributária atua como uma vantagem competitiva podendo ser considerada como uma prática predatória de mercado¹⁷.

Tanto no caso da adulteração dos combustíveis quanto da sonegação fiscal, os órgãos de defesa do consumidor e os órgãos de regulação aconselham os consumidores que tiverem fundado motivo para desconfiar de fraudes a acionar o Procon ou a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a quem compete a fiscalização desse mercado. Dessa forma, o artigo 22 da resolução ANP nº 41 em seu item XVII obriga os revendedores varejistas a permitir o livre acesso, bem como disponibilizar amostras de combustíveis e documentação, inclusive notas fiscais, aos agentes de fiscalização da ANP. No caso do serviço de

¹⁷ Segundo o Instituto Combustível Legal, em 2018, a sonegação fiscal nas vendas de combustíveis reduziu a arrecadação de estados e da União em 14 bilhões de reais. (Folha de São Paulo, 2021)

abastecimento fora dos postos revendedores, tanto o acesso dos fiscais da ANP quanto a coleta de documentos ficam bastante dificultadas.

Como vimos anteriormente, a justificativa para o desenvolvimento dessa nova modalidade de comercialização decorre dos seus benefícios potenciais à concorrência e, conseqüentemente, de redução de preços. Isso porque o *delivery* de combustíveis tenderia a reduzir os custos de pesquisa de preços por parte dos consumidores e as vantagens locacionais dos postos de combustíveis, principalmente em áreas onde a especulação imobiliária reduziu o número de pontos de abastecimento. Ademais, a SDL (Superintendência de Distribuição e Logística) entende que a venda fora dos postos autorizados abre espaço para novas formas de concorrência em um setor caracterizado pela baixa inovação tecnológica.

No entanto, os potenciais efeitos positivos do *delivery* de combustíveis em termos concorrenciais não parecem compensar os aumentos dos custos de fiscalização e dos riscos operacionais. De fato, a dificuldade de fiscalização trazida pelo abastecimento fora dos postos de combustíveis pode abrir, até mesmo, espaço para práticas anticompetitivas e ilícitas decorrentes da maior facilidade de adulteração dos combustíveis e de sonegação fiscal.

Outras soluções, como o desenvolvimento de aplicativos que informem com precisão os preços dos combustíveis assim como a avaliação dos postos de combustíveis pelos consumidores em trajetos pré-definidos (trabalho-casa, por exemplo) tem o potencial de aumentar a concorrência sem aumentar os custos regulatórios.

O novo padrão tecnológico surgido com a expansão da internet realmente abre a possibilidade de desenvolvimento de novos espaços concorrenciais. No entanto, no caso dos mercados de combustíveis, tais experimentações devem ser sempre feitas com bastante cautela. Os riscos inerentes às características dos produtos negociados, as especificidades dos investimentos realizados ao longo da cadeia produtiva e a importância da garantia de suprimento mostram que nos mercados de combustíveis a atividade regulatória deve ser mais preventiva do que reativa.

Outra mudança trazida pela nova redação do artigo 25 da resolução ANP nº 41 refere-se ao fim da tutela regulatória da exclusividade da marca. A atual redação do artigo 25 determina que sempre que um revendedor varejista optar por exibir a marca comercial de uma empresa distribuidora, este somente poderá adquirir, armazenar e comercializar combustível automotivo fornecido pelo distribuidor da marca em questão.

Segundo a Superintendência de Fiscalização e Abastecimento (SFI) da ANP, as ações de fiscalização com o objetivo de verificar a fidelidade à bandeira extrapolam a proteção ao

consumidor e repercute na verificação de cumprimentos das cláusulas de contratos particulares entre revendedores e distribuidores de combustíveis. Segundo a SFI, as sanções impostas pela tutela regulatória da fidelidade da marca reduzem o poder de barganha dos revendedores bandeirados frente à distribuidora de que adquire o produto.

Ademais, para a SFI, os distribuidores são diretamente favorecidos pela existência da tutela, pois têm custos menores à manutenção do sistema de bandeira pela via administrativa, em comparação à via judiciária. Entende-se, dessa forma, que a obrigação de fiscalização da fidelidade à marca traz elevados e desnecessários custos fiscalizatórios para a ANP.

A SFI propõe, assim, uma nova redação para o artigo 25 em que mesmo os postos de gasolina que decidam por exibir a marca de uma empresa distribuidora não são mais obrigados, pela legislação, a manter a exclusividade na compra do combustível podendo, dessa forma, adquirir combustíveis de outras empresas distribuidoras.

Os argumentos da SFI, no entanto, vão diretamente de encontro dos objetivos da regulação econômica. Isto porque dentre as funções dos órgãos reguladores está, exatamente, a redução dos custos associados ao não cumprimento dos contratos privados, em particular em indústrias com elevadas especificidades de ativos. Dessa forma, a SFI, em seu argumento, desconsidera completamente as especificidades das relações contratuais nos mercados de combustíveis e, conseqüentemente, os elevados custos de transação.¹⁸

O reconhecimento da SFI de que a tutela regulatória da fidelidade da marca reduz os custos de monitoramento e de garantia dos contratos é, ao contrário do alegado, um reconhecimento da adequação da resolução nº 41 às boas práticas regulatórias sendo os custos fiscalizatórios compensados pela redução dos custos de transação. A eliminação da tutela regulatória sobre a fidelidade da marca, nesse sentido, é uma distorção da função do órgão de regulação.

Outra sugestão de mudança de proposta pela ANP é a flexibilização da tutela regulatória. Nesse caso, a tutela regulatória é mantida, mas é permitido que os postos bandeirados tenham em suas instalações até duas bombas “não exclusivas”. Nessa situação, a ANP continua “tutelando” as “bombas bandeiradas”, ou seja, exige-se e fiscaliza-se que as bombas

¹⁸ A tendência natural de integração vertical que existe nos mercados de combustíveis evidencia a existência de elevados custos de transação. A própria ANP, em sua resolução no 41 (artigo 26) reconhece essa característica de forma que veda a participação de agentes distribuidores na atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

bandeiradas somente vendam combustível da distribuidora que ostentam a marca. Segundo a nova redação proposta para o inciso 6 do artigo 25 da resolução ANP nº 41:

“Revendedor que optar por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, de acordo com o § 2º, poderá também optar, através do preenchimento da Ficha Cadastral a que se refere o inciso I, do art. 11, pela instalação de até duas bombas medidoras interligadas a tanques exclusivos e específicos para o produto destinado, que poderão comercializar combustíveis de distribuidor diferente da marca exibida.”

A permissão para venda do combustível de outras empresas de distribuição dentro dos postos bandeirados, em ambas as alternativas propostas, distorce a relação contratual e os efeitos positivos da relação existente entre empresas distribuidoras e revendedores varejistas ao aumentar os custos de transação. Ação essa contrária a Lei de Liberdade Econômica (nº 13.874/2019) que, em seu artigo 4º item V, versa que é responsabilidade da administração pública evitar o aumento do custo de transação sem demonstração de benefícios.

Além do aumento dos custos associados ao cumprimento dos contratos entre distribuidores e postos bandeirados, a bomba não-exclusiva cria um importante problema de externalidade conhecido como *“free-rider”*. Isto é, os benefícios dos gastos com propaganda, marketing e treinamento das equipes de venda realizados pelos distribuidores vinculados à bandeira do posto são compartilhados com outras empresas distribuidoras sem que estas tenham incorrido em iguais custos. Nesse contexto, na incapacidade de apropriação dos benefícios econômicos dos seus investimentos na consolidação da marca, há uma redução dos gastos com diferenciação de produto e conseqüentemente da concorrência.

Ademais, a possibilidade de venda do combustível de outros agentes distribuidores dentro de postos bandeirados aumenta o custo de monitoramento dos contratos por parte das empresas distribuidoras proprietárias da marca (o que contribui também para o aumento dos custos de transação). Isso porque a existência da bomba não-exclusiva abre espaço para comportamentos oportunistas por parte das equipes de venda que podem direcionar os consumidores para os pontos de venda “brancos” em troca de recompensas pecuniárias. Em outros termos, a bomba não exclusiva tem grande potencial de enganar o consumidor e a fiscalização nesse tipo de posto irá aumentar muito o custo de fiscalização da ANP e de todos os demais órgãos de defesa do consumidor.

Esse problema é mais grave em postos bandeirados em função dos gastos das distribuidoras proprietárias das marcas em propaganda, marketing e treinamento dos agentes revendedores. É importante ressaltar que a criação de espaços concorrenciais em setores onde a homogeneidade do produto é bastante elevada exige estratégias comerciais de diferenciação que passam pela garantia da qualidade e pela comercialização de outros serviços e produtos.

A marca, nesse contexto, não pode ser vista como uma barreira à entrada, mas sim como a resultante da estratégia concorrencial de diferenciação de produto. No caso dos mercados de combustíveis, a consolidação da marca das distribuidoras está diretamente associada à atividade de venda no varejo. Em outros termos, os postos “bandeirados” se beneficiam das estratégias de propaganda e marketing das empresas distribuidoras assim como dos investimentos, por estas realizadas, em treinamento e inovação. Por sua vez, as vendas de combustíveis pelos postos “bandeirados” são essenciais para cobrir os elevados custos da atividade de distribuição. Por lidarem com elevadas escalas mínimas eficientes, sobretudo em um país de grandes dimensões territoriais e concentração das fontes suprimento, como é o caso do Brasil, as empresas de distribuição precisam garantir altos volumes de combustíveis comercializados pelos postos de revenda que compram delas.

Como consequência, contratos mais restritivos entre distribuidoras e os postos “bandeirados”, apesar de menos flexíveis, beneficiam os revendedores por meio de outras políticas comerciais e de marketing das distribuidoras que reforçam um posicionamento diferenciado da marca.

Outra importância da marca, em especial em setores onde as questões associadas à segurança e qualidade do produto são essenciais, como no caso dos mercados de combustíveis, é o incentivo a uma disciplina ou autoregulação dos agentes. Isto se explica pelo volume de investimentos realizados pelas empresas distribuidoras em suas marcas como estratégia de diferenciação de produto, os quais só se justificam a partir da fidelização dos consumidores, que em última instância, está associada à credibilidade da marca. É por essa razão que os contratos de comercialização entre empresas de distribuição e postos bandeirados costumam ser bastante exigentes em termos de qualidade do produto e do serviço prestado, o que tende a reduzir os problemas de adulteração e sonegação fiscal.

Com o aumento dos custos de transação associados ao fim da tutela regulatória sobre a fidelidade da marca ou sua flexibilização com a permissão de bomba não-exclusiva, há uma

redução dos incentivos aos investimentos das empresas distribuidoras em ações de diferenciação de suas marcas e, conseqüentemente, das ações de autoregulação.

Cabe sublinhar, assim, que o fim da tutela regulatória sobre a fidelidade da marca ou sua flexibilização não somente reduz os espaços de concorrência, ao reduzir os incentivos à diferenciação de produto, como também tendem a aumentar o custo de fiscalização, contrário ao sugerido pela SFI.

Como mostrou-se anteriormente, os ganhos de eficiência em uma economia de mercado não derivam somente de inovações tecnológicas, produtivas e organizacionais, mas também de novos arranjos contratuais (estruturas de governança) que busquem uma maior eficiência na gestão da coordenação das partes envolvidas em transações contratuais duradouras (Williamson, 1985; 1996). Nesse contexto, a adoção de cláusulas/práticas restritivas não deve ser analisada somente pelo seu efeito sobre a concorrência, mas também com base nos efeitos sobre a eficiência econômica. É essa observação dos efeitos líquidos das práticas anticompetitivas que justificam a utilização do princípio da razoabilidade pelos órgãos de regulação e de defesa do consumidor.

No que diz respeito às práticas anticompetitivas que podem surgir dos contratos de exclusividade, como por exemplo a prática de discriminação de preços por parte das distribuidoras¹⁹ junto aos postos bandeirados ou a formação de clusters que interfiram no equilíbrio concorrencial, existem mecanismos de controle de condutas que podem e devem ser utilizados pelos órgãos de defesa da concorrência para verificar se tais iniciativas se caracterizam de fato como prática anticoncorrencial. É importante lembrarmos que a regulação de condutas não deve ser substituída pela regulação prévia de estruturas, como vimos na seção 2.2.

Assim, a preocupação do órgão de defesa da concorrência não deve ser efetivamente com a existência de poder de mercado, mas sim com os efeitos líquidos desse poder de mercado sobre o bem-estar social. No caso, das mudanças feitas na resolução ANP nº 41, verifica-se que os ganhos competitivos não são compensados pelos aumentos dos custos regulatório e de fiscalização. No caso da bomba não-exclusiva, a redução dos incentivos a diferenciação do produto por parte das empresas de distribuição pode, até mesmo, reduzir os espaços concorrenciais aumentando as brechas para condutas anticompetitivas ilícitas.

¹⁹ Postos de mesma bandeira podem adquirir combustíveis por preços distintos em função de relações comerciais decorrentes do histórico comercial (volume adquirido, adimplência etc.)

Uma terceira alteração proposta no regramento dos mercados de combustíveis é a liberação da comercialização de gasolina-C e etanol hidratado por Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRR). Atualmente, os TRR só podem comercializar, transportar e revender óleo diesel, óleos lubrificantes e graxa envasada. Com a permissão para a venda de gasolina C e etanol hidratado, os TRRs passariam a concorrer com as empresas distribuidoras de combustíveis nesses mercados. De fato, o objetivo atribuído à essa mudança regulatória pelos seus defensores é o aumento da concorrência no mercado de combustíveis.

Nesse ponto, assim como nos demais acima apresentados, os efeitos concorrenciais parecem não ser compensados pelos aumentos nos custos de transação e nos custos fiscalizatórios. É importante ressaltarmos que a importância dos TRRs é atender um nicho de mercado que, em função dos custos logísticos e dos volumes negociados, não atraem as empresas distribuidoras. É por essa razão que os principais clientes dos TRRs são produtores rurais, empresas transportadoras e indústrias.

A permissão para que os TRRs transportem, armazenem e revendam gasolina-C e etanol hidratado distorce a função desses agentes que passam a competir com as empresas distribuidoras e com os revendedores por esses mercados. Com distribuidor, pois passará a entregar para grandes consumidores gasolina e etanol, que hoje são entregues pelos distribuidores. Com os revendedores, pois passará a entregar em domicílio gasolina e etanol para consumidores que antes abasteciam nos postos.

Em indústrias com reduzidas especificidades de ativos, a diversidade de agentes é benéfica tanto para o consumidor, que se defronta com preços mais baixos, quanto para o próprio desenvolvimento do setor, que tem nas estratégias de inovação das empresas uma fonte de progresso tecnológico. No entanto, em indústrias com elevadas especificidades de ativos e, conseqüentemente, elevados custos de transação, a competição entre agentes com estruturas de custos e regulação incidente muito diferenciadas, ao invés de contribuir para o desenvolvimento do setor tende a reduzir os investimentos e, mesmo, a incentivar práticas e condutas anticompetitivas.

É importante ressaltar que, segundo a própria ANP, em 2020, apenas 0,56% da gasolina C vendida pelas empresas distribuidoras no Brasil são destinados aos consumidores industriais e rurais (consumidores atendidos pelos TRR no mercado de diesel e outros e que seriam potencialmente beneficiados). No etanol, esse percentual é cerca de 2%. Dessa forma, a mudança na resolução da ANP traz poucos benefícios concorrenciais o que não justifica o aumento dos custos fiscalizatórios.

Vale lembrar que na venda de etanol hidratado um mecanismo de fraude comumente adotado é o faturamento do produto para um cliente industrial e entrega em um posto revendedor de forma que este possa burlar e escapar de sua responsabilidade solidária no pagamento de ICMS.

Assim, no caso brasileiro, onde os problemas de adulteração de combustíveis e sonegação fiscal são endêmicos, a criação de mais um elo na cadeia de suprimento aumenta o custo de fiscalização. Esse ponto se torna ainda mais relevante se consideramos que, em função das estruturas de custos da atividade de TRR, é de se esperar que este segmento de mercado seja muito mais pulverizado que o segmento de distribuição.

No que se refere aos efeitos positivos para o consumidor, a permissão para que novos agentes comercializem gasolina C e etanol hidratado não é garantia de redução de preços. A adição da margem de revenda atacadista além de aumentar os custos de fiscalização de condutas e práticas anticompetitivas, inclui na cadeia de formação de preços do combustível mais uma componente de custo.

Isto posto, vale aqui sinalizar que as propostas de alteração no regramento dos mercados de combustíveis são bastante contraditórias em seus objetivos. Se por um lado sustenta a proposta de redução de custo fiscalizatório a partir do fim da tutela regulatória da exclusividade da marca ou de sua flexibilização, por outro, apresenta propostas que claramente aumentaram o custo de regulação ao permitir a venda de combustíveis fora dos postos autorizados e a comercialização de gasolina-C e etanol hidratado pelos TRR.

4. Considerações Finais

A revisão regulatória proposta pela ANP para o segmento *downstream* está centrada no objetivo de ampliar a concorrência nos mercados de combustíveis. As alterações na regulação acontecem, em paralelo, à mudança estrutural mais importante dos últimos anos da indústria de derivados: a alienação de parte do parque de refino controlado pela Petrobras. Ainda que as alterações previstas e colocadas na Consulta Pública nº 7/2021 atentem para os segmentos à jusante do refino é importante observar que a desconcentração industrial prevista com a venda anunciada das refinarias da Petrobras se constituirá, de fato, numa mudança estrutural histórica que deverá ensejar num novo padrão de concorrência no refino e alteração nas condições de concorrência nos demais segmentos.

Importa igualmente chamar atenção para a necessária conciliação dos objetivos de ampliação da concorrência com a garantia do abastecimento com combustíveis de qualidade. Neste sentido, o padrão de concorrência nos mercados de combustíveis requer não apenas mais agentes econômicos ofertantes; eles precisam ter qualificação para assegurar condições adequadas de abastecimento, minimizando fraudes fiscais e adulteração.

Estas novas condições de mercado irão igualmente influenciar o processo de formação de preços de derivados dos novos atores e da Petrobras no refino; bem como os efeitos de transmissão de flutuações de preços na distribuição e revenda. Cabe lembrar, neste registro, que políticas de preços são instrumentos legítimos de política energética e envolvem o uso da estrutura tributária e fiscal presente nos preços de derivados de todos os países; e que têm sempre fins redistributivos, sejam entre os diferentes agentes econômicos, sociais ou regionais. Como também é de conhecimento geral, mudanças tributárias estão sendo estudadas, mas ainda não se sabe ao certo de que maneira irão alterar as condições de concorrência no *downstream*.

Em suma, a intenção de promover alterações nos demais segmentos, onde já existe um ambiente competitivo, deveria ser uma tarefa *a posteriori*, quando estarão claros o conjunto de novos atores, a reorganização regional dos mercados, as novas condições de oferta, demanda, exportação e importação, bem como o uso e as necessidades de expansão da infraestrutura e logística de movimentação de derivados.

No caso em tela, as alterações são motivadas pela busca (louvável, diga-se de passagem) de ampliação das condições de concorrência. Entretanto, as mudanças regulatórias propostas colocam, por um lado, em plano secundário as especificidades setoriais de natureza logística, operacional, comercial/contratual e de segurança. Por outro lado, tampouco atentam para as condições e custos de regulatórios de fiscalização do novo ambiente concorrencial proposto; e nem para os custos de adaptação dos agentes econômicos às novas condições de mercado

Cabe destacar que uma intervenção preventiva das autoridades de regulação e/ou de defesa da concorrência na estrutura dos mercados de combustíveis deveria ter como ponto de partida uma análise concreta das eventuais distorções operacionais e competitivas identificadas no funcionamento do mercado nas condições atuais. Tal como destacado nos estudos, já citados da OECD, sobre boas práticas regulatórias *“Reform efforts must have clear and convincing objectives”*.²⁰

²⁰ OECD (2005), “OECD GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE”, Paris, OECD, 2005.

Além disso, as novas resoluções, que porventura venham a ser aprovadas, devem contemplar, de forma mais rigorosa, os custos que serão incorridos pelos agentes econômicos, bem como os custos de regulação, fiscalização e *enforcement* de novos dispositivos regulatórios.

No que diz respeito à concorrência, as reformas propostas também são bastante questionáveis em seus efeitos. A desvalorização da marca com o fim da tutela pela ANP ou pelo estabelecimento da “bomba não exclusiva” e a institucionalização da figura do atravessador traz, ao invés do aumento da competição, a redução de um dos principais instrumentos concorrenciais em mercados cujos produtos são muito homogêneos que é a diferenciação do produto. Ademais, ao se abrir mais espaços para a adulteração do produto e sonegação fiscal, as mudanças sugeridas criam a oportunidade para a adoção de práticas anticompetitivas ilícitas enquanto dificultam ainda mais o monitoramento das margens nos mercados de combustíveis. Nesse sentido, ao invés de favorecer o consumidor, as mudanças regulatórias acima analisadas o expõem cada vez mais aos riscos associados a redução da capacidade fiscalizatória da ANP e dos órgãos de defesa da concorrência.

Neste diapasão, ***seria recomendável a intensificação dos esforços de regulação da conduta***, coibindo e punindo exemplarmente ações fraudulentas e práticas anticompetitivas. O Acordo de Cooperação Técnica da ANP e do CADE pode ser um instrumento ainda mais poderoso para tais ações. ***As questões atinentes à regulação da estrutura devem ser objeto de análises mais elaboradas, tratando e revelando explicitamente os custos de regulação e os custos de adaptação dos agentes aos novos dispositivos regulatórios.*** Não é demais lembrar neste ponto que mudanças estruturais requerem tempo. E, em especial, numa cadeia produtiva como a de combustíveis, efeitos à montante e à jusante de cada segmento têm que ser considerados no exame das condições de competição.

À guisa de conclusão, cabe lembrar que as condições de concorrência, especialmente em mercados como os de combustíveis, devem ser buscadas e aperfeiçoadas; mas a égide da competição não pode ser um fim em si mesmo. Como destacado aqui, ela deve ser qualificada. A própria ANP ao limitar, por razões de segurança operacional, a atuação em águas profundas, diminui forçosamente o número potencial de empresas licitantes. E isto não significa dizer que não haja competição nos leilões de contratos de concessão e partilha. O regulador, ao criar esta norma regulatória zela, corretamente, pela prudência no que concerne à segurança operacional, em detrimento de um maior número de concorrentes.

Não há, por ora, nenhuma evidência de que as mudanças regulatórias propostas venham a reduzir os preços aos consumidores e/ou melhorar as condições operacionais e a

qualidade dos combustíveis, aliás pode ocorrer o efeito inverso considerando o aumento dos custos de transação, apenas para citar como exemplo.

Tal como destacado por Paccès, A. e Van den Bergh, R. (2012), *“in some situations it may simply be too costly to improve on market outcomes, in terms of both generation of private rents and other unintended consequences, as is sometimes the case in consumer protection. In these situations, it is best to do nothing*²¹.

²¹ Paccès, A. e Van den Bergh, R. (2012) “An introduction to the law and economics of regulation”, in *REGULATION AND ECONOMICS: SECOND EDITION ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, Alessio M. Paccès, Roger J. Van den Berg, eds., Cheltenham: Elgar, 2012