

Restrições verticais na cadeia de comercialização de etanol combustível: análise do impacto concorrencial do poder normativo e regulador no setor varejista

Dalide Barbosa Alves Corrêa⁴¹⁰
Levi Borges de Oliveira Veríssimo⁴¹¹
Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos⁴¹²

RESUMO

Com o objetivo de analisar o impacto concorrencial derivado das resoluções administrativas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, o presente estudo busca investigar a racionalidade dos atos normativos da ANP que impõem restrições verticais ao mercado de etanol combustível, à luz da lei de instituição da agência reguladora e das normas de defesa da concorrência. Analisadas as externalidades positivas e negativas das restrições impostas ao setor de etanol, os autores concluem por uma tendência de desequilíbrio em relação aos custos regulatórios impostos aos produtores. Nesse sentido, entende-se que os rearranjos mercadológicos verticais impostos pela ANP, como a proibição do comércio direto do etanol combustível entre o produtor e o revendedor varejista, violam não somente o princípio da livre iniciativa, mas constituem também potenciais danos à concorrência e aos consumidores.

Palavras-chave: Restrições verticais. Etanol combustível. Direito regulatório.

ABSTRACT

Aiming to analyze the competitive impacts arising from the administrative resolutions enacted by the Brazilian National Agency for Oil, Gas and Biofuels (“ANP”), this article investigates the rationality of ANP’s administrative acts considering the Brazilian Oil Law (no. 9,847/99 - which founded ANP) and the Brazilian Competition Law (no. 12,529/11). Considering both positive and negative externalities of the vertical restraints imposed to the ethanol sector, the authors found a tendency towards an imbalance in relation to the regulatory costs imposed on producers. In such scenario, it is concluded that the vertical restraints imposed by ANP, such as the prohibition of direct sale between ethanol producers and retailers, violates not only the free enterprise principle, but also constitute a potential damage to competition and the final costumers.

Keywords: Vertical constraints. Ethanol fuel. Regulatory law.

⁴¹⁰ Advogada, Sócia do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduada em Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Foi Diretora Jurídica Nacional da Caixa Econômica Federal, Membro do Conselho de Administração da Fundação dos Economistas Federais - FUNCEF, Assessora Jurídica na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, Assessora-Chefe da Assessoria Parlamentar do Supremo Tribunal Federal - STF, Procuradora-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e Diretora Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

⁴¹¹ Advogado, Sócio do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduado em Direito Imobiliário e Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Aluno especial do Mestrado em Direito da FD/UnB e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Membro do Grupo de Pesquisa "Constituição, Empresa e Mercado" da UnB.

⁴¹² Graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Pesquisa em Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. 1 Panorama regulatório do mercado de distribuição e revenda de etanol combustível. 2 Restrições verticais. 2.1 Participação societária. 2.2 Vedação de venda direta. 3 Análise dos fundamentos jurídicos e econômicos das restrições regulatórias. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Diante de sua importância estratégica e relevante interesse econômico, a atividade de comercialização de combustíveis é altamente regulada pelo Estado, não apenas no Brasil. A criação da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”) em 1997, por meio da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, foi um marco nesse sentido.

No contexto de sua atuação, a ANP implementou diversas medidas que podem ser classificadas, do ponto de vista concorrencial, como restrições verticais em seu sentido prático. O objetivo do presente estudo é analisar a competência e o impacto concorrencial da atuação da ANP no âmbito da implementação de tais restrições verticais, bem como a racionalidade econômica no cenário em análise, adotando como recorte temático o mercado de comercialização varejista de etanol combustível.

Nesse sentido, a pesquisa tem como termo inicial as resoluções editadas a partir do ano de 2005, quando a ANP passou oficialmente a se chamar Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, denominação que visou adequar o escopo de atuação do órgão, o qual deixou de estar adstrito aos combustíveis derivados de petróleo. Desde então, a agência passou a atuar ativamente em relação aos setores de gás natural e biocombustíveis, implementando medidas concorrencialmente relevantes.

Assim, para fins do presente estudo, abordaremos especialmente os impactos concorrenciais das restrições verticais impostas pelo agente regulador no exercício de suas competências, particularmente (i) a vedação de participação societária dos produtores de combustíveis na cadeia de revenda varejista⁴¹³ e (ii) a proibição de comercialização direta entre revendedor varejista (postos de combustíveis) e fornecedor de etanol (usinas)⁴¹⁴.

PANORAMA REGULATÓRIO DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE ETANOL COMBUSTÍVEL

⁴¹³ Implementada a alínea *f* do art. 12 da Resolução ANP n. 58, de 17 de outubro de 2014.

⁴¹⁴ Implementada pelo art. 6º da Resolução ANP n. 43, de 22 de dezembro de 2009 e art. 14, I da Resolução ANP 41, de 5 de novembro de 2013.

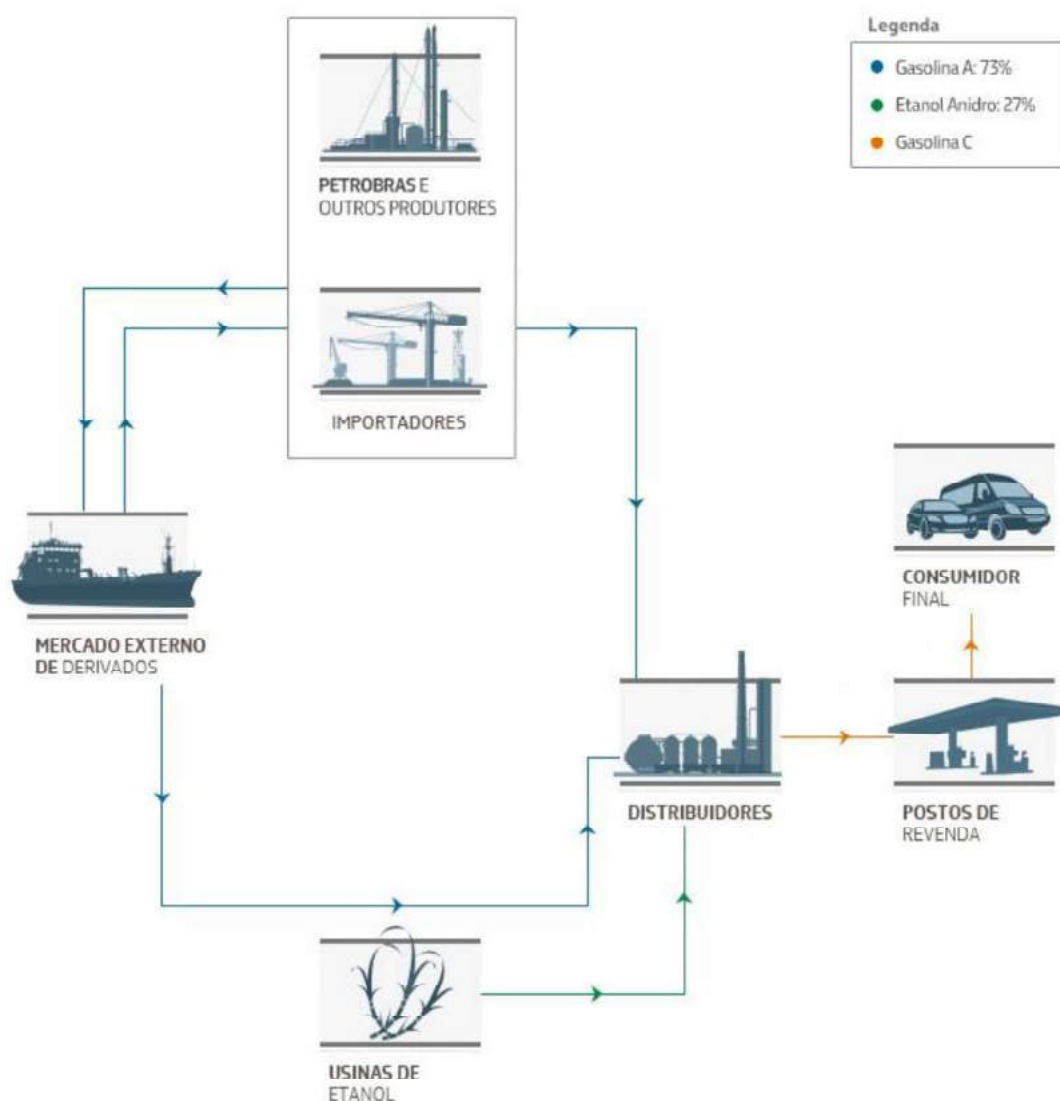
Dentre os objetivos estabelecidos pela Lei n. 9.478 de 1997, conhecida como Lei do Petróleo, para a implementação da política energética brasileira, está o exercício da livre concorrência no setor (art. 1º, IX, da referida norma). Além da criação da própria ANP, a norma simbolizou um passo dado pelo legislador para orientar o setor no sentido de um regime de livre mercado, em consonância com a tendência internacional da década de 90.

Assim, a atuação da ANP, enquanto agência reguladora, tem, desde a origem, viés de proteção da concorrência em atuação conjunta com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), à época sob a vigência da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e, posteriormente, na forma da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. No mesmo sentido, a promulgação da Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011, alterou as atribuições da ANP para incluir expressamente a regulação da indústria de biocombustíveis dentre as atribuições legais da autarquia, sem alterar os dispositivos relacionados à defesa da concorrência.

Diante desse panorama legislativo, o mercado de fornecimento, distribuição e comercialização de etanol combustível, objeto do presente estudo, estruturou-se conforme cadeia de fornecimento definida pelo regulador. O setor é composto por agentes que se inter-relacionam de maneiras diversas, conforme ilustrado pela figura a seguir⁴¹⁵:

Figura 1 – Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços, conforme Resolução ANP n. 58/2014.

⁴¹⁵PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços.** Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



Fonte: PETROBRAS. Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona.

Em resumo, a cadeia de comercialização é formada pelos seguintes agentes econômicos: as refinarias de petróleo, as centrais petroquímicas, as usinas/destilarias, os formuladores, os importadores e exportadores, os distribuidores, os revendedores varejistas e os Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs⁴¹⁶) e o consumidor final.

Conforme o art. 18 da Resolução ANP n. 58 de 2014, os distribuidores estão autorizados a adquirir combustíveis líquidos dos seguintes agentes: (i) refinaria autorizada pela ANP; (ii)

⁴¹⁶ Conforme esclarece a ANP, “o Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) é a empresa autorizada pela ANP a adquirir em grande quantidade combustível a granel, óleo lubrificante acabado e graxa envasados para depois vender a retalhos. O TRR também é responsável pelo armazenamento, transporte, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor quando da comercialização de combustíveis”. Cf. ANP. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>. Acesso em 15 jan. 2018.

central de matéria-prima petroquímica; (iii) formulador autorizado pela ANP; (iv) importador autorizado pela ANP, de acordo com a regulamentação vigente; (v) outro distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP; (vi) fornecedor de etanol cadastrado ou autorizado pela ANP; ou (vii) produtor de biodiesel autorizado pela ANP.

Em razão da importância logística da distribuição neste mercado, os agentes atuantes nesta etapa de fornecimento acabaram alçando, no mercado brasileiro, reconhecido poder de mercado. Por ocasião do julgamento do caso Ipiranga/Alesat⁴¹⁷, o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende observou em seu voto que:

[...] A atividade de distribuição é uma atividade essencialmente logística, e a lucratividade reside na otimização dos fluxos logísticos. Para as distribuidoras nacionais e regionais, é necessário haver giro suficiente nas bases de estocagem e o combustível deve permanecer armazenado o menor período de tempo possível, de forma que seja vendido tempestivamente visando rentabilizar a estrutura física e diluir os investimentos em custo fixo. Os ativos de distribuição diretamente relacionados à estocagem de combustíveis são ativos relevantes e estratégicos para o negócio, pois sua localização e operação logística determinam o sucesso na rotatividade de comercialização do produto.

Contudo, a detenção de bases primárias e secundárias estrategicamente posicionadas em relação aos pontos de entrega da Petrobras e aos pontos de revenda não garante, por si só, a viabilidade econômica do empreendimento. Com margens relativamente baixas por unidade vendida, a quantidade e a estabilidade da demanda pelos postos revendedores é determinante para garantir o retorno de grandes investimentos em custos fixos. Essas distribuidoras precisam de uma demanda minimamente previsível por parte dos postos para que possam operar de forma eficiente, com o menor custo médio possível.

Ainda nesse contexto, o Cade identificou e classificou o grupo das grandes distribuidoras nacionais, formado pela (i) Petrobras Distribuidora S/A (“BR”), subsidiária integral da Petrobras, (ii) Ipiranga, pertencente ao grupo Ultra, e (iii) Raízen, resultado da fusão das antigas Shell e Esso com o grupo Cosan. Segundo dados do Cade, as três empresas responderam por cerca de 72% do volume total de combustíveis líquidos distribuídos no Brasil em 2015⁴¹⁸.

A atividade de revenda de combustíveis líquidos é definida pelo Cade como “o elo final da cadeia, e consiste em receber o combustível das distribuidoras, armazená-lo em tanques subterrâneos e atender o consumidor final por meio de bombas de combustível”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49 (doc. SEI 0372036).

⁴¹⁸ Id. Ibid.

⁴¹⁹ Id. Ibid.

Conforme artigo 4º, XII, da Resolução ANP n. 41 de 2013, o posto revendedor é o estabelecimento localizado em terra firme que revende, a varejo, combustíveis automotivos e abastece tanque de consumo dos veículos automotores terrestres ou em embalagens certificadas pelo Inmetro; óleo lubrificante acabado envasado e a granel; aditivo envasado para combustíveis líquidos; aditivo envasado para óleo lubrificante acabado; graxas lubrificantes envasadas e querosene iluminante a granel ou envasado.

Do ponto de vista dos distribuidores, há distintas fontes de fornecimento, conforme demonstrado na figura acima. As empresas distribuidoras podem adquirir os combustíveis derivados das refinarias, das centrais petroquímicas, de outros produtores, bem como de importadores, e, no caso dos biocombustíveis, podem adquirir de fornecedores de etanol e de biodiesel.

Sob a ótica da oferta, os distribuidores podem comercializar combustíveis com os revendedores varejistas, transportadores-revendedores-retalhistas (TRRs) e consumidores finais, sendo-lhes, entretanto, vedado o exercício da atividade de revenda varejista, à exceção da operação do denominado posto-escola⁴²⁰. Relativamente ao tipo de produto comercializado, a ANP autoriza que as distribuidoras comercializem combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível e outros combustíveis automotivos.

Em relação à venda de combustíveis líquidos para revendedores varejistas, as distribuidoras estão autorizadas a comercializar com postos que ostentem sua marca comercial ou com os chamados “postos bandeira branca” (que não ostentam a marca de nenhuma distribuidora), na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013.

A edição da Resolução ANP n. 58 de 2014, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, veio no sentido de consolidar os requisitos regulatórios e as regras de autorização no setor de distribuição de combustíveis líquidos, substituindo as orientações normativas contidas nas portarias ANP n. 202, de 30 de dezembro de 1999, e n. 29, de 9 de fevereiro de 1999.

Dentre os diversos requisitos estabelecidos pela Resolução n. 58 de 2014 para a entrada de agentes no segmento de distribuição, como comprovações de regularidade da empresa perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe, destacam-se capital

⁴²⁰O posto-escola é um estabelecimento de revenda varejista de combustíveis automotivos com autorização da ANP, nos termos da regulamentação específica, para capacitar e treinar mão de obra, em suas instalações, no atendimento adequado ao consumidor nas atividades de revenda de combustíveis automotivos; implantar e desenvolver novas tecnologias aplicadas à operação do posto revendedor, e comercializar combustíveis automotivos. (Resolução ANP n. 41/2013, artigo 4º, inciso XIII).

social mínimo de quatro milhões e quinhentos mil reais (art. 6º, inciso VI) e propriedade de pelo menos uma instalação de armazenamento e de distribuição ou fração ideal em base compartilhada.

Nesse contexto, a imposição dos mencionados requisitos se traduz em elevação das barreiras de entrada naquele mercado, conforme se pode verificar pela Proposta de Ação n. 919/2015, em que a ANP discutiu a viabilidade técnica de imposição das medidas:

Decorrido o prazo previsto no art. 40, inciso I, da Resolução ANP nº 58/2014, de 360 dias, que se encerrou em 15/10/15, a SAB realizou levantamento do seu atendimento, tendo constatado que de 191 distribuidores autorizados a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos, apenas 31 distribuidores concluíram o recadastramento, ou seja, somente 16,2% do mercado.

Dentre os 160 distribuidores não recadastrados, 42 estão com a documentação em processo de análise e 8 possuem prazo adicional de 360 dias, conforme art. 40, § 4º da Resolução ANP nº 58/2014, por terem integralizado, ao menos, 50% do capital social (4,5 milhões de reais) estabelecido no art. 40, inciso I, da referida Resolução, sendo que os demais distribuidores não encaminharam qualquer documentação.

[...]

Destaca-se que, além do investimento em infraestrutura que se faz necessário por parte dos distribuidores, há a obrigatoriedade de investimento nos estoques mínimos de segurança, para atender aos termos da Resolução ANP nº 45/2013, onerando tais agentes em um cenário econômico recessivo. [...]

Pode-se concluir, a partir do trecho colacionado, que, além de se tratar de obstáculo para os próprios agentes econômicos que já se encontram no mercado⁴²¹, há efetiva oneração aos que desejem ingressar nele, restringindo o mercado de distribuição àqueles que detenham poder econômico considerável, nos termos da explanação anterior.

Traçado um cenário geral de definição e atuação dos agentes na cadeia de comercialização de etanol combustível, passaremos a analisar as resoluções editadas pela ANP que estabelecem restrições verticais no referido mercado, considerando especialmente potenciais externalidades (positivas e negativas) geradas pelas referidas medidas.

RESTRIÇÕES VERTICAIS

⁴²¹ Para que fosse possível transpassar o mencionado obstáculo, a ANP aprovou a Resolução ANP n. 47, de 12 de novembro de 2015, que concedeu aos distribuidores prazo adicional de 365 dias para adimplir as obrigações elencadas na Resolução ANP n. 58 de 2014. A Resolução ANP n. 47 de 2015 pode ser verificada no endereço <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/11/2015&jornal=1&pagina=63&totalArquivos=336>.

Participação societária

O mercado de etanol possui particularidades em relação aos demais combustíveis e, por vezes, o *downstream* da indústria acaba sofrendo restrições verticais que são mais efetivas apenas nos mercados de derivados do petróleo. Nesse contexto, a primeira diferença relevante do mercado de distribuição de etanol em relação aos demais combustíveis é a quantidade de empresas no lado *upstream*, o que o torna mais competitivo do que o *upstream* da indústria do petróleo, basicamente ocupado pela Petrobras. Esse aspecto estimula a concorrência no *downstream*, facilitando, inclusive, a entrada de agentes que atuam exclusivamente na distribuição do etanol.

Quanto às relações verticais na cadeia de distribuição e revenda, destaca-se principalmente a alínea *f* do art. 12 da Resolução 58 de 2014 da ANP⁴²². Segundo a referida norma, o distribuidor não pode ter em seu quadro de sócios pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

A vedação foi trazida ao ordenamento por meio da Resolução ANP n. 58 de 2014. Antes disso, a norma vedava unicamente o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos pelas distribuidoras de combustíveis, seja pela participação do distribuidor no quadro de sócios da revenda varejista, seja pelo próprio exercício da atividade de revenda, conforme art. 26 da Resolução ANP n. 41 de 2013⁴²³.

Cabe destacar, ainda, que, de acordo com a mencionada resolução, a atividade de revenda varejista não pode ser exercida por distribuidor de combustíveis automotivos (art. 26). Além disso, conforme mencionado anteriormente, o revendedor varejista não poder ter, em seu quadro societário, pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos⁴²⁴.

A intenção do regulador ao vedar a participação vertical na cadeia parece clara: coibir a prática de preços uniformes ao consumidor final e ampliar a concorrência entre os revendedores varejistas. Porém, na prática, é comum que os postos assinem contratos de

⁴²² Art. 12. Será indeferido o requerimento de outorga de autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos da pessoa jurídica (AEA): (...) f) de cujo quadro de sócios participe pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁴²³ Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁴²⁴ A exceção aplica-se aos chamados “postos-escola”, anteriormente explicados.

exclusividade com as distribuidoras para ostentar a marca em seu estabelecimento⁴²⁵. Dessa forma, a prática comercial – e a rejeição do consumidor aos postos de bandeira branca – acaba afastando os efeitos buscados com a restrição regulatória.

O revendedor varejista que ostente a marca comercial de um distribuidor deve comercializar apenas o combustível fornecido por aquele distribuidor, na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013, arts. 11 e 25 (chamados “postos embandeirados”). O posto revendedor é obrigado, desde a edição da Portaria do Ministério de Minas e Energia (“MME”) n. 362/1993 – que alterou a Portaria do Ministério da Infraestrutura (“Minfra”) n. 253/1991 –, a informar ao consumidor, “de forma clara e ostensiva”, a origem do combustível comercializado, enquanto o comerciante poderia optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor ou fornecedor dos combustíveis.

A existência dos postos embandeirados, contratualmente vinculados a determinado distribuidora, e dos postos de “bandeira branca”, que podem optar livremente pelo combustível que desejam adquirir, é uma opção que se demonstrou economicamente favorável ao consumidor em termos de preço, pois usualmente os postos de bandeira branca possuem estratégia de preços mais competitiva em relação aos demais (NASR & SANTOS, 2007). Entretanto, um problema comum enfrentado por estes agentes é o estigma em relação à origem do produto, que popularmente são tidas como “batizadas”, i.e., misturadas com produtos de procedência desconhecida (*idem*).

Dessa forma, a restrição vertical de participação societária na relação distribuidor-revendedor parece ser pró-competitiva, conforme observado pelo Cade por ocasião da análise do ato de concentração n. 08700.006444/2016-49, entre Ipiranga e Alesat. O fator a ser considerado nesses casos é o benefício da marca, pois o consumidor leva em conta essa distinção para avaliar a qualidade do produto.

Vedação de compra direta

A segunda restrição vertical relevante que se evidencia a partir da análise da figura 1

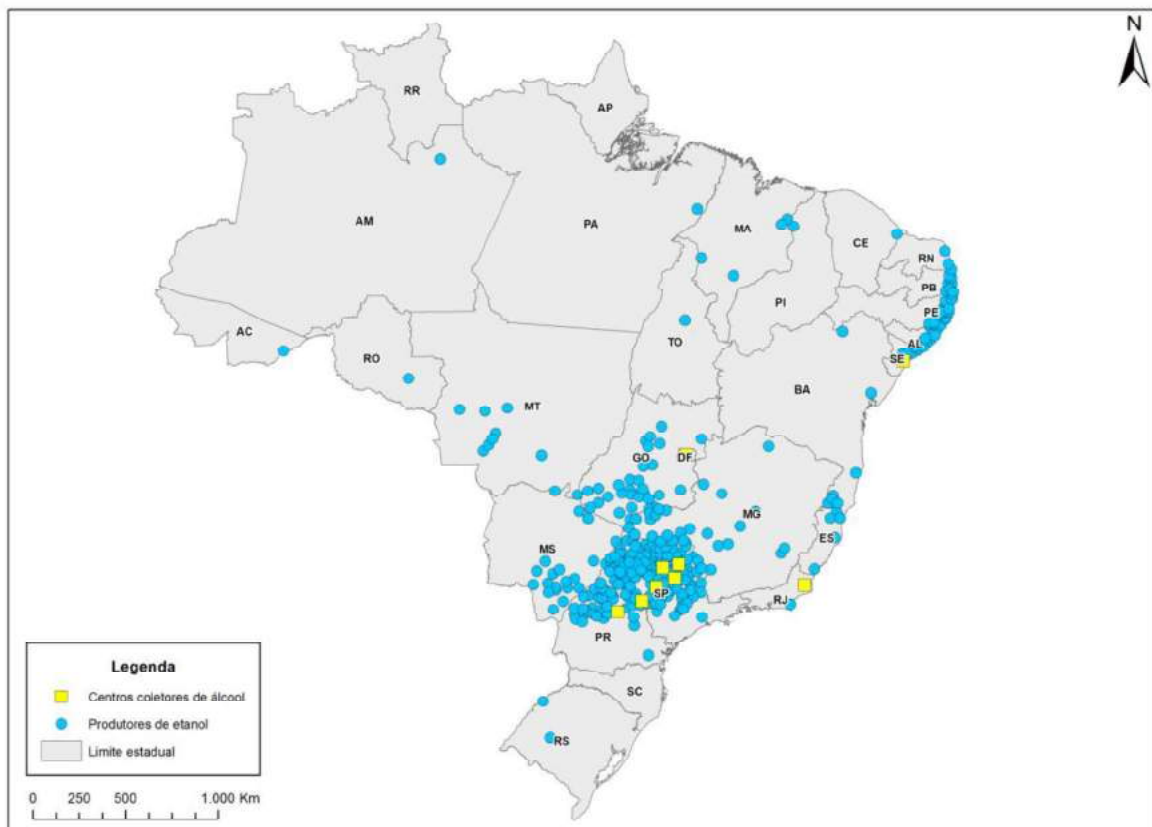
⁴²⁵ Sobre esse assunto, o Cade realizou estudo detalhado do efeito de marca no mercado de combustíveis por ocasião do julgamento do caso Alesat/Ipiranga Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49.

acima é a impossibilidade de aquisição direta do combustível, por parte do revendedor varejista (denominado na figura como “postos de revenda”), das usinas de etanol (referidos na legislação pertinente como “fornecedores”), tema que abordaremos adiante.

Nesse sentido, é importante observar características típicas do mercado de produção e distribuição do etanol hidratado, conforme assevera a ANP⁴²⁶:

O principal traço que distingue a distribuição de biocombustíveis da distribuição de derivados de petróleo é a pulverização das unidades de produção. Essa característica reflete-se diretamente na logística adotada, na qual predomina o modo de transporte rodoviário para a retirada dos produtos. No caso do etanol, ilustrado na Figura 32, há 384 unidades produtoras que o produzem basicamente pelo processo industrial que inclui: moagem da cana-de-açúcar, fermentação do caldo resultante e, por fim, destilação. Tradicionalmente, existem duas regiões produtoras no Brasil: a Centro-Sul, com destaque para o estado de São Paulo (48% do total produzido no país), e a Norte-Nordeste (7% da produção nacional).

Figura 2 – Localização das unidades produtoras de etanol



Fonte: ANP. Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos.

⁴²⁶ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**, p. 82. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>.

Ao analisar as citações acima, percebe-se haver viabilidade no comércio direto entre produtores de etanol combustível e revendedores varejistas, muito embora haja vedação em razão de ato normativo da ANP. Nesse sentido, em 24 de dezembro de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União (“DOU”) a Resolução ANP n. 43 de 2009 (“Resolução”), a qual, conforme seu art. 1º, dispõe os requisitos para cadastramento de fornecedor, comercialização e envio de dados de etanol combustível à ANP.

O artigo 6º do referido ato administrativo delimita as possibilidades de comercialização de etanol, restringindo a venda pelo fornecedor a três agentes: outro fornecedor cadastrado na ANP, distribuidor autorizado pela ANP e mercado externo:

Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com:
I - outro fornecedor cadastrado na ANP;
II - distribuidor autorizado pela ANP; e
III - mercado externo.

A referida vedação também está expressa no art. 14, I, da Resolução ANP n. 41 de 2013, nos seguintes termos:

Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:
I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução [...].

Nesse sentido, percebe-se que não é permitida a comercialização do etanol combustível entre o fornecedor e o revendedor varejista de combustíveis automotivos, nos termos do art. 2º da resolução mencionada, em conjunto com o art. 2º, XIX, da Resolução ANP n. 58 de 2014:

Resolução ANP n. 43 de 2009

Art. 2º Para os fins desta Resolução, adotam-se as seguintes definições:
[...]

V - distribuidor: pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, autorizada para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos;

VI - fornecedor de etanol combustível: i) produtor de etanol com unidade fabril instalada no território nacional, ii) cooperativa de produtores de etanol, iii) empresa comercializadora de etanol, iv) agente operador de etanol, ou v) importador de etanol, não podendo, em nenhum dos casos, exercer as atividades de distribuição ou revenda varejista de combustíveis líquidos.

Resolução ANP n. 58 de 2014

Art. 2º Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:

[...]

XIX - Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos: pessoa jurídica autorizada pela ANP ao exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos;

Portanto, o órgão regulador exigiu que os revendedores varejistas adquirissem o etanol dos distribuidores, independentemente de tal opção trazer ou não benefício econômico ao revendedor. O referido quadro normativo criou uma restrição econômica aos revendedores varejistas, de modo que se pretende investigar a motivação do órgão regulador com a edição da medida, bem como seu impacto econômico.

Para fins da presente pesquisa, não foram localizados precedentes internacionais semelhantes à restrição vertical imposta pela Resolução n. 43 de 2009 e 41 de 2013, especificamente nos mercados pertencentes à OCDE. Em última análise, o consumidor de etanol combustível poderia ser prejudicado pela medida, uma vez que os custos do revendedor varejista com a intermediação do distribuidor são repassados ao consumidor. Nesse sentido, em relação aos efeitos da medida no preço do etanol combustível, os custos das distribuidoras compõem cerca de 5% do valor final do produto, segundo dados do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (SINDICOM)⁴²⁷.

Repise-se que, mesmo em momento de regulação mais intensa nos Estados Unidos, ainda assim, se limitava tão somente à participação de um elo da produção em outro, jamais limitando o poder de comercializar entre empresas que, embora de um mesmo mercado, não partilhavam o grupo econômico.

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS RESTRIÇÕES REGULATÓRIAS

Passa-se nesse tópico a investigar os possíveis fundamentos jurídicos e econômicos que levaram à edição das normas analisadas. Nesse contexto, partimos da premissa que as normativas editadas pela agência reguladora devem ser coerentes com os princípios que regem

⁴²⁷ SINDICOM. *A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)*. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.

a Administração Pública, observando a importância da obediência aos princípios norteadores da ANP.

Nesse sentido, é notória a força normativa dos princípios constitucionais, sendo igualmente coercitivos os elencados na lei de instituição da ANP. A redundância dos princípios na lei orienta o regulador em sua atividade, limitando seu escopo de atuação à conformidade com tais normas, ainda que mais genéricas e abstratas que as regras em sentido estrito. Assim, a inserção do distribuidor na cadeia do etanol deve observar os princípios elencados no art. 3º do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998, que criou a ANP⁴²⁸.

Do ponto de vista do princípio da reserva legal, cabe lembrar que resoluções administrativas se caracterizam como diplomas de caráter técnico destinados a integrar e detalhar normas genéricas de hierarquia superior, como decretos ou leis em sentido estrito, que são instrumentos adequados para impor condutas e determinar penas para os que faltarem aos seus preceitos. Nesse sentido, não pode o órgão regulador restringir o livre comércio em determinado setor, salvo por imperativos de segurança ou saúde.

Assim, a nosso ver, a ANP aparentemente extrapola as competências estabelecidas em sua norma instituidora (Lei n. 9.478 de 1997) e o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, especificamente o princípio da legalidade ao impor restrição à livre concorrência. Necessário asseverar que a instituição de agências reguladoras, como entes descentralizados aptos ao estabelecimento de regras em setores específicos, não significa que se tenha derogado da Constituição a premissa segundo a qual a delegação de atribuições normativas tem limites na Constituição.

A Advocacia Geral da União, no âmbito da Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, emitiu opinião no mesmo sentido, apontando que “a edição de normas regulatórias sobre direitos fundamentais (como é o caso da livre concorrência e da defesa do consumidor) exige, a despeito do processo de deslegalização, a observância do conteúdo essencial. Com isso, o regulador deve se pautar pelo marco da lei e não interferir na esfera que compete ao legislador”⁴²⁹.

Relativamente ao inciso II, discute-se a possibilidade de a Resolução n. 43 de 2009

⁴²⁸ Art. 3º Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios: [...] III - regulação para uma apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade e pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo; IV - regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na praticidade, na transparência, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários; V - criação de condições para a modicidade dos preços dos derivados de petróleo, dos demais combustíveis e do gás natural, sem prejuízo da oferta e da qualidade;

⁴²⁹ Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

violar o princípio da reserva legal ao impor uma restrição comercial aos revendedores varejistas, redundando em reserva de mercado quanto aos distribuidores. A edição de tal ato normativo estaria em consonância com o princípio da legalidade caso se destinasse a detalhar sanções já previstas em lei, o que não é o caso.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, detém entendimento semelhante, conforme decisão no âmbito da ADI 2.075, da relatoria do Min. Celso de Mello:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas a título primário de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao poder executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislar), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes⁴³⁰.

Cumprе ressaltar que a Constituição estabelece, em seu art. 170, ser a ordem econômica fundada na livre iniciativa e deve observar os princípios da livre concorrência (inciso IV) e da defesa do consumidor (inciso V). Desse modo, eventual restrição arbitrária à livre concorrência e aos direitos do consumidor, como é o caso da Resolução mencionada, constitui descumprimento do disposto no artigo 170 da CF/88.

No âmbito dos Processos Administrativo n. 48610.001440/2009-79 e 48610.002160/2012-83, assim como as Propostas de Ação n. 135 de 2009 e n. 134 de 2012, o órgão regulador veiculou estudos técnicos-normativos para justificar a manutenção da aquisição de etanol exclusivamente do distribuidor. Nesse contexto, a principal justificativa apresentada é o papel desses agentes econômicos na estabilização da oferta de etanol nos períodos de entressafra.

⁴³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

Naquela ocasião, a Superintendência de Abastecimento (“SAB”) da ANP apontou que a vedação de comercialização direta das usinas para os postos revendedores busca reproduzir o fato de existirem ganhos de escala significativos na atividade de combustíveis líquidos – o que faria com que a comercialização com diversos agentes fosse menos eficiente. Contudo, a vedação é questionável nesse sentido ao considerarmos que os postos são proibidos de alugar armazéns de estocagem, de modo que precisam de maior capital para manterem estoques próprios⁴³¹.

Além disso, a SAB considerou, no âmbito dos estudos técnicos, que mesmo os distribuidores de combustíveis que atuam em todo território nacional mantêm estoques operacionais correspondentes a sete dias de vendas⁴³². Sob esta ótica, a justificativa de estabilização da oferta não se sustenta.

Nesse viés, observe-se que a Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP se manifestou no sentido de que a inserção de mais um agente na cadeia de comercialização de etanol não redundaria em incremento da concorrência, como a Superintendência de Abastecimento (SAB/ANP) alegava, mas, ao contrário, seria “apenas mais um elo na cadeia já existente”. Confira-se:

[...] uma medida mais profícua para incentivar o nível de concorrência e o desenvolvimento do mercado futuro de etanol, parece necessitar de uma revisão do modelo regulatório sobre o qual está estruturado o mercado interno de álcool combustível atualmente, o que não é contemplado na minuta apresentada para análise.⁴³³

Ademais, em documento divulgado durante a crise de abastecimento de 2018, o Cade apontou⁴³⁴ que a inserção de intermediário desnecessariamente encarece o abastecimento dos veículos com etanol combustível; bem como diminui a eficiência da cadeia de produção do etanol hidratado, por reduzir a demanda pelo combustível junto ao produtor.

Quanto à importância logística dos distribuidores, vale distinguir os dois tipos de etanol produzidos para fins de abastecimento de veículos: etanol hidratado e etanol anidro⁴³⁵. O

⁴³¹ Conforme determina a Resolução ANP n. 58/2014.

⁴³² ANP. Parecer SAB sobre a empresa comercializadora. Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/528895/RESPOSTA_PEDIDO_Parecer%20SAB.pdf. Acesso em 29/06/2018.

⁴³³ Id. Ibid. p. 9.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf. Acesso em 21.06.2018.

⁴³⁵ ANP. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>. Acesso em 3 jan. 2018.

primeiro diz respeito ao combustível propriamente dito, utilizado em veículos que comportem motores a combustão modelo *flex*. O etanol anidro, noutro giro, é utilizado para a mistura com a Gasolina A, na razão de 27% do volume final, tendo por produto a Gasolina C automotiva, comercializada no varejo.

Considerando-se que a argumentação aqui trazida diz respeito ao etanol hidratado, o qual ao final da etapa de produção já se encontra pronto para a revenda, a inserção do agente distribuidor não pode ser justificada – como ocorre na cadeia de fornecimento da gasolina – em razão da eventual necessidade de mistura para a sua venda ao consumidor final.

Portanto, em razão das resoluções editadas pela ANP, o etanol produzido deve ser comercializado exclusivamente com o distribuidor, restringindo-se à perspectiva da cadeia de produção com a finalidade de fornecer o etanol hidratado ao consumidor final. Cumpre destacar que o mercado de distribuição de combustíveis é consideravelmente concentrado, conforme assevera o CADE à ocasião da publicação do Parecer n. 1/2017/CGAA4/SGA1/SG, em decisão que impugnou a compra da Alesat pela Ipiranga:

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

35. Por sua vez, as bases são propriamente os ativos das distribuidoras, canalizando os fluxos ao longo de sua cadeia de operações. Elas são compostas basicamente por tanques de armazenamento, pátio e plataformas de carregamento e descarregamento dos modais de carga (dutos, vagões de trem, caminhões-tanque). Conforme será relatado em breve, a posse de bases com acesso a modais estratégicos na localidade pode ser um grande diferencial competitivo para uma distribuidora na competição em um corredor logístico. Antes de 2014, era possível a uma distribuidora entrar no mercado apenas arrendando espaço em bases alheias, sem possuir base própria. No entanto, com a edição da Resolução ANP n. 58/2014, as entrantes devem possuir propriedade, exclusiva ou compartilhada (condomínio), sobre 750 m³ de espaço em base que atenda aos requisitos da Resolução ANP n. 42/2011. [...]

Nesse contexto, a Resolução editada pela ANP impõe aos revendedores que adquiram o etanol dos distribuidores, mesmo que isso signifique o aumento em seus custos de transporte

e operação. Assim, caso um revendedor varejista esteja geograficamente localizado em região próxima a um produtor do combustível, não pode efetuar a compra direta em razão exclusivamente da vedação regulatória, impondo aumento de custos ao consumidor final.

Desse modo, a criação de uma dependência vertical dos revendedores em relação às distribuidoras se mostra em descompasso com a busca pelo aumento da competitividade no setor, criando uma dependência dos revendedores varejistas em relação às grandes distribuidoras. Em última análise, o consumidor arca com custos maiores para abastecimento em razão da determinação regulatória carecedora de externalidades positivas – novamente, ressalte-se que não foram encontrados documentos públicos que justificassem tecnicamente a medida.

Além disso, a Resolução permite, ao menos em tese, que as grandes distribuidoras afetem o preço final do combustível, por serem as maiores compradoras de combustível do fornecedor. Nesse cenário, o poder de monopólio possibilitaria aos compradores adquirir a mercadoria por valor inferior ao preço que prevaleceria em um mercado competitivo.

Os documentos e as publicações da ANP não demonstram de maneira clara as razões técnicas para a restrição vertical imposta aos revendedores varejistas de combustível, de modo que realizamos um esforço dedutivo a partir das normas de segurança e estoque da autarquia para contrapor ao contexto jurídico e econômico apresentado nesse tópico. Entretanto, as regras de armazenagem e segurança que compõem o panorama regulatório das distribuidoras são aplicáveis também à estocagem e transporte realizado por revendedores varejistas, de modo que tal argumento não seria suficiente para afastar as externalidades negativas encontradas em razão da vedação de compra implementada pela Resolução no. 43 de 2009 da ANP.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi possível perceber que o mercado de combustíveis no Brasil é altamente regulado, com concentrações de grandes grupos econômicos em etapas específicas, como a de distribuição dos combustíveis. Nesse cenário, a edição de normativos restritivos a novos *players* potencialmente incentiva a concentração e a manutenção de poucos agentes neste mercado, reduzindo a concorrência e incrementando o preço do combustível no *downstream*.

De igual modo, as restrições verticais impostas pelo regulador carecem de fundamentos

técnicos, de forma que podem ser compreendidas como contrárias aos princípios que regem a atividade econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, em especial à livre concorrência. Não bastasse isso, há conflito aparente entre os efeitos do ato regulamentar e os princípios que regem a Administração Pública, mormente quando se analisa a Resolução em face da reserva legal, que limita a atividade do regulador.

Ao longo do presente estudo, foi possível observar que, no momento de edição da Resolução ANP n. 43 de 2009, fruto da Proposta de Ação n. 135 de 2009 e da Resolução de Diretoria n. 1219 de 2009 da agência reguladora, não houve discussão detida acerca de todos os dispositivos que integrariam a norma administrativa. Naquele momento, a preocupação do regulador voltou-se principalmente para a inserção do “agente comercializador de etanol” na cadeia produtiva do combustível.

Por fim, ressalte-se o fato de terem havido posicionamentos contrários à edição da norma, e diversas advertências a externalidades negativas provenientes da inserção de mais elos na cadeia de comercialização do etanol, ambos contrariados pela aprovação do ato normativo e sua consequente publicação no Diário Oficial da União em 24 de dezembro de 2009. Nesse sentido, conclui-se pela ausência de discussão, no bojo da agência reguladora, acerca da atual estrutura do mercado de etanol combustível..

Não é despidendo dizer, portanto, que a estrutura à qual o mercado de etanol está vinculado é passível de alterações com o fito de promover maior concorrência no setor e diminuir o custo para o consumidor final. Nesse contexto, destaque-se a tramitação de propostas legislativas com esse fim, bem como orientações do órgão antitruste nessa mesma toada, quais sejam: o Projeto de Lei do Senado n. 268/2018⁴³⁶, o Projeto de Decreto Legislativo n. 916/2018⁴³⁷ e o documento “Propostas para o Setor de Combustíveis”⁴³⁸, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁴³⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 268, de 2018**. Altera a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, para disciplinar a comercialização de etanol. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133468>>.

⁴³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDC 916/2018 (Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo)**. Susta o artigo 6º da Resolução ANP nº 43 de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172828>>.

⁴³⁸ CADE. **Cade apresenta propostas para o setor de combustíveis**. Elenca medidas que tem por objetivo aumentar a concorrência do setor e diminuir custo de combustíveis ao consumidor final. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-propostas-para-o-setor-de-combustiveis>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018. Publicado em 2016.

_____. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>>.

_____. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>.

BRASIL. **Decreto n. 76.593, de 14 de novembro de 1975 – Institui o Programa Nacional do Álcool e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76593-14-novembro-1975-425253-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. Advocacia Geral da União. **Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009**, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.001440/2009-79**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.002160/2012-83**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 135/2009**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 134/2012**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 43, de 22 de dezembro de 2009**. DOU 24/12/2009.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 41, de 05 de novembro de 2013**. DOU de 06/11/2013.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 58, de 17 de outubro de 2014**. DOU de 20/10/2014 (nº 202, Seção 1, pág. 68).

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

MARCHESINI, L. Ale, BR, Ipiranga e Raízen são acusadas de cartel. **Valor Econômico**,

Brasília, 5 jan. 2018. <<http://www.valor.com.br/empresas/5246473/ale-br-ipuranga-e-raizen-sao-acusadas-de-cartel>>.

NASR, M. A.; SANTOS, Z. M. C. A influência da marca nos postos de abastecimento de combustíveis. **Cadernos UniFOA**, Volta Redonda, RJ, v. 2, n. 5, dez. 2007. Disponível em: <http://web.unifoa.edu.br/cadernos/edicao/05/cadernos_n05_online.pdf> (pp. 34-41). Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

OECD. **Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing**. Reporto n experiences with the structural separation recommendation. 2008.

PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras**. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>.

RENEWABLE FUELS ASSOCIATION. **Industry Statistics**. Apresenta estatísticas acerca da produção global de etanol. Disponível em: <<http://www.ethanolrfa.org/resources/industry/statistics/#1454099103927-61e598f7-7643>>.

SINDICOM. **A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)**. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>.