

Consulta Pública ANP nº 20/2018

Manifestação da Cosan Lubrificantes - Moove

Transparência de Preços no Setor de Combustíveis

Por meio do presente documento, a **Moove** expõe, de maneira breve, sua avaliação da minuta de Resolução da ANP dispendo sobre a transparência de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo, gás natural e biocombustíveis para os órgãos públicos e para o público em geral, tal qual divulgada por meio do aviso da Consulta Pública da ANP nº 20/2018, publicado no Diário Oficial da União no dia 16 de agosto de 2018.

A **Moove** é uma empresa de lubrificantes que atua na produção e distribuição de produtos da marca Mobil e também na distribuição de óleos básicos. Com base em sua experiência no mercado, a **Moove** possui diversas reservas quanto ao mérito e à forma das propostas de transparência apresentadas pela ANP no âmbito da presente Consulta Pública. Acreditamos que os efeitos das medidas tais quais propostas, em particular sobre o mercado de óleos básicos, iriam de encontro aos objetivos declarados pela própria ANP, quais sejam, o fomento à concorrência e a proteção dos interesses dos consumidores.

Como será demonstrado ao longo deste documento, a ANP não apresentou nenhuma justificativa de que a transparência de preços, especificamente no que toca ao mercado de óleos básicos, seria medida apta à promoção da concorrência, desconsiderando diferenças essenciais deste mercado em relação ao mercado de combustíveis. Acreditamos que a transparência de preços e de fórmulas representaria, ao contrário do que defende a ANP, um instrumento contrário, e não favorável, à promoção da concorrência no setor, aumentando significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes. Além disso, a obrigatoriedade da transparência de preços e de fórmulas em etapas do setor anteriores à comercialização final de lubrificantes, tal qual determinada na minuta de Resolução, não traz nenhum ganho ou incremento do bem-estar do ponto de vista do consumidor final, por tratar-se de elo anterior à comercialização final do produto. Por esse motivo,

defendemos a exclusão do inciso do inciso VIII do art. 3º da minuta de Resolução, como será detalhado a seguir.

Cumpramos frisar que a opinião exposta neste documento apenas reflete o posicionamento da empresa **Moove**¹, sendo desautorizada qualquer interpretação ou entendimento em sentido diverso, em especial quanto a outras empresas que compõem o mesmo grupo econômico.

INTRODUÇÃO

Especificamente no que toca às propostas aplicáveis aos agentes inseridos no mercado de óleos básicos, enquanto produtos derivados do petróleo, a minuta de Resolução divulgada pela ANP traz como principais medidas:

(i) A obrigatoriedade a todos os produtores e importadores de derivados de petróleo e biocombustíveis de informar, à ANP, o preço e todos os componentes da fórmula de preço, por produto e ponto de entrega, sempre que houver reajuste de preços e/ou alteração de parâmetros da fórmula (*art. 3º, caput*);

(ii) A obrigatoriedade de publicação, pelos produtores e importadores que detêm uma participação de mercado maior que 20% em uma macrorregião política do país, em seu próprio site, das mesmas informações acima elencadas, no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula. Tais informações também serão publicadas pela ANP em seu portal da internet (*art. 3º, §2º*);

Além disso, a minuta também prevê uma obrigação genérica de envio de informações de valor unitário e da modalidade de frete, correspondente às informações constantes nas notas fiscais eletrônicas, para todas as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis, sem delimitar adequadamente os agentes econômicos que estariam sujeitos a essa obrigação (art. 9º). E prevê, também sem maiores detalhamentos, a possibilidade de disponibilização, pela ANP, dos dados e informações obtidos por meio da Resolução, ao público em geral. (art. 11º).

¹ Moove é a marca oficial da Cosan Lubrificantes desde novembro de 2016, conforme noticiado no site institucional da controladora: <http://cosan.com.br/pt-br/imprensa/releases/a-cosan-lubrificantes-agora-moove-empresa-adota-nova-marca-e-identidade-visual> (último acesso em 06 de setembro de 2018).

A proposta tem como objetivo declarado pela ANP ampliar a transparência na formação dos preços de derivados de petróleo e gás natural, para proteger os interesses dos consumidores e promover a livre concorrência.² Contudo, como adiantado no início da presente manifestação, a **Moove** acredita que as medidas de transparência, tais quais propostas, apresentam riscos elevados na dinâmica competitiva do mercado nacional de óleos básicos, em sentido totalmente contrário ao pretendido.

Tendo este quadro em vista, o presente documento é dividido em quatro partes, para além desta Introdução e da Conclusão. Na primeira delas (**Seção 1**), indicamos a ausência de qualquer justificativa, nos documentos apresentados pela ANP ao longo do trâmite da presente Consulta Pública para a aplicação da Resolução proposta para o mercado de óleos básicos. As manifestações apresentadas pela ANP limitaram-se a analisar os impactos das medidas propostas no setor de combustíveis, desconsiderando aspectos fundamentais, em termos estruturais e da dinâmica competitiva, do mercado de óleos básicos, que o diferem significativamente do de combustíveis.

Na segunda parte (**Seção 2**), diante da ausência de qualquer fundamento para a aplicação da transparência na produção de óleos básicos, apresentaremos as razões pelas quais acreditamos que a minuta de Resolução tal qual proposta pela ANP revela-se como medida contrária, e não favorável, à concorrência do setor de óleos básicos. Como será demonstrado, a doutrina e o próprio Cade alertam que, de modo geral, a transparência de preços e de outras variáveis comerciais sensíveis, como fórmulas de preços, podem potencializar os riscos concorrenciais envolvidos com a troca de informações entre concorrentes e com a colusão tácita.

Na **Seção 3**, ressaltaremos que, para além dos riscos concorrenciais, a minuta de Resolução apresentada pela ANP não traz nenhum benefício ao consumidor final, na medida em que a transparência proposta incidiria apenas sobre elo anterior à venda do produto final ao consumidor.

² Conferir nota à imprensa da ANP, *ANP aprova minuta de resolução sobre transparência na formação de preços de combustíveis*, publicada no dia 15 de agosto de 2018, disponível em: <http://www.anp.gov.br/noticias/4674-anp-aprova-minuta-de-resolucao-sobre-transparencia-na-formacao-de-precos-de-combustiveis> (último acesso em 06 de setembro de 2018).

Por fim, na **Seção 4**, apontamos dois outros pontos da minuta da Resolução que merecem atenção no âmbito da presente Consulta Pública. O primeiro deles, a ser explorado no **item 4.1**, diz respeito à falta de clareza na definição do “agente dominante” tal qual prevista no art. 2º, inciso I. O segundo ponto, a ser desenvolvido no **item 4.2**, diz respeito à igual falta de clareza, no artigo 9º, em relação a quais agentes incidiria a previsão de obrigatoriedade de envio das informações de valor unitário e da modalidade de frete.

1. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS ESPECÍFICAS DA ANP PARA A ADOÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NO SETOR DE LUBRIFICANTES BÁSICOS

Conforme destacado na Introdução deste documento, a minuta de Resolução da ANP determina a obrigatoriedade a todos os produtores e importadores de derivados de petróleo e biocombustíveis de informar, à ANP, o preço e todos os componentes da fórmula de preço, por produto e ponto de entrega, sempre que houver reajuste de preços e/ou alteração de parâmetros da fórmula. A aplicação da medida aos produtores e importadores de óleos básicos é expressamente prevista no inciso VIII do artigo 3º da Resolução:

Art. 3º. Para cada um dos produtos relacionados nos incisos deste artigo, os produtores e importadores deverão enviar à ANP as informações de preço de lista parametrizado, para cada um dos produtos à venda, em cada ponto de entrega, no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula:

VIII – lubrificantes básicos. (grifo nosso).

A Resolução não é clara sobre a forma de publicização dessas informações, uma falha na regulamentação proposta que causa grande insegurança. As únicas disposições a esse respeito dão conta apenas que tais informações, em conjunto com os dados de preços de venda previstos no artigo 9º da Resolução³, poderão ser utilizados pela ANP para a disponibilização de estatísticas à sociedade e para a realização de estudos de comportamento, nos termos do art. 16 da minuta. No mais, no que toca às informações listadas no art. 3º, agentes com participação superior a 20% também deverão publicar em

³ “Art. 9º. Fica estabelecida a obrigatoriedade do envio das informações de valor unitário e de modalidade de frete, correspondentes às informações constantes nas notas fiscais eletrônicas, para todas as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis.

Parágrafo único. O procedimento para o preenchimento dos dados de movimentação de produtos no aplicativo i-Simp está contido em manuais específicos para cada atividade regulada, disponíveis na página da ANP na internet (www.anp.gov.br/simp).”

seu próprio site, no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula, as mesmas informações, concomitantemente à publicação pela ANP em seu portal da internet.

A ANP fundamentou a implementação destas medidas de transparência enquanto instrumentos eficazes à promoção da concorrência e à defesa dos consumidores tendo como foco claramente o mercado de combustíveis. Consoante se conclui da leitura da Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, o debate a que se volta a presente Consulta Pública “*tem o objetivo de apresentar e analisar possíveis alternativas regulatórias com o objetivo de ampliar a transparência no processo de formação de combustíveis, atuando no sentido de proteger os interesses dos consumidores e promover a livre concorrência*” (grifos nossos).⁴

Nesta e em outras passagens da Nota⁵, a Agência e outras autoridades envolvidas no debate⁶ não deixam dúvidas de que as medidas propostas se relacionam diretamente às problemáticas recentes relativas à precificação dos combustíveis líquidos, que culminaram em um aumento expressivo nos preços de revenda ao consumidor final, em um curto período.

Com efeito, ao longo dos documentos, a ANP restringe-se a apontar argumentos que sustentariam os efeitos positivos da transparência de preços no setor de combustíveis líquidos, não apresentando nenhuma justificativa à afirmação de que a transparência de preços e de fórmulas, no setor de óleos básicos, seria medida necessária e eficaz na consecução de tais objetivos. Aspectos fundamentais deste mercado, em termos regulatórios e estruturais, o diferem significativamente do de combustíveis, de modo que não é possível cogitar que as conclusões aventadas ao último seriam aplicáveis diretamente à comercialização de lubrificantes. Muito pelo contrário. Os dois setores, em

⁴ Cf. Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, parágrafo 10.

⁵ Vide trechos como o parágrafo 32, em que, apesar de a ANP afirmar que a proposição de regulamentação tal qual proposta visa ampliar a transparência do processo de formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis, limitou sua análise à estrutura do mercado de combustíveis, sem tecer quaisquer comentários ao mercado de lubrificantes.

⁶ A Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria do Ministério da Fazenda (Sefel/MF), por meio do Parecer SEI nº 103/2018, por exemplo, opinou pela “*necessidade de aumento da transparência na formação dos **preços dos combustíveis** por parte dos agentes como a chave para mitigar as distorções atualmente presentes.*” (grifo nosso). No mesmo sentido, a Superintendência de Infraestrutura e Movimentação (SIM), por meio da Nota Técnica nº 009/2018, restringiu à análise dos impactos da transparência de preços ao mercado de gás natural, não tecendo quaisquer comentários quanto à extensão de tais efeitos a outros setores, como o de lubrificantes.

que pese, do ponto de vista do produto, estarem inseridos no universo dos derivados de petróleo, apresentam dinâmicas competitivas extremamente diversas.

Além disso, cumpre destacar que, diferentemente do que se verifica nos mercados de gasolina A, óleo diesel automotivo, óleo diesel marítimo, querosene de avião (QAV), GLP, dentre outros derivados, de acordo com os procedimentos estabelecidos pela Portaria ANP nº 297/2001, os produtores e importadores de óleos básicos, insumos essenciais à produção de lubrificantes, atualmente não estão submetidos a obrigação de envio de preços à ANP. Para além da ausência de qualquer exigência de envio de informações relativas aos preços, não há qualquer divulgação destas informações, ao contrário do que ocorre com outros produtos do setor, como combustíveis líquidos.

A ausência deste tipo de exigência intensifica ainda mais a necessidade da análise dos impactos de medidas como as propostas por meio da minuta de Resolução da ANP discutida no âmbito da presente Consulta Pública. Nesse sentido, para que fosse assegurado o mínimo respeito a princípios como o da legalidade e da motivação, a ANP teria que expor de forma clara e objetiva as razões que a levaram a adotar as medidas ora propostas no que diz respeito ao mercado de óleos básicos. Caso isso tivesse sido feito tanto a desnecessidade das medidas propostas como os riscos envolvidos ficariam evidentes.

2. EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DA TRANSPARÊNCIA DE PREÇOS E FÓRMULAS NO SETOR DE LUBRIFICANTES BÁSICOS

Para além da ausência de qualquer justificativa, por parte na ANP, para a introdução de uma política de transparência de preços e de fórmulas de preços no setor de lubrificantes básicos, a medida representaria um instrumento que potencialmente iria de encontro aos objetivos declarados pela ANP de promoção da concorrência no setor. A proposta de Resolução em Consulta Pública, além de claramente desnecessária em se tratando do mercado de óleos básicos, pode resultar em prejuízo à livre concorrência no setor de lubrificantes básicos e por isso deve ser revista.

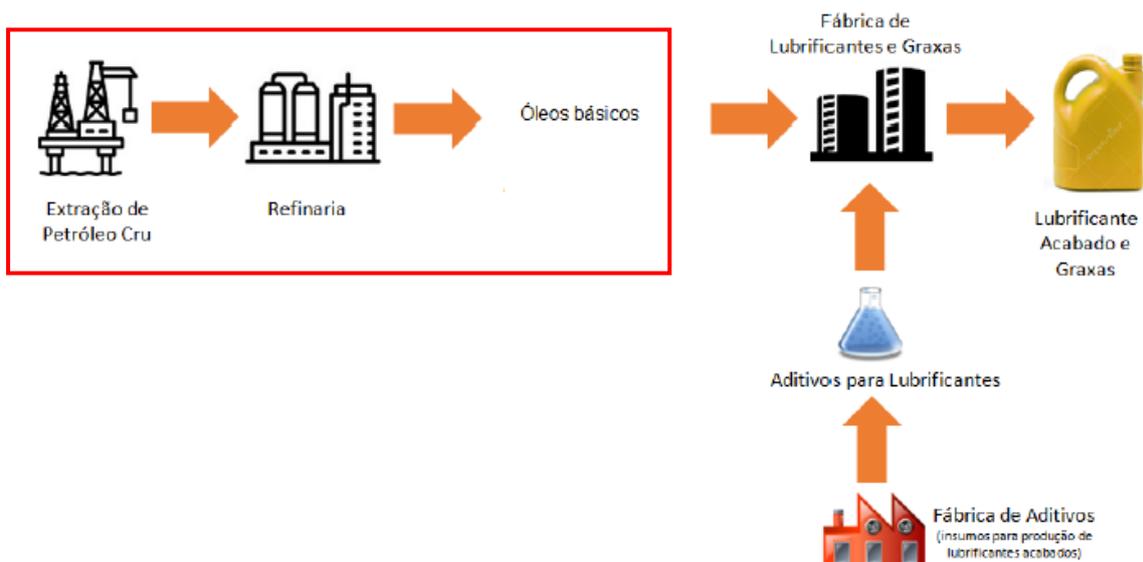
Da desnecessidade das medidas propostas

Lubrificantes básicos, também conhecidos por “óleos lubrificantes básicos”, “óleos básicos” ou simplesmente “bases”, não são produtos comercializados diretamente com consumidores finais, mas insumos fundamentais para a produção de lubrificantes acabados, como óleos e graxas lubrificantes utilizados nos setores automotivos e industriais. Junto com os aditivos, os óleos básicos conferem propriedades físicas e químicas aos lubrificantes, permitindo que reduzam atritos e que refrigerem e mantenham limpos componentes móveis de motores e equipamentos. A participação dos óleos básicos na cadeia de valor dos lubrificantes acabados é esquematizada nas imagens a seguir:

Imagem 1: Cadeia de Valor do Segmento de Lubrificantes⁷



Imagem 2: Cadeia Produtiva de Lubrificantes e Graxas⁸



⁷ Fonte: Estudo da Bain & Company e Gás Energy, “Potencial de Diversificação da Indústria Química Brasileira. Relatório 3 – Óleos Lubrificantes”, 2014, p. 4.

⁸ Fonte: Formulário de Notificação do Ato de Concentração nº 08700.008313/2016-04, julgado pelo Cade em 09 de fevereiro de 2017 (DOU: 10/02/2017). Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Chevron Brasil Lubrificantes Ltda.

Além disso, importante destacar que tendo em vista as características específicas dos óleos básicos, algumas das medidas propostas seriam de difícil implementação. Isso porque, do ponto de vista do produto, os lubrificantes básicos são normalmente classificados em 5 (cinco) grupos, que variam de acordo com sua qualidade e composição química, seguindo a divisão do *American Petroleum Institute* (“API”)⁹:

- **Grupo I:** óleos básicos provenientes da destilação fracionada do petróleo na refinaria, seguida de um processo de extração por solvente, destinado a melhorar propriedades como a estabilidade à oxidação e para remoção de ceras;
- **Grupo II:** óleos básicos provenientes da destilação fracionada do petróleo, seguida de um processo de hidro tratamento (hidrogenação e remoção de impurezas);
- **Grupo III:** óleos básicos do Grupo II submetidos a um processo adicional de hidro tratamento, visando obtenção de melhores índices de viscosidade;
- **Grupo IV:** óleos compostos por polialfaolefinas (PAO) obtidas normalmente pela trimerização catalítica do deceno-1;
- **Grupo V:** todos os demais óleos básicos não inclusos nos grupos de I a IV. São exemplos deste grupo os óleos naftênicos e os ésteres.

No Brasil, a Resolução ANP nº 16, de 18 de junho de 2009, adota divisão semelhante à do API, existindo, nos moldes da regulação atual, seis grupos parâmetros em que os óleos lubrificantes básicos podem ser classificados.¹⁰ Por meio de diferentes Portarias, a ANP estabelece as especificações para a comercialização de óleos

⁹ A descrição a seguir replica a contida no Estudo da Bain & Company (2014).

¹⁰ Art. 5º. Os óleos lubrificantes básicos de origem nacional ou importado, considerados nesta Resolução, deverão ser classificados em 6 grupos de acordo com os parâmetros físico-químicos determinados a seguir:

i) Grupo I: teor de saturados menor do que 90%, teor de enxofre maior do que 0,03% e índice de viscosidade entre 80 e 120;

ii) Grupo II: teor de saturados maior do que 90%, teor de enxofre menor do que 0,03% e índice de viscosidade entre 80 e 120;

iii) Grupo III: teor de saturados maior do que 90%, teor de enxofre menor do que 0,03% e índice de viscosidade maior do que 120;

iv) Grupo IV: todas as polialfaolefinas;

v) Grupo V: óleos naftênicos, óleos minerais brancos, ésteres, óleos vegetais e poliglicóis; e

vi) Grupo VI: polinternaolefinas.

lubrificantes de origem nacional, importada e rerrefinados, bem como os requisitos necessários ao cadastramento dos produtores e importadores.¹¹

Os Grupos API I, II e III são conhecidos como óleos minerais e os Grupos IV e V como sintéticos/naftênicos. Assim, contrariamente ao que acontece no caso dos combustíveis, óleos básicos minerais contemplam, dentro dos Grupos, mais de 50 tipos de produtos que não se confundem, o que tornaria a parametrização nos termos propostos ainda mais complexa.¹²

O setor conta com uma participação relevante da importação e do rerrefino, processo industrial por meio do qual o óleo lubrificante usado é transformado em óleo mineral básico de alta qualidade, com características semelhantes às do primeiro refino. O crescimento da demanda brasileira por lubrificantes tem se expressado em um aumento crescente dessas rotas de obtenção de óleos básicos.

Com efeito, segundo dados da Revista Lubes¹³, a importação de óleos básicos representou, de janeiro a junho de 2018, cerca de 39% do mercado nacional de óleos básicos, participação muito semelhante à produção nas refinarias nacionais no mesmo mercado, de cerca de 43,6%. Ao lado da importação e do refino, parte relevante da produção dos óleos básicos (17,4%) advém do rerrefino,

No primeiro quadrimestre de 2018, a importação brasileira de óleos básicos bateu recorde histórico, representado um aumento de 111% em relação ao mesmo período do ano passado, e mais da metade de toda a importação de 2017.¹⁴ A relevância da importação na cadeia de produção de óleos básicos já levou o Cade, inclusive, a analisar o segmento em âmbito mundial, e não só nacional.¹⁵

Essa concorrência no segmento de óleos básicos se reflete também no mercado de lubrificantes acabados. No que toca ao grau de concentração deste segmento, a Revista

¹¹ Ver, nesse sentido, as Resoluções da ANP nº 669/2017 (que revogou as Resoluções nº 129/1999 e de nº 130/1999) e a nº 16/2009.

¹² Conferir portal da Lubes'n'Greases, disponível em: <https://www.lubesngreases.com/> (último acesso em 17 de setembro de 2018).

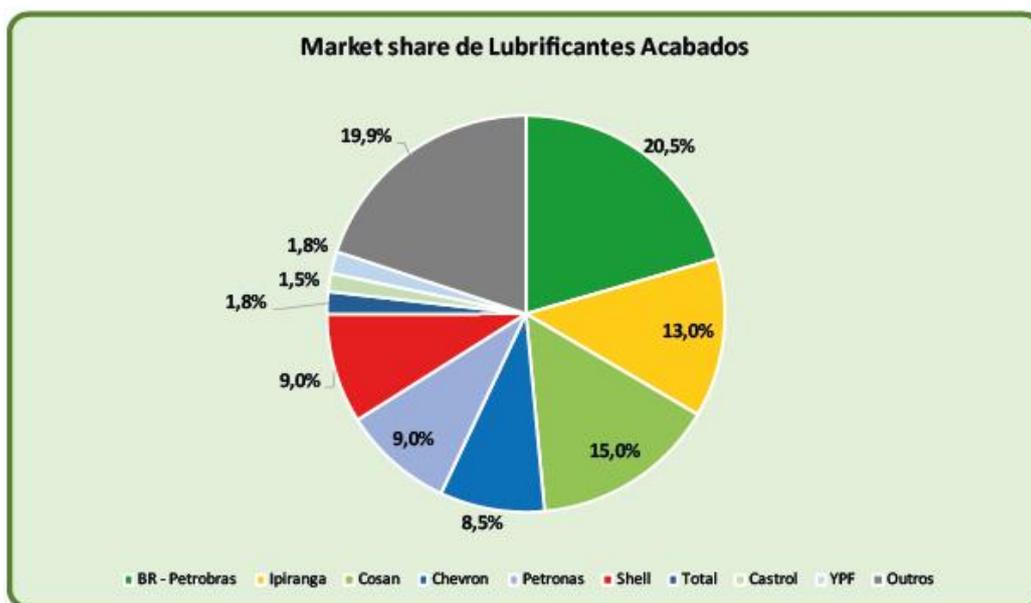
¹³ Conferir: <http://portallubes.com.br/2018/08/mercado-brasileiro-de-lubrificantes-1-semester-de-2018/>, com dados do mercado brasileiro de lubrificantes relativos ao primeiro semestre de 2018

¹⁴ Revista Lubes, notícia *Importação brasileira de óleos básicos bate recorde histórico*, de 30 de maio de 2018, disponível em <http://portallubes.com.br/2018/05/importacao-oleos-basicos-recorde/> (último acesso em 06 de setembro de 2018).

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.008813/2014-76. Requerentes: Aramco Overseas Company, B.V. e S-Oil Corporation), decidido em 03 de novembro de 2014.

Lubes apresentou a seguinte estrutura de mercado para o setor no primeiro semestre de 2018:

Gráfico 1 – Participações de Mercado na Comercialização de Lubrificantes Acabados¹⁶



A competitividade do setor já foi destacada pelo Cade na ocasião do julgamento do Ato de Concentração nº 08700.008313/2016-04, em 2017, quando destacou que, apesar de a *joint venture* entre a Ipiranga e Chevron gerarem uma concentração superior a 20%, ela não seria excessiva tendo em vista que as Requerentes enfrentavam competição de rivais nacionais capazes de oferecer contestação e, em um curto período e sem elevados custos de adaptação, absorver o desvio de demanda causado por eventual tentativa de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes.¹⁷

No mesmo sentido, no que se refere ao grau de transparência, o mercado de lubrificantes, inclusive no elo de óleos básicos, constituiu um mercado em que informações sobre preços, custos e outras variáveis concorrencialmente sensíveis não são publicamente disponibilizadas, de modo que a introdução de medidas de transparência

¹⁶ Fonte: Revista Lubes, com base nos dados informados pelos produtores e importadores ao Sistema de Movimentação de Produtos (SIMP), da ANP. Disponível em: <http://portallubes.com.br/2018/08/mercado-brasileiro-de-lubrificantes-1-semester-de-2018/>.

¹⁷ No original “Esta SG entende que tais participações não ensejam preocupação. Apesar de se encontrarem acima do patamar legal de referência (20%), elas não são excessivas. As Requerentes enfrentam competição de rivais nacionais capazes de oferecer contestação, em especial as concorrentes Petrobras, Petronas, Shell e Cosan. Além disso, as rivais consultadas por esta SG revelaram ser capazes de, dentro de pouco tempo (no máximo um ano) e enfrentando baixos custos de adaptação, absorver o desvio de demanda causado por eventual tentativa de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes.” (Parecer nº 3/2017/CGAA4/SGA1/SG, parágrafo 20).

discutidas no âmbito da presente Consulta Pública poderiam criar condições para a coordenação entre agentes em um mercado atualmente marcado pela competitividade.

Nessa linha, exigir que todos os produtores e importadores óleos básicos informem à ANP o preço e todos os componentes da fórmula de preço, por produto e ponto de entrega, sempre que houver reajuste de preços e/ou alteração de parâmetros da fórmula, representaria uma interferência direta na livre concorrência que tem sido uma característica desse mercado. Mais que isso, a regulamentação proposta aumentaria significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes.

Dos riscos da proposta

A partir da década de 1990, passou-se a verificar que, ao mesmo tempo em que a troca de informações poderia trazer efeitos positivos para o mercado por meio do incremento da transparência, o compartilhamento também poderia implicar em prejuízos à concorrência, tendo como principal efeito a colusão tácita entre agentes de mercado.¹⁸ Com efeito, as trocas de informações entre concorrentes vêm levantando cada vez mais preocupações concorrenciais, inclusive nos casos em que não há contato direto entre os concorrentes, ou seja, nos casos de troca indireta de informações.

Esse risco, por óbvio, apresenta direta relação com o tipo de informação trocada – ela deve ser sensível do ponto de vista concorrencial. Variáveis como preços e parâmetros de precificação são informações concorrencialmente sensíveis e estratégicas de empresas, ainda mais quando desacompanhadas de cuidados quanto a sua disponibilização de forma agregada e defasada.

O próprio ordenamento jurídico resguarda a confidencialidade de tais dados ao prever ampla proteção a dados concorrencialmente sensíveis. Com rigor, a lei veda o acesso a documentações contábeis e fiscais, proibindo, inclusive o Poder Judiciário, de fiscalizar tais livros (art. 1.190 do Código Civil), e restringindo a exigência de exibição de documentos apenas aos casos de “*sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência*” (art. 1.191, do Código Civil). Essa proteção visa a proteger o empresário e seu conhecimento, concretizando princípios constitucionais como o da livre iniciativa, do empreendedorismo e da livre concorrência

¹⁸ GALVÃO, Luiz Antonio. *Troca de informações entre concorrentes: os limites do ilícito concorrencial*. Dissertação (Mestrado), 2018, p. 37 e seguintes.

(art. 170, da Constituição Federal), o sigilo comercial (Lei de Propriedade Industrial) e o próprio sigilo bancário (art. 1º, da Lei Complementar nº 115/2001).

A proteção de dados concorrencialmente sensíveis a partir do reconhecimento dos riscos concorrenciais envolvidos também é feita no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). O Regimento Interno do Cade prevê expressamente a possibilidade de se conferir acesso restrito a informações empresariais cujo sigilo é definido em lei ou cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, especificando, nesta última hipótese, dados como “*data, valor da operação e forma de pagamento*” (art. 92, inciso VII) e “*custos de produção [...]*” (art. 92, inciso XIII), sem prejuízo de outras hipóteses a critério da autoridade concedente.¹⁹

Frise-se que, de acordo com o art. 5º, §2º do Decreto 7.724/2012, que regulamenta a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), tem-se que: “*não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.*” (grifos nossos).

Como já destacado, além de a disponibilização de dados sensíveis implicar na obtenção de vantagem competitiva por outros agentes econômicos, a transparência de preços e de fórmulas aumenta significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes, gerando resultados muito semelhantes aos que seriam obtidos em casos de cartéis, sem que seja necessária uma coordenação explícita entre empresas.

O tema recebe especial atenção do Cade em sede de controle de condutas de sindicatos e associações, agentes historicamente envolvidos em investigações de cartel

¹⁹ “Art. 92. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou **por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos** (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: [...]

VII. data, valor da operação e forma de pagamento; [...]

XIII. custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou [...]

XIV. outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12.” (grifos nossos).

em que a disponibilização de informações concorrencialmente sensíveis por essas entidades frequentemente facilita a coordenação entre firmas. Na Cartilha “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações”, a autoridade antitruste brasileira destaca que, para que se mitiguem os riscos concorrenciais envolvidos com a troca de informações, sindicatos, associações e seus membros devem tomar extrema cautela quando coletam e disseminam informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, participações de mercado, custos, políticas de descontos, entre outras. Diante da constatação dos riscos concorrenciais, o Cade recomenda (i) apenas a coleta de dados históricos, considerados geralmente como dados com mais de um ano de idade, e que a (ii) disseminação seja feita apenas de forma agregada.

A OCDE também já afirmou que a emergência de um canal de transparência de preços, em que as informações são disponibilizadas a grande parte dos agentes neles atuantes, acaba por reduzir o grau de incerteza do mercado de modo suficiente para a emergência de um equilíbrio colusivo:

*The structure of the market and levels of concentration is an important factor in determining how anti-competitive information exchanges are, given that **achieving and sustaining collusion is easier in more concentrated markets with a small number of players**. Competition agencies have thus traditionally paid close attention to exchanges of information in oligopolistic markets. (grifo nosso)²⁰*

No contexto de emergência de algoritmos, a OCDE também alerta que a transparência acaba por aumentar a possibilidade de extensão de riscos concorrenciais do comércio eletrônico a mercados tradicionais, na medida em que empresas que aderem a um acordo anticompetitivo poderiam justamente recorrer a sites em que se agregam dados relativos a preços, seja por envio direto dos agentes atuantes no setor, seja pela coleta automática via aplicativo, de maneira a facilitar a fiscalização de eventuais desvios de conduta.²¹

²⁰ OCDE, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, 2010, p. 11, disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (último acesso em 10 de setembro de 2018).

²¹ “Companies that take a part in a conspiracy still need to aggregate that data from all competitors in an easy-to-use format that can be regularly updated. This is already done by some price comparison websites, also known as aggregators, which either receive data directly from online companies or, instead, use web scraping, an automated process to extract data from websites using software applications such as internet bots. As new automatic data collection processes become available, these technologies will likely be extended from electronic commerce to traditional markets (Box 8). As a result, colluding companies will be able to increasingly monitor each other’s actions using sophisticated algorithms”. (Cf. OCDE, *Algorithms*

Por meio da Nota Técnica nº 16/2018, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade (“DEE/Cade”) ressaltou os riscos concorrenciais envolvidos com a introdução de políticas de transparência de preços no setor de combustíveis. Em que pese o estudo ter se voltado ao debate sobre a metodologia de coleta e a divulgação de preços no site da ANP, a análise dos possíveis efeitos de medidas de transparência não se limitaram àquele mercado, em especial quanto à ponderação dos potenciais efeitos positivos e negativos (p. 7). De acordo com o DEE, efeitos positivos da transparência do ponto de vista da demanda devem ser ponderados com os efeitos negativos do lado da oferta para que se avalie o exato efeito da publicidade de preços. A partir da constatação de que óleos básicos não são produtos acabados, ou seja, que não são comercializadas diretamente com consumidores finais, os possíveis efeitos positivos da transparência elencados pelo DEE não se verificariam neste mercado, ressaltando a sensibilidade dos riscos concorrenciais. Em especial, como destacado pelo DEE, o aumento da informação sobre preços pode facilitar a colusão tácita entre concorrentes, ao conferir um ponto focal ao mercado, bem como facilitaram o monitoramento de eventuais desvios de acordos anticompetitivos explícitos, já que o custo de fiscalização da conduta entre os agentes do mercado passa a ser menor e a ameaça de punição aos desviantes passa a ser mais crível.

Corroborando esta afirmação, o estudo do DEE traz experiências reais de países onde medidas muito semelhantes às propostas no âmbito da presente Consulta Pública acabaram facilitando, do ponto de vista da oferta, a colusão tácita entre concorrentes. O estudo de Albæk, Møllgaard, & Overgaard (1997), por exemplo, que analisou a decisão da Autoridade Antitruste Dinamarquesa de reunir e publicar preços reais de faturas de produtores de misturas prontas de concreto, concluiu que a introdução de uma política de transparência no mercado permitiu a diminuição da intensidade da concorrência em preços, com um resultado social contrário ao almejado pela autoridade.

Para além dos estudos citados pelo DEE, Chang-Ju Chiang (2016), em *paper* sobre os efeitos de política de transparência de *fórmulas de preços* implementada pelo governo de Taiwan no setor de combustíveis, destacou que a política em questão teve

como efeitos a correspondência de preços entre a empresa líder e concorrentes e a coordenação de preços e resultados colusivos.²²

Mais especificamente, o governo de Taiwan introduziu e implementou, de maneira semelhante à que se propõe na minuta de Resolução da ANP, introduziu e implementou uma política de transparência da fórmula de reajuste de preços à fornecedora estatal de combustíveis, CPC Corporation. Com a medida, a fórmula passou a estar disponível no site oficial da companhia, tornando o preço de varejo futuro transparente e previsível tanto para sua concorrente quanto para os consumidores.

Contrariamente ao almejado pelo governo de Taiwan, o estudo concluiu que a política adotada naquele país teve efeitos negativos sobre a concorrência. Empresas concorrentes teriam um incentivo significativamente maior para tomar decisões de perfeita combinação de preços devido ao surgimento da liderança de preço de maneira explícita e confiável. Conforme estudado, a resposta dinâmica do preço de empresas concorrentes mostram claramente que: (i) o efeito da fórmula de ajuste de preço em servir como compartilhamento futuro de informações foi o de facilitar explicitamente a coordenação de preços e que (ii) os preços de empresas concorrentes passaram a ser definidos com base na liderança, e não com base no preço de custo. Com base nessa experiência, pode-se ver, portanto, que a publicação de fórmula de preço tende a nivelar o mercado e não a torná-lo mais competitivo.

Por esses motivos, a introdução de uma política de transparência de preços e fórmulas no setor de lubrificantes básicos poderia aumentar significativamente os riscos de adoção de condutas e verificação de efeitos anticompetitivos no setor, aproximando-o mercado de combustíveis, em que os casos de controle de conduta são inúmeros.

3. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIOS AO CONSUMIDOR DA TRANSPARÊNCIA DE PREÇOS PROPOSTA PELA ANP

Outro ponto da minuta de Resolução que merece atenta análise é que, para além de a transparência de preços e de fórmula no mercado de lubrificantes potencializar os riscos concorrenciais envolvidos com a troca de informações entre concorrentes e com a

²² Chang-Ju Chiang, *Government Regulated Transparency and Price Leadership in Retail Gasoline*, University of East Anglia September, 2016, disponível em: https://www.uea.ac.uk/documents/953219/22323860/Job+Market+Paper_Chang-Ju_Chiang.pdf/d423197c-b331-69aa-b5e7-08d3c4b26f24.

colusão tácita, a medida, no fim, não traz nenhum benefício ao consumidor final, na medida em que a transparência tal qual proposta incidiria sobre as relações comerciais envolvendo o fornecimento de *lubrificante básicos* (óleos básicos), e não a venda do produto final ao consumidor (art. 3º, inciso VIII).

Com efeito, a cadeia de óleos básicos constitui apenas um dos elos da cadeia de valor dos lubrificantes básicos, não sendo comercializada diretamente ao consumidor final. Ao lado dos óleos básicos, outros insumos compõem o processo de fabricação dos lubrificantes, como aditivos, de modo que os preços a ele relacionados não se beneficiam ao consumidor final.

Nesse sentido, o próprio DEE, por meio da Nota Técnica nº 16/2018, em que analisou a questão da publicidade de preços no mercado de combustíveis líquidos, recomendou que o valor de compra dos combustíveis pelos revendedores não fosse divulgado, justamente porque “*este dado dificilmente será de utilidade dos consumidores*” e poderia, ao mesmo tempo, “*auxiliar a diferentes formas de concertação entre empresas*”. Além disso, os lubrificantes acabados são itens irrelevantes na matriz de custos dos consumidores finais. Diferentemente dos combustíveis, o preço dos lubrificantes não apresenta grande peso no orçamento dos consumidores de derivados de petróleo. Desse modo, a relevância dos efeitos da transparência (a qual, ressalta-se, foi proposta em elo anterior ao final) na consecução do objetivo declarado da ANP de promoção do bem-estar do consumidor final não se verifica.

Portanto, resta patente a incongruência entre a determinação de transparência somente em elo anterior à venda do produto ao consumidor final e os objetivos expostos pela ANP por meio da Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018. A inclusão dos óleos básicos no universo de produtos objeto das medidas de transparência descaracteriza os objetivos da própria Resolução, qual seja, conferir transparência de preços direta e plenamente ao consumidor final.

4. OUTROS PONTOS A SEREM ESCLARECIDOS

Por fim, nesta última Seção, apresentaremos dois pontos da minuta da Resolução, não abordados ao longo dos itens anteriores, que acreditamos que necessitam de atenção e aprimoramentos pela ANP. O primeiro deles, a ser explorado no **item 4.1**, diz respeito à

falta de clareza na definição do “agente dominante” tal qual prevista no art. 2º, inciso I. O segundo ponto, a ser desenvolvido no **item 4.2**, diz respeito à igual falta de clareza, no artigo 9º, em relação a quais agentes incidiria a previsão de obrigatoriedade de envio das informações de valor unitário e da modalidade de frete.

4.1. Falta de clareza na definição do “agente dominante”

Nos termos da Resolução, produtores e importadores que detêm uma participação de mercado maior que 20% em uma macrorregião política do país, devem publicar, em seu próprio site, o preço e todos os componentes da fórmula de preço, por produto e ponto de entrega, no ato do reajuste de preços e/ou alteração de parâmetros da fórmula. Tais informações também serão publicadas pela ANP em seu portal da internet.²³

Nos termos do art. 2º, inciso I, da minuta de Resolução, por agente dominante entende-se o *“agente econômico que tenha participação de mercado na etapa de produção e importação superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”*.

Nesse ponto a resolução traz um grau elevado de insegurança jurídica para o regime de obrigações de divulgação de informações sobre preços que pretende criar. Isso porque, como se sabe, a definição de participação de mercado depende de uma análise de mérito que permite interpretações distintas. Tanto é assim que a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi bastante elogiada justamente por eliminar o critério de participação de mercado para a determinação da necessidade de notificação de atos de concentração.

Nessa linha, tem-se que o referido dispositivo não deixa claro, por exemplo, se o cálculo da participação deve ser feito excluindo a importação para consumo cativo (que parece ser o correto) ou não.

²³ Art. 3º. Para cada um dos produtos relacionados nos incisos deste artigo, os produtores e importadores deverão enviar à ANP as informações de preço de lista parametrizado, para cada um dos produtos à venda, em cada ponto de entrega, no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula [...]

§ 2º. No caso de agente dominante, as informações referidas no caput deverão ser publicadas na página eletrônica da empresa, no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula.

4.2. Falta de clareza quanto aos agentes englobados nas determinações do art. 9º

Ao lado da falta de clareza na definição do agente dominante, outro ponto de atenção da minuta de Resolução tal qual proposta pela ANP refere-se à falta de clareza, em seu artigo 9º, dos agentes que seriam submetidos à exigência de envio dos dados de preços de venda por meio do i-SIMP.²⁴

Com efeito, apesar de ser possível sustentar que a exigência de envio de dados de preço seria somente aplicável aos agentes listados no artigo 3º, a ausência de referência clara no artigo 9º a tais agentes, limitando-se o dispositivo em questão a indicar a obrigatoriedade do envio “*para todas as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis*”, nos faz questionar se a obrigatoriedade de envio, e as medidas de transparências previstas no art. 16º da Resolução, seria estendida a outros agentes atuantes na cadeia de lubrificantes que não somente os óleos básicos.

Tal incerteza traz consigo a possibilidade de que os efeitos anticoncorrenciais da transparência de preços se estendam a outros mercados de derivados de petróleo que não somente o de óleos básicos, em especial o de lubrificantes acabados, potencializando assim os riscos de prejuízos à concorrência mencionados ao longo desse documento

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste documento, a introdução de uma política de transparência de preços no mercado de óleos básicos tal qual desenhada pela minuta de Resolução nos faz questionar acerca da eficácia das medidas na consecução dos objetivos propostos pela ANP, quais sejam, o fomento à concorrência e a proteção do bem-estar do consumidor.

Com efeito, ao longo da presente Consulta Pública, a ANP limitou-se a analisar o impacto das medidas de transparência no setor de combustíveis, não apresentando qualquer justificativa de que a medida, especificamente no que toca ao mercado de óleos

²⁴ “Art. 9º Fica estabelecida a obrigatoriedade do envio das informações de valor unitário e de modalidade de frete, correspondentes às informações constantes nas notas fiscais eletrônicas, para todas as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis.

Parágrafo único. O procedimento para o preenchimento dos dados de movimentação de produtos no aplicativo i-Simp está contido em manuais específicos para cada atividade regulada, disponíveis na página da ANP na internet (www.anp.gov.br/simp)”

básicos, seria instrumento apto à promoção da concorrência. Para além de a ANP ter desconsiderado diferenças essenciais deste mercado em relação ao mercado de combustíveis, acreditamos que a transparência de preços e de fórmulas neste setor representaria, ao contrário do que defende a Agência, um instrumento contrário, e não favorável, à promoção da concorrência no setor, aumentando significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes.

Além disso, a obrigatoriedade da transparência de preços e de fórmulas em etapas do setor anteriores à comercialização final de lubrificantes, tal qual determinada na minuta de Resolução, não traz nenhum ganho ou incremento do bem-estar do ponto de vista do consumidor final. Por esses motivos, as medidas propostas pela ANP devem ter a análise de seu impacto na concorrência aprimorada, consagrando a dinâmica competitiva no setor e beneficiando, ao fim, os consumidores do mercado. Por esse motivo, a **Moove** defende a exclusão do inciso do inciso VIII do art. 3º da minuta de Resolução, bem como alteração na redação do artigo 9 de modo a explicitar sua não aplicabilidade ao mercado de lubrificantes de maneira geral.