

Alexandre Santos de Aragão

PARECER

IMPOSIÇÃO PELA ANP DE FÓRMULA PARAMÉTRICA DE COMPOSIÇÃO DE PREÇOS DE DERIVADOS DO PETRÓLEO

**Rio de Janeiro
Setembro de 2018**

SUMÁRIO

I – A CONSULTA.

**II – NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS E SUAS
RELAÇÕES COM AS REGRAS DE PREÇOS À LUZ DO ART. 174 DA CF.**

**III – OS ARTIGOS 69 E SEQUENTES DA LEI DO PETRÓLEO E O PAPEL DA
ANP.**

IV – CONTROLE DE PREÇOS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO.

**IV.1 – VINCULAÇÃO À FÓRMULA COMO MODALIDADE DE
CONTROLE DE PREÇOS.**

V – VIOLAÇÃO DO SEGREDO COMERCIAL.

VI – ANÁLISES ADICIONAIS.

**VI.1 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTROLES DE
PREÇOS.**

**VI.2 – VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.**

VI.3 – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

VI.4 – VIA CONCORRENCIAL, E NÃO REGULATÓRIA, PARA RESOLVER O PROBLEMA.

VI.5 – ESTATUTO DAS ESTATAIS E DEVERES DO ACIONISTA CONTROLADOR.

VII – CONCLUSÕES.

I – A CONSULTA.

Honra-nos a Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência – PLURAL com consulta a respeito da juridicidade da minuta de resolução colocada em Consulta Pública pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP sob o nº 020/2018, que visa a tornar obrigatória a apresentação e publicização de dados de formação de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Destacamos, de antemão, que nossas análises são adstritas exclusivamente aos aspectos jurídicos da consulta formulada, sem adentrar em aspectos econômicos ou políticos a respeito de políticas de preços e do seu controle.

A proposta normativa em questão deita suas origens na paralisação geral de caminhoneiros e demais transportadores, de âmbito nacional, que teve início em 21 de maio de 2018, manifestando, dentre outros pontos, a insatisfação com a política de preços de combustíveis então adotada que acompanhava *pari passu* as flutuações do mercado internacional.

Uma das consequências desse movimento social, com profundas implicações na economia do país, foi a realização de uma Tomada Pública de Contribuições – TCP aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP com vistas a verificar perante a sociedade a conveniência de se estabelecer uma periodicidade mínima no repasse dos reajustes dos preços dos combustíveis aos consumidores.

Como síntese conclusiva de todas as contribuições recebidas, a Nota Técnica Conjunta nº 1/2018/DG/DIR1/DIR2/SBQ/CPT/ANP, de 16 de julho de

2018, de um lado, aconselhou o não estabelecimento de uma periodicidade mínima nos reajustes de preços de combustíveis aos consumidores, considerando que cada empresa é livre para estabelecer sua política de preços, e, de outro, recomendou *“instruir a SDR a aprofundar os estudos visando ser submetida à consulta e audiência públicas minuta de resolução estabelecendo mecanismos de aumento da transparência na formação dos preços dos combustíveis”*.

Em consequência, em 16 de agosto de 2018 foram abertas as Consultas e Audiências Públicas ANP nº 020/2018, oportunidade em que se disponibilizaram, dentre outros documentos, a minuta de resolução que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo, gás natural e biocombustíveis e a respectiva Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, que lhe serviu de fundamento.

O meio adotado pela minuta de resolução para atingir o objetivo colimado de aumento da transparência na etapa de produção e importação da cadeia petrolífera foi a adoção de uma detalhada fórmula paramétrica previamente estabelecida através da qual os agentes econômicos devem demonstrar como compuseram o seu preço, para cada um dos produtos à venda, em cada ponto de entrega.

Analisando o modelo proposto, informou-nos a Consulente que, em relação ao objeto deste Parecer, merecem destaque, exemplificativamente, os seguintes pontos:

- *Transparência da forma proposta traz efeitos nocivos ao mercado e à livre concorrência;*



- *Possível ilegalidade na extensão da medida (extrapola o escopo de atuação da ANP);*
- *Parametrização nivela o mercado e revela a estratégia comercial dos agentes, ferindo o sigilo comercial;*
- *Proposta impacta a segurança jurídica e inibe investimentos ao setor; e*
- *A proposta de resolução, com definição de fórmula paramétrica e obrigações ao agente dominante, como antecedência mínima de 60 dias para fazer alteração de parâmetros contratuais, inclusive condições operacionais, como preço por polo de suprimento, se revela uma forma de controle de preços e enrijece o exercício da atividade do agente, representando insegurança jurídica e afastando investimentos no setor. Desta forma, a intervenção na política de precificação de derivados pode restringir a capacidade de expansão do suprimento nacional, gerando impactos em toda a cadeia.*

Partindo das premissas mercadológicas informadas pela Consulente, iniciaremos analisando a natureza jurídica das atividades petrolíferas e do art. 174 da CF à luz de sua compatibilidade com o controle de preços.

No Tópico III, focaremos concretamente na possibilidade e competências da ANP para estabelecer tais regras, em especial face à política pública de liberalização de preços expressamente adotada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

Em seguida (Tópico IV) traremos breve histórico a respeito do controle de preços no Brasil, seguido (Subtópico IV.1) da caracterização das



medidas de parametrização de preços previstas na minuta de resolução em consulta, através da imposição unilateral de fórmula paramétrica específica, como uma modalidade de controle estatal de preços, ainda que menos intensa que outras.

No Tópico V será feita uma análise das implicações da medida proposta sobre o sigilo comercial das empresas e se, ainda que não configurasse espécie de controle de preços, tal direito fundamental restaria ou não violado.

Já o derradeiro Tópico VI será dedicado a analisar alguns pontos críticos adicionais da minuta de resolução: seu cotejo com os requisitos constitucionais do controle de preços à luz da doutrina e da jurisprudência do STF; com os princípios da Motivação, da Proporcionalidade e da Eficiência; da exigência no caso concreto de prévia realização de estudo de impacto regulatório; da inadequação da via regulatória para a solução do problema posto; e dos ônus impostos especificamente à PETROBRAS diante dos deveres da União Federal como acionista controlador trazidos pelo Estatuto das Estatais.

II – NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS E SUAS RELAÇÕES COM AS REGRAS DE PREÇOS À LUZ DO ART. 174 DA CF.

Neste Tópico, esmiuçaremos a natureza jurídica das diversas atividades petrolíferas, ressaltando nuances do regime de seus setores com vistas às regras de preços à luz do art. 174 da Constituição Federal.

Isso porque a natureza jurídica da atividade econômica é nota relevante à possibilidade de controle de preços nesse setor: quando *stricto*

sensu e não monopolizadas, vige nessas atividades a livre iniciativa, ainda que temperada com princípios e valores fundamentais da República (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), além dos setoriais da ordem econômica (art. 170), ou mesmo submetida – em algumas hipóteses – a prévia autorização, como dispõe o art. 170, parágrafo único, da Lei Maior.

No que tange às atividades petrolíferas, o art. 177 da Constituição Federal prevê o monopólio da União para a pesquisa e lavra (inciso I), refino (inciso II), importação, exportação (inciso III) e transporte marítimo ou por dutos (inciso IV) do petróleo e seus derivados.

O art. 177 da Constituição Federal, contudo, deixou alguns setores do mercado petrolífero fora do monopólio estatal, configurando verdadeiras atividades econômicas em sentido estrito, conforme conceituamos acima. Dentre elas, destaca-se a distribuição e a revenda de combustíveis, cujo regime de livre iniciativa sujeita-se unicamente à regulação do Estado.

Para o exercício da regulação petrolífera, consoante o comando do art. 177, §2º, III, da Constituição Federal, a Lei nº 9.478/1997 – editada para regulamentar o referido art. 177 da Lei Maior – criou, dentre outras disposições sobre o setor, a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

A chamada Lei do Petróleo definiu a política energética nacional, declarando de utilidade pública as atividades petrolíferas. Dessa forma, nas palavras de MARIA D'ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO, “elas têm o ônus público de deverem ser prestadas em benefício da população, no sentido de



que o explorador destas atividades tem alguns ônus para com a população e para com o Estado".¹

Sopesando tal relevância, ao regulamentar a contratação de particulares para exploração de atividades petrolíferas prevista pelo art. 177, §1º, da Constituição Federal, a Lei nº 9.478/1997 destinou à maior parte dessas atividades o regime de autorização – em contraposição à necessidade de concessão para determinadas searas.

Essa ponderação deu-se precipuamente ao privilegiar a potencial concorrência nessas atividades econômicas em face do monopólio existente em relação a tais mercados. É dizer: o legislador utilizou a autorização quando entendeu possível e recomendável a maior competição na atividade em questão.

Das diversas fases do mercado do petróleo, a Lei nº 9.478/1997 submete ao regime de concessão unicamente a exploração – pesquisa por hidrocarbonetos em determinadas localidades – e a produção (ou lavra) desse petróleo. A concessão foi destinada apenas à exploração e produção, vez que pressupõem a delimitação espacial, não sendo factível a abertura de concorrência para que todas as empresas interessadas explorassem ao mesmo tempo determinada jazida (art. 23, Lei do Petróleo). Além destas limitações fáticas, concorre para a imposição da prévia concessão para a exploração e produção de petróleo o fato de "envolverem o uso de bem público; portanto, a fruição é um privilégio".²

¹ Maria d'Assunção Costa Menezello, *Introdução ao Direito do Petróleo e Gás*, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sunfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 382.

² Carlos Ari Sunfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva coordenada pelo próprio, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 395.

Não é que inexista concorrência nos casos submetidos à concessão, mas, dada as características físicas acima explicitadas, ela fica restrita à escolha do concessionário. Uma vez escolhido, aquela localidade (bloco) não terá mais de um competidor.

Sintetizando, apenas atividades iniciais, ligadas à extração dos hidrocarbonetos, têm como título a concessão; no mais, haja monopólio ou não, vige a autorização, que confere maior liberdade aos particulares.

Esse é justamente o caso de atividades como a distribuição e a revenda de combustíveis. No primeiro caso, os derivados do petróleo são distribuídos no atacado. Por sua vez, na revenda, como explana CARLOS ARI SUNDFELD, “os consumidores finais são atingidos pela atividade de revenda de derivados de petróleo”,³ feitas pelos “postos de gasolina”.

Nessa senda, atividades como revenda e distribuição, visto que não monopolizadas, não são sujeitas à prévia contratação. Inclusive porque essa, precedida de licitação, pressupõe a limitação do número de operadores, algo, como regra geral, não admissível em se tratando de atividade de titularidade da iniciativa privada, ainda que sujeita a autorização, conforme art. 9º da Lei nº 9.478/1997.

Observe-se que em relação às atividades petrolíferas monopolizadas, que não são apenas a exploração e produção de petróleo, o § 1º do art. 177 da Constituição Federal alude à contratação de estatais ou de empresas privadas. Não sendo a autorização contrato, mas ato administrativo, poderia

³ Carlos Ari Sundfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva, coordenada pelo próprio autor, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 388.

o Legislador ter assentido na exploração privada de algumas destas atividades mediante autorização?

Conforme asseveramos doutrinariamente,⁴ entendemos que sim. À luz dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, quando atendido os interesses transindividuais, o legislador deve determinar modalidade regulatória menos restritiva.

Na hipótese em discussão, deve-se optar pela *ordenatio* (consubstanciada na autorização administrativa) em face da *publicatio* (instrumentalizada pelos contratos de delegação). Seguindo tais diretrizes – a nosso ver, imperativas –, determinou-se que o refino, a importação, a exportação e o transporte marítimo por dutos, mesmo sendo atividades sob monopólio, podem ser consentidas a um número indeterminado de agentes econômicos privados, o que é consentâneo com o princípio da livre iniciativa, ficando, no entanto, sujeita à ordenação pública autorizativa.

Como ressalta EROS ROBERTO GRAU, "a Constituição é um dinamismo. É do presente, da vida real que se toma as forças que a ela, bem assim ao Direito, conferem vida. Por isso mesmo, os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição. (...) A interpretação da Constituição, indispensável ao desvendamento do quanto por ela definido a esse respeito, explícita ou

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Ed. Fórum, 4ª edição, Belo Horizonte, 2017, tópico v.7.

supostamente, envolve também a interpretação dos fatos, tal como se manifestam em um determinado momento".⁵

Analogamente, a jurisprudência pátria tratou do assunto ao declarar, na ADI 1.668, a constitucionalidade da gradação dos serviços de telecomunicações entre diversos índices de publicização – desde serviços públicos até atividades privadas regulamentadas – feita pela Lei Geral de Telecomunicações – LGT, por meio de seus art. 18, I, e arts. 62 a 64.

De acordo com o Ministro NELSON JOBIM, cujo voto conduziu a maioria no caso, não há "inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente no regime de público, no regime privado ou, concomitantemente, em ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público. (...) Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância".

Trazendo aportes do direito comparado, invocamos as lições de HÉCTOR A. MAIRAL. O autor, abordando constituições de províncias argentinas que, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988 (art. 175), têm normas que reservam para o Estado serviços e monopólios públicos, anota

⁵ GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público, in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 266. "A interpretação constitucional não pode fechar os olhos diante das transformações de conteúdo e da função das normas constitucionais, que são derivadas da mutação da realidade social", mas, adverte o administrativista alemão, "a interpretação constitucional não pode deixar que sistematizações artificiais encubram os contrastes efetivos entre a Constituição e a realidade" (FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto*, in *Stato di Diritto in Trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 32)

que "as normas constitucionais em questão podem ser interpretadas como atributivas ao Estado da titularidade da atividade, mas não necessariamente qualificando aquela determinada atividade com o caráter de 'administrativa".⁶

Portanto, o fato de o refino, em parte (em razão do art. 45 do ADCT),⁷ estar inscrito na Constituição como monopólio da União não retirou do Legislador a discricionariedade de, se assim julgasse mais conveniente, dar-lhe feição de atividade privada regulamentada, sujeita a mera autorização administrativa, e não a contrato. Foi exatamente essa decisão que, como narrado acima, tomou a Lei do Petróleo em relação ao refino e às outras atividades enumeradas no art. 177, com exceção das atividades de exploração e produção.

Como "pondera FRANCHINI, a autorização constitui o compromisso entre a liberdade e a autoridade, caracterizando-se como o ato que reintegra o ato de liberdade, possibilitando que o direito individual produza seus naturais efeitos. (...) O direito individual precede à autorização, que, no entanto, é complemento necessário ao gozo do direito ou liberdade ao qual adere. Configura um ato-condição, na terminologia de DUGUIT. Vitaliza o direito *in fieri*, conferindo-lhe trânsito no mundo jurídico, em cujos umbrais se encontra, na expectativa do impulso libertatório".⁸

⁶ MAIRAL, Héctor A. *La Ideologia del Servicio Público*, in *Revista de Derecho Administrativo* [Argentina], ano 5, p. 403.

⁷ Art. 45. *Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.*

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.

⁸ Cf. TÁCITO, Caio. *Permissão de Refino de Petróleo*, in *Temas de Direito Público*, 2º Volume, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 1625

As autorizações administrativas, classicamente, são entendidas como atos administrativos precários e discricionários. Contudo, alguns autores extraem do sistema da Lei do Petróleo a estabilidade das autorizações petrolíferas.⁹

A isso acrescentaríamos o fato de que, em razão da própria natureza das atividades envolvidas, que demandam altos investimentos – em regra, autorizações precárias são próprias apenas das atividades que exigem baixos investimentos e que podem ser encerradas a qualquer tempo sem maiores prejuízos –, a precariedade deve ser de todo excepcional.

Igualmente, por absoluta identidade de razões, também não deve ser admitida a instabilização da autorização, com a imposição de novas regras gravosas que não estavam em seus termos originais.

Quanto à discricionariedade, sustentamos que a vagueza da Lei do Petróleo em relação às autorizações torna defensável seu caráter discricionário. Ela, contudo, não significa necessariamente precariedade. Nas autorizações por prazo determinado, por exemplo, a doutrina recusa a

⁹ Nota-se ainda que tem sido revisto, tanto doutrinária como legislativamente, o conceito tradicional de autorização como sendo um ato discricionário e precário. Não existindo uma configuração constitucional do instituto da autorização, nada impede que o Legislador lhe atribua caráter vinculado e não precário, como o fez na Lei Geral de Telecomunicações e na Lei do Petróleo. Aprofundar em Floriano Azevedo Marques Neto, *Direito das Telecomunicações e ANATEL*, na obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sunfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 313, e em Maria d'Assunção Costa Menezello, *Introdução ao Direito do Petróleo e Gás*, constante da mesma obra coletiva, p. 383. Carlos Ari Sunfeld observa que "a Lei do Petróleo parece não ter pretendido submeter os autorizatários ao regime de instabilidade, que se afigura incompatível com a política nela expressa. Na base dessa conclusão está o raciocínio de que, se não há garantia de estabilidade e permanência, não poderá, por via de consequência, haver liberdade de iniciativa e livre competição" (*Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, pp. 394/5, da obra coordenada por Carlos Ari Sunfeld, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000).

revogação antes do fim do prazo sem que isso configure óbice ao seu caráter discricionário.¹⁰

A ANP, valendo-se da discricionariedade permitida pela Lei nº 9.478/1997, tem configurado suas autorizações como não precárias, porque sujeitas unicamente a poucas hipóteses taxativas e não discricionárias de revogação.

Repise-se que existem refinarias expressamente excluídas do monopólio da União, conforme o citado art. 45 do ADCT. Nas palavras de CAIO TÁCITO, “o art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, excluindo do monopólio as refinarias em funcionamento no País, mantém as situações existentes na integridade de sua estrutura técnica e econômica, que tem como suporte os indicados princípios e normas da respectiva regulamentação legal. **A substância do direito, que perdura, supõe a permanência de suas condições de estabilidade e continuidade**, entre as quais avulta de lege a rentabilidade do empreendimento. (...) A fixação desses valores vincula-se ao correlato dever de assegurar, às empresas refinadoras, o equilíbrio econômico-financeiro que serve de alicerce à eficácia do direito à continuidade estável da atividade amparada pela ressalva constitucional à aplicação do monopólio”.¹¹

Portanto, a única diferença entre as atividades de refino e de distribuição de combustíveis está na discricionariedade legislativa sobre elas incidente. Em relação ao refino, estando em parte no monopólio da União, o legislador teria ao seu dispor instrumentos muito

¹⁰ “A fixação de prazo poderá investir o beneficiário do direito subjetivo oponível à Administração, consistente em perdas e danos, em caso de revogação extemporânea” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, Ed. ATLAS, 2ª ed., 1997, p. 99).

¹¹ Cf. TÁCITO, Caio. *Permissão de Refino de Petróleo*, in *Temas de Direito Público*, 2º Volume, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 1628/9, grifos nossos.

mais interventivos que os que dispõe em relação à distribuição, atividade, por determinação, constitucional privada. Ocorre que, ao exercer essa discricionariedade, o legislador optou, ao revés, por deixar a atividade de refino apenas sob *ordenatio* (regulação por licença ou autorização), não sob *publicatio* (exercitável por particulares apenas mediante contratos).

Daí que o Poder Público não pode mencionar suposta titularidade em relação às atividades de refino e distribuição para regulamentá-la de forma tão intensa a ponto de controlar seus preços, qualquer que seja sua modalidade, conforme Subtópico IV.1.

Isso porque, consoante exposto acima, a Constituição Federal conferiu natureza privada à distribuição e a Lei do Petróleo determinou feição privada ao refino. Esta última até poderia ser objeto de tamanho controle, mas desde que por meio de alteração legislativa e, mesmo assim, *ex nunc*, para respeitar atos jurídicos perfeitos das autorizações administrativas anteriores ao eventual novo regime.

Não é possível, pois, que o Estado programe obrigatoriamente tais atividades, por meio de padronização – ainda que em parte – do cálculo de preços desses agentes. Nesse sentido, a resolução proposta pela ANP não se harmoniza com o art. 174 da CRFB, que é claro ao determinar que o planejamento deve ser tão somente indicativo para as atividades – como a distribuição e o refino – sob regime privado.

Naturalmente, o art. 174 da Constituição Federal autoriza (e mesmo determina) a regulação das atividades sob esse regime, contanto que o

Estado não as planifique ou dirija.¹² É dizer: quando existir mera *ordenatio*, o Estado não pode se substituir ao agente econômico na tomada de decisões empresariais.¹³ E justamente assim entendeu o STJ no relevantíssimo Recurso Especial nº 614.084/RS, cuja ementa pedimos vênua para transcrever:

“A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. Deveras, sólida a lição de que um “dos

¹² O art. 174 prevê o Estado como normatizador e regulador das atividades econômicas privadas, tendo sido retirado, já durante a fase final dos trabalhos constituintes, o termo "controle", que poderia levar a interpretações de que o Estado planejaria coativamente também as atividades privadas. "Falava-se em controle. E controle com um sentido diferente de fiscalização significa dominação, comando" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 81). Na mesma passagem da obra podem ser consultados maiores detalhes quanto ao trâmite constituinte do que acabou se tornando o art. 174 da Constituição Federal.

¹³ Em uma interpretação relativizadora do art. 174, CF, há doutrina no sentido que "a expressa menção do referido dispositivo ao fato de o planejamento econômico ser meramente indicativo para o setor privado elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico. Pouco ou nada esclarece, porém, com relação ao grau de intervencionismo. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo Constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou bem extremadas na ordem econômica. Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como 'livre iniciativa' e 'justiça social' bem como 'propriedade privada' e 'função social da propriedade' devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito. Assim é que a vinculação do princípio da livre iniciativa ao da justiça social tem sido, por exemplo, usada em muitos casos para permitir o controle de preços em áreas sensíveis, como ocorrido com as mensalidades escolares: ADIn nº. 319-DF, in RTJ 149/666 – onde o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei 8.039, de 30.5.1990, que dispõe sobre os critérios de reajuste das mensalidades escolares" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 106). A assertiva do autor não nos parece equivocada, uma vez que realmente há um amplo espaço de ponderação de princípios a ser definida pelo legislador, mas deve ser considerada com cautela, uma vez que tal discricionariedade legislativa é limitada pela bipartição que a própria Constituição faz entre as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos, não podendo a regulação prevista no art. 174 ser tão forte a ponto de total ou parcialmente indiferenciá-los, por exemplo, em relação à fixação de preços pelo Estado. No citado precedente do STF, por exemplo, havia o controle dos preços para evitar abusos, mas não a sua fixação diretamente pelo Estado, além de envolver diretamente direito fundamental especial sensível, que é a educação.



fundamentos da Ordem Econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência'. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)”.



As lições são plenamente aplicáveis ao refino, distribuição e revenda, pois são atividades que detêm liames de utilidade pública mantendo, contudo, sua natureza privada no que toca à possibilidade de controle de preços.

Para esse tipo de atividades, independentemente da modalidade adotada (cf. Subtópico IV.1), o controle de preços só é admissível em situações excepcionais, que podem ser sintetizadas em (i) cobrança de preços abusivos que (ii) possam violar a fruição de direitos fundamentais. Tais condições serão analisadas *in casu* no Tópico VI, destinado às análises adicionais, em estudo puramente *ad argumentandum*.

Demonstrada a incompatibilidade de controle de preços com a natureza privada das atividades de distribuição, revenda e refino (mesmo esta sendo monopolizada), passaremos às competências e possibilidades conferidas pelo legislador para controle de preços pela ANP.

III – OS ARTIGOS 69 E SEQUINTE DA LEI DO PETRÓLEO E O PAPEL DA ANP.

A discussão acerca do poder regulamentar no Direito brasileiro é bastante vívida.¹⁴ Entretanto, há consenso no sentido de que ele não pode contrariar o disposto em lei.

¹⁴ Sobre as diversas correntes existentes, ver o nosso *Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial*. *Revista Forense*, v. 99, p. 3-21, 2003.

Isso porque, para além da doutrina clássica que enxerga o princípio da legalidade como vinculação positiva à lei,¹⁵ mesmo autores – como nós – que sustentam a possibilidade de inovação normativa por regulamentos defendem sua necessidade de esteio legal, ainda que por balizamentos e *standards*.¹⁶ Em outras palavras, independentemente do nível de vinculação à lei defendido pela corrente doutrinária, tem-se a necessidade de não contrariedade às determinações do legislador.

No contexto em análise, observa-se que os preços dos derivados do petróleo eram fixados por atos infralegais, cenário este alterado pelo art. 69 da Lei do Petróleo.

O dispositivo estabeleceu a hoje vigente liberalização de preços do setor, determinando período de transição de pouco mais de quatro anos.¹⁷ Nessa senda, executando o comando dos arts. 69¹⁸ e seguintes da Lei do Petróleo, a Portaria Interministerial nº 307, de 31.10.2001, dispôs: “Art. 1º.

¹⁵ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho: “Atos dessa natureza [regulamentos autônomos] não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. (...) Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos (...) Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 15ª ed., pp. 50/51.

¹⁶ “As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica relação social subjacente”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 406.

¹⁷ Durante esse lapso temporal, os preços de combustíveis foram parametrizados e assentados por portarias interministeriais, ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e das Minas e Energia.

¹⁸ Art. 69. Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.

Ficam liberados os preços de venda dos óleos combustíveis nas unidades produtoras em todo o território nacional". Desde então, o país adota a liberdade de preços em toda a cadeia de produção e comercialização de combustíveis.

Portanto, não existe, em atividades de produção (refino), distribuição e revenda de combustíveis, tabelamento, periodicidade de reajuste, imposição de valores, parametrização da formulação ou qualquer outra forma de controle de preços, consoante as modalidades oportunamente elencadas no Tópico IV.1. Cabe à ANP, pois, o simples acompanhamento desses preços, omitindo-se de interferir neles ou em sua formação.

É certo que a Lei do Petróleo confere *standards* que possibilitam à ANP a proteção dos consumidores e a promoção da livre concorrência (arts. 1º, III, e 8º, I, bem como art. 1º, IX, respectivamente). Sabe-se também que em uma série de julgados já foi considerada legítima a imposição de regras da ANP aos agentes econômicos com base apenas no objetivo legal geral de proteção dos consumidores. Lembremo-nos, por exemplo, do julgado do STJ que reconheceu a legitimidade da imposição da chamada "fidelidade de bandeira" para os postos de revenda apenas com base nesse *standard*.¹⁹⁻²⁰

¹⁹ "(...) Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis" (MS 4.578/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

²⁰ Em sede doutrinária já havíamos tratado o mencionado acórdão da seguinte forma: "Encerramos o presente Tópico com decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ que,

Todavia, a questão ora analisada é absolutamente diferente.

Conforme trataremos também no Tópico IV.1, a formação do preço é uma das decisões empresariais mais sensíveis dos agentes econômicos, sendo praticamente o âmago do seu negócio, e, note-se, não apenas o seu preço final em si, mas quais fatores considera mais ou menos para nele chegar.

O legislador, por meio dos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo, previu a total "desregulamentação" (art. 70) dos preços dos derivados de petróleo, de modo que não cabe à ANP violar a lei ao estabelecer por ato infralegal a imposição – ainda que parcial – de fórmula paramétrica para cálculo dos preços dessas mercadorias. À agência, compete unicamente cumprir (e fazer cumprir) as disposições legais.²¹

Portanto, não se podem confundir as situações.

De um lado, a ANP pode, sim, concretizar *standards* como a proteção à livre concorrência por meio de medidas efetivas, desde que exista silêncio na Lei nº 9.478/1997. Nessas hipóteses, há mera atuação

mesmo antes da previsão constitucional de órgãos reguladores específicos, a exemplo do "órgão regulador do monopólio da União" sobre as atividades petrolíferas (art. 177, § 2º, III, CF), lavrou acórdão na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou a possibilidade da Administração Pública, para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria, mas sem qualquer autorização legal específica, restringir a liberdade dos "postos de gasolina" adquirirem combustíveis. A importância do acórdão é que é um dos poucos exemplos em que a nossa jurisprudência foi além de questões atinentes ao caso concreto, tratando do âmago doutrinário e teórico da matéria, ou seja, do que deve ser entendido como 'execução de lei'."

²¹ Em estudo específico sobre o mercado de distribuição de combustíveis, CELSO RIBEIRO BASTOS ensina que: "nenhum dos princípios constitucionais da ordem jurídica pátria autoriza que o Poder Público proceda ao tabelamento de preços. Muito pelo contrário, como se pode verificar, vige entre nós a plena liberdade nesse campo" (BASTOS, Celso Ribeiro. Empresas Distribuidoras de combustíveis. Ação Civil Pública. Tabelamento de preços. Valor do frete. *Revista Forense*. Ano 94. v. 342. p. 210).

praeter legem que, para além de regulamentar pontos específicos do texto legal, baseia-se em seus princípios inteligíveis. Não é esse o caso da resolução sob consulta.

O ato infralegal aventado pela ANP, ao revés, contrariaria determinações eloquentes da Lei do Petróleo. Não há silêncio no que toca à parametrização e quaisquer outras modalidades de controle de preços. Há, sim, seção inteira, com seis artigos (arts. 69 a 74), que ordena a liberalização total dos preços de combustíveis. A lei é clara ao impor a inexistência de “*diretrizes e parâmetros*” aos preços do setor, exatamente como almeja a resolução proposta ao estabelecer justamente uma “*fórmula paramétrica*”, ou seja, uma fórmula que impõe parâmetros.

Veja-se, por sua relevância, o teor do multicitado art. 69 da Lei do Petróleo:

*Art. 69. Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados **segundo diretrizes e parâmetros específicos** estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.*

Ora, a redação do dispositivo é incontroversa: durante o período de transição, os preços dos derivados de petróleo e gás natural serão controlados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos pelo estado. Conclui-se, *a contrario sensu*, que, findo este período, a imposição de nenhum parâmetro específico e nem mesmo mera diretriz – que traduz

uma conotação bem mais genérica que as ora propostas pela ANP²² – está autorizada pela lei vigente.

ROBERT ALEXY, o principal pensador contemporâneo da Teoria dos Princípios juntamente com DWORKIN, estatui de forma peremptória que “os argumentos que dão expressão a um elo com as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos (...)”.²³ Em sede doutrinária, também já havíamos afirmado, em título de tópico integrante do artigo, “a prevalência da ponderação legítima feita pela regra sobre outras possíveis ponderações”.²⁴

Defender a possibilidade de regulamentos *praeter legem* por agências reguladoras – como fazemos em sede doutrinária – não significa a admissão de atos infralegais *contra legem*, que violem regras da lei que criou a referida agência, *in casu*, a Lei do Petróleo.

Em síntese, a ANP não pode utilizar *standards* genéricos para violar regras específicas e expressas constantes da mesma Lei. Uma coisa é a Lei ser silente sobre determinado ponto específico e a agência reguladora, com base em seus valores e objetivos gerais (ex.: proteção da concorrência em relação aos combustíveis), estabelecer regras sobre ele

²² Acerca do tema, diferenciando regras, princípios e diretrizes, ANDRÉ RUFINO DO VALE sustenta que “a) as regras configuram de forma fechada tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente; b) os princípios em sentido estrito configuram de forma aberta o suporte fático e de forma fechada a conduta qualificada deonticamente; c) as diretrizes ou normas programáticas estabelecem de forma aberta tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente” (DO VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.* – São Paulo: Saraiva, 2009, tópico 1.3.1.)

²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.* Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 239.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios, in *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 54, set./dez. 2014.

(por exemplo, estabelecendo a fidelidade de bandeira dos postos de revenda). Cenário diferente é se a Lei já contiver regra sobre aquele ponto específico (ex.: liberalizando totalmente os preços): a agência reguladora deverá apenas aplicá-la, normativa ou concretamente, mas jamais desconsiderá-la com base em valores e objetivos gerais constantes da mesma Lei.

Cogitando acerca das diversas acepções do princípio da legalidade, nosso *Curso de Direito Administrativo*²⁵ adota a sistematização proposta por CHARLES EISENMANN e ODETE MEDAUAR:

“(1ª) a Administração pode praticar todos os atos que não sejam contrários à lei;

(2ª) a Administração só pode fazer o que a lei autoriza;

(3ª) a Administração só pode praticar os atos cujo conteúdo advenha de um esquema abstrato já pré-estabelecido na lei; e

(4ª) a Administração só pode fazer os atos que a lei ordená-la a fazer”.²⁶

Independentemente da acepção adotada, não se chega a sustentar a possibilidade de regulamentos contrariarem a lei que os esteou. É dizer: nenhuma acepção ou corrente chega aos píncaros de admitir que a agência reguladora possa violar regra legal.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2013, Tópico IV.4.1.

²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, Ed. RT. 7ª. edição, São Paulo, 2003, p. 137.

E note-se, *in casu* não estamos tratando da violação a princípios legais, que sempre podem gerar subjetivismos e maiores controvérsias na sua aplicação, mas sim a regras bem objetivas, detalhadas e específicas:²⁷ **a política de liberalização dos preços de combustíveis consubstanciada pelos arts. 69 a 74 da Lei nº 9.478/1997 é clara e ampla, proibindo interferência estatal nos preços dos combustíveis a partir de 31 de dezembro de 2001, o que é mesmo admitido pela própria ANP ao longo de várias passagens da Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, que, no entanto, parece ter um conceito de regulamentação de preços (quando o art. 70 se refere à sua desregulamentação em geral) equivalente apenas às suas modalidades mais radicais de congelamento ou tabelamento, o que, como veremos nos tópicos seguintes, de forma alguma procede.**

Assim, qualquer forma de imposição de regras acerca da formulação de preços de combustíveis – independentemente de sua intensidade ou modalidade – consubstancia intervenção estatal vedada pelos arts. 69 a 74 da Lei nº 9.478/1997, que se referem especificamente à parametrização. Essas medidas só poderiam ter sido implementadas durante o supracitado período de transição previsto pelos dispositivos, o qual se esgotou há mais de quinze anos. Não é mais dado ao Estado determinar aos agentes econômicos, dentre outros aspectos, a fórmula utilizada para cálculo dos preços de seus combustíveis.

²⁷ Os conflitos entre regras são resolvidos pelos critérios ditos clássicos de resolução de antinomias – primeiro a hierarquia (norma hierarquicamente superior revoga norma hierarquicamente inferior), depois a especialidade (norma especial derroga norma geral) e, afinal, a cronologia (norma mais atual revoga norma mais antiga), que levam à sua aplicação ou não aplicação completa –, enquanto que os conflitos entre princípios seriam solucionados por intermédio de uma técnica conhecida como ponderação, sempre a depender de cada caso concreto e podendo levar à mitigação da força dos próprios conflitos em disputa (cf. GRAU, Eros. *A ordem Econômica na Constituição de 1998 – Interpretação e Crítica*, Ed. RT, 2ª edição, p. 114).

Evidentemente, a ordem jurídica vigente autoriza que a ANP, como já faz, divulgue preços ou adote outras medidas que ponham em prática as diretrizes estabelecidas na Lei do Petróleo: as funções de proteção aos consumidores e da concorrência nesse setor subsistem, desde que não haja qualquer forma de controle de preços.²⁸ *In casu*, estamos, em verdade, anuindo com as previsões constantes no *site* da ANP quanto ao papel institucional:

“A Lei do Petróleo também criou a ANP e conferiu-lhe a competência para implementar a política energética nacional no que se refere a petróleo, gás natural e biocombustíveis, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, de gás natural e seus derivados e de biocombustíveis em todo o território nacional, e na proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta desses produtos.

Dado que a Agência não controla preços ou quantidades de quaisquer produtos, essas atribuições legais devem ser exercidas por meio da proteção do processo competitivo nos mercados, uma vez que a Lei do Petróleo estabelece, também, a promoção da livre concorrência entre os

²⁸ Não só é sempre possível, como é até mesmo uma tendência mundial na regulação, se utilizar técnicas não impositivas na indução de preços privados. Uma possibilidade seria o *nudge*: instrumento direcionado a incentivar comportamentos dos particulares em determinado sentido, porém mantendo sua possibilidade de opção adversa. Nesse procedimento, altera-se determinado aspecto da arquitetura da escolha o qual modifica, por sua repercussão em vieses cognitivos humanos, comportamentos particulares. Trata-se de teoria formulada por CASS SUNSTEIN e RICHARD H. THALER – este vencedor do Prêmio Nobel de Economia do ano de 2017 –, que, segundo os autores, “preserva a autonomia da escolha enquanto também influenciam as pessoas [ou mercados] em direções que beneficiem suas vidas” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale University Press, 2008. p. 252).

princípios e objetivos da política energética nacional” (grifos nossos).

Portanto, pelo exposto até o momento se vê que não pode a ANP regular/controlar/regulamentar preços de derivados de petróleo, já que o art. 69 da Lei do Petróleo veda a adoção de parâmetros e art. 70 da mesma Lei veda as regulamentações em geral de tais preços, ao impor a sua “desregulamentação”. Cumpre, pois, em seguimento, detalhar o conceito de controle de preços, inclusive à luz da indústria do petróleo.

IV – CONTROLE DE PREÇOS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO.

As formas e intensidades da atuação do Estado em relação à economia variam de acordo com o contexto político-ideológico majoritário em cada sociedade e momento, conforme positivado pelo legislador e pelo Poder Executivo, obedecidos os limites mínimos e máximos de atuação estatal fixados na ordem econômica constitucional.

Trata-se de uma expressão do eterno movimento pendular do Estado em relação à economia, devendo-se atentar também para o fato de que, tanto em momentos liberalizantes como opostos, o pêndulo volta para o lado anterior, mas em uma posição diferente. Historicamente, o processo de expansão e contração da atuação estatal na economia acontece de maneira pendular ou cíclica, e a cada novo ciclo a forma de intervenção do Estado se modifica.²⁹

²⁹ EGON BOCKMANN MOREIRA, em artigo que faz análise da regulação econômica no Brasil, elucida que a ideia de um único pêndulo e seu movimento oscilatório deve ser superada. A realidade do Direito Público Econômico, na verdade, comportaria uma multiplicidade de pêndulos simultâneos, a depender do setor da economia que se toma



Isso acontece porque o crescimento econômico não é necessariamente equilibrado e o aumento da atuação do Estado pode gerar disfuncionalidades e retração do desenvolvimento econômico. No momento em que o excesso de intervenção estatal começa a gerar consequências demasiadamente nocivas ao crescimento econômico, há uma tendência de reversão do pêndulo, ou seja, de contração da intervenção do Estado na economia.³⁰

BRESSER PEREIRA, de maneira muito clara, explora a assertiva apresentada, partindo da ideia de que "(...) a intervenção estatal expande-se e contrai-se ciclicamente, e que a cada novo ciclo o modo de intervenção muda".³¹

Por exemplo, na esteira do forte período de intervenção estatal na economia verificado no Brasil entre as décadas de 1960 e 1980, inclusive através de práticas de dirigismo contratual e forte controle de preços, verificou-se, a partir da década de 1990, um movimento contrário, de redução da intensidade da intervenção estatal na liberdade dos agentes

como referencial, que "tendem a nunca parar" (MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 11, nº 44, p. 110, out./dez. 2013).

³⁰ "Ao longo do tempo, a atuação estatal na economia se expande e se contrai de maneira cíclica. No período de expansão, há um crescente papel do Estado na coordenação da atuação dos agentes econômicos, nas decisões alocativas de recursos e na distribuição de renda. Contudo, depois de um tempo, a economia começa a ficar disfuncional. A atuação do Poder Público passa a ser um entrave ao invés de um estímulo e se verificam sucessivos e significativos déficits públicos. Nesse momento, é hora de o Estado contrair-se, buscando a desregulação e a privatização, tendo por fim a obtenção de um equilíbrio na relação entre mercado e intervenção estatal. Tal equilíbrio "irá necessariamente variar no curso da história e de acordo com o caráter cíclico e em permanente transformação da intervenção do Estado na economia" PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, nº 3, jul./set. 1989.

³¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, nº 3, p. 7, jul./set. 1989 – grifamos.

econômicos, caracterizando o que alguns denominam de Estado Regulador³² ou Estado Árbitro³³, ou seja, do Estado que se retirou das atividades de prestação direta ao público e de regulamentar intensamente as relações privadas, passando a exercer uma regulação de forma menos constritiva.

Esse momento ficou fortemente caracterizado pelas desestatizações e privatizações do governo FHC, redimensionando o papel do Estado brasileiro na economia, mas também se verificaram liberalizações e desregulamentações de atividades que, mesmo privadas, eram intensamente disciplinadas pelo Estado, que se impunha ao mercado e às empresas na tomada de uma série de decisões, com destaque àquelas relativas aos preços a serem cobrados pelos agentes econômicos em suas atividades.

Consoante leciona GUIDO CORSO, "a desregulação não impede que as regras publicísticas sejam substituídas por outras regras: que à desregulação suceda uma re-regulação. Mas se trata de 'outras regras', **voltadas a disciplinar a concorrência dos agentes econômicos (a regular o mercado) mais do que a sujeitar a iniciativa econômica privada aos poderes administrativos**".³⁴

O setor do petróleo é um exemplo paradigmático desse movimento pendular no qual nos encontramos: deixou um sistema de ampla determinação governamental de preços, através da chamada Conta

³² Por exemplo, Antonio la Spinta e Giandomenico Majone, *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, Bolonha, 2000, pp. 168/9.

³³ Adotando esta denominação, BUREAU, Dominique. *La Réglementation de l'Économie*, constante dos *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 41 – *Le Privé et le Public*, Ed. Sirey, Paris, 1997, p. 330.

³⁴ CORSO, Guido. *Attività Economica Privata e Deregulation*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1998, p. 641.

Petróleo³⁵ instituída pela Lei nº 4.452/64, para um sistema de liberdade total de preços determinada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo – Lei nº 9.478/97, adotando expressamente uma política de “desregulamentação de preços” (art. 70).

Note-se a amplitude do termo usado pelo legislador: não se refere apenas à ausência de congelamento dos preços dos derivados de petróleo ou de sua fixação direta pelo Estado, mas à necessidade de não ser regulamentado, aludindo *in genere* a “desregulamentação”, isto é, à ausência de disciplina jurídica sobre eles.

Nesse contexto, no ordenamento jurídico brasileiro disciplinas sobre preços passaram a ser aceitas apenas em casos de todo excepcionais, para a garantia de direitos fundamentais, como a saúde, educação, cultura e repressão de abusos do poder econômico, dentre outros, num exercício de ponderação com a liberdade de iniciativa, direito fundamental também assegurado pelo Carta Constitucional de 1988. Passaram a ser consideradas inclusive as distorções econômicas que a imposição artificial *top-down* de diretrizes para operações econômicas pode trazer, como mercado negro, desincentivo à produção, concentração do mercado, sonegação dos bens por seus produtores etc.

Para além do supramencionado pêndulo da atuação estatal na economia, é importante destacar também que o retorno do pêndulo liberalizante pós-década de 1980, sob uma perspectiva político-jurídica, foi acompanhado de um novo momento na dogmática constitucional brasileira em que, com o advento e gradual consolidação do neoconstitucionalismo,

³⁵ Basicamente por esse mecanismo a União se creditaria com os preços cobrados pela PETROBRAS que fossem além dos preços internacionais e ficaria a ela devendo pelos preços cobrados aquém dos preços internacionais, podendo, em caso de a conta ficar negativa, ressarcir a estatal com títulos da dívida pública.



muito graças ao resgate das instituições democráticas, a Constituição passou a ocupar o papel de norma jurídica primordial do ordenamento, cuja força normativa dos princípios e regras se irradia por todos os demais campos de atuação do direito, tal como o Direito Público Econômico.

Em consequência disso, mesmo nos casos tais em que a lei prevê expressamente alguma forma de controle sobre os preços praticados pela iniciativa privada – o que não é o caso do presente Parecer, ao contrário, a lei o veda – a opção legislativa não terá sido legítima se não forem respeitados os direitos fundamentais das pessoas destinatárias da norma, sejam elas naturais ou jurídicas³⁶, e os princípios constitucionais da ordem econômica, padecendo de vício de juridicidade.³⁷

Feitas estas necessárias considerações introdutórias, analisemos, no Subtópico abaixo, de que maneira o modelo de fiscalização e transparência da formação de preços no setor de petróleo proposto na minuta de resolução objeto desta consulta se caracteriza como uma das várias possíveis espécies de controle estatal de preços.

³⁶ Existe hoje relativo consenso doutrinário e jurisprudencial, em que pese respeitáveis vozes dissonantes, acerca da incidência dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, naquilo que com elas for compatível. Nesse sentido, o art. 52 do Código Civil é incontroverso: "*aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*", proteção essa que abrange o sigilo comercial da empresa, conforme veremos.

³⁷ A bem da verdade, conquanto dotada de menor efetividade nos tribunais, a Constituição de 1969 previa expressamente e de forma ampla, em seu art. 163, a possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico: "*São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais*".

IV.1 - VINCULAÇÃO À FÓRMULA COMO MODALIDADE CONTROLE DE PREÇOS.

O preço de um produto ou serviço, intrinsecamente ligado à noção de escassez, é um dos objetos de estudo por excelência das Ciências Econômicas. Em artigo destinado à teorização do controle estatal de preços, os economistas STEPHANIE LAGUERODIE e FRANCISCO VERGARA, com base nas clássicas lições de JOHN KENNETH GALBRAITH,³⁸ aduzem que este instituto econômico não significa “necessariamente a imposição governamental de algum preço exato ao qual determinadas mercadorias devem ser compradas e vendidas. Esta é apenas uma opção entre muitas. Por ‘controles de preços’, autores como JOHN KENNETH GALBRAITH entendiam uma ampla variedade de políticas pelas quais os preços de mercado que causam problemas podem ser modificados ou influenciados. **Os controles de preços são, portanto, uma paleta de medidas entre as quais o formulador de políticas pode escolher de acordo com o problema específico que deseja resolver ou aliviar”.**³⁹

Em outras palavras, não apenas a definição direta ou indireta de preços a serem praticados – ou de seus limites máximos e mínimos – compõem a noção de controle de preços, como também medidas estatais capazes de influenciá-los diretamente, dentro de um amplo espectro de opções, quase tão amplo quanto a imaginação dos formuladores de políticas públicas.

³⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *A Theory of Price Control*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1952.

³⁹ LAGUERODIE, Stephanie; VERGARA, Francisco. The Theory of Price Controls: John Kenneth Galbraith's Contribution. *Review of Political Economy*, Volume 20, Number 4, 569–593, October 2008, pp. 570-571, grifamos.

Também reiterando a assertiva de o controle de preços ser gênero do qual várias modalidades – umas mais intensas, outras menos – fazem parte, mas todas constituindo controles de preços, as lições de CLÁUDIO FRISCHTAK:

“Quando se pensa o controle de preços como elemento de regulação estatal de mercados concentrados, pode-se tomar por referência pelo menos duas problemáticas até certo ponto distintas: por um lado, os controles podem ser discutidos nos marcos de uma política antiinflacionária de viés heterodoxo, justificados frente a capacidade da grande empresa, numa conjuntura de retração da demanda, de defender suas margens de lucro elevando preços e retraindo (em termos absolutos, ou mesmo relativos) a produção; por outro, a reflexão que se faz sobre os controles os toma como parte de uma **complexa política estatal de intervenção e ordenação da atividade econômica, tanto na órbita da empresa e o mercado que lhe corresponde, quanto para o conjunto da indústria**”.⁴⁰

Ainda que de forma propedêutica, vejamos, apenas exemplificativamente, algumas formas de controle de preços em tese existentes para, em seguida, aferirmos se a imposição de fórmula paramétrica pretendida pela ANP se enquadra em algumas delas ou no seu gênero:

⁴⁰ FRISCHTAK, Claudio R. Regulação estatal de preços industriais no Brasil: a experiência do Conselho Interministerial de Preços (DEPE/IFCH, Universidade de Campinas, Dissertação de Mestrado, 1980). Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/279708/1/Frischtak_ClaudioRoberto_M.pdf>. Acessado em: 10.set.2018, p. 55.

1) Congelamento de preços: proibição de aumento ou de diminuição de preços, que devem se manter os mesmos que eram no momento determinado pela Lei. O Estado não determina o seu valor, mas apenas determina que não sejam alterados. Trata-se de instrumento no passado muito utilizado no combate à inflação.

2) Tabelamento de preços: diferentemente do congelamento, por ele o Estado fixa diretamente os valores a serem cobrados pelos particulares em seus contratos, sem referência a valores anteriormente cobrados por eles. É um mecanismo muito semelhante à fixação de tarifas, mas estas, diferentemente, incidem sobre atividades econômicas de titularidade do Estado, como os serviços públicos.⁴¹

3) Preço mínimo: visa normalmente a proteger determinadas categorias de agentes econômicos, garantindo-lhes certa lucratividade.

4) Preço-teto: com esse mecanismo o Estado protege consumidores contra abusos de preços que possam lhes prejudicar. É muito semelhante ao tabelamento, diferenciando-se dele apenas no sentido de que em razão do tabelamento não podem ser cobrados preços também a menor.

⁴¹ "O tabelamento, como figura técnica, consubstancia-se em mecanismo de controle; (...) tabelar espelha a técnica da prefixação de preços decorrente de um plano global. Estabelece-se o plano e, a partir desse e de seus elementos, são fixados os preços e os seus respectivos componentes, que devem vigorar enquanto perdurar o plano original". (CAGGIANO, Monica Herman Salem. Controle do Mercado por via de Tabelamento. *Revista de Direito Público*, n.º 100, p. 43)

5) Controle de preços por custo: neste caso o Estado controla o preço para que ele só possa ser alterado mediante a comprovação da alteração dos custos da atividade, com a apresentação de planilhas etc. É o mecanismo de controle adotado em relação às escolas privadas pela hoje já revogada Lei nº 9.870/99.⁴²

6) Imposição de descontos para determinadas categorias: por intermédio dela o Estado determina que os particulares cobrem menos de certas categorias de clientes seus, como estudantes em atividades culturais, ou os idosos em relação aos medicamentos.

7) Imposição de regras de precificação: nestas hipóteses os preços cobrados pelos particulares e/ou seus respectivos reajustes devem atender a determinadas regras de precificação estabelecidas pelo Estado, ainda que não fixe o próprio preço em si, muitas vezes através da aplicação de uma fórmula, equação, determinação do que deve ser considerado na fixação do preço pelo particular, índices etc.

Feita essa breve exemplificação de algumas das mais comuns espécies de controle de preços, podemos constatar que **estaremos diante de um controle de preços sempre que não houver plena liberdade em sua fixação; sempre que o preço não puder ser livremente fixado pelo agente econômico – seja em seu valor, em seu momento, clientes ou metodologia –, estaremos diante de alguma modalidade de controle de preços.**

⁴² Esta Lei, no entanto, gerou, como veremos no Tópico VI.1, o mais relevante precedente jurisprudencial brasileiro em matéria de controle de preços.

Não é por outra razão que na Itália o controle de preços é denominado de “*disciplina autoritativa dei prezzi*”,⁴³ ou seja, sempre que estivermos diante de regras estatais que imponham verticalmente (*autoritativamente*) limites à livre fixação dos preços – seja em seu valor ou nos parâmetros usados para sua fixação – estaremos diante de mecanismos de controle de preços, de uma disciplina editada pelo Estado sobre preços.

Tanto é assim que o Estado dispõe de outros instrumentos aptos a influenciarem os preços cobrados pelos agentes econômicos sem chegarem a constituir, contudo, controle. Como exemplos teríamos os estoques reguladores, incentivos fiscais, acordos setoriais, monitoramento de preços, divulgação dos preços para propiciar maior concorrência – prática que já ocorre no setor de óleo e gás –, preços de referência para que os consumidores possam ter acesso aos componentes dos preços deles cobrados etc.

Em relação à transparência de preços há três possíveis mecanismos: mera imposição da obrigação de divulgação dos preços em moeda corrente; imposição de o particular divulgar como forma o seu preço, podendo ele adotar qualquer fórmula que desejar para tanto; imposição pelo Estado de uma fórmula, mais ou menos vinculativa, dentro da qual o particular tem que se enquadrar na formação do seu preço e divulgá-la. Como veremos com mais vagar, apenas a última é modalidade de controle de preços, e o é menos pela divulgação/transparência e mais por ter que se adequar a uma fórmula de composição de preços autoritativamente fixada.

⁴³ DI PLINIO, Giampiero. *Diritto Pubblico dell'Economia*, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 140, 315 e 322.

Naqueles casos o Estado procura influenciar preços privados, mas sem editar unilateralmente uma disciplina sobre eles.⁴⁴

Já quando pretende realmente impor normas sobre preços, essa disciplina pode recair sobre a própria determinação do preço diretamente (tabelamento), ou só estabelecer tetos ou pisos; pode colocar os preços sob prévia autorização para verificação se os lucros estão aumentando demasiadamente; estabelecer determinadas regras a serem seguidas pelos particulares para a formação de seus preços; ou impor que os ganhos de eficiência da empresa sejam compartilhados com os consumidores, dentre outras medidas.

A minuta de resolução disponibilizada em Consulta Pública pela ANP contempla um capítulo específico intitulado “DO PREÇO PARAMETRIZADO DE PRODUTORES E IMPORTADORES DE DERIVADOS DE PETRÓLEO”, em que se estabelece, a título de mecanismo de fortalecimento da transparência no setor, para cada produto comercializado, de um lado, a obrigatoriedade de que o particular envie ao ente regulador informações detalhadas da composição de preço em lista, segundo uma fórmula paramétrica previamente determinada, e de outro, que as ditas fórmulas paramétricas sejam homologadas juntamente com os respectivos contratos para sua validade.

Em relação ao agente dominante, que é aquele que, segundo o art. 2º, I, da minuta de resolução, possui participação de mercado na etapa de

⁴⁴ JACINTHO ARRUDA CÂMARA define controle de preços o afastando daquelas modalidades em que há um acordo entre o Poder Público e as empresas: “ao controlar preços, (...) não existe pacto envolvendo as partes (a Administração e o Particular atingido)” (CÂMARA, Jacintho Arruda. Regimes Tarifários e Instrumentos Regulatórios de Intervenção em Preços. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva(coord.); PINHEIRO, Luís Felipe Valerím. *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 228/230.

produção e importação superior a 20% – o que na prática significa que essa regra possui efeitos apenas e especificamente em relação à PETROBRAS – este possui também a obrigatoriedade de divulgar a fórmula paramétrica de preços em seu sítio eletrônico na internet.

Por toda sua relevância, confira-se o teor dos artigos 3º e 4º da minuta de 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:

I - gasolina A;

II - óleo diesel A e óleo diesel não rodoviário;

III - querosene de aviação (QAV) e gasolina de aviação (GAV);

IV - gás liquefeito de petróleo (GLP);

V - óleo combustível A1, óleo combustível A2 e óleo combustível B1;

VI - cimento asfáltico de petróleo 50 60/50 70, asfalto diluído de petróleo de cura rápida 250, asfalto diluído de petróleo de cura média 30 e cimento asfáltico de petróleo 30 45;

VII - produtos de marcação compulsória (PMC); e

VIII - lubrificantes básicos.

§ 1º As informações deverão ser enviadas por meio de planilha eletrônica, conforme modelo previsto nos Anexos III e IV, para o endereço de correio eletrônico precoparametrizado@anp.gov.br, até a disponibilização pela ANP de sistema informatizado para este fim.



§ 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.*

Art. 4º Nos contratos de fornecimento de gasolina A, óleo diesel A, óleo diesel marítimo, óleo combustível para turbina elétrica (OCTE), asfaltos, combustível de aviação e gás liquefeito de petróleo (GLP), todas as parcelas da fórmula de preço parametrizado, positivas ou negativas, deverão ser claras, objetivas e passíveis de cálculo prévio pelos agentes econômicos partícipes do contrato e pela ANP. (...)

§ 2º *O preço efetivamente praticado não poderá divergir do preço calculado mediante a fórmula prevista no contrato, ficando o produtor infrator sujeito às sanções administrativas previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999.*

As fórmulas paramétricas, para diferentes hipóteses, vêm matemática e detalhadamente previstas nos anexos I a IV da minuta, contendo os dois últimos (III e IV) ainda um modelo de planilha eletrônica para envio de informações de preço de lista parametrizada.

A partir de uma leitura sistemática da minuta de Resolução, é possível formular ainda as seguintes assertivas a respeito das aludidas fórmulas paramétricas:

- (i) As fórmulas apresentadas funcionam como um parâmetro mínimo de precificação, que pode ou não ser acrescido de outras variáveis pelos particulares. Há, portanto, uma **modificabilidade meramente relativa** nas fórmulas

paramétricas em relação aos referidos parâmetros – e, *contrario sensu*, existe também uma **grande vinculação** aos parâmetros mínimos das fórmulas;⁴⁵

- (ii) As fórmulas paramétricas devem ser homologadas pela ANP conjuntamente aos respectivos contratos para sua validade, ficando sujeita a validade de sua posterior alteração a nova homologação;
- (iii) A eventual divergência entre os preços praticados e aqueles informados à ANP ou contratualmente homologados poderá ensejar a aplicação de sanções administrativas.

Percebe-se, dessa forma, que, com o modelo proposto, não existe liberdade de fixação de preços pelos agentes econômicos regulados, ficando submetidos a uma heterovinculação a determinados parâmetros mínimos de precificação, imposta pelo Estado. Conquanto a estipulação do preço final ao consumidor não esteja coactada, a sua formação deve necessariamente atender aos parâmetros mínimos fixados pela resolução, o que representa uma limitação de natureza econômico-contábil à livre estipulação de preços: ele pode estabelecer o preço, mas de acordo com a fórmula estabelecida nos anexos.

⁴⁵ Perceba-se que, quanto aos parâmetros vinculantes, a liberdade do agente econômico vai estar apenas em atribuir-lhes um valor correspondente ao que aquela variável representa na sua formulação de preços, valor esse que pode ser positivo, negativo ou mesmo zero (significando, neste último caso, que aquela variável não representa qualquer custo na formulação de preços desse agente econômico, como por exemplo, uma hipótese de isenção tributária), mas obrigatoriamente deverá atribuir algum valor a todas as variáveis vinculantes, ditas 'parâmetros mínimos' pela resolução. É dizer: os parâmetros mínimos estabelecidos pela resolução são os elementos da composição de preços sobre os quais o ente regulador depositou especial interesse para os aludidos fins de transparência, devendo sempre ser informados, ainda que com valores não positivos.

Tanto é assim que, como vimos, o próprio art. 69 da Lei do Petróleo permite a imposição de “parâmetros” pelo Estado em relação aos preços dos combustíveis apenas durante o período de transição nele estipulado. E o que é uma fórmula **paramétrica** se não um conjunto de **parâmetros**?

Já no que tange às fórmulas homologadas nos contratos, parece-nos que aqui há uma vinculação ainda mais forte do particular, que fica obrigado a calcular seu preço segundo aquela fórmula específica até ulterior homologação de alguma eventual modificação de parâmetro, com antecedência mínima de 60 dias (artigos 11 e seguintes da minuta de resolução). Antes dessa nova homologação o seu preço fica *ipso facto* temporariamente congelado.

Naturalmente não se trata o modelo proposto de uma modalidade forte de controle e intervenção estatal na liberdade de preços, tal qual seria um tabelamento ou congelamento de preços, mas ela ultrapassa o limiar da mera fiscalização para fins de transparência, como se pretende, para permitir o exercício, em tempo real, de controle detalhado da ANP sobre a formação dos preços dos agentes regulados segundo critérios parametrizados determinados unilateralmente pela própria agência, restringindo a liberdade dos particulares na formação de seu preço, que num regime de total liberdade poderia seguir um sem-número de critérios econômico-contábeis diferentes e varia-los significativamente no tempo e espaço sem necessidade de ser reduzido a uma tabela modelo⁴⁶.

⁴⁶ Trazendo aportes da teoria contábil, nota-se que há grande divergência entre a forma que autores defendem a elaboração de preços. Segundo NORTON BACKER e LYLE JACOBSEN, é possível que sua formulação adote métodos de preço com base (i) no custo pleno, (ii) no custo de transformação, (iii) no custo marginal, (iv) no retorno sobre capital investido, ou mesmo (v) no custo-padrão (BACKER, Norton, JACOBSEN, Lyle E. Contabilidade de Custos. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1977). Por sua vez,

É possível pensar, inclusive, numa gradação como acima já inicialmente mencionado: **partindo da obrigação de divulgar os preços praticados, passando pela obrigação de divulgar a própria fórmula ou metodologia de composição de preços com os respectivos elementos até chegar à imposição de uma fórmula paramétrica uniforme para todos os agentes regulados. Nos dois primeiros casos, teremos mera fiscalização, ainda que a segunda hipótese esbarre no sigilo comercial das empresas – objeto de nossa atenção no Tópico V –, ao passo que no terceiro haverá verdadeiro controle estatal de preços.**

“Parametrizar” significa “estabelecer parâmetros; **inserir algo em padrões, modelos**: parametrizar a cobrança de impostos. **Criar padrões para estabelecer comparações**: parametrizar o peso do gado”. Segundo HOUAISS, parametrizar é “expressar, representar ou descrever em termos de parâmetros”.

O objetivo da resolução sob consulta vai exatamente ao encontro da definição do verbete: criar um padrão de precificação no mercado de óleo e gás para estabelecer comparações entre os *players*, seja no interesse da fiscalização ou para proporcionar maior transparência e informações aos

ROGÉRIO JOÃO LUNKES avança também a possibilidade de formação de preços baseados em variáveis como (i) fatores ambientais externos; (ii) valor percebido pelo cliente; (iii) atributos dos produtos e serviços; (iv) imagem e reputação; e mesmo (v) relacionamento com clientes (LUNKES, Rogério João. Uma contribuição à formação de preços de venda. Revista Brasileira de Contabilidade, n. 141, maio/junho 2003). De fato, há uma infinidade de teorias e variáveis propostas por autores para a equação de formulação de preços. Exemplificativamente, além dos trabalhos mencionados, citamos KAPLAN, Robert S. COOPER, Robin. *Custo & Desempenho – Administre Seus Custos Para Ser Mais Competitivo*. São Paulo: Futura, 1998; KOTLER, Philip. *Administração de Marketing – Análise, Planejamento, Implementação e Controle*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998; GURNY, J. de; GUIRIEC, J. C.; LARVERGNE, J. *Principes et Mise en Place du Tableau de Bord de Gestion*. 6. ed. Paris: Masson, 1990; BRIMSON, James A. *Contabilidade por Atividades: Uma Abordagem de Custeio Baseado em Atividade*. São Paulo: Atlas, 1996.

consumidores, o que é corroborado pelo teor do art. 16 da minuta, segundo o qual “os dados e informações obtidos por meio desta resolução poderão ser utilizados pela ANP para a disponibilização de estatísticas à sociedade e para a realização de estudos do comportamento dos preços dos derivados de petróleo, gás natural e biocombustíveis, incluindo a comparação com mercados internacionais de referência”.

Todavia, ao parametrizar a precificação no mercado, o Estado-regulador restringe unilateralmente a liberdade de formação de preços dos particulares, ainda que de forma branda, exercendo espécie de controle sobre os preços praticados, na esteira da noção ampla de controle de preços vista acima, contrariando o ordenamento setorial do petróleo atualmente vigente, em especial os arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo.

Veja-se, por exemplo, que, se em tese, uma empresa, como é muito comum no mercado em geral, não desejar repassar para seus consumidores eventual aumento da carga tributária ou dos insumos por ela adquiridos no exterior, estaria vedada pela fórmula a fazê-lo já que esses elementos constam de maneira obrigatória da fórmula paramétrica a ser por elas adotada.

EDMAR LUIS FAGUNDES DE ALMEIDA, *et al.*, em artigo monográfico acerca dos impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação, afirmam que a experiência internacional do óleo e gás contempla diversos tipos de controle, referenciando expressamente o estabelecimento de “regras de precificação” como uma das formas de controle de preços comum nesse mercado.⁴⁷

⁴⁷ DE ALMEIDA, Edmar Luis Fagundes; DE OLIVEIRA, Patricia Vargas; LOSAKANN, Luciano. Impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação. *Revista de Economia Política*, 35 (3), 2015, p. 546.

A correlação direta entre o preço obtido e os parâmetros adotados para sua formulação é corroborada por estudo de MASAMI KOJIMA, do Banco Mundial, acerca da precificação dos derivados de petróleo e políticas complementares na experiência de sessenta e cinco países em desenvolvimento desde 2009.

Nas palavras do autor, “mesmo quando baseado em fórmulas claramente definidas, o cálculo de preços controlados não é fácil. Embora os preços *free-on-board* (FOB) relevantes para um determinado mercado sejam definidos externamente, os preços de importação contêm elementos específicos do mercado e dependem de vários fatores que podem levar a variações significativas para o mesmo preço FOB, como as datas de aquisição de desembarque e câmbio”.⁴⁸

Em outras palavras, são inúmeros os “elementos específicos do mercado” e “vários (os) fatores” que podem ser considerados na fixação dos preços, ao passo que a ANP está planejando padronizar a fórmula pela qual todos os agentes fixarão seus preços, homogeneizando todos esses múltiplos elementos e fatores, cuja escolha e relação entre si (para além de uma relação constante de função matemática adrede estabelecida) constitui aspecto importante da liberdade e desregulamentação de preços preconizada pelos arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo.

Comprovando empiricamente esse raciocínio, o estudo aponta países que utilizam técnicas de formulação e parametrização como forma

⁴⁸ KOJIMA, Masami. *Petroleum Product Pricing and Complementary Policies Experience of 65 Developing Countries Since 2009*. The World Bank – Policy Research Working Paper, 2013. p. 11.

justamente de controlar os preços no mercado de petróleo e seus derivados. A título de exemplo, cita-se a República Dominicana – na qual “desde novembro de 2000, preços oficiais têm sido publicados semanalmente de acordo com uma fórmula de preços de paridade de importação”⁴⁹ –, a África do Sul e o Sri Lanka, cujo “governo adotou fórmula de precificação”.⁵⁰

Configurando-se, portanto, a imposição de fórmula paramétrica de preços, nos moldes da minuta de resolução sob comento, como uma modalidade de controle de preços através de padrões de precificação, passaremos a analisar, no Tópico vindouro, outra mácula do projeto: a violação do segredo comercial dos agentes regulados.

V – VIOLAÇÃO DO SEGREDO COMERCIAL.

*“O segredo é a alma do comércio, proclamava o alvará de 16 de dezembro de 1756, capítulo 17; ele é para os comerciantes, disse-o também Bédarride, a alma de suas operações, o elemento essencial e indispensável ao êxito dos negócios”.*⁵¹

Como visto anteriormente, as competências da ANP encontram limites insitos à natureza de cada atividade por ela regulada e na própria Lei que a

⁴⁹ KOJIMA, Masami. *Petroleum Product Pricing and Complementary Policies Experience of 65 Developing Countries Since 2009*. The World Bank – Policy Research Working Paper, 2013. p. 43.

⁵⁰ KOJIMA, Masami. *Petroleum Product Pricing and Complementary Policies Experience of 65 Developing Countries Since 2009*. The World Bank – Policy Research Working Paper, 2013. p. 66. A experiência, na verdade, é até mais branda que a resultante do art. 4º c/c. arts. 11 e seguintes da minuta de resolução, que impõem a necessidade de homologação contratual da fórmula paramétrica pela ANP com antecedência mínima de 60 dias.

⁵¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1. ed., atualizada por Ricardo Negrão, Campinas, Bookseller, 2001, p. 255

instituiu, em especial no que tange às regras de preços. Uma vez examinada acima a injuridicidade da proposta sob consulta diante da impossibilidade de controle de preços no setor – mormente à luz dos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo –, esmiuçaremos neste Tópico outro óbice à juridicidade da resolução proposta pela ANP: a violação do segredo comercial.

No bojo de sua atividade regulatória, a Administração Pública pode solicitar informações dos agentes regulados, como dispõe, no caso da ANP, o art. 8º, inciso XVII, da Lei do Petróleo, incluído pela Lei nº 11.097/2005 e citado pelo projeto de resolução sob consulta. Todavia, determinadas informações são especialmente sensíveis, estando necessariamente fora do espectro possível ao poder regulador de atividades privadas.⁵²

Em 1597, SIR FRANCIS BACON escreveu que o “conhecimento em si mesmo é um poder”.⁵³ Desenvolvendo a assertiva, ROBERT UNIKEL leciona que “em nenhuma outra área das relações econômicas e sociais essa afirmação se provou mais verdadeira que no contexto dos negócios modernos. No altamente competitivo ambiente econômico atual, singelos desenvolvimentos em produção e pequenos avanços em métodos negociais podem ensejar às empresas enormes vantagens competitivas em face de seus concorrentes. Assim, manter a posse exclusiva de informações técnicas e comerciais frequentemente pode significar a diferença entre dominar um determinado mercado e lutar pela sobrevivência financeira”.⁵⁴

⁵² Segundo Eduardo Jobim, em relação à prerrogativa do Poder Público de exigir informações dos particulares, “os limites materiais ou em razão da matéria são objetivos e resguardam em nosso país Direitos Fundamentais”. (JOBIM, Eduardo. A troca de Informações no Direito Tributário Internacional e seus influxos nos Direitos Fundamentais dos contribuintes. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário, vol. 11, p. 245-280, Jul / 2014).

⁵³ BACON, Francis. *Meditationes Sacrae* (1597), reprinted in XIV The Works of Francis Bacon 95 (James Spedding et al. eds., Scholarly Press 1969).

⁵⁴ UNIKEL, Robert. *Bridging the Trade Secret Gap: Protecting Confidential Information Not Rising to the Level of Trade Secrets*. 29 Loy. U. Chi. L.J. 841 (1997-1998).

Diante de sua importância à referida sobrevivência das sociedades empresárias, algumas informações são tidas como segredos comerciais, os quais encontram tutela jurídica na Constituição Federal.

Independentemente do que acima já vimos a respeito da possibilidade de a ANP impor regras de precificação parcial ou totalmente uniformes aos agentes regulados – ou mesmo se tais regras configuram alguma forma de controle de preços –, o envio de informações empresariais sensíveis ao regulador, com objetivos de transparência e posterior divulgação, também deve passar pelo crivo da Constituição Federal a fim de delimitar se tais informações estão ou não acobertadas pelo manto do sigilo comercial, projeção de direito da personalidade empresarial e corolário da noção de liberdade de iniciativa privada.

Conforme ensina HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, “a par do direito à intimidade e à vida privada, no plano das pessoas naturais coloca-se o *segredo de negócio* como instituto similar em relação aos empresários e à sua atividade empresarial”.⁵⁵ É dizer: a proteção ao segredo comercial decorre precipuamente do art. 5º, X, da Constituição Federal, que denota a inviolabilidade da intimidade, consubstanciando verdadeiro Direito Fundamental dessas sociedades empresárias.⁵⁶

⁵⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 236.

⁵⁶ E nem se diga que não haveria direitos fundamentais titularizados por pessoas jurídicas. Conforme já expusemos, a doutrina, acompanhando a evolução dos atos, terminou por reconhecer que o direito também tutela aspectos morais imanentes à existência das pessoas jurídicas, às quais se passou a atribuir igualmente a titularidade de direitos fundamentais assegurados pela Constituição, salvo aqueles que, por sua natureza, só possam concernir às pessoas físicas (como o direito à integridade física, o direito de constituir família), tanto pelo imediato reflexo que possuem sobre os direitos das pessoas físicas que constituem o seu corpo social, como diretamente pela tutela dada pelo ordenamento jurídico a estes entes intermédios da sociedade, essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país (ARAGÃO, Alexandre Santos de.

Mais, sua imaculabilidade também encontra fundamento na livre iniciativa, um dos próprios fundamentos da República (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e da Ordem Constitucional Econômica (art. 170, *caput*), visto que, como ressalta GASTÃO ALVES TOLEDO, “a livre iniciativa pressupõe a existência de algumas condições (...)”.⁵⁷

Dentre essas condições, destaca-se necessariamente o segredo comercial, visto que ele “é o fermento do pão que as empresas ganham com o suor de seu trabalho cotidiano”.⁵⁸ Em outras palavras, não há pleno exercício da livre iniciativa se os agentes do mercado não puderem resguardar questões sensíveis ao seu negócio, sendo, obviamente, os elementos que levam em consideração na formulação dos seus preços, e em que monta os levam, uma dessas questões.⁵⁹⁻⁶⁰

Liberdade de Expressão Comercial. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Julho/Setembro 2005).

⁵⁷ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e a sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 176.

⁵⁸ DE MELO, João Ozorio. Propriedade intelectual: o que seu cliente precisa saber. *Revista Consultor Jurídico*, 29 de julho de 2013, 9h19

⁵⁹ Como adverte Carlos Ari Sunfeld, “os concorrentes, por óbvio, têm enorme interesse em conhecer esses segredos, seja para eventualmente copiar a estratégia da consultante, seja para neutralizá-la, no futuro” (SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo de competição e processo sancionatório. *Pareceres - Carlos Ari Sunfeld*, vol. 3, p. 397 – 420, Abr/2013).

⁶⁰ Sobre seus impactos concorrenciais, WEI DAN, em estudo sobre direito antitruste na China, assevera que a Lei Contra a Concorrência Desleal da China, em seu artigo 10º, “define que os segredos comerciais são as informações tecnológicas ou comerciais confidenciais, protegidas pelos interessados, podendo ser aplicáveis e rendíveis. Estipula ainda rigorosamente os actos ilícitos, incluindo: (1) obter os segredos comerciais do titular através de furto, sedução ou uso de outros métodos ilegítimos; (2) divulgar, usar ou autorizar a aquisição dos segredos comerciais através de processos ilícitos, como furto, sedução, ameaças e outros; (3) abusar dos direitos contra as práticas comerciais leais. Além disso, a Lei contra a Concorrência Desleal tem ainda disposições que punem os actos de contrafacção ou piratagem de marcas famosas” (DAN, Wei. O direito da concorrência da China: statu quo e o desenvolvimento da produção legislativa. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 13/2006, p. 9–36, Jan / 2006).

Como aponta LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, o direito de livre iniciativa é "autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...). Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente".⁶¹ Portanto, a inviolabilidade do segredo comercial é um direito fundamental inerente à livre iniciativa.

Nas palavras de DENIS BORGES BARBOSA, segredo comercial "é o corpo de conhecimentos, técnicos e de outra natureza, necessários para dar a uma empresa acesso, manutenção ou vantagem no seu próprio mercado."⁶² Trata-se, segundo o autor, de "aquilo que você não quer que a concorrência saiba".⁶³ Não obstante, como ressalta JOÃO OZORIO DE MELO, "não podem ser registrados em lugar algum, como forma de proteção — até porque um segredo registrado é um segredo contado. Como se vai registrar uma fórmula secreta?"⁶⁴

Esmiuçando essa definição mais ampla, JOSÉ CRETELLA NETO leciona que o conceito "engloba segredos de fabricação, segredos industriais, segredos comerciais, **estratégias de marketing**, planos de fusão e incluem, igualmente, métodos de prospecção de mercado, **sistemas**

⁶¹ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 140-141.

⁶² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Industrial – e do Objeto dos Direitos* – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, V. 3.

⁶³ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Industrial – e do Objeto dos Direitos* – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, V. 3.

⁶⁴ DE MELO, João Ozorio. Propriedade intelectual: o que seu cliente precisa saber. *Revista Consultor Jurídico*, 29 de julho de 2013, 9h19

de vendas e de distribuição, estratégias publicitárias, relação de fornecedores, listas de clientes etc”.⁶⁵ Assim, ao contrário de uma concepção leiga que associasse segredos comerciais unicamente a ingredientes e fórmulas secretas que componham o âmago do produto vendido, o instituto abarca todo tipo de questões negociais e mercadológicas sensíveis.

Apenas para ilustrar inicialmente, já que volveremos ao ponto mais adiante, a fórmula que a ANP pretende padronizar obriga que os agentes econômicos informem, por exemplo, seus custos com logística, o que pode facilmente fazer com que seus concorrentes procurem negociar as mesmas condições com seus fornecedores ou até mesmo passar a disputar com a empresa que forneceu as informações os seus parceiros de logística.

Os tribunais também adotam aquela concepção técnica-negocial de segredo comercial. Em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conhecido pela qualidade de suas decisões em matéria empresarial, o voto da relatora destaca didaticamente que o segredo comercial é “classificado em dois tipos: a) ‘Know-how’ técnico, que abrange todas as tecnologias desenvolvidas pela empresa, como fórmulas, metodologias de produção, ‘softwares’, ferramentais, etc.; b) **‘Know-how’ de negócios ou ‘business intelligence’, que são os segredos comerciais da empresa, seus dados financeiros, de vendas, administrativos e de marketing**”.⁶⁶

Explanados o conceito e as dimensões do segredo comercial, a correspondência com as informações exigidas pela ANP em sua resolução proposta fica clara: a proposta da agência engloba, a toda evidência, segredos comerciais dos agentes regulados.

⁶⁵ CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1/2014, p. 125-152, Set / 2014

⁶⁶ TJSP, Ap nº. 0027553-09.2013.8.26.0053, Rel. Silvia Meirelles, 6ª Câmara de Direito Público, Julgado em 26/05/2014, Publicado em 26/05/2014.



Dentre outras disposições, os anexos da minuta de resolução ora em discussão exigem que os agentes econômicos divulguem informações sensibilíssimas como (i) seus custos logísticos internacionais, (ii) seus custos logísticos domésticos e até mesmo (iii) sua margem de comercialização (*rectius*: suas margens de lucro) – talvez a mais importante de todas as variáveis negociais de uma empresa. Imagine-se o impacto que teria sobre a competitividade do mercado a divulgação de dados comerciais sensíveis que permitiram a agentes econômicos menos bem-sucedidos, ao fim e ao cabo, desvendar o segredo do sucesso dos campeões daquele mercado.⁶⁷

Afastando qualquer resquício de dúvida sobre o enquadramento dessas informações como segredos comerciais, as lições de EDUARDO JOBIM são cristalinas a exemplificar o núcleo duro do instituto:

“O segredo comercial abrange, entre muitas outras coisas: técnicas e estratégias de captação de clientes, **modelos de projeções de rendimentos ou de lucros** [margem de comercialização], aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio”.⁶⁸
(grifos nossos)

⁶⁷ Como alerta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, tais informações podem ser utilizadas não só por concorrentes, mas terceiros em geral, para tirar-lhes proveito econômico (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 237).

⁶⁸ JOBIM, Eduardo. A troca de Informações no Direito Tributário Internacional e seus influxos nos Direitos Fundamentais dos contribuintes. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 11, p. 245-280, Jul/2014.

O lucro da atividade empresarial privada, pode-se dizer, é o seu grande segredo, e somente se observa em nosso ordenamento a relativização de sua confidencialidade no interesse da fiscalização e arrecadação tributárias, sendo expressamente vedada a divulgação indevida de tais informações (art. 198, CTN⁶⁹), pena inclusive de responsabilização criminal. E mesmo esta hipótese não abre possibilidades ilimitadas à Fazenda, conforme veremos na interessante decisão do TJSP colacionada ao final deste Tópico.

Já seria problemático e questionável o bastante que um ente regulador exigisse de todos os agentes exercentes de atividades privadas o envio de informações comerciais sensíveis para fins de controle e fiscalização pura e simples. Contudo, na minuta de resolução há ainda a previsão de divulgação desses dados: (i) quanto a agentes dominantes – atualmente sobretudo a PETROBRAS – em tempo real, dos seus preços parametrizados e posteriores alterações (art. 3º, §2º); (ii) para os demais agentes econômicos, fica a ANP autorizada, nos termos do art. 16 da minuta, a disponibilizar ao público em geral estatísticas a partir das informações obtidas, um comando normativo de alta discricionariedade que, na prática, confere à agência grande liberdade para publicizar em informes periódicos um sem número de informações abarcadas pela proteção do sigilo comercial.

Seria o próprio aniquilamento do sigilo comercial dos agentes econômicos desse setor, como bem alerta EDUARDO JOBIM:

⁶⁹ Art. 198. *Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*

“Claramente, verificamos que o repasse de informações que revelem segredos comerciais tem o condão de ferir o Direito Fundamental da privacidade previsto no art. 5.º, X da CF/88”.⁷⁰

Mesmo a Lei de Acesso à Informação, editada como corolário dos princípios da publicidade e da moralidade administrativa previstos no *caput* do art. 37 da CF (que nem estão em jogo *in casu*), resguarda o direito fundamental à proteção do segredo comercial, por exemplo ressaltando em seu art. 22 que “o disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça **nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público**”. O dispositivo é de plena aplicabilidade à situação em tela, tendo sido mesmo mencionado pela Nota Técnica SRD/ANP nº 068/2018 como possível óbice à regulação pretendida.

Por sua vez, o Código Civil, ao tratar dos livros comerciais, dispõe expressamente em seu art. 1.190 que “ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei”. Percebe-se que a proteção do sigilo comercial é um valor tão caro ao ordenamento que mesmo ao estado-juiz são impostas severas restrições a que se adentre na intimidade dos negócios da empresa, exigindo, ainda, respaldo em lei formal.

⁷⁰ JOBIM, Eduardo. A troca de Informações no Direito Tributário Internacional e seus fluxos nos Direitos Fundamentais dos contribuintes. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 11, p. 245-280, Jul / 2014.

Por outro lado, a Lei nº 9.478/1997, no art. 8º, XVII, conferiu competência à ANP para “*exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação*”.

Aqui, é preciso observar que disposições mitigadoras de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, de sorte que esse dispositivo não pode ser visto como um permissivo genérico a que se devassem as informações comerciais sensíveis dos regulados. Naturalmente, pode a ANP exigir o envio de informações, mas desde que não sejam aquelas que obriguem o agente econômico a abrir os segredos do seu negócio, ainda mais se exercer atividade privada, sob autorização, e não uma atividade sob concessão.

O Supremo Tribunal Federal, nesse particular, já reconheceu a excepcionalidade das mitigações aos segredos empresariais, que decorrem de fatores bastante específicos e graves como a existência de recursos públicos envolvidos. No julgamento do MS 33.340-DF, fixou-se a tese de que “o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos”.⁷¹

A Corte salientou na ementa do julgado que “o segredo como ‘alma do negócio’ consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao *sub judice*, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle

⁷¹ STF, MS 33340, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015.

da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas”.⁷²

Interpretando essa decisão a *contrario sensu*, onde não há emprego de recursos públicos como *in casu* (em conflito apenas interesses econômicos de agentes privados, fornecedores e adquirentes de combustíveis), assegurada deve ser a confidencialidade das informações comerciais sensíveis.

Por fim, socorremo-nos mais uma vez de uma elucidativa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso bastante semelhante à hipótese sob consulta, no qual se analisou a juridicidade de obrigação acessória tributária pela qual seria possível obter “informações a respeito da margem de lucro e do valor individual do bem ou da mercadoria”,⁷³ dentre outros dados negociais sensíveis dos contribuintes.

Em síntese, o TJSP entendeu que “é notório que a possibilidade de acesso a dados sigilosos das empresas viola os princípios da livre concorrência, bem como violam o sigilo fiscal e o sigilo comercial do apelante”,⁷⁴ a exemplo do que ocorreria na hipótese de edição da resolução proposta pela ANP. Decidindo sobre o tema em outro processo análogo, a relatora salientou:

⁷² STF, MS 33340, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015.

⁷³ TJSP, Ap nº. 0014976-51.2013.8.26.0068, Rel. José Luiz Germano, 2ª Câmara de Direito Público, Julgado em 30/06/2015, Publicado em 17/07/2015

⁷⁴ TJSP, Ap nº. 0014976-51.2013.8.26.0068, Rel. José Luiz Germano, 2ª Câmara de Direito Público, Julgado em 30/06/2015, Publicado em 17/07/2015.



“Por conseguinte, faz parte do *know how* de uma empresa a sua estratégia comercial (estratégia de venda) para adquirir bens no exterior, de um determinado fornecedor, negociando o seu preço, revendendo-o ou agregando-o como componente de mercadorias por ele produzidas para a comercialização no mercado interno, sendo que a diferença entre o valor de compra e o de revenda, na verdade, constitui o seu lucro bruto, o qual não pode e não deve ser conhecido pela concorrência ou até mesmo por seus clientes, sob pena de inviabilização de seu próprio negócio”.⁷⁵

Destaque-se também que, como veremos no Subtópico VI.2, o art. 5º, §2º, do Decreto Federal nº 7.724/2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), exclui da incidência dessa lei as informações relativas à atividade empresarial privada obtidas pelas agências reguladoras.

Ora, ao divulgar os custos de seus insumos básicos e de sua margem de lucro os agentes econômicos do setor de petróleo exercentes de atividades privadas sob mera autorização administrativa terão o seu segredo comercial restringido de forma tal que o seu próprio núcleo essencial – e, portanto, a sua própria liberdade de iniciativa – ficariam irremediavelmente comprometidos.

VI – ANÁLISES ADICIONAIS.

Consoante mencionado no introito, neste derradeiro Tópico do Parecer analisaremos, em 5 subtópicos apartados, óbices adicionais à

⁷⁵ TJSP, Ap nº. 0027553-09.2013.8.26.0053, Rel. Silvia Meirelles, 6ª Câmara de Direito Público, Julgado em 26/05/2014, Publicado em 26/05/2014.

resolução proposta. Assim se verificará que, mesmo que as regras de precificação impostas não violassem o segredo comercial das empresas e estivessem albergadas na Lei do Petróleo, seriam de toda sorte, por outras razões, injurídicas.

Nesse mister, verificaremos (VI.1) os requisitos constitucionais do controle de preços, notadamente à luz da doutrina dominante e jurisprudência do STF; (VI.2); existência de vícios de motivação consubstanciados em incongruências entre os termos da minuta de resolução e da nota técnica que lhe serve de fundamento, bem como as implicações de tais fatores com o princípio da proporcionalidade; (VI.3) ausência de realização de prévia análise de impacto regulatório; (VI.4) a inadequação da via eleita (regulatória) para solução de problema de caráter eminentemente concorrencial; e (VI.5) especificamente em relação à PETROBRAS, de que forma seus interesses são postos de lado diante das regras do Estatuto das Estatais que as protege de ingerências do Ente Federativo que as controla.

VI.1 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTROLES DE PREÇOS.

Conforme tangenciado no Tópico IV, com o advento da nova ordem constitucional brasileira e a ascensão do neoconstitucionalismo, passou a vigor como regra em nosso ordenamento a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica pela iniciativa privada, livre de interferências estatais, à exceção das hipóteses expressamente ressalvadas pela própria Constituição.

Dessa forma, mesmo se uma lei impusesse restrições na livre formação de preços em um determinado mercado – o que difere da hipótese

do caso concreto em que tais restrições são cogitadas por ato normativo infralegal – a norma não será necessariamente válida se não passar pelo filtro da Constituição Federal, sendo contemplada em uma das hipóteses autorizativas de tão relevante gravame aos direitos fundamentais dos particulares.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ressaltando a esse respeito as diferenças entre o novo regime constitucional e o que lhe precedeu, aduz que “em razão dessa orientação principiológica que imprime a Constituição de 1988, qualquer outra modalidade interventiva ou elastério das nominadas (que seria genericamente admissível, a teor do art. 163 da Carta anterior: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal...”), **perdeu, na vigente Carta, qualquer suporte Constitucional**”.⁷⁶

É dentro de tais balizas que poderá ser realizado o controle estatal sobre os preços praticados pela livre iniciativa, sempre de maneira excepcional, consoante preleciona, em sede acadêmica, LUÍS ROBERTO BARROSO: “o controle prévio de preços é medida própria de dirigismo econômico, e não meio legítimo de disciplina de mercado. A livre fixação de preços integra o conteúdo essencial da livre iniciativa e não pode ser validamente vulnerada, salvo situações extremas que envolvam o próprio colapso no funcionamento do mercado”.⁷⁷

No julgamento do REsp 1.662.196/RJ, o STJ se posicionou a respeito da possibilidade de fixação de preços máximos a serem pagos na contratação do serviço de praticagem, consignando na ementa do acórdão

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 524.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, *Revista Diálogo Jurídico*, jun./ago. 2002, p. 23.

que “a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que a interferência do Estado na formação do preço somente pode ser admitida em situações excepcionais de total desordem de um setor de mercado e por prazo limitado, sob o risco de macular o modelo concebido pela CF/1988, com exceção dos casos em que a própria Carta Constitucional instituiu o regime de exploração por monopólio público. É inconcebível, no modelo constitucional brasileiro, a intervenção do Estado no controle de preços de forma permanente, como política pública ordinária, em atividade manifestamente entregue à livre iniciativa e concorrência, ainda que definida como essencial”.

Da jurisprudência do STF se infere também que o controle de preços pós-1988, em suas diversas modalidades, das mais às menos intensas, tem sido admitido apenas em hipóteses excepcionais: para coibir preços abusivos e lucros arbitrários, assegurando o acesso direto a direitos fundamentais básicos como saúde e educação.

O artigo 173, § 4º, acima mencionado, trata dos casos em que o Estado deve intervir para controlar preços:

*Art.173 (...) § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao **aumento arbitrário de lucros.***

Ao julgar a ADI 319, interposta contra a Lei federal nº 8.039/90, que impunha controle de preços sobre as mensalidades escolares,⁷⁸ o STF, como se extrai do voto do Ministro MOREIRA ALVES, deixou clara a necessidade

⁷⁸ Note-se que nem chegava a ser um tabelamento, mas mero controle da razoabilidade de eventuais aumentos, mediante planilhas de custos.

de haver abuso nos preços por aumento arbitrário de lucros para legitimar a eclosão dessa forte modalidade de intervenção do Estado na economia:

“E, portanto, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio de concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao **aumento arbitrário de lucros**” (grifamos).

Em análise do paradigmático acórdão, destaca a doutrina que, “do mesmo modo do ministro Moreira Alves, Celso de Mello aponta que a lei tem por objetivo combater o abuso do poder econômico, no entanto não especifica se esse abuso é uma das situações previstas no artigo 173 ou diversas, apenas expressa que o combate ao abuso somado ao interesse social legitima a intervenção.”⁷⁹ Até mesmo “os ministros que corroboraram com a tese de que os Estado brasileiro não se encontra sobre o modelo liberal clássico do *laissez-faire*, *laissez-passer*, também não defendem claramente que a interferência no domínio econômico pode se dar exclusivamente com respaldo na justiça social, até mesmo o ministro Celso de Mello, após traçar diversos modelos econômicos e exaltar a importância das questões sociais e de interesse público acaba reconhecendo que houve abuso do poder econômico”.⁸⁰

⁷⁹ PEREIRA, Thiago Rodrigues. A controvérsia presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de preço, Sociedade Brasileira de Direito Público, disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/67_Thiago-Rodrigues-Pereira-1.pdf, acessado em: 10.set.2018.

⁸⁰ PEREIRA, Thiago Rodrigues. A controvérsia presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de preço, Sociedade Brasileira de Direito Público, disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/67_Thiago-Rodrigues-Pereira-1.pdf, acessado em: 10.set.2018. Como expõe o autor, após destacar ser a ADI 319 realmente o precedente mais relevante sobre controle de preços na jurisprudência brasileira, destaca outras duas decisões do STF sobre o tema que também

No caso concreto, todavia, deixando de lado a questão da violação à legalidade, os fundamentos invocados pela ANP para a pretendida medida de controle de preços consistem no aumento da transparência no setor, com a finalidade de mais bem proteger os consumidores e promover a livre concorrência. Não há qualquer indício ou alegação, ainda que lateral, nos documentos disponibilizados para consulta pública a respeito da minuta de resolução, que apontem para a necessidade de combater ou coibir abusos de poder econômico consistente em aumento arbitrário de lucros.

Este é, como visto o requisito constitucional legitimador de intervenções estatais na liberdade de formação de preços dos particulares, aspecto que compõe um dos núcleos conceituais do direito fundamental à livre iniciativa, de sorte que as medidas propostas na minuta de resolução sob comento não se compatibilizariam de toda sorte com a ordem constitucional vigente.

VI.2 – VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Narramos que a minuta de resolução levada à consulta pública foi precedida pela Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, de 2 de agosto de 2018, documento técnico que lhe serviu de fundamentação e teve como objetivo justamente analisar a *“proposição de regulamentação com o objetivo de*

considera importantes: uma diz respeito à imposição por Lei fluminense de descontos em medicamentos vendidos para idosos (ADI 2.435), em que foram basicamente invocados os mesmos fundamentos da acima citada ADI 319; e a outra decisão impôs o dever de o Estado indenizar por tabelamento de preços que impunha à empresa vender por valor inferior aos seus custos, focando-se assim mais nas consequências *a posteriori* do que nos requisitos *a priori* da intervenção estatal, tratando da questão mais à luz da responsabilidade civil objetiva do Estado (RE 422.941).



ampliar a transparência na formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis”.

Convém ressaltar, contudo, que, apesar de o referido documento recomendar a adoção das medidas previstas na minuta de resolução com vistas ao incremento da transparência no setor, todo o arcabouço técnico e teórico aportado no corpo da indigitada nota técnica vai no sentido oposto, de que as medidas cogitadas não seriam aptas a trazer os resultados esperados, muito pelo contrário, notadamente à luz da experiência internacional.

Trata-se, como se passará a ver, de um vício de motivação por contradição lógica à edição do pretendido ato normativo em consulta.

Implícito no texto constitucional no que tange à Administração Pública, o princípio da motivação encontra-se também expresso na Lei de Processo Administrativo Federal (artigo 2º da Lei 9.784/99):

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Exige ainda que a motivação seja expressa, clara e congruente:

“Art. 5º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;



III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Acerca do princípio da motivação, EGON BOCKMANN MOREIRA assim se manifesta⁸¹:

“Na medida em que a ampla defesa não pode ser compreendida como singela garantia formal ou abstrata, mas como um dos aspectos da participação efetiva do interessado no esclarecimento e formação da decisão da Administração, faz-se necessário o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos, pois somente assim poderá manifestar-se a respeito deles. Ou seja: que a atividade processual não consubstancia uma seqüência de atos que exija esforços extraordinários do particular a fim de

⁸¹ *in* Processo Administrativo, Ed. Malheiros, 2000, p. 258.

encontrar o real significado dos provimentos administrativos. Somente com plena ciência do porquê das decisões poderá o interessado concordar ou opor-se a elas. (...) Celso Antônio Bandeira de Mello identifica o princípio da motivação como um daqueles essenciais e obrigatórios aos processos administrativos, definindo-o como 'o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto'."

Além do dever de explicitação das razões de decidir, faz-se necessário que haja congruência entre os fatos alegados, as normas jurídicas aplicáveis e a decisão exarada pelo administrador.

Sobre a importância da congruência na fundamentação de atos administrativos, manifesta-se JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE: "Como atuação jurídica, o ato administrativo tem de basear-se num 'processo lógico, coerente e sensato', de maneira que só pode aceitar-se como fundamentação um discurso racional, pelo menos um que não contenha erros de raciocínio evidentes. Note-se que a congruência se refere especialmente à relação entre a fundamentação e o conteúdo do ato, devendo ser uma consequência lógica daquela (...)".⁸²

Em outra lapidar passagem acerca do dever de motivação dos atos administrativos, o autor destaca: "o órgão administrativo está obrigado a escolher a melhor solução para a realização do interesse público de acordo

⁸² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina, Coimbra, 1992, pp. 233/234.



com princípios jurídicos de atuação, pelo que o exercício do poder discricionário é também uma atividade materialmente jurídica: o agente não pode determinar-se pelo seu arbítrio ou pelas suas emoções, estando submetido a um princípio de racionalidade; tem de respeitar e de assegurar a realização dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, independentemente da sua concretização legal; tem de deliberar, no procedimento interno de formação da sua vontade, segundo critérios de imparcialidade, de justiça, de igualdade de tratamento e, inclusive, de proporcionalidade”.⁸³

Assim, tendo em vista que a minuta de resolução sob comento limita a liberdade de iniciativa dos atores do mercado de óleo e gás, através de medidas, ainda que não das mais intensas, de controle de preços, essa decisão necessita ser bem fundamentada, sendo cabalmente demonstradas as razões de fato e de direito que justificariam a viabilidade e a necessidade da medida.

No entanto, a Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, que serve de fundamento à minuta de resolução, por todas as razões que expõe, opõe-se diametralmente à edição de um ato normativo tal qual a minuta posta sob consulta.

A fundamentação da referida nota técnica é subdividida em 3 partes, respectivamente (i) fundamentos legais e princípios regulatórios relacionados à obtenção e divulgação de informações de preços; (ii) aspectos económicos e concorrenciais da divulgação de informações de preços; e (iii) proposição de regulamentação para ampliar a transparência

⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina, Coimbra, 1992, p. 374.



do processo de formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis.

Surpreendentemente, em todos os 3 capítulos da nota técnica há conclusões no sentido de que a medida sob análise não seria cabível ou adequada aos fins pretendidos.

Inicialmente, no capítulo atinentes aos fundamentos legais, a nota técnica destaca que não foi conferida pela legislação a “atribuição de regular preços, tampouco a quantidade ofertada” (§13), o que, conforme explicitado a miúdo nos Tópicos III e IV, já seria proibitivo de uma espécie de controle de preços como consta da minuta de resolução *sub examine*.

Ademais, ainda nesse mesmo capítulo destaca-se o teor do art. 5º, §2º, do Decreto Federal nº 7.724/2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), exclui da incidência dessa lei as informações relativas à atividade empresarial privada obtidas pelas agências reguladoras.

Por força dessa norma, conclui a nota técnica que “a divulgação pelas agências reguladoras de informações de preços e custos enviadas pelos agentes regulados deve ser precedida de avaliação dos seus impactos sobre a competitividade dos demais agentes econômicos” (§18). Não há, contudo, qualquer estudo de impacto a fundamentar a ampla divulgação da composição de preços do agente dominante (leia-se PETROBRAS) ou a discricionariedade para divulgação das informações comerciais dos demais agentes do mercado – o que configura uma incongruência entre os fundamentos da medida pretendida e o teor do ato normativo proposto.



Indo adiante, no capítulo seguinte, que cuida dos aspectos econômicos e concorrenciais da divulgação de preços, traz-se a seguinte assertiva:

“Uma intervenção regulatória no sentido de aumentar o nível de publicidade e de comparabilidade entre preços, reduzindo os “custos de procura”, permitiria aos consumidores tomarem decisões mais conscientes e geraria, em teoria, uma força concorrencial benéfica, ou seja, uma pressão de preços para baixo, porque mais consumidores teriam acesso ao agente com menor preço” (GRIFO NOSSO)

Todavia, a despeito do potencial benefício teórico de medidas de transparência, o capítulo avança no sentido de que a experiência internacional sobre a ampla divulgação dos preços praticados pelos revendedores de combustíveis no Alemanha, no Chile e na Austrália levou à negação dessa premissa teórica, com resultado oposto ao esperado (§§ 23 a 28).

E mais: segundo a nota técnica, foi enviada à ANP pelo CADE, em maio de 2018, a Nota Técnica nº 16/2018/DEE/CADE, a respeito da publicidade de preços no mercado de combustíveis líquidos, cujas conclusões vão no sentido de que “há um risco muito elevado de que a **publicização de preços e de margens de lucro possam vir a gerar um efeito anticoncorrencial não desejado, com conseqüente elevação de preços ao consumidor final**” (§20).

Ora, medida tão drástica de intervenção nos agentes econômicos não pode ser calcada apenas em uma possibilidade de, em tese, poder ser benéfica, ainda mais quando em todas as experiências internacionais concretas trazidas, não apenas tais benefícios não foram



alcançados, quando foram bastante prejudiciais à concorrência e aos consumidores, como reconhece a própria NT.

Mais uma vez, encerra a NT o capítulo pugnando pela necessidade de avaliação dos impactos da medida pretendida, o que, a toda evidência, não foi realizado pela ANP.

Por fim, no capítulo da proposição de regulamentação, a nota técnica atenta para a necessidade de a regulação pretendida atentar às características específicas de cada segmento/etapa do mercado de combustíveis, que “podem influenciar diferentemente os resultados regulatórios de medidas de caráter semelhante” (§35), concluindo, ao final do capítulo, nos seguintes termos:

“O grau adequado de transparência ao público das informações de preços na etapa de distribuição parece ser relativamente menor, com base nas seguintes premissas: (i) as informações de preços em etapas anteriores da cadeia pouco influenciam as decisões dos consumidores; (ii) os revendedores são empresas que possuem estrutura interna designada para providenciar as compras, estando os custos de procura já contabilizados no negócio; (iii) a estrutura concentrada em algumas empresas favorece a colusão” (§76).

Ora, se a própria nota técnica que fundamentou a minuta de resolução conclui que o grau de transparência adequado à etapa de distribuição deve ser menor e alerta para o “risco muito elevado” de que a publicização de preços e margens de lucro gere um efeito anticoncorrencial, existe uma inegável incongruência entre os fundamentos que o motivaram e o teor do ato pretendido, que impõe regras uniformes de precificação aos produtores



e importadores para fins de divulgação, imediata no que tange ao agente dominante e aberta à ampla discricionariedade da ANP em relação aos demais *players*, padecendo infelizmente o pretendido ato de mais esse vício de motivação.

Ademais, munidos dos fundamentos técnicos e jurídicos apresentados pela Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018 e pelas informações que nos foram trazidas pela Consulente, é possível observar ainda que a regulação pretendida viola os pressupostos do princípio constitucional da proporcionalidade.

Como qualquer medida de restrição de liberdades individuais, a medida proposta pela ANP no sentido de limitar a liberdade dos agentes econômicos na formação de seus preços deve se compatibilizar com o princípio da proporcionalidade.

Este princípio exige que, em sua atividade, a Administração não atue de modo a impor aos administrados restrições maiores do que as estritamente necessárias ao fim público que se pretende atingir. Nas palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "o princípio da proporcionalidade exige que o administrador se pautar por critérios de ponderabilidade e de equilíbrio entre o ato praticado, a finalidade perseguida e as consequências do ato".⁸⁴

A doutrina alemã cunhou três elementos, ou subprincípios, da proporcionalidade⁸⁵, sucessivos e cumulativos, quais sejam:

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar-2004, p. 3508.

⁸⁵ Partimos da exposição de Luís Roberto Barroso acerca do Princípio da Proporcionalidade, constante da obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 1996, p. 209.

(a) A restrição ao direito individual (no caso, liberdade de iniciativa) deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – **elemento adequação dos meios aos fins**;

(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de iniciativa – **elemento necessidade**. Nesse sentido, HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem "operar apenas em um degrau (ou esfera)", passando para a fase seguinte "tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados".⁸⁶

(c) A restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, tendo em vista a finalidade pública almejada, "valer a pena" – **proporcionalidade em sentido estrito**.

Aplicando-se esses marcos teóricos à hipótese em exame, percebe-se desde logo que a medida em comento não é adequada ao atingimento da finalidade pretendida.



⁸⁶ SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público*, vol. 2, pp. 102/5.

Diz a Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018 que o objetivo último da tentativa de aumentar a transparência no setor é a proteção dos consumidores e promoção da livre concorrência. Todavia, segundo informações contidas nesse mesmo documento, as informações de preços nas etapas a montante da cadeia pouco influenciam as decisões dos consumidores a jusante.

Além disso, no tocante à promoção da livre concorrência, foi ressaltado pela nota técnica que o aumento da transparência de preços possui também o risco de levar os particulares à colusão tácita, quando não funciona como um mecanismo facilitador da operação de cartéis, cujos integrantes podem “fiscalizar” se os respectivos membros estão praticando os preços acordados. E mais, todos os exemplos trazidos pela NT – todos – foram justamente de resultados deletérios para a concorrência e para os consumidores.

Por fim, segundo nos informa a Consulente, um mercado em que os agentes econômicos estejam obrigados a divulgar suas respectivas margens de lucro – uma informação tão sensível do ponto de vista empresarial, conforme visto no Tópico V – não possui atratividade à entrada de novos participantes, pelo contrário, prejudicando assim a concorrência.

No que tange ao elemento necessidade, aumento de transparência para fins de proteção ao consumidor e promoção do livre mercado é um fim que pode ser atingido pela mera divulgação dos preços praticados – o que já é regra no mercado de combustíveis –, com o mesmo grau de proteção almejado aos consumidores e à concorrência, sem que haja necessidade de parametrização ou imposição de regras de precificação para detalhar cada custo contemplado na formação do preço dos agentes econômicos, padronizando como cada empresa deve compor os seus preços.

Em verdade, é possível afirmar que o grau de proteção obtido com a mera divulgação de preços é mesmo maior do que aquele resultante da divulgação detalhada de preços segundo fórmulas paramétricas, notadamente em relação ao consumidor final, já que, consoante apontam os estudos econômicos a respeito do tema⁸⁷, há um limite de informações que o consumidor é capaz de absorver e processar de forma útil à sua tomada de decisões, de modo que informações em excesso, sobretudo de cunho eminentemente técnico – como a divulgação da composição de preços sob a forma de fórmulas matemáticas complexas – podem levar o consumidor a uma sobrecarga (*information overload*).

Por derradeiro, quanto ao elemento final da proporcionalidade em sentido estrito, todo o teor da nota técnica analisado acima leva a uma inarredável conclusão: não vale à pena aumentar a transparência na formação de preços no setor de combustíveis diante dos riscos envolvidos, tais como o de trazer um efeito anticoncorrencial indesejado, com elevação dos preços, facilitar ou estimular a colusão entre os agentes econômicos, não ter o condão de influenciar os consumidores no final da cadeia, potencialmente desestimular a entrada de novos agentes, dentre outros apontados ao longo deste tópico e em **todas** as experiências internacionais colacionadas pela própria NT.

Tratar-se-ia realmente, apenas para argumentar, caso não fosse uma medida que violasse os arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, de uma imposição inadequada aos fins a que se propõe; desnecessária, por haver medidas menos restritivas disponíveis no aparato do Estado como um todo;

⁸⁷ Neste sentido, cf. HWANG, Mark I.; LIN, Jerry W. Information dimension, information overload and decision quality. *Journal of Information Science*. Volume 25 Issue 3, June 1999.

e desproporcional em sentido estrito, por não guardar uma relação de custo-benefício minimamente razoável diante do retrocesso regulatório que representaria diante da desregulamentação e liberalização de preços e dos parques benefícios que, eventualmente, seriam trazidos.

A fim de que se construa uma regulação consentânea com todas as restrições e ressalvas apontadas na nota técnica, o instrumento, em diversas passagens destacadas ao longo deste tópico, ressalta a necessidade de realização de estudos de impacto regulatório por parte da ANP previamente à tomada de decisão quanto o melhor caminho a ser seguido, algo que foi, lamentavelmente, ignorado na elaboração da minuta de resolução sob comento, e será objeto de comentários mais à miúdo a seguir.

VI.3 – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

A atuação da Administração Pública, nunca é demais lembrar, deve ser pautada pelos princípios da Motivação e da Eficiência, segundo os quais, respectivamente, cabe ao administrador motivar e embasar as suas decisões e é dever da Administração Pública optar sempre pela imposição das medidas mais eficientes a atender a finalidade pretendida, da forma menos onerosa possível, garantindo a produtividade e economicidade.

Nesse sentido, as agências reguladoras, dotadas que são, de maior capacidade institucional para a tomada de decisões de natureza técnica, são obrigadas a demonstrar a **razoabilidade e eficiência** de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados, e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir ao mesmo propósito.

Assim é que, no caso concreto, ambos os princípios foram violados tendo em vista que a ANP se absteve de realizar quaisquer estudos técnicos mais aprofundados que embasassem a adoção das medidas pretendidas.

Além dos problemas de motivação com a incongruência entre o conteúdo da minuta de resolução com a Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, essa própria desaconselha a adoção de medidas de aumento na transparência do preço e recomenda a realização de estudos de impacto.

A minuta de resolução liberada para consulta seguiu, portanto, por um curso de ação ineficiente, na medida em que não se preocupou em verificar se as medidas pretendidas teriam efetivamente o condão de bem realizar os fins colimados, ou mesmo se esses fins deveriam realmente ser prioritariamente perseguidos no setor de combustíveis – respostas que uma eventual análise de impacto regulatório (AIR) ajudaria a fornecer.

Segundo uma tradicional definição da OCDE, a análise de impacto regulatório é uma “ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente”.⁸⁸

De fato, a realização de estudos prévios sobre o impacto de medidas regulatórias sobre a sociedade vem recebendo cada vez mais destaque nos debates relativos ao custo-benefício das ações regulatórias, demonstrando ser cada vez mais útil e necessária para a garantia de uma regulação proporcional e consentânea com os direitos constitucionais atingidos.

⁸⁸ OCDE. “Building an institutional framework for regulatory impact analysis”. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acessado em: 10.set.2018.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e ALINE LÍCIA KLEIN enumeram de forma bastante didática diversas vantagens “associadas à regulação orientada pela avaliação de impacto regulatório, entre as quais se destacam o aprimoramento da qualidade regulatória; a melhor compreensão do problema ou do contexto econômico-social ao qual a regulação é endereçada; a estimativa realista dos custos envolvidos na regulação; o levantamento de informações úteis que viabilizam um conteúdo regulatório mais eficaz; o reconhecimento das alternativas regulatórias, com especial ênfase para os instrumentos em jogo na atividade de regulação; a viabilização do planejamento regulatório de longo prazo; e a conferência de eficiência às ações regulatórias”.⁸⁹

Partindo das mesmas premissas, já tivemos a oportunidade de observar em sede doutrinária que “a regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, dentre outras coisas. Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários”.⁹⁰

Além dos possíveis vícios decorrentes de práticas regulatórias pouco ou não fundamentadas, fato é que toda medida regulatória impõe custos para o setor regulado e para a sociedade como um todo. Existem, aliás, estudos

⁸⁹ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. V. 4. São Paulo: Editora RT, 2014, pp. 625-6.

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório – AIR, *Revista de Direito Públicos da Economia – RDPE*, nº. 32, out./dez. 2010, p. 9.

que podem dar uma noção de quão alto são os custos oriundos da regulação. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2001, a regulação correspondeu a um custo aproximado de 221 bilhões de dólares.⁹¹

Esse fato, como não poderia deixar de ser, foi reconhecido pelo Governo Federal, que, em junho de 2018, publicou, por intermédio do Comitê Interministerial de Governança, as Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, documento resultante de um longo período de esforços do poder público federal em uniformizar uma disciplina de AIR na atividade regulatória das agências e, conseqüentemente, disseminar o uso do instrumento. Extrai-se do documento a seguinte passagem:

“A regulação é o instrumento por meio do qual o Estado intervém no comportamento dos agentes, de modo a promover aumento da eficiência, de segurança, crescimento econômico e ganhos de bem-estar social. Entretanto, se utilizada de modo arbitrário e desproporcional, pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada. Reconhecendo os custos e conseqüências da má regulação, a maior parte dos países desenvolvidos tem dirigido esforços, desde o início da

⁹¹ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implication for Developing Countries. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/1898295.pdf>>. Acesso em 28 fev. 11.

década de 90, à implementação de mecanismos e ferramentas para promover a melhoria da qualidade e do desempenho regulatório. (...) A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória. Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes”.⁹²

Ainda segundo as Diretrizes Gerais, “a AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado”.⁹³

Passando para o plano legislativo, a recentíssima Lei nº 13.655/2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzindo importantes dispositivos consagradores de normas gerais de direito público, dentre os quais merece destaque, para os fins desta consulta, o novel art. 20:

⁹² *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*, pp 19-21. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf. Acesso em: 10.set.2018.

⁹³ *Ibidem*, p. 23.

*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.*

*Parágrafo único. A motivação demonstrará a **necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**.*

A norma, de textura marcadamente aberta, deve ser adaptada a cada situação concreta. Em se tratando de agências reguladoras, cujas finalidades institucionais pressupõem a tomada de decisões técnicas complexas, como são as que estabelecem regras sobre preços de todo um setor, se depreende desse dispositivo legal que a adoção de medidas regulatórias com potenciais efeitos sociais – tal qual a minuta de resolução sob consulta – deva ser necessariamente precedido da devida análise de impacto regulatório.

No caso concreto, a necessidade de realização de AIR para dimensionamento da necessidade, consequências e alternativas à regulação pretendida ganha contornos ainda mais destacados quando se observa que, na esteira do que foi abordado no Subtópico VI.2, a Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, em diversas passagens, ressalta a necessidade de se lançar mão de instrumentos de análise de impacto, a exemplo de suas conclusões, nas quais é pontuado que “a divulgação de informações de preços e custos enviados pelos agentes regulados deve ser precedida da avaliação dos seus impactos sobre a competitividade dos demais agentes econômicos” (§88).

In casu, ainda que não houvesse qualquer imposição de realização de AIR extraível do ordenamento, a ANP se autovinculou à realização de



estudo de impacto das medidas pretendidas ao editar a Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018.

Enfim, a proposta de regulamento ora analisada é viciada, diante de todo o exposto, por não ser embasada em estudos técnicos quanto aos seus impactos (e sua própria necessidade face aos problemas que se quer combater) e por não ter sido realizada prévia análise do custo-benefício das medidas nela previstas, análise que, inevitavelmente, identificaria uma série de vícios nela contidos.

VI.4 – VIA CONCORRENCIAL, E NÃO REGULATÓRIA, PARA RESOLVER O PROBLEMA.

No tópico introdutório deste Parecer foi destacado o contexto político maior em que se insere a proposta de regulação levada ao escrutínio público através das Consultas e Audiências Públicas ANP nº 020/2018, como espécie de marco normativo reativo ao fenômeno da assim chamada “greve dos caminhoneiros” de maio desse ano.

Desde o movimento paredista, a União Federal, seja através do Poder Legislativo, seja através do Executivo, via Governo Federal ou ANP, vem tentando produzir uma série de normas jurídicas de cunho mais ou menos interventivo na livre iniciativa na tentativa de, como num passe de mágica, solucionar os problemas no mercado nacional de combustíveis.

Todavia, todo esse afã normativo de cunho eminentemente reativo, como é bastante comum no Brasil, vem desacompanhado de uma etapa de planejamento estratégico de longo prazo para o setor, de amplo debate social e de estudos técnicos dos impactos e da própria necessidade de

medidas regulatórias restritivas da liberdade de iniciativa dos particulares como soluções para distorções que, a toda evidência, estão intrinsecamente relacionadas à dinâmica concorrencial do setor em questão.

Em nossos escritos doutrinários já tivemos a oportunidade de comentar, em relação aos serviços públicos regulados, nos quais nem há liberdade de iniciativa propriamente dita, a respeito das limitações inerentes à atividade regulatória para promoção da melhoria do bem-estar social, sendo necessário, mesmo nestas atividades, tanto quanto possível, a promoção e o incremento da livre concorrência:

“Os reguladores, tendo consciência de que tanto o mercado como a regulação não são perfeitos, trazem, favorecidos pelas evoluções tecnológicas, para o âmbito da regulação estatal, elementos do mercado: aumentam o número de delegatários; facultam o acesso às infraestruturas do serviço a todos eles; separam os diversos seguimentos do serviço (produção, transporte, distribuição...); combinam na mesma atividade regimes jurídicos públicos (concessionários) e privados (meros autorizatários) etc. O Estado cria, então, um marco jurídico-institucional adequado para que as delegatárias possam desenvolver as suas atividades dentro da maior concorrência e da menor constrição possível. Com efeito, nos serviços públicos em que for viável, a regulação para a concorrência se afigura, entre os meios de eficaz concretização das políticas públicas, o menos oneroso para a liberdade de empresa.”⁹⁴



⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 157-8.

Se assim é para serviços públicos, com muito mais fortes razões o será para atividades econômicas *stricto sensu*.

Aduz NATÁLIA DE ALMEIDA MORENO que a correção de distorções concorrenciais de mercado é “o campo por excelência de atuação das autoridades de defesa da concorrência, sendo tais entidades dotadas de amplas vantagens, relativamente às agências reguladoras, para assegurar o regular funcionamento do mercado mediante o controle das concentrações e a fiscalização e punição de condutas ilícitas”.⁹⁵

E prossegue a autora: “Por diversos motivos (captura, deficiência técnica, falta de experiência ou efetiva autoridade para lidar com problemas concorrenciais e/ou fazer frente ao poder de empresas com alto grau de dominância nos mercados, inacessibilidade ou manipulação de dados por agentes regulados, ausência ou incorreção da análise prévia de impacto regulatório, etc.), **as decisões tomadas pelas agências reguladoras podem, ao invés de fomentar a concorrência e o bem-estar nos mercados regulados, não ter qualquer efetividade para modificar situações de desequilíbrio ou, pior, agravar situações de dominância e as falhas de mercado que deveriam coibir**”.⁹⁶

Nessa mesma toada, sobre as limitações da seara regulatória quanto a questões concorrenciais, PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO menciona relevante precedente da Suprema Corte estadunidense. Nele, o tribunal foi chamado “a decidir se a *Federal Power Commission* deveria prosseguir com sua análise quanto ao pedido de aquisição dos ativos, do

⁹⁵ MORENO, Natália de Almeida. Agências reguladoras e autoridades da concorrência em conflito. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

⁹⁶ MORENO, Natália de Almeida. Agências reguladoras e autoridades da concorrência em conflito. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, grifamos.

ponto de vista regulatório, ou se deveria aguardar o desfecho da ação judicial em curso com base na legislação de defesa da concorrência”. Como narra a autora, “a Corte determinou a suspensão do processo administrativo, sustentando que a prevalência da legislação antitruste fazia com que a deferência se aplicasse, no caso, em favor da autoridade (judicial) em matéria de defesa da concorrência”.⁹⁷

Não é sem razão que a já aludida Nota Técnica nº 16/2018/DEE/CADE (Subtópico VI.2) alerta para os elevados riscos de que as medidas regulatórias pretendidas pela ANP culminem em distorções anticoncorrenciais indesejadas, inclusive potencialmente resultado em aumentos de preços.

Da mesma forma, questionando os efeitos da resolução proposta pela ANP, o ex-presidente do CADE, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO asseverou que “apesar de bem-intencionadas, medidas de transparência em um setor como o de combustíveis podem resultar em uma nova elevação de preços ao consumidor, por dois motivos. Em primeiro lugar, a transparência pode facilitar com que agentes de mercado coordenem suas políticas comerciais – mesmo sem nenhum acordo explícito –, o que pode gerar preços e lucros acima de níveis competitivos, chegando, eventualmente, a patamares que poderiam ser próximos dos existentes em uma situação de monopólio – o que a literatura econômica costuma chamar de colusão tácita. Em segundo lugar, a transparência pode facilitar a realização e principalmente o monitoramento de acordos ilícitos, como os que caracterizam a prática de cartel, por exemplo. [...]. Em resumo, a proposta da ANP pode criar condições para uma redução da concorrência no setor

⁹⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2012. p. 87.

que, por sua vez, poderia acarretar um aumento de preços, prejudicando o consumidor final, em vez de beneficiá-lo".⁹⁸

A solução para as questões que, em última análise, se busca resolver com a ferida aberta pelas paralisações de maio é muito menos de escopo regulatório, obrigando os particulares a se enquadrarem em complexas fórmulas a composição de seus preços e expor seu sigilo comercial, e mais de natureza concorrencial, dada a estrutura própria do setor de combustíveis brasileiro.

VI.5 – ESTATUTO DAS ESTATAIS E DEVERES DO ACIONISTA CONTROLADOR.

As regras propostas em análise no presente Parecer apresentam, conforme visto, uma feição geral e, ainda, uma específica, em que a publicidade das informações sensíveis é imediata e acompanhada da necessidade de publicação no próprio sítio eletrônico do agente econômico: no caso do agente dominante, conceituado como *“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)”*.

⁹⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. Quando a transparência cega. Valor Econômico. 12/09/2018. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/opiniao/5829019/quando-transparencia-cega>>. Acesso em: 12.set.2018. Sobre os fatores que efetivamente ensejaram a escalada nos preços dos combustíveis, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO ressalta que: "ocorre que o aumento de preços dos combustíveis nos últimos anos no país resultou, em grande parte e com repercussão e reflexão menores do que o bom senso exigiria, dos aumentos contínuos da carga tributária que oneram o setor, não de uma suposta falta de transparência".



Acontece que, na prática, segundo nos informa a Consulente, o conceito de agente dominante da minuta de resolução alcança basicamente um único *player* no mercado nacional de combustíveis – a PETROBRAS, sociedade de economia mista controlada pela União Federal, de cuja administração indireta também faz parte a ANP.

Para além de todas as injuridicidades vistas até aqui na minuta de resolução nos moldes como proposta, especificamente em relação à PETROBRAS há o agravante de que seus dados comerciais sensíveis, inclusive seus lucros por operação (margem de comercialização, nos termos da resolução) passarão a ter publicidade imediata, arriscando expor a todos os competidores, terceiros interessados em entrar nesse mercado, fornecedores etc. relevantes segredos estratégicos do seu negócio, o que pode representar risco de sérios prejuízos à estatal.

Não bastasse, os artigos 11 e seguintes da minuta preveem ainda a já comentada vinculação à fórmula paramétrica no âmbito contratual, cujas alterações devem ser homologadas previamente pela ANP com 60 dias de antecedência, enrijecendo o dinamismo inerente às atividades comerciais e podendo trazer ainda mais prejuízos à estatal.

Deve-se, no particular, destacar a natureza empresarial da PETROBRAS, sociedade de economia mista atuante em concorrência com a iniciativa privada, nos termos da Lei nº 9.478/97⁹⁹, o que implica a

⁹⁹ Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. § 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão

necessidade de que medidas antieconômicas impostas sejam submetidas a rígido crivo, sob pena de o Estado delas criador lhes dar – na verdade lhes impor – os fins (atuar em um mercado concorrencial), para depois retirar-lhes os meios (possibilidade de adotarem estratégias racionais do ponto de vista econômico), numa verdadeira inversão da *implied powers doctrine*, segundo a qual, quem dá os fins, deve dar os meios necessários para atingi-los.¹⁰⁰

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO indica que também “haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada o faria. Deverão sempre atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem formas de desigualdade jurídica de tratamento ao longo de suas respectivas atuações no campo econômico”.¹⁰¹

Nessa linha, RICARDO LOBO TORRES aduz que, “em se tratando de entidade da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, o controle é genérico e global, com o objetivo precípua de evitar a

desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

¹⁰⁰ “Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais” (apud Rodolfo Bledel, in *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 57. “*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.*” *McCulloch v. Maryland.*

¹⁰¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. “O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica.” *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 786.

ilegalidade das ações das estatais, mas sem lhes prejudicar o funcionamento segundo os métodos das empresas privadas".¹⁰²

Também FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO assevera que "a interface entre os entes estatais exploradores de atividades econômicas pelo prisma de competição (empresas estatais e suas concorrentes privadas) deve se dar em condições de ampla e justa competição, sendo vedada qualquer regra legal que ofereça privilégio ou, ao contrário, estabeleça restrições à atuação do ente estatal".¹⁰³

A PETROBRAS, sendo uma empresa submetida ao regime da livre concorrência, está obrigada a buscar um perfil de atuação equiparável ao das demais concorrentes, a fim de que possa tornar economicamente viável a sua atuação, sem, contudo, descuidar do interesse coletivo que justificou a sua criação.

Não é por outra razão que a Lei das Sociedades Anônimas dispõe:

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

No mesmo sentido, o ulterior Estatuto das Estatais – Lei nº 13.303/2016 – em seu art. 4º, § 1º:

¹⁰² Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord: Diogo Figueiredo Moreira Neto. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil- Espanha. Renovar, 2003, p. 637.

¹⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no Mercado. Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. p. 585.

Art. 4º, § 1º. A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

Todavia, o fato de as Leis das S.A. e das Estatais reconhecerem que as sociedades de economia mista podem de alguma forma ser direcionadas para objetivos de interesse público, não quer dizer que tais objetivos podem chegar ao ponto de comprometer a racionalidade econômica de suas atuações.

Com efeito, em sede societária ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA pondera que afastar as empresas estatais “da técnica das empresas privadas e de suas características de independência de ação e consequente liberdade administrativa” fará com que elas deixem de ser “os instrumentos simples, flexíveis e eficientes, correndo o risco de falharem em suas finalidades”.¹⁰⁴

Independentemente da controvérsia de os objetivos visados pela minuta de resolução serem ou não macroeconômicos e desses poderem ou não ser impostos às estatais, o fato é que a imposição de racionalidades não estritamente econômicas pelo controlador de sociedades de economia mista, impõe, de qualquer maneira, ainda quando admissíveis, a prévia identificação e planejamento, bem como o estabelecimento da forma com que a estatal vai ser compensada pelo Ente Federativo.

¹⁰⁴ *Apud* DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. Tratado das Sociedades de Economia Mista, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1969, p. 737.

Só com objetivos públicos muito relevantes pode a empresa estatal ser obrigada a adotar comportamentos contra seus interesses econômicos, e mesmo assim com as devidas compensações em virtude do art. 8º, § 2º, do Estatuto das Estatais.

Portanto, por mais que se atendam aos limites quantitativos e qualitativos da mitigação dos lucros, o Estado deverá compensar a estatal por isto.

Ao prever a celebração de um “contrato, convênio ou ajuste” para a estatal assumir obrigações de políticas públicas, o art. 8º do Estatuto das Estatais deixa claro o caráter *lato sensu* comutativo dessa assunção, impondo-se que esses instrumentos contenham a forma de compensação da estatal por estes ônus, compensação que deverá se pautar inclusive pela estimativa financeira que contiver a carta anual referida pelo inciso I do art. 8º.

Não seria obviamente de se supor a necessidade de celebração – consensual por natureza – de um ato negocial que contivesse obrigações apenas para uma das partes. Se assim fosse, o ato negocial seria despiciendo, bastando a imposição unilateral do Estado/sócio controlador para a estatal aceitar atitudes desprovidas de racionalidade econômica.

Ademais, o sistema do Estatuto é todo no sentido de proteger as estatais da sua instrumentalização para a realização de políticas públicas, como se depreende também do inciso I do art. 8º, que determina a elaboração de uma carta anual com a especificação de todas as ações que a estatal desempenhará no período para atender aos seus objetivos públicos

institucionais, com a definição clara dos recursos que serão empregados para esse fim.

RENATO FERREIRA DOS SANTOS menciona que “se a LSA não regulava a matéria, a Lei nº 13.303/16 trouxe, a nosso ver, disposições que reforçam a argumentação em favor da compensação da companhia nas hipóteses de que aqui se cuida. É de se ressaltar, inicialmente, que todo o conteúdo da citada lei é marcadamente inspirado por normas que reforçam os compromissos públicos com boas práticas de governança corporativa e limitações aos poderes do Estado e da Administração Pública na relação com os particulares, dada a natureza societária das empresas estatais sujeitas às disposições da Lei nº 13.303/16. Nessa linha, (...) o argumento legal em favor da compensação a ser promovida pelo Poder Público em face de situações em que a sociedade de economia mista tenha prejuízos por sua atuação em prol do interesse público encontra respaldo no §2º do art. 8º da Lei nº 13.303/16”.¹⁰⁵

Seguindo esse entendimento, a PETROBRAS, após a edição da Lei nº 13.303/16, alterou o seu Estatuto Social justamente para encampar essa postura. Segundo o seu § 5º do art. 3º, “o Comitê Financeiro e o Comitê de Minoritários, em suas atribuições de assessoramento ao Conselho de Administração, avaliarão e mensurarão, com base nos critérios de avaliação técnico-econômica para projetos de investimentos e para custos/resultados operacionais específicos praticados pela administração da Companhia, se as obrigações e responsabilidades a serem assumidas são diversas às de qualquer outra sociedade do setor privado que atue no mesmo mercado”.

¹⁰⁵ SANTOS, Renato Ferreira dos. *O papel do Estado como acionista controlador de sociedades de economia mista: limites e restrições à perseguição do interesse público*. 2017. 125f. Mestrado – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. p. 81.

Em seguida, no § 6º do art. 3º, a estatal destaca que, "observados os critérios de que trata o parágrafo quinto, sendo que, nesta hipótese, a União compensará, a cada exercício social, a companhia pela diferença entre as condições de mercado definidas conforme o parágrafo quinto acima e o resultado operacional ou retorno econômico da obrigação assumida".

Quando o Estado, através de sua Administração Direta ou Indireta, edita uma norma ou ato regulador, mesmo que através de lei ou resolução, e o único ou um dos poucos regulados relevantes que poderia se subsumir à situação prevista na regulação for mesmo uma empresa por ele controlada, a determinação cogente pode ser enquadrada no art. 8º do Estatuto das Estatais como acima exposto.

Ora, no caso em exame é exatamente essa a situação, já que a própria Nota Técnica que embasaria a proposta de resolução alude à concentração do mercado de refino, dando-se tal concentração, como é de conhecimento comum, na PETROBRAS.

Por mais que juridicamente as diversas faces do ente federativo em relação às suas estatais sejam distintas, não pode o Direito ficar alheio para às aproximações e intercomunicabilidades que na prática existem.

Não bastasse, a exposição de dados empresariais sigilosas das empresas estatais encontra óbice legal específico no art. 85 da Lei nº 13.303/2016. Se, consoante jurisprudência notória do STF, não é possível alegar o sigilo empresarial de empresas estatais perante os órgãos de fiscalização, essa transparência não se estende à sociedade como um todo,

cabendo aos entes públicos e respectivos agentes a quem as informações sigilosas forem confiadas resguardar essa confidencialidade.

Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

§ 1º. Para a realização da atividade fiscalizatória de que trata o caput, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessários à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§ 2º. O grau de confidencialidade será atribuído pelas empresas públicas e sociedades de economia mista no ato de entrega dos documentos e informações solicitados, tornando-se o órgão de controle com o qual foi compartilhada a informação sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º. Os atos de fiscalização e controle dispostos neste Capítulo aplicar-se-ão, também, às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter e constituição transnacional no que se refere aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, independentemente de estarem incluídos ou não em seus respectivos atos e acordos constitutivos.

Em síntese, seja por força dos deveres da União enquanto acionista controladora, seja em razão da imposição legal de resguardo de informações



sigilosas das estatais por órgãos fiscalizadores, as normas da minuta de resolução sob comento especificamente voltadas ao agente dominante são contrárias ao ordenamento jurídico.

VII – CONCLUSÕES.

O exposto no presente Parecer pode, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, ser condensado por meio das seguintes assertivas objetivas, sempre pressupondo os fatos narrados pela Consulente e sem adentrar no mérito de seus aspectos técnico-econômicos:

- 1) As atividades monopolizadas (exploração, produção, importação, exportação, parte do refino, transporte marítimo e por dutos) podem ser sujeitas à concessão ou à autorização. A Lei reservou esta modalidade regulatória para as atividades atuais de refino, importação, exportação e transporte marítimo ou por dutos, que não apenas admitem, como, pelo Princípio da Subsidiariedade, demandam, a maior concorrência possível (arts. 53, 56 e 60, Lei do Petróleo).
- 2) A formação do preço é uma das decisões empresariais mais sensíveis dos agentes econômicos, sendo o âmago do seu negócio, e, note-se, não apenas o seu preço final em si, mas, até mais fortemente, quais fatores considera mais ou menos para nele chegar.
- 3) Quanto ao poder normativo da ANP *in casu*, uma situação seria a Lei ser silente sobre determinado ponto específico e a agência reguladora, com base em seus valores e objetivos gerais (ex.: proteção do consumidor em relação aos combustíveis),

estabelecer regras sobre ele (por exemplo, estabelecendo a fidelidade de bandeira dos postos de revenda). Todavia, já se a Lei já contiver regra sobre aquele ponto específico (*in casu* liberalizando totalmente os preços), a agência reguladora deverá apenas aplicá-la, normativa ou concretamente, jamais desconsiderando-a invocando valores e objetivos gerais constantes da mesma Lei.

- 4) No caso concreto, apesar de haver diversos *standards* que em tese poderiam embasar eventual ação da ANP para impor padrões de precificação, especificamente em relação a medidas desse jaez não há silêncio legislativo. Ao revés, há toda uma Seção, com seis artigos (arts. 69 a 74), dedicada exclusivamente aos preços dos combustíveis, Seção que existe para determinar, a partir de 31 de dezembro de 2001, a sua total liberalização e desregulamentação, expressamente impondo a ausência de regras que imponham inclusive “diretrizes e parâmetros” aos particulares.
- 5) Note-se a amplitude dos termos usados pelo legislador: não se refere apenas à ausência de congelamento dos preços dos derivados de petróleo ou de sua fixação direta pelo Estado, mas à necessidade de não ser regulamentado, aludindo *in genere* a “desregulamentação”, isto é, à ausência de disciplina jurídica sobre eles.
- 6) Em relação à transparência de preços há três possíveis mecanismos: mera imposição da obrigação de divulgação dos preços em moeda corrente, o que já existe; imposição de o particular divulgar como forma o seu preço, podendo ele adotar a fórmula que melhor lhe aprouver à luz de suas estratégias



comerciais; imposição pelo Estado de uma fórmula, mais ou menos vinculativa, dentro da qual o particular tem que se enquadrar na formação do seu preço e divulgá-la. Apenas a última é modalidade de controle de preços, e o é menos pela divulgação/transparência e mais por impor ao agente econômico uma fórmula de composição de preços autoritativamente fixada. A segunda modalidade, apesar de não violar os arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, viola a proteção constitucional do segredo comercial (cf. item 10 infra).

- 7) Se, em tese, uma empresa, como é muito comum no mercado em geral, não desejar, por exemplo, repassar para seus consumidores eventual aumento da carga tributária ou dos insumos por ela adquiridos, estaria vedada a fazê-lo, já que esses elementos constam de maneira obrigatória da fórmula paramétrica a ser por elas adotada.
- 8) São inúmeros os elementos específicos do mercado e vários os fatores que podem ser considerados na fixação dos preços, ao passo que a ANP pretende padronizar a fórmula pela qual todos os agentes fixarão seus preços, homogeneizando todos esses múltiplos elementos e fatores, cuja escolha e relação entre si (para além de uma relação constante de função matemática obrigatória) constitui aspecto essencial da liberdade e desregulamentação de preços preconizada pelos arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo.
- 9) Ademais, a sujeição das fórmulas paramétricas e respectivos contratos a homologação da ANP e a vinculação a prazo de antecedência mínima para homologar eventuais alterações

configura uma modalidade ainda mais forte de controle de preços.

- 10) Independentemente das violações aos arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, a minuta de resolução exige a divulgação de informações sensibilíssimas como (i) seus custos logísticos internacionais, (ii) seus custos logísticos domésticos e até mesmo (iii) sua margem de comercialização (isto é, suas respectivas margens de lucro) – talvez a mais importante de todas as variáveis negociais de uma empresa. Tais informações, tão caras à própria existência da atividade empresarial, estão resguardadas pela proteção constitucional do sigilo comercial, corolário da tutela constitucional do direito fundamental à livre iniciativa.
- 11) Por fim, para completar todo o campo argumentativo envolvido na questão, analisamos se a medida proposta seria legítima mesmo se, *ad argumentandum*, já não fosse de antemão vedada pelas regras específicas dos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo e pelo segredo comercial:
 - a. Só há legitimidade dos controles de preços quando diante de ameaça a elevados valores ligados a direitos fundamentais somada, e o ponto é colocado como requisito fundamental pelo acórdão da ADI 319 do STF, ao combate à prática abusiva de preços decorrente da busca do aumento arbitrário de lucros, o que sequer está sendo cogitado *in casu*.
 - b. A Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, que serve de fundamento à minuta de resolução, é incongruente com o

Alexandre Santos de Aragão

- e. A via eleita para a solução das atuais vicissitudes do setor de combustíveis nacional, de natureza regulatória, não se mostra como a mais adequada para a solução de problemas oriundos do *design* concorrencial desse mercado, de perfil mais concentrado quanto mais a montante. Há situações em que a solução regulatória mais apta a proporcionar bem-estar social é não regular de forma restritiva, mas ao revés buscar maior abertura do mercado.
- f. O art. 238 da Lei das S.A. c/c art. 4º, § 1º, do Estatuto das Estatais impõem à União os deveres de acionista controlador da legislação societária, não podendo atuar comissivamente, ainda que através de ente da sua Administração Indireta, em prejuízo das estatais que controla, especialmente quando não orientado por uma política pública macroeconômica, como é presente caso. Soma-se a isso o fato de que o art. 85 da Lei nº 13.303/2016 impõe óbice legal específico à exposição de dados empresariais sigilosos das empresas estatais.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2018.



Alexandre Santos de Aragão

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ
Professor de Direito Público do Petróleo do Doutorado da UERJ
Doutor em Direito do Estado pela USP