

## PARECER

**Professor Doutor Vinicius Marques de Carvalho**  
**Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo**

---

**Interessado:** Plural – Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência

**Assunto:** transparência no setor de combustíveis e alternativas regulatórias que amenizem problemas de precificação de combustíveis.

**Objetivo da análise:** analisar se as propostas de transparência recentemente apresentadas pela ANP são aptas a endereçar problemas de precificação de combustíveis e quais são possíveis alternativas regulatórias que poderiam lidar com a mesma questão.

---

### DA CONSULTA

Diante da divulgação da Consulta Pública nº 20/2018, pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que pretende obter subsídios e informações adicionais sobre 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, a Plural solicita parecer que analise se as propostas de transparência sugeridas são aptas a proteger o interesse dos consumidores e promover a livre concorrência combustíveis e se existem alternativas regulatórias que poderiam lidar com a questão. Antes da apresentação dos quesitos específicos que a Plural apresentou para a elaboração deste parecer, cumpre retomar nesta introdução aspectos gerais sobre o setor de combustíveis, seu regime legal e fatos relevantes que contextualizarão a análise que será apresentada na sequência.

O Brasil adotou um regime de liberdade de preços e de livre concorrência para o setor de combustíveis na década de 1990. A Lei do Petróleo (Lei 9.478/97) estabeleceu a promoção da livre concorrência como um dos objetivos da política energética nacional (art. 1º, IX), a ser perseguido em todas as etapas da cadeia de produção do setor. Adicionalmente, após décadas de amplo controle governamental, a lei (com redação

dada pela Lei 9.990/00) também determinou que os últimos instrumentos de regulação de preço deixariam de existir a partir de 2002.<sup>1</sup> Desde a Lei do Petróleo, portanto, a competição foi consagrada pelos marcos legais nas etapas de produção de petróleo, distribuição de combustíveis e revenda contra o histórico de monopólio legal do setor.

Em termos de refino, no entanto, a posição de monopolista de fato da Petrobras permanece. E mesmo com a abertura existente para a importação de combustíveis, o modelo continua concentrado em um monopólio. Com efeito, em 2017, a participação de refinarias que não são propriedade da Petrobras limitou-se ao percentual de 1,4% da capacidade do refino, segundo dados da ANP.<sup>2</sup> Isso confere à política de preços da estatal um papel determinante em toda a cadeia, não somente na formação dos preços de mercado no refino e nos elos subsequentes da cadeia, mas também na capacidade de criação de barreiras à entrada para novos agentes e competidores.

Combustíveis são *commodities* que apresentam volatilidade e são transacionadas pelos agentes de mercado na produção e importação em contratos de curta duração. Os preços variam com frequência para baixo e para cima e a concorrência no setor se dá em torno da capacidade dos agentes não monopolistas (notadamente importadores) de oferecerem preços que consigam concorrer com a monopolista no refino.

Os dados sobre esse fenômeno são cristalinos. Até 2015, a Petrobras era a única supridora do mercado interno de combustíveis. No início de 2016, tal quadro começou a ser alterado, com o anúncio da estatal de que ela deixaria de garantir integralmente a oferta nacional, abrindo espaço para a atuação das importadoras, que puderam contestar pela primeira vez a posição de monopolista da Petrobras sobre o refino. Em outubro de 2016, a estatal anunciou uma nova política de preços para a gasolina e para o diesel, baseada em dois fatores: paridade com o mercado internacional mais uma

<sup>1</sup> 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." (Redação dada pela Lei nº 9.990, 2000).

<sup>2</sup> Conferir apresentação da Diretoria da ANP, "O Refino no Brasil: cenário atual, oportunidades e ações para criação de um mercado aberto, dinâmico e competitivo", de abril de 2018, disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/Palestras/DecioOddone\\_19-04-2018-FGV.pdf](http://www.anp.gov.br/images/Palestras/DecioOddone_19-04-2018-FGV.pdf) (último acesso em 29 de agosto de 2018).

margem, praticada para remunerar riscos da operação. Os reajustes, que até então ocorriam de 1 a 2 vezes por ano, passaram a ser mensais (a partir de novembro de 2016) e, posteriormente, diários (a partir de julho de 2017), acompanhando o mercado internacional.

A partir do momento em que o preço do monopolista passou a flutuar, houve a entrada de concorrentes que puderam disputar participação de mercado. A partir de 2015, há uma participação crescente de outros competidores. Se, em 2014, o volume total de combustível importado era zero, em 2017, as importações representaram 25% do diesel consumido no país e 12% da gasolina. Com esta alteração na dinâmica competitiva, os grandes vencedores foram os importadores independentes e as distribuidoras regionais e locais.

**Gráfico 1 - Evolução do volume de combustível importado entre 2014-2017 (Gasolina C e Diesel)<sup>3</sup>**



Em paralelo ao movimento de mudança da política de precificação da Petrobras, a crise fiscal enfrentada pelo governo federal estimulou medidas de ajuste via receita que implicaram aumento da carga tributária no setor de combustíveis. Ao contrário de diversos setores da economia que receberam expressivas desonerações, o setor de combustíveis foi onerado em diversas oportunidades, inclusive mais recentemente.

<sup>3</sup> Fonte: ANP.

Olhando apenas para o ano de 2017, toda a cadeia precisou lidar com um grande aumento na carga tributária. Com o fim do crédito presumido do PIS/Cofins, concedido pela Lei nº 12.859/2013 aos importadores e produtores de etanol, em janeiro de 2017, o produto passou a ter um incremento no custo de R\$0,12/litro. Em julho de 2017, com a publicação dos Decretos nº 9.101 e 9.112, as alíquotas do PIS/Cofins foram alteradas. Nas refinarias, no caso da gasolina, a alíquota subiu de R\$ 0,3816 para R\$ 0,7925 por litro, representando um aumento de 108%. No diesel, de R\$ 0,2480 para R\$ 0,4615, representando um aumento de 86%. Já no caso do etanol, a alíquota passou de R\$ 0,12 para R\$ 0,1309, para o produtor, e, para os distribuidores, a alíquota, antes zerada, chegou a R\$ 0,1109. Assim, no total, a alíquota PIS/Cofins do etanol hidratado passou de R\$ 0,1200 para R\$ 0,2418, representando um aumento de 102%.

Não surpreendentemente, no Brasil, os tributos constituem os elementos mais relevantes para conformação do preço final dos combustíveis. Quando comparados com os demais componentes (fretes, margens da distribuição e da revenda e os custos com a produção dos próprios combustíveis), a relevância da tributação torna-se ainda mais expressiva: os tributos representam 42,3% (27% ICMS, de competência estadual e 15,3% PIS/Cofins e CIDE, de competência federal, média nacional) e os custos e margens de produção e refino representam 41,2% do preço final da gasolina. Fretes e margens da distribuição e da revenda, portanto, representam apenas 16,6% do preço. No caso do Diesel (Quadro 2), 23,3% são tributos (13,5% ICMS e 9,8% PIS/Cofins e CIDE), 61% são custos e margens de produção e refino e apenas 15,8% do preço provém de fretes e margens da distribuição e da revenda. No caso do Etanol, por fim, somente os tributos (ICMS e PIS/Cofins, média nacional) compõem 26% do preço final ao consumidor.<sup>4</sup>

O contexto de flutuação do preço doméstico de combustíveis de acordo com o mercado internacional e de elevação dos tributos no setor explica a elevação dos preços recentes de combustíveis. Conforme explicita a ANP na nota técnica que apresenta a sua recente proposta de maior transparência para dados do setor, houve “um aumento expressivo nos preços de revenda destes combustíveis ao consumidor final, em um curto intervalo de tempo” (Nota Técnica SDR/ANP nº 68/2018).

<sup>4</sup> Dados de agosto de 2018, disponível em <http://www.fecombustiveis.org.br/revendedor/tributacao/> (último acesso em 15 de agosto de 2018).

O cenário de elevação de preços de combustíveis é um dos elementos do agravamento do descontentamento social no início deste ano, que culminou em uma greve dos caminhoneiros que ameaçou a organização econômica do país. Foi diante dessa tendência de elevação de preços e da crise que se seguiu a Greve dos Caminhoneiros que o governo adotou diversas medidas para conter o aumento do valor dos combustíveis. Em maio de 2018, por meio da Medida Provisória nº 838/2018, o Governo Federal criou um programa de subvenção econômica aos produtores e importadores de óleo diesel, de adesão facultativa, autorizando o pagamento de até R\$0,30/litro de diesel aos produtores/importadores até dezembro de 2018 ou até o término dos recursos destinados ao programa (R\$9,5 bilhões). Além da subvenção, por meio da Medida Provisória nº 833/2018, transformada na Lei nº 13.711/2018, garantiu-se a isenção de pedágio em todo o território nacional para o eixo suspenso dos caminhões que viajam sem carga, e, por meio da Medida Provisória nº 831/2018, que originou a Lei nº 13.713/2018, 30% do frete contratado pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), no mínimo, foi reservado para cooperativas e associações de transportadores autônomos. Vale pontuar que, após a instituição do programa de subvenção ao óleo diesel, em junho de 2018, houve aumento expressivo da participação da Petrobras no mercado de diesel, passando da fatia de 63%, em janeiro, para 92%, em julho, último dado divulgado pela ANP, ao lado de queda significativa das importações.<sup>5</sup>

No bojo dessas medidas, a ANP apresentou à sociedade civil no dia 16 de agosto de 2018 a proposta de medida para “ampliar a transparência no processo de formação de preços dos combustíveis, atuando no sentido de proteger os interesses dos consumidores e promover a livre concorrência”, por meio da Consulta Pública nº 20/2018. A Consulta tornou públicas a Nota Técnica SDR/ANP nº 68/2018, que propõe regulamentação com o objetivo de ampliar a transparência na formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis, e a Nota Técnica nº 009/2018-SIM, que propõe regulamentação da transparência na formação de preços no mercado de gás natural.

Em resumo, a minuta de resolução apresenta como principais medidas<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> Conferir: ESTADÃO, *Petrobras amplia para 92% sua fatia no mercado de diesel*, notícia de 16 de setembro de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,petrobras-amplia-para-92-sua-fatia-no-mercado-de-diesel,70002503804> (último acesso em 17 de setembro de 2018).

<sup>6</sup> Excluídas as relacionadas ao gás natural, uma vez que não pertinentes ao escopo deste parecer.

- A obrigatoriedade a todos produtores e importadores de derivados de petróleo e biocombustíveis de informar, à ANP, preço e todos os componentes da fórmula de preço, por produto e ponto de entrega, sempre que houver reajuste de preços e/ou alteração de parâmetros da fórmula – *art. 3º da minuta de Resolução*;
- A exigência de publicação, pelos produtores e importadores que detêm uma participação de mercado maior que 20% em uma macrorregião política do País, em seu próprio site na internet, a fórmula utilizada para precificação do produto correspondente, bem como o preço resultante, para cada um dos produtos à venda, em cada ponto de entrega. As informações deverão ser publicadas somente no ato do reajuste do preço ou da alteração dos parâmetros da fórmula. A ANP publicará as mesmas informações– *arts. 3º e 4º da minuta de Resolução*;
- A obrigatoriedade de inclusão de fórmulas de preço nos contratos de fornecimento de derivados de petróleo em que se exige homologação prévia da ANP. Todas as parcelas da fórmula prevista deverão ser claras, objetivas e passíveis de cálculo prévio pelos agentes envolvidos. Os preços de referência adotados deverão ser largamente utilizados por agentes econômicos e possuírem cotações de fácil acesso. O preço praticado não poderá divergir do calculado mediante a fórmula prevista em contrato – *art. 4º da minuta de Resolução*;
- Exigência de envio, pelos produtores, importadores e distribuidores de derivados de petróleo e biocombustíveis, dos dados de preços de venda. Esse envio será feito juntamente às informações já encaminhadas mensalmente por meio do i-SIMP – *art. 9º da minuta de Resolução*;
- Exigência de envio, pelos revendedores de combustíveis líquidos e de GLP, dos dados de preços para a ANP por meio do sistema Infopreço – *art. 10 da minuta de Resolução*;
- Publicação das informações de preços recebidas dos agentes pela ANP em seu portal na internet. A periodicidade não está prevista em nenhum artigo da Resolução para os casos de combustíveis líquidos, mas está prevista no caso dos preços de gás natural (periodicidade mensal, conforme *art. 13*). A ANP poderá, inclusive, disponibilizar dados e informações para a sociedade - *art. 16 da minuta de Resolução*.

Diante da divulgação da Consulta Pública nº 20/2018 e das medidas elencadas acima, a Plural apresenta quatro quesitos relacionados às propostas de maior transparência na formação de preços de derivados de petróleo e biocombustíveis:

- o Quais seriam os impactos da transparência de preços no setor de combustíveis? Há um risco de que a transparência, no setor de combustíveis, seja maléfica à livre concorrência e ao consumidor final?
- o A transparência é capaz de reduzir as pressões para elevação dos preços do ponto de vista da defesa da concorrência?
- o Quais os riscos apresentados pela proposta da ANP em consulta pública?
- o Há alternativas existentes que a ANP poderia perseguir para endereçar a questão de elevação dos preços de combustíveis de maneira mais apropriada e efetiva?

## **1. TRANSPARÊNCIA PODE PREJUDICAR A LIVRE CONCORRÊNCIA**

De acordo com a melhor teoria econômica, a transparência de preços pode tanto criar pressões de elevação quanto de redução de preços. Os mecanismos por meios dos quais essas pressões atuam são distintos e sua análise depende das características de cada mercado e da natureza dos dados e informações de preços. A possibilidade de que a transparência tenha efeitos distintos na composição de preços finais é consenso na literatura internacional e nas experiências internacionais estudadas pela literatura, e foi reconhecida pelas autoridades brasileiras na Nota Técnica nº 16/2018, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE/Cade), e posteriormente incorporada na Nota Técnica SDR/ANP nº 68/2018.

Neste ponto, é importante ressaltar que o conceito para transparência de preços e seu papel para o grau de concorrência verificado em um dado mercado trata da capacidade de obtenção de informação sobre os preços e sua formação pelos agentes econômicos daquele mercado (consumidores ou empresas), o que difere da discussão entre transparência entre regulados e entidade reguladora. Com o primeiro enfoque em mente, de maneira abstrata, é possível definir as pressões inflacionárias e

deflacionárias da transparência tanto a partir de um ponto de vista da demanda, ou seja, dos consumidores, como da oferta, ou seja, dos produtores.<sup>7</sup>

Da perspectiva dos consumidores, a dificuldade inerente em comparar preços e características específicas entre ofertantes tende a permitir a prática de preços mais elevados. Por esse motivo, a transparência de formação de preços tenderia a reduzir os custos para que os consumidores realizassem essa comparação entre produtos, o que funciona como uma pressão para baixo dos preços.

Da perspectiva dos ofertantes, contudo, a elevação da transparência de formação de preços facilita com que agentes econômicos identifiquem os preços praticados pelos demais de modo com que seja tanto mais fácil a formação de cartéis (uma vez que o custo de monitorar esses acordos cai) como a coordenação comercial tácita (ou seja, a que se dá mesmo sem acordos ilícitos).

Dadas essas pressões concomitantes, a OCDE afirmava já em 2001, que, como regra geral, “aumento da transparência de preços beneficiará compradores a menos que resulte em considerável aumento de riscos de colusão entre vendedores”. Portanto, é pacífico afirmar que a transparência também pode prejudicar a livre concorrência, gerando aumento de preços ao consumidor.

A identificação da força das pressões inflacionárias ou deflacionárias de transparência de preço depende da estrutura do mercado que está sendo analisado. A transparência tende a ser menos preocupante em mercados com baixa concentração, grande número de vendedores, baixas barreiras à entrada, pequena transparência de preços, volume e estratégias de marketing, assimetrias entre vendedores e ofertas de produtos, condições rapidamente cambiantes de demanda e custo, padrões de compra não estáveis e a presença de um ou mais *mavericks* (OCDE, 2001, p. 10), uma vez que esses mercados são menos propensos a colusão. Por outro lado, mercados mais tendentes a condutas paralelas – intencionais ou não - geram maiores preocupações com transparência de preço.

<sup>7</sup> Além das notas técnicas de Cade e ANP, mencionadas acima, ver ainda o estudo da OCDE sobre o tema, publicado em 2001: *Policy Roundtables – Price Transparency 2001*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf> (último acesso em 10 de setembro de 2018).

Cabe analisar, adiante, como essas pressões se apresentam nos vários mercados existentes do setor de combustíveis, de modo a que se possa avaliar, na sequência, as propostas específicas apresentadas pela ANP no âmbito da Consulta Pública nº 20/2018.

## 2. RISCOS DA TRANSPARÊNCIA NO SETOR DE COMBUSTÍVEIS

Há etapas da cadeia produtiva do setor de combustíveis que reúnem características que geram maiores preocupações com a transparência de preço, justamente por serem mais tendentes a condutas paralelas. No Brasil, o elo da produção é, na prática, um monopólio da Petrobras; o elo da distribuição é bastante competitivo e, em alguns mercados específicos, apresenta algum grau de concentração; e o elo da revenda de combustíveis é marcado pelas seguintes características, sistematizadas nos *Cadernos do Cade: Varejo de Gasolina* (2014):

- (i) os combustíveis são produtos homogêneos, nos quais a diferenciação acontece por meio do preço ou volume de vendas;
- (ii) as firmas são homogêneas, uma vez que suas capacidades e estruturas de custo são semelhantes;
- (iii) é fácil saber o preço que está sendo praticado por concorrentes, dada sua exposição nas vias públicas;
- (iv) há um histórico de controle de preços de revenda de combustíveis pelo governo;
- (v) a demanda por combustíveis é pulverizada, de modo a diminuir a possibilidade de contestação de práticas anticompetitivas por parte dos ofertantes.

Evidentemente que a existência desses fatores não é por si só suficiente para afirmar a existência de condutas coordenadas. Trata-se apenas de características que criam condições mais favoráveis para tais práticas, ainda que tácitas. Assim, nessa linha,

a jurisprudência do Cade aponta que a disponibilidade de informações de preço são fatores de risco para a livre concorrência.<sup>8</sup>

Como é possível perceber a partir da organização dessas características dos mercados de combustíveis, qualquer medida que eleve a transparência de preços no setor deve ser ponderada com cuidado, dados os riscos de elevação de preços para o consumidor final.

No mesmo sentido dessa preocupação geral, estudos recentes demonstraram que experiências internacionais com transparência no setor resultaram em efeitos negativos para consumidores.

No âmbito do Acordo de Cooperação Técnica entre o Cade e a ANP, conforme o processo nº 08700.002021/2013-15, as autoridades acordaram uma agenda de estudos conjuntos, dentre os quais uma discussão específica sobre a coleta e a disponibilização de informações de preço e de custo feitas pela ANP, conhecida como Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis (LPMCC). Nesse contexto, o Cade contribuiu com a elaboração da Nota Técnica nº 16 do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), por meio da qual apresentou sugestões sobre publicização dos preços no mercado de combustíveis. Nesse estudo, o DEE/Cade abordou experiências internacionais a respeito de publicização e seus efeitos, as quais, ressalta-se, aconteceram no elo da revenda (se, para a revenda, os impactos já foram negativos, na maioria desses estudos, as preocupações com os elos a montante da cadeia deveriam ser ainda maiores, uma vez que nesses elos, a publicidade não afeta diretamente a decisão do consumidor final). A comparação entre as experiências está ilustrada na tabela abaixo e será melhor explorada adiante, neste texto. Na tabela, foi incluído outro estudo que não consta da contribuição do Cade - o caso de Taiwan:

País	Política aplicada	Efeitos	Estudo
<b>Itália</b>	Disponibilizadas placas <u>nas rodovias</u> que comparavam preço, distância e marca dos combustíveis vendidos nos	Positivo. Os preços diminuíram, ao	Federico Rossi e Pradeep

<sup>8</sup> Caderno do Cade: Varejo de Gasolina (2014).

	quatro postos seguintes ao ponto da placa disponibilizada nos postos de rodovia. Os preços são atualizados pelos revendedores. (2007-hoje)	menos a curto prazo.	Chintagunta (2015)
<b>Alemanha</b>	Postos de gasolina devem relatar mudanças de preços para gasolina ou diesel em tempo real para a unidade de transparência do mercado de combustíveis. (2014-hoje)	Negativo. Preços aumentaram em 1,2 a 3,3 centavos de Euro por litro.	Dewenter, Heimeshoff & Lüth (2016)
<b>Chile</b>	Postos deviam publicar os preços em um site do governo, com atualização a cada alteração (2012-hoje).	Negativo. Resultado heterogêneo; no geral, aumento de 9% da margem.	Fernando Luco (2018)
<b>Austrália</b>	Revendedores enviam ao governo, diariamente, os preços a serem praticados no dia seguinte, que devem ser mantidos por pelo menos 24 horas. Informações são publicadas em site (2001-hoje).	Negativo. Conluio tácito; publicização facilitou a comunicação entre empresas através dos preços.	Byrne & De Roos (2016)
<b>Taiwan</b>	Política de transparência de fórmulas de preços implementada publicamente pelo governo de Taiwan no setor de combustíveis.	Negativo. Correspondência de preços entre a líder e concorrentes e a coordenação de preços e resultados colusivos	Chang-Ju Chiang (2016)

O DEE/Cade apresentou três tipos de estudos sobre publicização de preços no elo da revenda: os que apontam efeitos negativos, os que apontam efeitos mistos<sup>9</sup> e os que apontam para efeitos positivos da publicização.

No caso da publicização com efeitos positivos, mencionou-se o caso das sinalizações de preços nas rodovias italianas, que comparavam, em tempo real, os preços dos postos ao longo da estrada. De acordo com Federico Rossi e Pradeep K. Chintagunta (2015)<sup>10</sup>, os efeitos dessa política acarretaram uma diminuição de preços no curto prazo, embora os autores esclareçam que não analisaram efeitos a longo prazo da política.

Cabe ressaltar, contudo, (i) que o mercado italiano é bastante distinto do mercado brasileiro e (ii) que a obrigação de disponibilizar os preços deve ser cumprida somente pelos postos localizados em rodovias, não abarcando os postos localizados nos centros urbanos.

Para além de, naquele país, a política de transparência ter se restringido a sinalizações de preço em postos de combustíveis – localizados nas rodovias –, não atingindo os elos da cadeia diversos da revenda (produção e distribuição) e a disponibilização é realizada através de placas localizada nos postos, não contando, desta forma, com aparato de congregação de informações tão intenso tal qual proposto pela ANP (Infopreço).

Cumprido destacar que, diferentemente do Brasil, a produção doméstica de petróleo é pouquíssimo relevante (cerca de 7,7%, em 2012) e a distribuição concentra-se na ex-petrolífera estatal Eni, que detém a maior participação de mercado retalhista na Itália, de cerca 31,2% em 2012. Para além dos postos da Eni, bombas independentes e bombas para supermercados representam coletivamente cerca de metade do mercado de varejo do país.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Nesse caso, o estudo apresentado foi do setor atacadista de energia elétrica na Alemanha, razão pela qual não será aprofundado nessa nota.

<sup>10</sup> ROSSI, F., & CHINTAGUNTA, P. (2015). Price Transparency and Retail Prices: Evidence from Fuel Price Signs in the Italian Motorway. *Journal of Marketing Research*, 53.

<sup>11</sup> Conferir: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, Energy Supply Security 2014, disponível em: [https://www.iea.org/media/freepublications/security/EnergySupplySecurity2014\\_Italy.pdf](https://www.iea.org/media/freepublications/security/EnergySupplySecurity2014_Italy.pdf).

No caso de estudos sobre efeitos negativos da publicização de preços, além de citar exemplos em outros mercados que teriam acarretado uma elevação da média de preços após a publicização, o DEE chama atenção aos exemplos que dizem respeito ao mercado de combustíveis na Alemanha, Chile e Austrália.

O estudo de Dewenter, Heimeshoff & Lüth (2016)<sup>12</sup> se debruçou sobre a obrigação dos postos de gasolina alemães relatarem mudanças de preços para gasolina ou diesel em tempo real para uma divisão específica de transparência de mercado para combustíveis. Apesar de objetivar que a política permitisse aos consumidores obterem informações sobre os preços e, por consequência, facilitar a identificação de abuso de poder de mercado e de formação de carteis, a regulamentação teve o efeito de aumento no preço médio da gasolina no valor de 1,2 a 3,3 centavos de Euro por litro.

Já na experiência chilena, o governo editou regulamentação que exigia que os postos publicassem os preços em um site do governo, devendo ser atualizado a cada alteração. O resultado constatado pelo estudo citado<sup>13</sup> foi heterogêneo entre as cidades, sinalizando fomento da concorrência nas localidades de renda mais alta e procura mais intensa de informações, ao mesmo tempo que resultou em diminuição da concorrência no cenário geral, com aumento da margem em uma média de 9%.

O último exemplo mencionado pelo DEE diz respeito a um estado australiano, que estabeleceu a obrigatoriedade de os revendedores enviarem ao governo, diariamente, os preços a serem praticados no dia seguinte, que devem ser mantidos por pelo menos 24 horas. As informações eram publicadas em um site, para reduzir os custos de procura dos consumidores. O curioso, nesse caso, é que os autores alegam que as empresas demoraram vários anos para “aprenderem” a utilizar as informações públicas para coordenarem suas práticas comerciais. A conclusão do estudo realizado por Byrne & De Roos (2016)<sup>14</sup> aponta para o surgimento de um conluio tácito, já que a publicização facilitou a comunicação entre as empresas por meio dos preços.

<sup>12</sup> DEWENTER, Ralf; HEIMESHOF, Ulrich; LÜTH, Hendrik. The impact of the market transparency unit for fuels on gasoline prices in Germany. *Applied Economics Letters*, v. 24, n. 5, p. 302-305, 2017.

<sup>13</sup> LUCO, Fernando. Who benefits from information disclosure? The case of retail gasoline. 2018.

<sup>14</sup> BYRNE, David; DE ROOS, Nicolas. Learning to coordinate: a study in retail gasoline. 2016.

Para além dos estudos mencionados na Nota Técnica nº 16/2018, Chang-Ju Chiang (2016), no único estudo conhecido sobre os efeitos de política de transparência de fórmulas de preços implementada publicamente – no caso, pelo governo de Taiwan no setor de combustíveis – destacou que a política em questão teve como efeitos a correspondência de preços entre a empresa líder e concorrentes e a coordenação de preços e resultados colusivos.<sup>15</sup>

Mais especificamente, o governo de Taiwan introduziu e implementou, uma política de transparência da fórmula de reajuste de preços à fornecedora estatal de combustíveis, CPC Corporation, com o objetivo de regular os preços de revenda de gasolina cobrados pela estatal. Com efeito, a empresa detinha cerca de 70% do mercado de varejo de Taiwan. Com a medida, a fórmula passou a estar disponível no site oficial da companhia, tornando o preço de varejo futuro transparente e previsível tanto para sua concorrente quanto para os consumidores.

O estudo aponta alguns efeitos da política de transparência que devem ser devidamente endereçados pela ANP no âmbito da presente Consulta Pública. Em primeiro lugar, empresas concorrentes teriam um incentivo maior para tomar decisões de perfeita combinação de preços devido ao surgimento da liderança de preço de maneira explícita e confiável. Conforme estudado, a resposta dinâmica do preço de empresas concorrentes mostram que: (i) o efeito da fórmula de ajuste de preço em servir como compartilhamento futuro de informações foi o de facilitar a coordenação de preços e que (ii) os preços de empresas concorrentes passaram a ser definidos com base na liderança, e não com base no custo. Pode-se ver, portanto, que resultados colusivos podem ser involuntariamente causados pela política transparência de preços.

O DEE e a literatura, portanto, não deixam dúvidas de que, de acordo com a teoria econômica mais atual sobre o tema, do ponto de vista da oferta, o aumento da transparência pode ser prejudicial à concorrência, facilitando a obtenção e a estabilidade de equilíbrios colusivos, por coordenação tácita ou explícita das empresas, resultando em redução de bem-estar para a sociedade. Isso porque a transparência com relação a informações sobre preço pode facilitar com que agentes de mercado:

<sup>15</sup> CHAING, Chang-Ju. Government Regulated Transparency and Price Leadership in Retail Gasoline, University of East Anglia September, 2016, disponível em: <https://www.uea.ac.uk/documents/953219/22323860/Job+Market+Paper+Chang-Ju+Chiang.pdf/d423197c-b331-69aa-b5e7-08d3c4b26f24>.

(i) obtenham mais facilmente um consenso sobre os termos da coordenação; (ii) consigam identificar de forma rápida os desvios, permitindo plena identificação dos preços e das razões para suas variações (eliminando ruídos de oferta e demanda na alteração dos preços praticados por concorrentes), e, além disso; (iii) adotem e executem de forma mais eficaz e crível os esquemas punitivos coibidores de desvio necessários à estabilidade da coordenação. Esses três pontos são os elementos-chave apontados pela teoria do oligopólio como base para as características facilitadoras de coordenação destacadas pela tríade Consenso-Detecção-Punição, sendo a transparência de preços no mercado peça importante para a efetividade e sucesso de um arranjo em coordenação tácita.

Nota-se que se trata de alcançar os efeitos de um cartel, sem os riscos de organizá-lo, já que cartel é um ilícito administrativo e criminal. Condutas paralelas não são ilícitas perante nossa legislação concorrencial e são completamente racionais do ponto de vista econômico. Cabe aos órgãos reguladores não estimular condições para que tal estratégia seja preponderante.

Ademais, é imprescindível nos dias de hoje indagar se, a partir da transparência de preços, a ANP poderia facilitar a criação de algoritmos por empresas atuantes no setor de combustíveis com vistas a coordenar, ainda que tacitamente, suas condutas comerciais. A discussão sobre a possibilidade de colusão por algoritmos tem sido amplamente debatida na arena antitruste e os dispositivos eletrônicos e de agregação de informação dos agentes (para além de preços inclusive, vale dizer) propostos pela ANP poderiam abrir espaço para esse tipo de forma competitiva no setor. Sobre o tema, a OCDE, em estudo sobre a interface entre algoritmos e concorrência<sup>16</sup>, destacou que empresas que aderem a um acordo anticompetitivo podem recorrer a sites que agregam dados relativos a preços, seja por meio do envio direto pelas empresas, seja pela coleta automática via aplicativos. Por meio dessas ferramentas, os riscos à

<sup>16</sup> OCDE, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.

concorrência se estendem a mercados tradicionais, não se restringindo ao comércio eletrônico.<sup>17</sup>

A transparência de preços também levanta preocupações relacionadas à potencial troca indireta de informações concorrencialmente sensíveis utilizando a ANP como *hub*, o que acabaria por legitimar a prática. Ainda que não houvesse troca direta de informações entre concorrentes, o resultado poderia ser o alinhamento das estratégias de preços. Da mesma forma, um resultado colusivo poderia ser alcançado se a maioria das empresas utilizasse algoritmos de precificação para seguir em tempo real um líder de mercado (estratégia *tit-for-tat*), que seria responsável por programar o algoritmo de precificação dinâmica que fixa preços acima do nível competitivo.<sup>18</sup>

Por esses motivos, a *“conveniência e oportunidade de ampliação do nível de transparência no processo de formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis”*, do ponto de vista concorrencial, não pode limitar-se a considerações relativas à disponibilização de informações à sociedade e à detecção de indícios de infrações à ordem econômica.<sup>19</sup>

Em razão do exposto, a transparência de preços nos três elos do mercado de combustíveis é prejudicial à livre-concorrência, devendo as medidas em favor de

<sup>17</sup> No original: *“Companies that take a part in a conspiracy still need to aggregate that data from all competitors in an easy-to-use format that can be regularly updated. This is already done by some price comparison websites, also known as aggregators, which either receive data directly from online companies or, instead, use web scraping, an automated process to extract data from websites using software applications such as internet bots. As new automatic data collection processes become available, these technologies will likely be extended from electronic commerce to traditional markets (Box 8). As a result, colluding companies will be able to increasingly monitor each other’s actions using sophisticated algorithms”*.

<sup>18</sup> No original: *“While sharing pricing algorithms with rivals is a more clear-cut violation of competition rules, there may be more subtle ways to coordinate parallel behaviour without actually engaging in explicit communication. For instance, concerns of co-ordination could arise if firms outsourced the creation of algorithms to the same IT companies and programmers. This might create a sort of “hub and spoke” scenario where co-ordination is, willingly or not, caused by competitors using the same “hub” for developing their pricing algorithms and end up relying on the same algorithms, or very close versions of them, to develop their pricing strategies (Ezrachi and Stucke, 2015).*

<sup>19</sup> No caso específico das distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, a ANP afirma, na Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018 (parágrafo 47), que a disponibilização semanal de informações relativas a preços de aquisição (na etapa de distribuição) e de revenda, em seu sítio eletrônico, *“possibilita ao consumidor tomar conhecimento dos preços praticados no mercado e fazer a melhor opção de compra”*, além de orientar a ANP *“na identificação, do ponto de vista estritamente econômico, de indícios de infrações à ordem econômica, tal como a formação de cartel”*.

transparência ser revistas, considerando os potenciais efeitos anticoncorrenciais que podem ser gerados.

Assim, as propostas de aumento da transparência de preços devem ser revistas pela agência, sob pena de gerarem mais danos do que benefícios aos consumidores. Concretamente, a Resolução tal como proposta pode criar condições para uma redução da concorrência no setor que, por sua vez, poderia acarretar um aumento de preços, prejudicando assim o consumidor final, e contrariando o seu propósito original. É importante destacar que, na verdade, especialmente no refino, a presença da estatal monopolista é o principal elemento que gera distorções para frente nos mercados de distribuição e revenda.

Por tudo quanto exposto, é possível concluir que transparência não é um valor em si. Transparência deve ser vista somente como meio para promoção da livre concorrência, o que não se obtém a partir da minuta ora analisada, como passaremos a detalhar a seguir.

### **3. EQUÍVOCOS ADOTADOS NA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DA ANP**

Além da constatação de que a transparência de preços pode prejudicar a livre concorrência ao invés de fomentá-la, há outro pressuposto importante a ser considerado na tomada de decisões sobre a transparência de preços na cadeia de combustíveis fósseis, que será desenvolvido na primeira parte desta Seção (**item 3.1**): a Lei do Petróleo, que instituiu a ANP, determinou a livre concorrência, e não a transparência, em si, enquanto princípio e objetivo da política energética nacional (art. 1º, IX). Em outras palavras, a transparência somente pode ser aceita quando em prol, e não prejuízo, da concorrência. Na sequência (**item 3.2.**), o parecer explorará os equívocos gerais e específicos da proposta da ANP para o setor.

Como será demonstrado, acredita-se que a minuta de resolução tal qual proposta pela ANP eleva equivocadamente a transparência ao mesmo status da promoção da livre concorrência, além de subestimar os potenciais e prováveis efeitos anticoncorrenciais da exigência de transparência de preços.

### **3.1. A transparência legitima-se somente quando resulta na promoção da livre concorrência, não sendo um princípio ou objetivo em si da política energética nacional**

Apesar de as manifestações apresentadas pela ANP no trâmite da Consulta Pública nº 20/2018 permitirem concluir que a agência não apresenta qualquer resistência quanto à afirmação da livre concorrência enquanto um dos princípios e objetivos legalmente previstos da política energética nacional<sup>20</sup>, a proposta de Resolução em consulta falha ao elevar a transparência ao mesmo status da promoção da livre concorrência na seara de suas competências.

Conforme destacado, pressuposto normativo e um dado indiscutível é o de que o modelo adotado pela Lei do Petróleo é baseado na liberdade de preços e na livre concorrência. A promoção da livre concorrência é um dos objetivos da política energética nacional (art. 1º, IX), a ser perseguido em todas as etapas do setor.

O artigo 69 da Lei 9.478/97 (com redação dada pela Lei 9.990/00) estabeleceu o prazo de até 31 de dezembro de 2001 para a desregulamentação dos preços, dando início ao processo quando da publicação da lei. Durante o período determinado, o Ministério da Fazenda, em conjunto com o Ministério de Minas e Energia e com o Ministério do Planejamento, editou seis Portarias, as quais conferiram a liberalização dos preços para os diversos tipos de combustíveis. Em janeiro de 2002, as importações foram liberadas e os preços passaram a ser definidos pelo mercado. Entretanto, a atuação monopolista na atividade de refino não permitiu um comportamento de mercado na prática, e a possibilidade de adoção de práticas restritivas geraram distorções significativas no processo de determinação de preços no setor.

A Nota Técnica nº 11/2001 da ANP destaca que a desregulamentação foi baseada em um alinhamento à tendência mundial, no sentido de reduzir o papel do Estado como agente executor e estimular a concorrência. O objetivo principal da política pública de desregulamentação era o aumento da competição no setor, por meio do aumento de importações e surgimento de novos *players*. À ANP foi atribuído o papel de fiscalizar e promover a regulação e a concorrência, ou seja, combater políticas que viabilizem uma uniformização dos preços ou de qualquer outra variável econômica.

<sup>20</sup> Conferir, por exemplo, parágrafo 12 e seguintes da Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018.

No mesmo sentido, no segundo item da Nota Técnica nº 68/2018 da ANP, a própria agência aponta que a Lei do Petróleo definiu, entre os princípios e objetivos da política energética nacional, a proteção do interesse dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta, e a promoção da livre concorrência. Em seguida, esclarece que cabe à ANP a implementação da política energética nacional na esfera de suas atribuições e destaca os valores que a norteiam: autonomia, previsibilidade, transparência e a cooperação.

Ocorre que, adiante na mesma seção, após afirmar que cabe à ANP a implementação da política energética nacional na esfera de suas atribuições, a agência equivocadamente eleva a transparência de preços ao mesmo status da promoção da livre concorrência na seara de suas competências. Tal equivalência, ainda que implícita, fica clara na passagem: *“cabe avaliar o formato e a extensão da divulgação das informações de preços capaz de atender, ao mesmo tempo, aos **objetivos declarados de transparência** e ao comando previsto na Lei do Petróleo de que cabe à ANP promover a livre concorrência nos mercados por ela regulados”* (Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, parágrafo 31; grifo nosso).

Tal entendimento não merece prosperar, na medida em que transparência para a agência deve ser somente um meio de implementação da política energética nacional, cujo objetivo último é a promoção da livre concorrência. Ou seja, não cabe fazer um juízo de ponderação entre livre concorrência e transparência na definição da política energética nacional, mas sim a observação de um único objetivo que é a livre concorrência. A transparência nada mais é que uma das ferramentas que poderia possibilitar alcançar esse objetivo, o que não ocorre no mercado de combustíveis, por todo o exposto no presente documento.

Conclui-se, portanto, que a transparência deve atender à implementação da promoção da livre concorrência e não se sobrepõe a ela, de modo que a diminuição da concorrência não possa ser aceita em prol da transparência, que sequer é um dos princípios ou objetivos da política energética nacional. Em linha com as próprias opções feitas pelo modelo de regulação para o setor adotado no Brasil, medidas que possam ir contra a livre concorrência e a liberdade de preços devem ser evitadas, ainda que supostamente favorecessem transparência no mercado.

Note-se, nesse sentido, que a própria legalidade de exigência de informação sobre preços na extensão pretendida é questionável. Apesar de o ordenamento jurídico prever o direito de acesso por todos a informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII, da CF), ele também confere ampla proteção a dados considerados concorrencialmente sensíveis e protegidos pelo sigilo de negócios como são, notoriamente, dados sobre preços e quantidades adquiridas. O mesmo se aplica, principalmente, às fórmulas de precificação utilizadas por diferentes agentes, em especial em um mercado no qual a precificação é uma das principais variáveis competitivas dos diferentes agentes de mercado. Dar publicidade a esses dados, além de contraproducente, pode ser ilegal.

Um dos fundamentos do direito empresarial é o sigilo do modo em que o empresário conduz a sua atividade, bem como dados estratégicos, dado o seu valor concorrencial – preços, volumes vendidos e adquiridos, fórmula de precificação, lista de fornecedores e clientes e assim por diante. Essa proteção é decorrência direta dos princípios da livre iniciativa, do empreendedorismo e da livre concorrência (art. 170, CF), também protegidos por normas que resguardam a intimidade em geral (art. 5º, X e XII, CF; aplicável à pessoa jurídica cf. art. 52, Código Civil), o sigilo fiscal (art. 198, Código Tributário Nacional), o sigilo bancário (art. 1º, Lei Complementar nº 115/2001) e o sigilo comercial (Lei de Propriedade Industrial).

Com o intuito de proteger esse conhecimento específico do empresário, a lei veda o acesso a sua documentação fiscal e contábil, proibindo, inclusive o Judiciário, de fiscalizar livros (art. 1.190, CC), e restringindo a exibição de documentos aos casos de “sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência”, apenas (art. 1.191, CC). Se o Judiciário – com toda sua autoridade jurisdicional – tem restrições legais para acessar dados sensíveis de empresas, quanto mais agências reguladoras que devem nortear sua atuação no estrito cumprimento de mandamentos legais, com o objetivo de fiel execução das leis.

Afinal, dados sobre preço, frete e fórmulas de precificação, fornecidos ao longo do tempo, constituem informações sensíveis e estratégicas de empresas e fornecem informações sobre o mercado que podem ser utilizadas para fins anticompetitivos. Como se sabe, esses dados podem informar sobre a capacidade de compra e valor de compras realizadas, fornecedores, além da eventual periodicidade das compras e

alterações de precificação. Não é por outro motivo que o Regimento Interno do Cade estabelece que documentos, dados e informações dessa natureza, incluindo aqueles “relacionados a sigilo fiscal”, são confidenciais (art. 92).<sup>21</sup>

Dito isso, é importante distinguir obrigações de transparência com relação ao regulador com a transparência para o mercado. Se as obrigações de envio de dados de preços - transparência - com relação ao regulador podem ser problemáticas do ponto de vista jurídico pelos motivos expostos acima, a transparência destes dados para o mercado como um todo tem o agravante de poder gerar efeitos anticompetitivos perversos.

### 3.2. Comentários gerais à minuta de resolução da ANP

Para além das observações de ordem mais gerais feitas ao longo do item anterior, é possível identificar problemas específicos da minuta de Resolução tal como desenhada. Em primeiro lugar, conforme será detalhado no **item 3.2.1.**, acreditamos que há clara contradição entre o modelo de liberdade de preços e as obrigações de transparência sobre o preço. Ao lado da questão da transparência, a minuta de Resolução tal qual proposta traz uma outra consequência: ela fixa indiretamente os preços a serem praticados por produtores e importadores de combustíveis, ao tornar mandatário que a fórmula adotada pelos agentes econômicos atenda aos critérios previstos pela Resolução, conforme será detalhado no **item 3.2.2.** No mais, o modelo proposto traz inúmeros riscos com relação a vazamentos e uso indevido de

<sup>21</sup> “Art. 92. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja **divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos** (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: (i) escrituração mercantil; **(ii) situação econômico-financeira de empresa;** **(iii) sigilo fiscal ou bancário;** (iv) **segredos de empresa;** (v) processo produtivo e **segredos de indústria**, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; (vi) **faturamento do interessado;** (vii) data, valor da operação e forma de pagamento; (viii) documentos que formalizam o ato de concentração notificado; (ix) último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; (x) **valor e quantidade das vendas** e demonstrações financeiras; (xi) **clientes e fornecedores;** (xii) capacidade instalada; (xiii) **custos de produção** e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou (xiv) outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto 7.724/12.”

informações, preocupação que será explorada no **item 3.2.3**. Por fim, a falta de especificação e justificação de regras de transparência para diferentes mercados faz com que a minuta de resolução deixe de focar em medidas para o elo que seria o mais relevante para a definição final do preço dos combustíveis: o elo do refino, questão que será desenvolvida no **item 3.2.4**.

### **3.2.1. Há contradição inerente entre o modelo de liberdade de preços e obrigações de transparência sobre preço**

No caso em tela, há uma contradição inerente entre a ideia de liberdade de preços e exigências de publicização de dados sobre preço. A concepção que parece nortear a minuta de resolução em questão, segundo a qual preços podem ser objeto de obrigações relativas à sua publicação e continuar sendo livres, é problemática porque pressupõe que apenas a determinação dos preços pelo Estado seria capaz de afetar a liberdade de preços, o que não é verdade.

Mesmo sem qualquer determinação estatal, a liberdade de preços, entendida como a livre capacidade dos agentes de mercado de definirem seus preços individualmente, pode ser colocada em risco por exigências de publicização, respeito a fórmulas e transparência, em especial se perseguidas nos moldes pretendidos pela minuta de Resolução. A transparência com relação aos preços pode acabar elidindo o caráter individual de sua determinação, na linha do que já demonstrou o DEE em sua nota técnica, especialmente no caso da exigência de que parâmetros da fórmula sejam seguidos. Nesse sentido, preços livres são indissociáveis da própria noção de livre concorrência e esta é uma condição para que haja liberdade efetiva de preços.

Ora, conforme analisado em profundidade pela Nota Técnica nº 16 do DEE/Cade, a avaliação das experiências internacionais de publicização de preços no mercado de combustíveis gera, no cenário mais amplo, uma diminuição da concorrência. Essa diminuição da concorrência reduz a liberdade de preços e resulta em prejuízos para o consumidor final.

Adicionalmente, em linha com postura recente de algumas entidades que atuam em defesa dos consumidores, a transparência de preços e a publicização de fórmulas

de precificação podem gerar informações distorcidas, interpretações equivocadas e aumentar a pressão para que entidades se creditem indevidamente a competência para arbitrar preço supostamente “adequado” nos combustíveis, a despeito de a lei estabelecer que o preço dos combustíveis é livre. Isso pode, inclusive, fazer com que se exija administrativa e judicialmente que a ANP tente exercer o controle desses preços.

Por essas razões, a política de transparência pretendida vai contra o modelo de regulação adotado no Brasil. Mais que isso, ao contrário do que se espera, ela pode ser prejudicial à livre concorrência, resultando em uma elevação de preços.

### **3.2.2. A adoção da fórmula proposta coloca em risco o regime de liberdade de preço**

Outra preocupação que emerge da minuta de Resolução tal qual proposta diz respeito à constatação de que, sob vestes da transparência, a ANP acaba por fixar indiretamente os preços a serem praticados por produtores e importadores de combustíveis, indo mais uma vez de encontro à liberdade de preços que rege o setor.

Com efeito, o artigo 2º, inciso II, da minuta de Resolução define a fórmula paramétrica de preços como a fórmula de precificação escolhida pelo agente econômico. Em que pese essa aparente liberalidade na determinação da fórmula a ser utilizada pelas empresas atuantes no setor, a ANP a vincula, por meio do artigo 4º, a uma série de parâmetros obrigatórios, que devem ser homologados pela Agência e atendidos sob pena de aplicação das sanções previstas pela Lei das Penalidades do setor de combustíveis (Lei nº 9.847/1999). Mais especificamente, os preços de referência no mercado internacional devem atender aos seguintes critérios: (i) ser largamente utilizados por agentes econômicos em diversos países e (ii) possuir cotações de fácil acesso pelos agentes econômicos partícipes do contrato e pela ANP (art. 4º, §1º, incisos I e II), sob pena de aplicação de penalidades.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> 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.

§ 1º O preço de referência no mercado internacional adotado na fórmula de preço parametrizado deverá atender aos seguintes critérios:

A Nota Técnica nº 68/2018 da ANP também evidencia o conflito entre esta determinação e a liberdade de preços do setor. No documento, a ANP explicita que fórmula paramétrica deve considerar preços de referência reconhecidos no mercado internacional (dados de benchmarks), “com substancial liquidez, representatividade para o mercado nacional e dados de fácil acesso” (parágrafo 60), além de outras variáveis, como custos logísticos internacionais e domésticos.

Ao lado da vinculação da fórmula paramétrica a critérios determinados na Resolução, outro fator que impacta negativamente a dinâmica concorrencial do setor é a exigência de submissão à homologação da ANP de qualquer alteração nos contratos de fornecimento de combustíveis, inclusive de fórmulas, com uma antecedência mínima de 60 (dias).<sup>23</sup> Como visto, o suprimento nacional conta com participação crescente do mercado internacional, o que expressa a liberdade comercial das distribuidoras em decidir sua fonte supridora. Esta decisão é tomada com base em fatores estratégicos e principalmente econômicos, notadamente as diferenças de preços entre o produto comercializado pela Petrobras e aquele advindo do mercado internacional, o que exige que os contratos contem com alto grau de flexibilidade e agilidade. Nesse sentido, a exigência de envio, com 60 dias de antecedência, de qualquer alteração contratual, inclusive fórmulas, vai de encontro à dinamicidade e flexibilidade que marcam essas relações comerciais. Portanto, o efeito dessa medida seria o engessamento da cadeia de fornecimento de combustíveis.

Outro efeito da exigência de homologação com envio prévio mínimo de 60 dias, tal qual proposta pela ANP, é sua natural incompatibilidade com fatores operacionais

*I - ser largamente utilizado por agentes econômicos em diversos países; e*

*II - possuir cotações de fácil acesso 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.*

<sup>23</sup> Art. 14. *A Resolução ANP nº 58, de 17 de outubro de 2014, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 24. ....*

*§ 1º .....*

*f) preço parametrizado por combustível e por ponto de entrega, conforme fórmula que contenha, no mínimo, as parcelas estipuladas no Anexo I Resolução ANP nº XXX, de XX de agosto de 2018, no caso de agente dominante.*

*.....*

*§ 3º Após a homologação dos contratos de fornecimento de gasolina A, de óleo diesel A, de óleo diesel marítimo e de OCTE de que trata o caput, **qualquer alteração dessas condições deverá ser submetida a nova homologação da ANP, com antecedência de sessenta dias.**” (NR) (grifo nosso)*

inerentes à cadeia de fornecimento. Mais uma vez, a medida constitui ameaça à garantia de abastecimento ao não considerar fatores como paradas inesperadas nas refinarias ou mesmo alterações da capacidade de armazenagem das refinarias em virtude de variação de demanda, inerentes à dinâmica de fornecimento.

Não bastasse isso, a minuta de Resolução também cria grande insegurança jurídica ao não especificar (i) como se daria esse processo de homologação; (ii) o que aconteceria na hipótese de não homologação; (iii) qual a relação entre a fórmula publicada por agentes dominantes e as fórmulas previstas em contratos (elas teriam que ser iguais?) etc. Sobre esse último ponto, também a própria definição do agente a ser considerado como dominante pode ser problemática.

Com efeito, a minuta de Resolução proposta pela ANP define o agente dominante como aquele que detém participação de mercado, na etapa de produção e importação, *"superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo em cada macrorregião do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)"* (art. 2º, I). A restrição da participação a macrorregiões, e não ao mercado relevante em questão (nacional, no elo da produção), teria como efeito o desincentivo a investimentos neste elo da cadeia de combustíveis. Isso porque blocos de refino anunciados a venda facilmente representariam patamar superior à participação de 20% tal qual definida pela Resolução, submetendo o adquirente, conseqüentemente, às obrigações de publicização de fórmulas dos agentes dominantes tais quais definidas na proposta atual da Resolução.<sup>24</sup>

Por esses motivos, as medidas propostas acabam por potencializar, e não reduzir, os desincentivos já existentes aos investimentos no setor, hoje substancialmente atrelados à possibilidade de uma política de controle de preços nacional. Ainda, 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, se revela uma forma de controle de preços e

<sup>24</sup> O Plano de Desinvestimento divulgado pela Petrobras em abril de 2018, pelo qual a empresa anunciou sua pretensão de vender até 25% de sua capacidade de refino, previa a venda de participação de dois grandes blocos regionais – um deles no Nordeste e outro no Sul, englobando refinarias cuja representação ultrapassa 30% do refino do país.

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.

### **3.2.3. Modelo proposto traz inúmeros riscos com relação a vazamentos e uso indevido de informações**

Ao lado da contradição inerente entre o modelo de liberdade de preços e as obrigações de transparência e dos problemas relativos à adoção da fórmula proposta, como se alertou acima, a sensibilidade de acesso a dados de preço é tamanha que a doutrina concorrencial sugere que o compartilhamento dessas informações de maneira desagregada e sem uma defasagem deveria ser completamente proibido e considerado, automaticamente, um ilícito concorrencial.

A mera possibilidade de que isso possa ocorrer por meio dos sistemas de coleta de dados propostos deveria ser suficiente para afastar a adoção da medida tendo em vista os graves prejuízos que poderiam decorrer para o consumidor e o setor.

Além disso, a publicação dos dados de preços praticados pelo distribuidor ao seu cliente e pelo revendedor ao consumidor irá gerar informações distorcidas e interpretações equivocadas pelos consumidores e entidades públicas.

Em primeiro lugar, porque alguns agentes econômicos que atuam nos três elos da cadeia praticam preço artificial, que só é possível ser obtido com adulteração de produto, fraude na bomba medidora, sonegação e inadimplência de tributo (devedor contumaz) e outras irregularidades.

Um produtor e/ou distribuidor que pratica um preço muito baixo, muitas vezes inferior ao de custo, o faz em razão de sonegar ou inadimplir tributo, por exemplo. É possível identificar este comportamento no levantamento de preços realizado pela ANP. Importa destacar uma vez mais que os tributos dos combustíveis são muito superiores às margens brutas de distribuição.

Em segundo lugar, porque a formação dos preços praticados pelos distribuidores aos seus clientes (revendedores ou grandes consumidores) é individual e observa inúmeras variáveis, tais como: quantidade de produto adquirida, investimentos realizados, histórico comercial, prazo de pagamento, modal de transporte etc. Todas essas condições fazem com que o preço praticado com um cliente dificilmente será igual ao outro, o que pode (e geralmente é) interpretado por consumidores, agentes públicos e pelos próprios clientes como uma forma de discriminação.

#### **3.2.4. Falta de especificação de regras de transparência para diferentes mercados**

Além do exposto, a proposta da ANP, ainda que bem intencionada, não se mostra capaz de promover a concorrência na linha do que se propõe também por buscar uma solução genérica de transparência para diversos e específicos mercados de combustíveis (gasolina, diesel, GLP e gás natural). Além disso, tenta tratar de modo indistinto os diferentes segmentos da cadeia: refino, distribuição e revenda. Tal abrangência da proposta da agência comporta riscos potenciais no que concerne aos desenhos de novos instrumentos e aos seus problemas de *enforcement*.

Apesar de ser possível cogitar que, no elo da produção, a medida de transparência poderia, em tese, incrementar a concorrência, no contexto do poder de monopólio da Petrobras no refino, as considerações apresentadas no presente documento permitem concluir que a mitigação desse poder não será a consequência alcançada. No lugar de mitigar o monopólio, a transparência proposta acaba por desestimular o ingresso de novos *players* que não terão interesse em exercer uma atividade econômica em que será obrigado (i) a informar sua fórmula de preço, (ii) a fixar preço conforme a fórmula em contrato, o que permitiria variação de preço, mas impossibilitaria variação em desconformidade com os parâmetros da fórmula (em um mercado onde o preço varia frequentemente conforme preço internacional); (iii) a informar ao órgão regulador alterações na fórmula com uma antecedência de 60 dias; e (iv) a tornar pública a sua fórmula de preço, se for agente dominante. Sobre este último ponto, como apontado anteriormente, uma única refinaria, a depender da região que estiver localizada, pode ser considerada dominante e, conseqüentemente, estar submetida, nos termos da Resolução da ANP, a inúmeras obrigações de

transparência de preços e fórmulas. Tal quadro acaba por inibir o interesse de investidores quanto à aquisição de refinarias da Petrobras, deixando claro que o efeito da medida, ao invés de mitigar o poder de monopólio no refino, pode acabar o realçando.

Adicionalmente, o problema de abrangência de transparência desvia o foco daquilo que deveria ser o problema estrutural principal: o segmento de refino que conta com praticamente 100% da participação da Petrobras.

Desde o início do governo do atual presidente da República, a tarefa de formular e implementar a política de preços foi entregue à Petrobras.

Sob tais circunstâncias houve recentemente estímulo à importação de combustíveis, gerando uma possibilidade de contestação do monopólio de refino. No entanto, o aumento da frequência de reajustes não resistiu ao teste de estresse, quando o câmbio se desvalorizou e, simultaneamente, os preços do petróleo subiram com mais vigor nos primeiros vinte dias de maio de 2018. Após a greve dos caminhoneiros, como abordado na introdução a este parecer, a intervenção do governo decretou o fim dessa prática, pois os preços do diesel após um período de congelamento passaram a ser reajustados mensalmente.

A falta de foco no elo da produção, além de trazer os problemas concorrenciais para este elo, já apresentados, traz consequências para distribuição e revenda.

Em primeiro lugar, como a própria ANP<sup>25</sup> admite, as regras de transparência de preço para distribuição e revenda deveriam ser distintas, tendo em vista que características específicas do elo da distribuição fazem com que eventuais benefícios que poderiam advir de um aumento da transparência não possam se verificar, nem mesmo em tese.

Ainda de acordo com a ANP<sup>26</sup> a transparência das informações de preços ao público na etapa de distribuição deve ser menor com base nas seguintes premissas: (i) informações de preços em etapas anteriores aos da revenda pouco influenciam as decisões dos consumidores; (ii) revedores são empresas que possuem estrutura

<sup>25</sup> Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018.

<sup>26</sup> Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018.

interna designada para providenciar compras e os custos de procura já estão contabilizados na atividade.

Não resta claro na minuta de resolução, por exemplo, se as informações prestadas por distribuidores e revendedores no i-simp serão publicadas e, em caso afirmativo, de que forma será a publicação (em tempo real, de maneira desagregada). De toda forma, caso isso venha a acontecer, importante reforçar que a publicação destes dados trará prejuízos a concorrência, com riscos de pressão por elevação de preço discutidos acima tenderiam a ser observados.

Na revenda, por sua vez, a Nota Técnica nº 16/2018 do DEE/Cade já recomendou que as informações coletadas não fossem disponibilizadas imediatamente aos consumidores e revendedores, e que uma opção mais interessante e menos arriscada seria a coleta dessas informações e o seu armazenamento por ANP e Cade, dados os riscos anticompetitivos de sua publicação a terceiros.

No fundo, não é um exagero afirmar que a não diferenciação entre regras de transparência é um problema que deriva da falta de clareza geral da minuta publicada. Como foi afirmado ao longo deste parecer, a minuta tem problemas sérios na parte de regras de transparência para os produtores e importadores de combustíveis e outros derivados de petróleo, na confusão entre transparência e fórmula de precificação (que não tem por objetivo promover a transparência, mas controlar eventuais condutas exclusionárias) e nas regras de transparência para os elos de distribuição e revenda.

Outro ponto que merece destacar é que a transparência de preço também não é apta à promoção da concorrência no segmento de lubrificantes. Neste caso, ainda salta aos olhos o fato de que a ANP sequer apresentou justificativa para utilização da medida, no mercado de óleos básicos, desconsiderando diferenças essenciais deste mercado em relação aos mercados de combustíveis.

Acreditamos que a transparência de preços e de fórmulas no mercado de óleos básicos representaria um instrumento contrário, e não favorável, à promoção da concorrência no setor, aumentando significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes, dadas as características do setor.

Além disso, a obrigatoriedade da transparência de preços e de fórmulas em etapas do setor anteriores à comercialização final de lubrificantes, tal qual determinada na minuta de Resolução, não traz nenhum ganho ou incremento do bem-estar do ponto de vista do consumidor final e da redução de custos de procura, por tratar-se de elo anterior à comercialização final do produto.

Igual entendimento se aplica à publicação dos preços dos produtores, distribuidores e revendedores de combustíveis, que além de não mitigar o poder de monopólio da Petrobras na produção, não incrementa a concorrência.

Para garantir a livre concorrência e os interesses dos consumidores quanto à preço, qualidade e oferta dos produtos, colaborando para um adequado ambiente concorrencial, é fundamental que antes da publicação de qualquer medida, seja realizado um estudo técnico, detalhado e específico para cada segmento e cada elo da cadeia. Tal estudo é importante para comprovar a eficiência e eficácia da medida proposta, além dos benefícios e malefícios que serão gerados à sociedade e os impactos econômicos, ambientais e sociais.

#### 4. ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR

Com base nas considerações feitas ao longo das Seções anteriores, conclui-se que a minuta de Resolução da ANP falha, no mérito e na forma, na consecução dos objetivos de promoção da concorrência e do bem-estar do consumidor, para além do de redução de preços no setor de combustíveis. Com efeito, há alternativas regulatórias, diferentes da transparência tal qual proposta no âmbito da Consulta Pública nº 20/2018, mais adequadas e eficazes para amenizar a volatilidade e/ou potencialmente reduzir preços no setor. Em particular, ressaltam-se duas propostas, algumas das quais contariam com mais participação da agência, outras com menos:

- o Manutenção da política de precificação da Petrobras com paridade ao mercado internacional, estímulo a parcerias e desinvestimentos (**item 4.1**);

- o Alteração da estrutura tributária do setor e combate à evasão fiscal como melhor resposta para garantir competitividade no setor (ponto que será desenvolvido no **item 4.2**).

#### **4.1. Manutenção da política de precificação com paridade ao mercado internacional e estímulo a parcerias e desinvestimentos**

Ao lado da agenda tributária do setor, a manutenção da política de precificação da Petrobras com paridade ao mercado internacional e o estímulo a parcerias e desinvestimentos são medidas centrais na agenda de promoção da concorrência no setor de combustíveis.

Como destacado, combustíveis são commodities com alta volatilidade e transacionadas na produção e importação por meio de contratos de curta duração. A partir de 2015, com a introdução de uma política de preços com paridade internacional, ao lado de uma abertura às importações, houve um incremento substancial da competitividade no mercado. No elo da produção, os efeitos desta política são evidenciados pelas participações dos importadores, que puderam pela primeira vez contestar o poder de monopólio da Petrobras. Se, em 2014, sua participação era zero, em 2017 ela representava 25% no mercado de diesel e 12% no de gasolina.<sup>27</sup>

Os efeitos competitivos não se restringiram à etapa de produção. As distribuidoras regionais também se consagraram como as grandes vencedoras das alterações observadas desde 2015, em razão do acesso a diferentes fontes de suprimento de combustíveis a preços competitivos.

A distribuição regional, inclusive, aumentou sua expressividade no mercado nacional. Se, em janeiro de 2015, elas detinham em conjunto uma participação de mercado de 65,1%, em maio de 2018 elas passaram a deter cerca 70,3%. Outro dado que pode reforçar o aumento da participação das distribuidoras regionais é o aumento da participação dos postos que escolheram não exibir marca comercial de um distribuidor (postos bandeira branca). De acordo com o Relatório de Abastecimento de março de 2018 da ANP, os postos bandeirados, que revendem combustíveis de distribuidores

<sup>27</sup> Conforme dados da ANP.

exclusivos, correspondem a 57,5% do total de postos revendedores, menor percentual dos últimos anos. O número de revendedores bandeira branca, em seu turno, aumentou para 42,5%.

Portanto, os dados dos elos de produção, distribuição e revenda evidenciam que a política de precificação da Petrobras com paridade ao mercado internacional esteve relacionada a ganhos substanciais em termos de competitividade no setor de combustíveis. A importação provocou a Petrobras a adotar uma política comercial mais competitiva, funcionando como um mecanismo de contestação ao monopólio da estatal.

A manutenção deste processo deve ser acompanhada do incremento de parcerias e desinvestimentos da Petrobras, o que ajudará na redução da dependência crescente nas importações. A participação de novas empresas no refino poderia gerar investimentos adicionais nesta etapa da cadeia, ampliando a capacidade instalada de refino no Brasil, além de gerar ganhos de eficiência, diminuindo os custos nesta importante fase da cadeia, com forte peso na formação dos preços dos combustíveis. Esse parece, inclusive, ser o interesse da própria companhia, que já declarou a conveniência da construção de parcerias com outros agentes.<sup>28</sup> Por meio de seu Plano de Negócios e Gestão 2017-2021 ("PNG 17-21), a Petrobras divulgou compor sua estratégia de negócios ampliar parcerias e realizar desinvestimentos na área de refino no *downstream*, possibilitando a introdução de outros atores no refino e na logística.

Por meio dessas medidas, o resultado esperado é que se opere a mitigação dos efeitos do poder de monopólio da Petrobras no mercado de combustíveis. Com o fim do poder de monopólio, o mercado de refino passaria a ser marcado por alto grau de competitividade, desconcentrando-se da Petrobras. Nesse cenário, as negociações poderiam seguir novos modelos contratuais, prevendo diferenciações por volume, por exemplo, o que propiciaria que os preços nesse elo da cadeia seguissem práticas de mercado. As consequências contemplariam benefícios aos consumidores, através de maior eficiência e adequação de níveis de serviço, bem como um maior estímulo à competição, reduzindo as assimetrias competitivas relevantes hoje existentes e as práticas ilegais.

<sup>28</sup> Conferir Relatório do Combustível Brasil de Maio de 2017 p. 12.

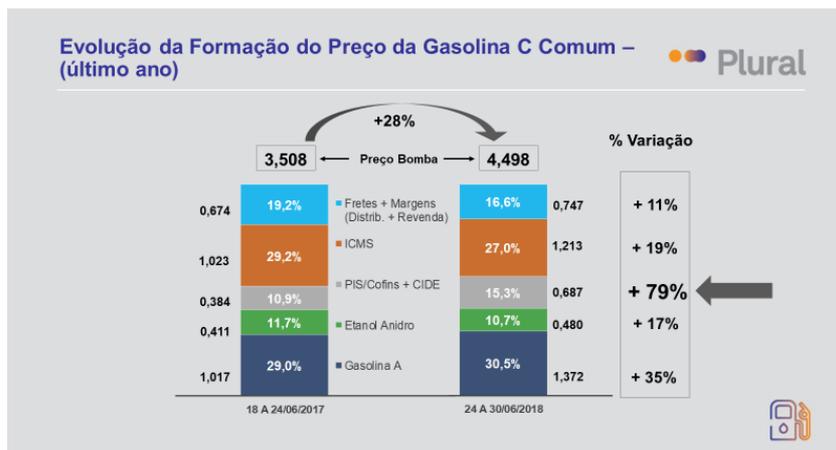
## 4.2. Alteração da estrutura tributária do setor e combate à evasão fiscal

Embora não seja o foco do parecer, as discussões tributárias são fundamentais para a promoção da concorrência e do bem-estar do consumidor e a ANP poderia ter papel chave nessa discussão, em especial da perspectiva de *advocacy*. Em especial, dentro da seara tributária, duas pautas principais destacam-se enquanto temas necessários à efetivação de um mercado competitivo e produtivo: a reforma da tributação no setor e o combate à evasão fiscal.

A carga tributária incidente sobre o mercado de combustíveis é extremamente elevada, e acaba desempenhando papel central da dinâmica de preços do setor. Como destacado na Introdução deste parecer, recentemente, de maneira diversa à verificada em outros setores da economia, o mercado de combustíveis foi fortemente onerado em termos tributários.

No caso da Gasolina C, por exemplo, o aumento da CIDE e do PIS/Cofins representou cerca de R\$ 0,303 (trinta centavos) por litro comercializado (Quadro 1). Quando comparados com os demais elementos que compõem o preço dos combustíveis, os tributos revelam-se como os mais relevantes para conformação do preço final. Com efeito, no caso da Gasolina, os tributos representam 42,3% (27,0% ICMS, de competência estadual e 15,3% PIS/Cofins e CIDE, de competência federal, média nacional) e os custos e margens de produção e refino representam 41,2% do preço final do produto. Fretes e margens da distribuição e da revenda, portanto, representam apenas 16,6% do preço.

### Quadro 1 – Preço Gasolina C<sup>29</sup>



Essa elevada carga tributária apresenta efeitos que vão além do desincentivo aos investimentos no setor e a redução da renda dos consumidores. Constituindo os tributos os elementos mais relevantes para a conformação do preço final dos combustíveis, sendo, no caso da gasolina, como visto, cerca de 2,6 vezes maiores do que os fretes e as margens de lucros da distribuição e da revenda, somados, incentiva agentes oportunistas a ingressar no mercado e buscar afastar de forma fraudulenta o peso tributário a ser suportado, aumentando significativamente suas margens e impossibilitando a concorrência por parte das empresas que zelosamente cumprem com suas obrigações fiscais. Não por outro motivo, práticas como a sonegação fiscal, a inadimplência reiterada de tributos e fraudes diversas são disseminadas no setor, revelando-se como cerne da política comercial de diversos agentes. Estimativas da FGV (2017) indicam que mais de 4,8 bilhões de reais foram sonegados em 2016 somente no setor de combustíveis.

Outros fatores facilitam ainda mais à propagação de práticas evasivas no setor, com nefastos efeitos sobre a concorrência. De um lado, a existência de alíquotas diferenciadas de ICMS nos estados. De outro lado, a atuação de empresas que encontram na evasão fiscal o cerne de sua política comercial, não raramente recorrendo indiscriminadamente ao Judiciário para a obtenção de decisões liminares para protelar o pagamento de tributos.

<sup>29</sup> Fonte: ANO/Esalq (CEPEA)/Cotepe – Média Brasil.

Como consequência desse quadro sintomático, a disseminação de práticas tributárias fraudulentas acaba por trazer fortes prejuízos não somente ao Erário e aos consumidores, que se deparam com o risco constante de adquirirem produtos adulterados e de baixa qualidade, mas também a própria concorrência do setor. De fato, sendo a vantagem obtida por meio da sonegação muitas vezes superior à margem de lucro na comercialização de combustíveis, torna-se impossível replicar os preços praticados pelas empresas que encontram na evasão fiscal o cerne de sua política comercial. Com isso, não somente se cria um incentivo à adoção de práticas semelhantes pelos demais agentes atuando no setor, como também cria desestímulos ao ingresso de novas empresas no setor e inibem novos investimentos das empresas atuantes no mercado.

Nesse contexto, medidas regulatórias e administrativas deveriam ocupar o cerne do debate relativo à promoção da concorrência do setor, em especial a adoção da monofasia e a análise dos efeitos anticoncorrenciais de práticas tributárias.

No que toca à primeira medida, um imposto monofásico, recolhido no primeiro elo da cadeia, evitaria desequilíbrios e permitiria a redução da evasão fiscal. Em primeiro lugar porque a carga tributária seria uniforme em todo o país, reduzindo fraudes e simulações com vistas a se beneficiar da menor alíquota de ICMS.<sup>30</sup> Em segundo lugar, por se tratar de fato gerador efetivo, e não presumido, as preocupações relativas à restituição do ICMS com o fim da definitividade do imposto cessariam. Por fim, a monofasia possibilitaria que a repartição da arrecadação originada das operações interestaduais variasse com base em algumas variáveis, como a origem do combustível (derivado ou não do petróleo) e do tipo de destinatário (contribuinte ou não). Com efeito, existe previsão constitucional para a incidência do ICMS em apenas uma etapa da cadeia de combustíveis mediante edição de lei complementar<sup>31</sup>, mas, até hoje, a monofasia não foi implementada da maneira prevista.

<sup>30</sup> A Constituição Federal prevê que, seja por lei complementar ou convênio, (i) as alíquotas devem ser uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto (art. 155, §4º, IV, alínea a); (ii) as alíquotas podem ser específicas por unidade de medida adotada (*ad rem*) (art. 155, §4º, IV, alínea b); e (iii) não é aplicável o princípio da anterioridade anual quando do reestabelecimento de alíquotas (art. 155, §4º, IV, alínea c da CF).

<sup>31</sup> Art. 155. *Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*  
[...]

Já no que se refere à análise dos efeitos anticoncorrenciais de práticas tributárias, urge que os distúrbios à concorrência diretamente relacionados à evasão fiscal passem a ser analisados e discutidos pelos órgãos competentes, em especial o Cade e o Poder Judiciário. A ANP poderia ter um papel central nessa agenda – por exemplo, conjuntamente com o Cade, seria possível definir critérios para verificar situações como a de seleção adversa, facilitando a análise destas condutas e suas consequências sobre a dinâmica do mercado.

## CONCLUSÃO E RESPOSTA AOS QUESITOS

Como se pode depreender dos pontos acima, a raiz do problema de preços dos combustíveis não tem relação direta com a falta de transparência nos preços, seja no refino ou nos segmentos a jusante. Logo, a atenção das regras deveria estar centrada na instituição de mecanismos que permitissem atenuar a condição monopolista do refino, a partir de mudanças estruturais que pudessem efetivamente introduzir maior grau de competição e atenuar os problemas oriundos da condição de *price maker* da Petrobras. A especificidade brasileira neste caso se traduz, em última instância, numa situação que envolve a presença de uma empresa que, ainda que seja estatal, detém o monopólio de um segmento crucial para toda a cadeia petrolífera. Em outros países, como por exemplo na Europa, a presença de mais de uma empresa atuando no refino e/ou na importação de derivados funciona, através da competição em oligopólios nacionais ou regionais, como um amortecedor das flutuações dos preços nos mercados internacionais.

Essa ênfase na transparência do setor como um todo deveria ser revista e substituída pela promoção da concorrência principalmente no que tange ao problema central - monopólio do refino. Da maneira como está a proposta a transparência estaria

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]*

*§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...]*

*X - não incidirá: [...]*

*b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; [...]*

*XII - cabe à lei complementar: [...]*

*h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (grifos nosso).*

sendo alcançada em detrimento da concorrência, em uma tal inversão da lógica dos valores previstos em Lei do Petróleo. A transparência deve ser buscada apenas na medida em que favoreça a concorrência e, dadas as diferenças entre os diferentes mercados e os diferentes elos da cadeia do setor de derivados de petróleo, esse potencial efeito pró-competitivo da transparência não ocorre de maneira similar e irrestrita em todos os segmentos que a resolução pretende abarcar. Na verdade, os próprios efeitos de transmissão de preços ao longo da cadeia, a partir de tantas mudanças simultâneas de sinalização nos diferentes mercados e segmentos da cadeia, serão de difícil apreciação.

Além disso, qualquer medida que vise a aumentar a transparência com relação a preços deve ter clara a diferença entre obrigações de transparência com relação ao regulador e transparência com relação ao mercado. Com relação ao primeiro, como visto, há dúvidas sobre a legalidade das exigências feitas pela minuta de Resolução dada sua intensidade e extensão. Com relação ao segundo, existe a real possibilidade de que a transparência tal como proposta crie efeitos perversos, que levem ao aumento de preços.

De fato, parece-me que a publicização de informações e o maior controle interno pela ANP dos dados referentes ao refino são temas que podem ser discutidos separadamente. Sobre a adoção de medidas regulatórias que ampliem e aprimorem a obtenção de dados no refino, certamente gerariam maior poder fiscalizatório ao regulador e promoveriam maior concorrência. Auxiliaria nesse processo, por exemplo, a comparação de preços praticados no mercado internacional e o monitoramento do volume de importações e do preço da Petrobrás, por volume e pontos de entrega, ou seja, de maneira mais completa do que se faz atualmente. Se faz ainda imperativo que o Cade seja acionado em caso de indícios de práticas anticompetitivas.

Com base nessas considerações, passa-se a responder aos quesitos formulados pela Consulente:

***(1) Quais seriam os impactos da transparência de preços no setor de combustíveis? Há um risco de que a transparência, no setor de combustíveis, seja maléfica à livre concorrência e ao consumidor final?***

O setor de combustíveis apresenta características propícias para que a transparência de preços resulte na elevação do preço final ao consumidor. O acesso a

informações sensíveis pode levar a maiores incentivos à coordenação – tácita ou explícita. No mesmo sentido, no que toca ao grau de transparência, apesar de ser um setor regulado em que já existe uma disseminação frequente de informações quanto a volumes de vendas, um incremento da transparência, especialmente de preços, reforça as preocupações concorrenciais. Por fim, o setor também apresenta produtos homogêneos, fazendo com que a transparência de preços acabe por reduzir a rivalidade existente, aumentando os riscos de coordenação entre agentes.

**(2) A transparência é capaz de reduzir as pressões para elevação dos preços do ponto de vista da defesa da concorrência?**

Conforme demonstrado ao longo deste Parecer, de acordo com a teoria econômica, a transparência de preços pode tanto criar pressões de elevação quanto de redução de preços e esta análise depende das características de cada mercado e da natureza dos dados e informações de preços. A possibilidade de que a transparência tenha efeitos distintos na composição de preços finais é consenso na literatura e nas experiências internacionais.

De maneira abstrata, da perspectiva da demanda, a dificuldade inerente em comparar preços e características específicas entre ofertantes tende a permitir a prática de preços mais elevados, de modo que a transparência tenderia a reduzir os custos para que os consumidores realizassem essa comparação entre produtos, funcionando como uma pressão para baixo dos preços. Contudo, da perspectiva da oferta, a transparência de formação de preços facilita a identificação dos preços praticados pelos demais agentes econômicos, auxiliando na formação e monitoramento de cartéis e mesmo na coordenação comercial tácita, mesmo sem acordos ilícitos.

A identificação da força de cada uma dessas pressões depende da estrutura do mercado que está sendo analisado.

**(3) Quais os riscos apresentados pela proposta da ANP em consulta pública?**

Há vários riscos apresentados pela proposta da ANP. Em primeiro lugar, a política de transparência pretendida vai de encontro ao modelo regulatório de livre precificação e de proteção do sigilo industrial e comercial no país. Mais que isso, ela

pode ser prejudicial à livre concorrência, resultando em elevação de preços, seja pela coordenação comercial ou por criar condições para que acordos anticompetitivos sejam monitorados mais facilmente por empresas infratoras. Por fim, o modelo de transparência traz riscos com relação a vazamentos e uso indevido de informações sensíveis, além de não ter especificado de maneira apropriada regras de transparência adequadas para diferentes mercados, colocando situações substantivamente diferentes sob as mesmas regras.

Como se afirmou ao longo do parecer, a legalidade de exigência de informação sobre preços na extensão pretendida é questionável. Dados considerados concorrencialmente sensíveis e protegidos pelo sigilo de negócios como são, notoriamente, dados sobre preços e quantidades adquiridas. O mesmo se aplica, principalmente, às fórmulas de precificação, em especial em um mercado no qual a precificação é uma das principais variáveis competitivas dos diferentes agentes de mercado. Dar publicidade a esses dados, além de contraproducente, pode ser ilegal.

A falta de atenção com relação às especificidades de cada mercado e de cada elo da cadeia de combustíveis resulta na proposição de regras de transparência amplas e homogêneas, o que pode gerar inúmeras distorções. Em primeiro lugar, como a própria nota técnica da ANP admite, as regras para distribuição e revenda deveriam ser distintas tendo em vista que características específicas do elo da distribuição fazem com que eventuais benefícios que poderiam advir de um aumento da transparência não possam se verificar, nem mesmo em tese.

Com efeito, conforme afirma a ANP na Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, o grau adequado de transparência das informações de preços ao público na etapa de distribuição “parece ser relativamente menor” com base nas seguintes premissas: (i) informações de preços em etapas anteriores aos da revenda pouco influenciam as decisões dos consumidores; (ii) revedores são empresas que possuem estrutura interna designada para providenciar compras e os custos de procura já estão contabilizados na atividade.

Por fim, a ANP não apresentou nenhuma justificativa de que a transparência de preços, em alguns mercados específicos, como o mercado de óleos básicos, seria medida apta à promoção da concorrência, desconsiderando diferenças essenciais deste mercado em relação aos mercados de combustíveis. Acreditamos que a transparência

de preços e de fórmulas no mercado de óleos básicos representaria um instrumento contrário, e não favorável, à promoção da concorrência no setor, aumentando significativamente os riscos de trocas indiretas de informações sensíveis e de colusão tácita entre concorrentes, dadas as características do setor. Além disso, a obrigatoriedade da transparência de preços e de fórmulas em etapas do setor anteriores à comercialização final de lubrificantes, tal qual determinada na minuta de Resolução, não traz nenhum ganho ou incremento do bem-estar do ponto de vista do consumidor final e da redução de custos de procura, por tratar-se de elo anterior à comercialização final do produto.

**(4) Há alternativas existentes que a ANP poderia perseguir para endereçar a questão de elevação dos preços de combustíveis de maneira mais apropriada e efetiva?**

Sim, existem alternativas regulatórias à transparência tal qual proposta pela ANP que são mais adequadas e eficazes para amenizar a volatilidade e/ou potencialmente reduzir preços no setor. Este parecer apresentou duas dessas propostas: alteração da estrutura tributária do setor e combate à evasão fiscal como melhor resposta para garantir competitividade no setor; manutenção da política de precificação com paridade ao mercado internacional, estímulo a parcerias e desinvestimentos. As duas alternativas apresentadas, não por acaso, dizem respeito aos dois principais elementos de composição dos preços de combustíveis no país: a elevada carga tributária e o monopólio no elo da produção de combustíveis.

É o Parecer.



Vinicius Marques de Carvalho