

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

ANP- Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

A/C: Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica
(SDR)

Protocolo: Avenida Rio Branco, nº 65

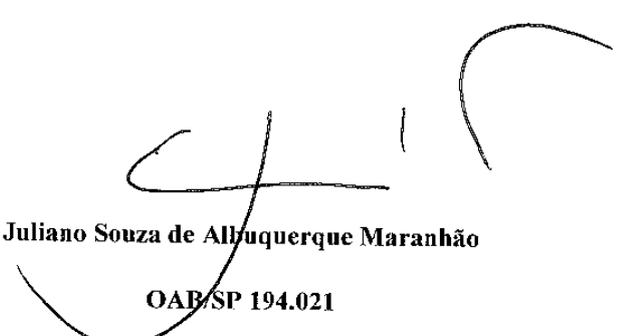
Edifício Nova Avenida, 4º andar

CEP 20.090-004 – Rio de Janeiro – RJ

Ref.: CONSULTA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS nº 20/2018, com o objetivo de “obter subsídios e informações adicionais sobre 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 dá outras providências”.

SAMPAIO FERRAZ SOCIEDADE DE ADVOGADOS (“SAMPAIO FERRAZ”), sociedade de advogados, com sede na Praça das Guianas, 92, Jardim América, 01428-030, São Paulo/SP inscrita no CNPJ sob o nº 09.814.214/0001-76, representada por seu sócio que esta subscreve, vem, tempestivamente, apresentar a sua contribuição à Consulta Pública nº 20/2018.

Com os votos de apreço, estima e consideração, colocamo-nos à disposição para prestar os esclarecimentos que se fizerem necessários.



Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

OAB/SP 194.021

Contribuição à Consulta Pública ANP nº 20/2018

A presente consulta pública tem por objeto submeter à análise popular proposta de Resolução que cria a obrigação de que produtores e importadores de derivados de petróleo informem à ANP sobre os fatores que compõem seus preços, estabelecendo também quais fatores devem, minimamente, figurar na formulação do preço. Caso os agentes sejam “dominantes”, conforme definição da própria Resolução, seria obrigatória a divulgação destes fatores em seus sites na internet. Ainda, no caso de agente dominante, os respectivos contratos de fornecimento de derivados de petróleo, nos casos em que se exige homologação prévia do contrato pela ANP (asfaltos, QAv, gás natural, combustíveis líquidos) deverão conter os parâmetros de preço indicados pela ANP.

Quanto ao mercado de gás natural, a Resolução determina que sua comercialização dar-se-á preferencialmente em mercado organizado, através de contratos padronizados, definidos pela ANP e com o auxílio da sociedade e de agentes de mercado.

Por fim, a Resolução estabelece a obrigação de envio à ANP dos preços unitários e valores de frete, para todas as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis. Revendedores varejistas de combustíveis líquidos e de GLP também deverão enviar à ANP dados sobre os preços por eles praticados. Estes dados 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.

A minuta de resolução foi baseada em duas Notas Técnicas. A Nota Técnica SDR/ANP n. 068/2018, tratou da transparência na formação de preços de derivados de petróleo e biocombustíveis. A segunda, sobre a regulamentação da transparência da formação de preços no mercado de gás natural.

Segundo afirma a Nota Técnica SDR/ANP n. 068/2018, a falta de transparência nos preços dos produtos para os consumidores seria uma falha de mercado relacionada a custos de procura. Eventual intervenção regulatória no sentido de aumentar o nível de publicidade e de comparabilidade dos preços permitiria aos consumidores tomarem decisões mais conscientes e informadas, o que geraria, em tese, uma força concorrencial benéfica.

A Nota Técnica, portanto, deixa claro que a transparência de preços é medida considerada instrumental para promover a concorrência no mercado e bem-estar do consumidor.

A Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo), estabelece como objetivos das políticas nacionais para aproveitamento das fontes de energia, entre outros, a proteção dos interesses do consumidor e a livre iniciativa¹. Assim, é de se concluir que a transparência de preços não é um fim em si mesmo, e apenas pode ser implementada, em qualquer medida, quando produza efeitos positivos tanto para os consumidores quanto para a livre iniciativa e concorrência. Merece reparo, portanto, a afirmação da própria Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, de que a transparência de preços de preços seria um objetivo declarado da política pública para o setor de combustíveis.

No presente caso, é muito provável que a transparência tenha efeito contrário àquele pretendido. A teoria econômica indica a probabilidade de efeitos negativos à concorrência e ao bem estar do consumidor ocasionados pelo compartilhamento de dados sobre preços entre concorrentes.

Neste sentido, cabe citar a Nota Técnica nº 16/2018/DEE/CADE, de 08 de maio de 2018, elaborada justamente sobre a publicidade de preços no setor de combustíveis líquidos. Conforme o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), a jurisprudência do CADE, da Comissão Europeia e dos Estados Unidos tende a considerar movimentos de compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis como prejudiciais à concorrência. Sua troca entre concorrentes é, via de regra, encarada como fator indutor de colusão. Mesmo a utilização de ferramenta que possibilite o compartilhamento ou a divulgação de preços entre concorrentes já foi tomada com indicador de cartelização pelo CADE, em particular, no Processo Administrativo n. 08012.002028/2002-24, em que o CADE verificou que uma ferramenta da ATPCO (Airline Tariff Publishing Company), teria sido usada para troca de informações instantâneas entre concorrentes, concluindo por firmar um TCC com a representada.

¹ Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

(...)

IX - promover a livre concorrência;

Do ponto de vista econômico, o DEE cita diversos estudos empíricos, muitos dos quais concluíram que iniciativas regulatórias de transparência de preços, embora bem-intencionadas, implicaram aumento dos preços e facilitaram movimentos de colusão tácita. A Nota Técnica do DEE afirma que, embora a opacidade de preços, do ponto de vista da demanda, possa ser vista como um problema, por aumentar os “*searching costs*”, do ponto de vista da oferta tende-se a aumentar os incentivos e a facilidade para movimentos de colusão tácita ou expressa, gerando uma pressão para cima sobre os preços. A resolução, assim, ainda que bem-intencionada, cria incentivos para a redução da concorrência e para prejuízos ao consumidor.

Além disso, a regulação de fórmulas de precificação e, por consequência, dos próprios preços, contraria o modelo regulatório adotado pela Lei do Petróleo e pela própria Constituição Federal (Art. 170), em que devem prevalecer a livre iniciativa, a livre concorrência e, portanto, a livre formulação de preços.

Mais especificamente, entendemos que são problemáticas as obrigações contidas nos artigos 3º e 4º, por implicarem a obrigação de divulgação e envio de informações sobre parâmetros de preço e de preços praticados, com todos os problemas concorrenciais daí decorrentes, **sem quaisquer benefícios claros e comprovados para o consumidor.**

Mostram-se igualmente problemáticas as obrigações de envio de preços unitários praticados pelos agentes de mercado na produção, distribuição e revenda de combustíveis, contidas nos artigos 9º e 10º. Isto porque, em primeiro lugar, fórmulas de preço e dados concorrenciaismente sensíveis são, via de regra, segredos de negócio, protegidos por força do direito à intimidade – aplicáveis às pessoas jurídicas, conforme o Art. 52 do Código

Civil – e do sigilo fiscal² e bancário³. Não sem razão é que o Código Civil⁴ veda ao judiciário fiscalizar os livros empresariais, restringindo tal hipótese apenas aos casos previstos em lei. Se a vedação aplica-se ao judiciário, torna-se questionável também a competência de agências reguladoras para solicitar tais dados.

O fornecimento de tais informações também gera uma série de preocupações com relação ao vazamento de informações e sua utilização indevida, não abordadas na minuta. Além disso, ela se mostra problemática por não esclarecer como os dados obtidos dos agentes econômicos de todos os elos da cadeia de combustíveis serão utilizados. Conforme o art. 16 sugerido, “*os dados e informações obtidos por meio desta resolução poderão ser utilizados pela ANP para a disponibilização de estatísticas à sociedade*”. Trata-se de disposição excessivamente ampla, que cria significativa insegurança jurídica e abre espaço para a divulgação de dados sensíveis, sem o adequado tratamento e defasagem.

Como se vê, a transparência traz inúmeros efeitos negativos, que devem afetar todos os elos da cadeia de combustíveis. Em nenhum deles a transparência de preços teria o efeito proposto, sendo provável que apenas implique no aumento de preços. Isto é especialmente preocupante quanto ao mercado de revenda de combustíveis, dados os fatores pré-existentes que, segundo o CADE, o predis põem à coordenação, tais como homogeneidade do produto, pulverização da demanda, histórico de controle de preços e presença de associações ou sindicatos empresariais.

Assim, em conclusão, posicionamo-nos contrários à resolução tal como proposta. Ainda que louvável a iniciativa, o que se verifica na prática é um muito provável

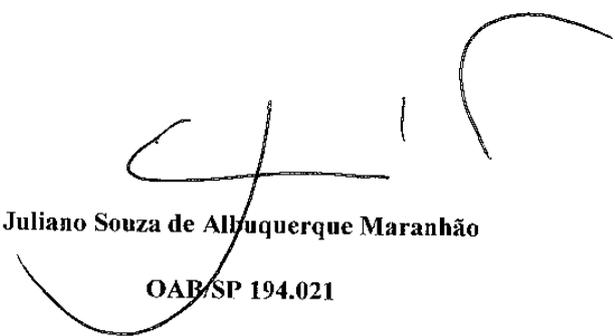
² Código Tributário Nacional, art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

³ Lei Complementar n. 105/2001, Art. 1º - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

⁴ Art. 1.190. 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.

efeito anticoncorrencial, já indicado pelo CADE, com consequentes reflexos negativos no bem-estar daquele que se pretende proteger em primeiro lugar, o consumidor. Ademais, a resolução gera significativa insegurança jurídica, ao não estabelecer claramente como e quais dados poderão ser divulgados os dados colhidos pela ANP.

Sendo o que tínhamos para o momento, colocamo-nos à disposição para prestar os esclarecimentos que se fizerem necessários.



Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

OAB/SP 194.021