

**Obrigatoriedade de apresentação de  
dados de preços no Mercado de  
Combustíveis**

Consulta Pública e Audiências Públicas nº

04/2019

Março/2019

Prezado(a) Senhor(a),

O presente documento tem por objetivo expor, de forma sucinta, a avaliação da **Raízen** sobre a proposta de Resolução nº 04, de 2019, 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, baseado na premissa de que a ANP busca através desta Resolução endereçar os seguintes aspectos:

- Ter acesso à precificação da Petrobrás/agentes monopolistas em todos os pontos de entrega diariamente; e
- Ter um processo claro e auditável de comparação dos preços praticados versus o conceito de paridade internacional para verificar se está havendo abuso na precificação (para cima ou para baixo).

Desta forma, estruturamos o documento em duas partes conforme destacamos a seguir:

- Razões técnicas pelas quais acreditamos que esta Resolução não é a melhor forma de endereçar os objetivos, enquanto se persegue o objetivo maior que é a venda pela Petrobrás de grande parte dos seus ativos de refino.
- Sugestões para atender ambos os objetivos.

Neste documento, apresentaremos as razões pelas quais acreditamos que a minuta de Resolução não é o caminho mais adequado e potencialmente prejudicaria os esforços atualmente em andamento para o aumento da competitividade no setor por meio da abertura à participação de agentes privados no refino de derivados de petróleo em território nacional. Levando em conta esse diagnóstico, a **Raízen** também apresenta uma proposta alternativa que pode ser adotada pela ANP para solucionar o problema que se tenta evitar com a edição da Resolução.

O presente texto reflete somente a opinião das empresas que compõem o **Grupo Raízen** – leia-se, Raízen Combustíveis S.A., Raízen Energia S.A. e suas respectivas subsidiárias–, sendo desautorizada qualquer interpretação ou entendimento em sentido diverso.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente consulta versa sobre minuta de resolução que apresenta como principais medidas:

- 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, do preço lista atual, bem como dos últimos 12 meses, utilizado para precificação dos produtos:

I - gasolina A comum e gasolina A premium;

II - óleo diesel A S10, óleo diesel A S500, óleo diesel marítimo e óleo diesel não rodoviário;

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

IV - gás liquefeito de petróleo (GLP) para envasilhamento em recipientes de até 13kg e GLP para outros meios de comercialização;

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

VI - cimentos asfálticos de petróleo 30/45, 50/70, 85/100 e 150/200, asfalto diluído de petróleo de cura rápida 250 e asfalto diluído de petróleo de cura

média 30. (*Minuta de Resolução, Art. 3º*)

- A obrigatoriedade da previsão contratual de preços parametrizados, a serem homologados pela ANP de acordo com os critérios estabelecidos pela Resolução (*Minuta da Resolução, Arts. 4º, 5º, 6º, 7º*);
- A possibilidade de que a ANP solicite informações adicionais, a qualquer tempo, sobre preços praticados na comercialização, incluindo componentes ou processo de formação (*Minuta de Resolução, Art. 10*);
- A possibilidade de compartilhamento de dados pela ANP com outros órgãos estatais mantido o dever de sigilo (*Minuta de Resolução, Art. 13*);

Em que pese a fundamentação da proposta de Resolução alegar que tais propostas voltam-se à proteção dos interesses dos consumidores e à promoção da livre concorrência, há indícios fortes de que as medidas de controle dos preços apresentadas pela presente proposta de Resolução venham atuar de maneira contrária a tais objetivos, podendo afetar negativamente a segurança jurídica, estabilidade regulatória e atração de novos investimentos no setor.

A Raízen destaca, abaixo, os principais pontos para aprimoramento da proposta de Resolução tendo em vista seu impacto nos diferentes segmentos da cadeia de combustíveis, principalmente com relação às disposições presentes nos artigos 2º, 8º, 10º e nos artigos que alteram outras Resoluções da agência para incluir a exigência de apresentação de contratos para homologação com preços parametrizados (Arts. 4º, 5º, 6º e 7º). Na sequência, apresentamos os argumentos que nos fazem acreditar que a Minuta de Resolução poderia prosperar com os ajustes ora propostos.

## **2. DEFINIÇÃO DA FIGURA DE AGENTE DOMINANTE**

Em seu artigo 2º a Minuta de Resolução define agente dominante nos seguintes termos:

*“I - agente dominante: agente ou grupo econômico que tenha participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano*

*anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);”*

A minuta de Resolução proposta pela Agência define como agente dominante o player que detém participação de mercado, na etapa de fornecimento primário, “*superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE)*”.

Sob a ótica concorrencial, a definição de agente dominante estabelecida pela Resolução proposta é tecnicamente imprecisa.

O conceito de posição dominante trazido pela lei antitruste se refere a situação em que a empresa possua poder econômico tal que lhe permita agir de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes.<sup>1</sup> Segundo a literatura especializada, o agente que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, aumentando preços no limite máximo e ainda impondo a outros práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência.<sup>2</sup> De tal forma, o abuso de posição dominante é reprimido pela legislação concorrencial.

A doutrina aponta ainda que o conceito de posição dominante tem um conteúdo jurídico, relacionado às considerações de política legislativa as quais determinam a linha que deve ser traçada entre um poder de mercado considerável a ponto de constituir posição dominante ou não.<sup>3</sup>

A Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) prevê que a posição dominante é verificada quando um agente controla parte substancial do mercado relevante de modo que seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. Diante de tal conceito, a Lei traz uma presunção relativa de que tal parcela substancial do

---

<sup>1</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

<sup>2</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

<sup>3</sup> “(...) *economics does not provide the means to resolve the essentially legal question whether the market power of a firm is sufficiently great to constitute a “dominant position” or “monopoly power”. Like relevant market definition, “dominant position” and “monopoly power” are legal constructs based on policy consideration which suggest where the line should be drawn between acceptable market power and suspect monopoly power.*” HAWK, Barry E. *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*. 2<sup>nd</sup> edition. Aspen Law & Business, 1990, p. 788-789.

mercado é alcançada quando o agente controla 20% do mercado relevante. Contudo é imprescindível notar que o patamar proposto na legislação se trata de uma mera presunção não aplicável a todos os setores específicos da economia, tendo em vista as diferentes dinâmicas competitivas, ou seja, a identificação precisa da posição dominante depende de identificação prévia do mercado relevante a que se faz referência<sup>4</sup>. No caso em tela a definição de posição dominante estabelecida pela Resolução tem como base um mercado relevante fictício (Macro-Região IBGE) e atécnico, pois não está amparado em qualquer análise concorrencial aprofundada ou justificada.

Uma intervenção estatal de impacto, como a proposta na Resolução ora discutida, deve possuir premissas cuidadosamente criadas<sup>5</sup>.

Dito isso, nota-se que a minuta de Resolução nº 4/2019 não adota qualquer dessas premissas para definir o conceito de “agente dominante”. Além da inconsistência no que tange ao arbitramento descontextualizado do patamar de *market share*, a proposta de resolução também não analisa adequadamente a dimensão geográfica do mercado relevante em questão, definindo-o *a priori* como “macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística” sem uma análise adequada da dinâmica competitiva do refino de derivados de petróleo.

Conforme já afirmado em sua manifestação anterior, a Raízen entende e apoia que a ANP deveria atuar em conjunto com o Cade para coibir potencial prática de condutas anticompetitivas por parte do agente dominante que inviabilizaria a concorrência ao invés de criar obrigações regulatórias acessórias que aumentam os custos de transação e os custos dos agentes de mercado.

A ANP, na verdade, pode e deve atuar no sentido de averiguar aderência dos preços praticados pela Petrobras ao mercado internacional e monitorar volume de importações e o preço da Petrobras por ponto de entrega, acionando o Cade na presença

---

<sup>4</sup> Art. 36 § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

<sup>5</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186. “(...) como se verá, o poder de mercado, quando utilizado para qualificar condutas (em especial o abuso de posição dominante), é basicamente um critério para mensuração de sua eficácia. (...) Assim, mesmo se baseado exclusivamente em uma porcentagem do mercado relevante, o referido critério deve ser dotado de certa flexibilidade, que permita adapta-lo a cada estrutura de mercado específica.”

de indícios da prática anticompetitiva. Não há necessidade de criação de obrigações regulatórias adicionais, baseadas em critérios pouco claros de definição.

O aparato regulatório deve ser reforçado de modo a que em caso de indícios de abusos de posição dominante ou prática de qualquer outro tipo de infração à ordem econômica, a ANP possa acionar as autoridades competentes – neste caso, o Cade - para providências. Os agentes prejudicados por eventuais práticas abuso de posição dominante possuem a faculdade de se utilizar dos meios regulatórios para que as devidas investigações de práticas anticompetitivas sejam reprimidas, de modo a reforçar a concorrência e não a inibir.

Cumpre notar que a definição do agente dominante com base na participação em macrorregiões políticas, e não de acordo com o mercado relevante em questão (mercado geográfico nacional, no elo da produção), teria como efeito negativo o desincentivo a investimentos neste elo da cadeia de combustíveis. Isto porque, de acordo com os anúncios de desinvestimento da Petrobras, os blocos de refino alienados facilmente alcançariam patamar superior à participação de 20% tal qual definida pela Resolução, submetendo, portanto, o adquirente às obrigações de (i) publicar, no sítio eletrônico, o preço de lista; e (ii) de submissão à homologação dos contratos celebrado com distribuidores em condições diferentes de outros agentes de mercado, como importadores, por exemplo. Como resultado, as medidas propostas podem potencializar ao invés de reduzir os desincentivos já existentes aos investimentos no setor, hoje, substancialmente associados à possibilidade de uma política de controle de preços nacional.

Ademais, e talvez mais importante, a definição proposta para o agente dominante gera, também, desincentivo, custos burocráticos e perda de flexibilidade comercial para os importadores, justamente os agentes que, no passado mais recente, ofereceram competição ao monopólio exercido pela Petrobrás na produção, gerando benefícios ao consumidor final.

Em suma, além de ser tecnicamente insustentável, a proposta ora em discussão tem o potencial de dificultar ao mesmo tempo tanto o prosseguimento do programa de desinvestimento no refino da Petrobrás – afastando potenciais investidores – quanto o crescimento dos players importadores que efetivamente oferecem contestação à atuação do produtor monopolista.

### 3. A IMPLEMENTAÇÃO DE UM CONTROLE DE PREÇOS

A Minuta de Resolução prevê que os contratos apresentados à ANP contenham os preços parametrizados pactuados entre os contratantes, por produto e ponto de entrega, formado por parâmetros fixos e variáveis exógenas e que seja passível de cálculo prévio pelos contratantes e pela agência.

A proposta dos chamados preços parametrizados veio a substituir as fórmulas contratuais propostas na Consulta Pública anterior, nas quais deveriam estar presentes os componentes que seriam indispensáveis à formação dos preços, componentes esses que deveriam ser de conhecimento público e atestáveis pelos contratantes e pelo regulador.

Neste ponto, vale um parênteses para lembrar que a proposta original da agência na TPC 01/2018, que originou todos os debates havidos até aqui, era avaliar a conveniência de se estabelecer regulação visando ao controle da periodicidade dos reajustes de preços da gasolina e do diesel. Na análise das contribuições recebidas durante a TPC 1/2018, a ANP estabeleceu as prioridades que orientariam sua escolha<sup>6</sup>: **em primeiro lugar, com um grau de importância de 55,5%, assegurar a promoção da livre concorrência. Em segundo lugar, com 25,2%, atrair investimentos. E, por fim, empatados em terceiro lugar e último lugar com 9,7%, o evitar risco social e impacto financeiro às empresas.** Com base nesses critérios, a agência concluiu que a melhor alternativa seria não regular a periodicidade dos reajustes (importância de 81,5%).

Nada obstante, a ANP aproveitou a oportunidade para avaliar outras sugestões recebidas durante a Tomada Pública de Contribuições, que de toda forma, deveriam passar pelo crivo dos mesmos 4 critérios/objetivos citados acima. Neste contexto é que a SDR foi instruída a aprofundar os estudos visando à elaboração de minuta de resolução que levasse ao **aumento da transparência na formação dos preços**. Foi daí que saiu a proposta objeto da Consulta Pública nº 20/18 de utilização de formula paramétrica nos contratos entre produtores/importadores e distribuidores, substituída, agora, pela demanda por preços parametrizados.

A verdade, contudo, é que, ainda que substituindo a exigência de fórmulas por preços parametrizados, a Minuta de Resolução atual, tanto quanto a anterior, sinaliza a

---

<sup>6</sup> Nota Técnica Conjunta no 1/2018/DG/DIR1/DIR2/SBQ/CPT/ANP.

intenção da agência de estabelecer um mecanismo de controle de preços, o que, além de ilegal, é, também, inconveniente e contraditório com as conclusões da agência pós-TPC 01/2018, como se verá.

A questão é que, pelas alterações propostas a vários normativos da própria agência<sup>7</sup>, poderá haver recusa de homologação dos contratos caso a ANP entenda que os parâmetros definidos no instrumento não se enquadram no que ela entende adequado. Como exemplo, podemos citar o art. 4º da Minuta de Resolução que apresenta as alterações na Resolução ANP nº 2/2005:

Art. 4º A Resolução ANP nº 2, de 14 de janeiro de 2005, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

.....

.....

.....

.....

I-A - agente dominante: agente ou grupo econômico que tenha participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

.....

.....” (NR)

“Art. 16.

.....

.....

§ 1º O contrato celebrado entre produtor e distribuidor será objeto de homologação pela ANP, devendo ser encaminhada cópia do instrumento contratual, do qual conste a quantidade mensal contratada por unidade produtora, local de entrega e o modal de transporte utilizado, no mínimo 60 (sessenta) dias antes do início de sua vigência.

§ 1º-A O processo de homologação do contrato terá como ênfase a promoção da livre concorrência e a garantia do suprimento e será analisado pela ANP em até 30 (trinta) dias após o recebimento da cópia do contrato.

§ 1º-B Caso a ANP não se manifeste no prazo indicado no §1º-A, o contrato apresentado entrará em vigor de acordo com os seus termos, ficando sujeito a manifestação posterior da ANP em até 60 (sessenta) dias a partir do início da sua vigência.

.....

.....

§ 5º O silêncio da ANP, superados os prazos dos §§1º-A e 1º-B, importa em homologação tácita do contrato.

§ 6º Caso a ANP se manifeste e não homologue o contrato, será concedido o prazo de 30 (trinta) dias para o produtor apresentar novo contrato.

<sup>7</sup> Resolução ANP nº 58/2014 (Gasolina diesel e OCTE); Resolução ANP nº 49/2016 (GLP); Resolução ANP nº 2/2005 (Asfaltos); Resolução ANP nº 17/2006 (QAV e GAV).



§ 7º Em caso de descumprimento dos prazos por parte do produtor, a ANP adotará medidas com vistas à garantia do abastecimento, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas cabíveis.

**§ 8º A homologação do contrato do agente dominante ficará condicionada à inclusão no contrato do preço parametrizado pactuado entre os contratantes, por produto e por ponto de entrega, formado por parâmetros fixos ou variáveis exógenas, que seja claro, objetivo e passível de cálculo prévio pelos contratantes e pela ANP.**

**§ 9º Após a homologação dos contratos, qualquer alteração de suas condições deverá ser submetida a nova homologação da ANP, que se pronunciará conclusivamente em até 30 (trinta) dias, exceto no caso previsto no § 10.**

§ 10. A alteração contratual que tenha por objetivo apenas a prorrogação do prazo de vigência do contrato, fica dispensada de homologação prévia, devendo ser encaminhada à ANP, para ciência, em até 5 (cinco) dias após sua assinatura ou antes do término da vigência do contrato alterado, caso venha a ocorrer antes dos 5 (cinco) dias previstos.

§ 11. Fica vedada a utilização de cláusulas de restrição de destino, podendo o adquirente comercializar o produto adquirido para qualquer interessado, respeitada a regulamentação vigente.” (NR)

“Art. 21-A. As regras impostas pelos §§ 1º-A, 1º-B, 5º, 6º, 7º, 8º 9º e 11º do art. 16 passam a vigorar em 1º de outubro de 2019.” (NR)

Assim, vê-se que a ANP pretende atribuir a si mesma a competência de arbitrar se preços contratuais livremente pactuados entre agentes capazes são, ou não, adequado aos critérios, caso a caso, pretende avaliar. Isto, contudo, é frontalmente contrário às disposições legais que estabeleceram a livre-precificação no setor<sup>8</sup>, e, como se disse, ao entendimento anterior da própria Agência sobre o tema quando afirmou ao final da TPC 1/2018 que não pretendia controlar preços. Como se sabe, os preços dos derivados do petróleo eram fixados por atos infralegais até a entrada em vigência do art. 69 da Lei 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”). Após um período de transição de aproximadamente quatro anos, os artigos 69 e seguintes da Lei do Petróleo inauguraram a hoje vigente liberdade de preços em toda a cadeia de produção e comercialização de combustíveis. Desse modo, nos termos da lei que rege o setor, não pode a ANP violar a lei estabelecer por ato infralegal qualquer forma de imposição – ainda que parcial – de controle de preços nas atividades de produção (refino), distribuição e revenda de combustíveis.

Com efeito, a criação do pré-requisito de apresentação de preços parametrizados para a homologação dos contratos celebrados entre agente dominante e distribuidor viola princípios legais, criando uma situação passível de subjetivismo e controvérsia na sua aplicação. Como já afirmado, a política de liberalização dos preços dos combustíveis,

---

<sup>8</sup> Artigos 69 a 74 da Lei 9478, de 1997. Após um breve período de transição, a livre precificação ficou consagrada a partir de 31 de dezembro de 2001.

prevista nos arts. 69 a 74 da Lei do Petróleo, é clara e ampla proibindo qualquer forma de interferência estatal nos preços dos combustíveis após 31 de janeiro de 2001. Este fato é reconhecido pela própria Agência, como pode ser observado ao longo de diversos trechos da Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018 e Nota Técnica SDR/ANP nº 142/2018.

21. Desde 2002, vigora no Brasil o regime de liberdade de preços em toda a cadeia de produção, distribuição e revenda de combustíveis e derivados de petróleo. Isso significa que não há qualquer tipo de tabelamento nem fixação de valores máximos e mínimos, ou **qualquer exigência de autorização oficial prévia para reajustes**. (Grifo nosso)<sup>9</sup>

Destacamos a palavra **qualquer** no texto acima para explicitar a contradição entre o que a Nota Técnica entende por livre-precificação (inexistência de qualquer exigência de autorização oficial prévia para reajustes) das regras estabelecidas pela Minuta de Resolução em debate. Claramente, a minuta não estabelece apenas um mecanismo para que a ANP conheça os preços, mas sim - e este é o objeto da preocupação central - permite que a ANP controle os preços, incluindo a frequência dos reajustes, por meio do mecanismo da homologação, o que claramente extrapola os limites da Lei.

A teoria econômica<sup>10</sup> ensina que a noção de controle estatal de preços não se restringe à definição direta ou indireta de preços a serem praticados, ou ainda dos seus limites máximos e mínimos. Na realidade, a noção de controle de preços compreende um amplo espectro de medidas estatais capazes de influenciar os preços de mercado diretamente. Disso decorre que o controle de preços se trata de um gênero do qual fazem parte diversas modalidades, sendo umas mais intensas que as outras.

Conforme destacado no parecer de Alexandre Santos Aragão em resposta à Consulta elaborada pela Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência - PLURAL<sup>11</sup>, dentre as modalidades de controle estatal de preços, pode-se mencionar o (i) congelamento de preços; (ii) tabelamento de preços; determinação de (iii) preço mínimo; (iv) preço-teto; (v) controle de preços por

<sup>9</sup> Nota Técnica SDR/ANP nº 142/2018, p. 5.

<sup>10</sup> Nesse sentido, ver, por exemplo, GALBRAITH, John Kenneth. *A Theory of Price Control*. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1952; e LAGUERODIE, Stephanie; VERGARA, Francisco. *The Theory of Price Controls: John Kenneth Galbraith's Contribution*. *Review of Political Economy*, Volume 20, Number 4, 569—593, October 2008

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Parecer: Imposição pela ANP de Fórmula Paramétrica de Composição de Preços de Derivados do Petróleo*. Rio de Janeiro. Setembro de 2018.

custo; (vi) imposição de descontos para determinadas categorias; (vii) imposição de regras de precificação. A partir de uma breve análise dos exemplos acima listados, pode-se concluir que é observado um controle de preços sempre que o agente econômico não gozar de plena liberdade em sua fixação. Isto é, sempre que ocorrer alguma forma de restrição em relação à determinação do valor, do momento de fixação, clientes ou metodologia, será verificada alguma modalidade de controle de preços.

À luz desse rol exemplificativo de formas de intervenção estatal sobre os preços, recupera-se que a minuta de resolução disponibilizada em Consulta Pública condiciona a homologação do contrato celebrado entre agente dominante (no fornecimento primário) e distribuidor à inclusão do preço parametrizado pactuado entre as partes: (i) discriminado por produto e por ponto de entrega; (ii) formado por parâmetros fixos ou variáveis exógenas, que seja claro, objetivo e passível de cálculo prévio pelos agentes econômicos partícipes do contrato e pela ANP. Além disso, determina que após a homologação dos contratos, qualquer alteração das suas condições deverá ser submetida a nova homologação da ANP, que possui como prazo para pronunciamento conclusivo 30 (trinta) dias.

A partir da análise dessas disposições, conclui-se que no modelo aqui proposto, não há plena liberdade de fixação de preços pelos agentes econômicos regulados, dado que a homologação dos contratos celebrados está condicionada à aprovação parâmetros de precificação acordados entre as partes, o que definimos nesta manifestação como um controle impróprio de preços. Além disso, caso a minuta de resolução seja aprovada com estes dispositivos, cenário mais grave será verificado em relação aos contratos já homologados. Isto porque, após a homologação dos contratos haverá uma vinculação ainda mais forte do agente econômico, que será obrigado a calcular seus preços de acordo com os parâmetros anteriormente submetidos, até uma posterior homologação de eventual mudança de parâmetro dentro do extenso prazo de 30 dias. Disso decorre que antes dessa nova homologação, os contratos ficam temporariamente congelados.

A despeito dos argumentos da ANP, não se trata de uma mera atividade de fiscalização para fins de transparência, pois passa a permitir que a agência detenha um controle real sobre a adequação dos parâmetros de fixação de preços dos agentes. Desse modo, na atual minuta de resolução, é mantida a restrição da liberdade de formação de preço, que em um regime de ampla liberdade, deveria seguir a um grande número de critérios econômicos-contábeis, que variam significativamente no tempo e espaço.

Complementarmente, importante esclarecer que além de contrariar a legislação

setorial, a restrição à liberdade de precificação prevista na proposta de resolução desta Agência também não atende aos requisitos constitucionais de controle de preços consagrados na doutrina e na jurisprudência do STF e STJ. De acordo com a moderna doutrina constitucional brasileira, foi consagrado no nosso ordenamento a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica pela iniciativa econômica. Ficando a intervenção estatal restrita a hipóteses especificamente ressalvadas na própria Constituição e pela legislação setorial. Como consequência, mesmo que uma lei estabelecesse restrições na livre formação de preços em determinado mercado – o que não ocorre no caso em tela – está norma somente seria válida se passasse no filtro da Constituição, se configurando como uma das hipóteses autorizativas de controle estatal sobre os preços da iniciativa privada.

Nesse sentido, destaca-se que no julgamento do REsp. 1.662.196/RJ<sup>12</sup>, o STJ se manifestou acerca da possibilidade de fixação de preços máximos a serem estabelecidos na contratação do serviço de praticagem. Na ementa do acórdão, a corte destaca a excepcionalidade da interferência estatal na formação de preços: “a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que a interferência do Estado na formação do preço somente pode ser admitida em situações excepcionais de total desordem de um setor de mercado e por prazo limitado, sob o risco de macular o modelo concebido pela CF1988, com exceção dos casos em que a própria Carta Constitucional instituiu o regime de exploração por monopólio público. É inconcebível, no modelo constitucional brasileiro, a intervenção do Estado no controle de preços de forma permanente, como política pública ordinária, em atividade manifestamente entregue à livre iniciativa e concorrência, ainda que definida como essencial”.

De maneira análoga, a jurisprudência do STF, notadamente o julgamento da ADI 319<sup>13</sup>, indica que o controle de preços, em suas diversas modalidades, deve ser admitido apenas em hipóteses excepcionais: coibição de preços abusivos e lucros arbitrários, de modo a assegurar o acesso a direitos fundamentais básicos como saúde e educação. Assim, na análise do caso em tela, verifica-se que além da nítida violação dos arts. 69 e seguintes da Lei 9.478/1997, as razões apresentadas pela ANP para esta medida imprópria de controle de preços estão desassistidas dos fundamentos, análises de

---

<sup>12</sup> STJ – REsp: 1.662.196 RJ 2017/0063132-5, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 19.02.2017, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 25.09.2017.

<sup>13</sup> Interposta contra a Lei Federal nº 8.039/90, que impunha controle de preços sobre as mensalidades escolares.

impacto e justificativas necessárias a demonstração da situação de grave desordem ou excepcionalidade e, além disso, desatreladas das razões que atendam o sentido de urgência e gravidade imposto pela jurisprudência do STF.<sup>14</sup> Como resultado, conclui-se que o requisito constitucional necessário para a legitimação das intervenções estatais na liberdade de formação de preços de agentes privados não é preenchido.

Tal exigência, além de ilegal, contraria a opção pelo modelo regulatório, em que a ANP apenas regula o mercado, não podendo interferir nos contratos negociados pelos agentes econômicos, determinando o que é ou não adequado em termos de precificação. Da maneira como está, a Minuta de Resolução evidencia que a transparência de preços, ao regular o padrão da precificação, acaba abrindo o caminho para a regulação do próprio preço a ser praticado pelos agentes do mercado, indo de encontro à liberdade que marca o setor.

Além de alimentar dúvidas de natureza regulatória, a interferência proposta pela ANP pode, na verdade, diminuir a concorrência, na medida em que a padronização de variáveis para composição dos chamados preços parametrizados pode inibir negociações de contratos diferenciados entre agentes privados. Adicionalmente, é possível imaginar que a introdução de parâmetros de preços gere incentivos para que sua definição seja pior do que seria atualmente, quando a fórmula não é publicada. Explica-se: quando o agente sabe que deverá seguir uma fórmula pública de preços, com determinados parâmetros, e que a alteração dessa fórmula, no caso de fórmulas em contrato, somente poderá ocorrer mediante novo processo de homologação da ANP, criam-se incentivos para que os parâmetros dessa fórmula sejam os que garantam a prática do maior preço possível. Portanto, a publicação da fórmula tende a pressionar a formação de preços para cima,

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, destacam-se os seguintes trechos da Nota Técnica SDR/ANP nº 142/2018: "21. Desde 2002, vigora no Brasil o regime de liberdade de preços em toda a cadeia de produção, distribuição e revenda de combustíveis e derivados de petróleo. Isso significa que não há qualquer tipo de tabelamento nem fixação de valores máximos e mínimos, ou qualquer exigência de autorização oficial prévia para reajustes. 22. Todavia, é atribuição da ANP, estabelecida pela mesma Lei do Petróleo: "implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos" (grifo nosso) 23. Por todo o exposto, identifica-se a necessidade de maior transparência no processo de formação de preços, o que implica conhecer melhor o comportamento do(s) agente(s) dominante(s) na precificação dos derivados de petróleo."(...) "53. A obrigatoriedade de previsão contratual de preços parametrizados visa a conferir maior transparência, previsibilidade e equilíbrio às relações contratuais, minimizando, inclusive, eventuais solicitações de mediação e arbitragem à ANP."

também por conta desse incentivo.

Destaque-se que nos mercados de Etanol (interno ou externo), Gasolina (importação) e Diesel (importação) existe um universo bastante amplo de relações comerciais, com contratos que vão desde a definição de um preço spot até contratos mais complexos, nos quais se definem critérios prévios para a definição do preço. A sinalização de que a Agência Reguladora pretende intervir e definir os parâmetros de formação de preços, o que em última instância afeta a definição do preço em si, pode também gerar reflexos negativos em outros mercados que não são, nesse momento, objeto de intervenção direta.

Conforme apresentado na manifestação anterior, Chang-Ju Chiang (2016)<sup>15</sup>, 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.

Adicionalmente, a evolução do mercado nos últimos 3 anos demonstra que a introdução de uma política de preços com paridade internacional aliada à abertura para importações aumentou a competitividade no mercado. Isto aconteceu não porque tenha havido o controle de preços, mas exatamente pelo contrário. 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 o poder de monopólio da Petrobras sobre o refino. No final de 2016, o cenário se alterou mais uma vez com a mudança na dinâmica de precificação da estatal. 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.

Com esta alteração na dinâmica competitiva do setor, os grandes vencedores

---

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

foram os importadores independentes e as distribuidoras regionais e locais. Os primeiros puderam, pela primeira vez, contestar os preços da Petrobras, com ganhos demais de 10 pontos de *share* nos mercados de Gasolina C e Diesel, como demonstra o Gráfico 1 abaixo.

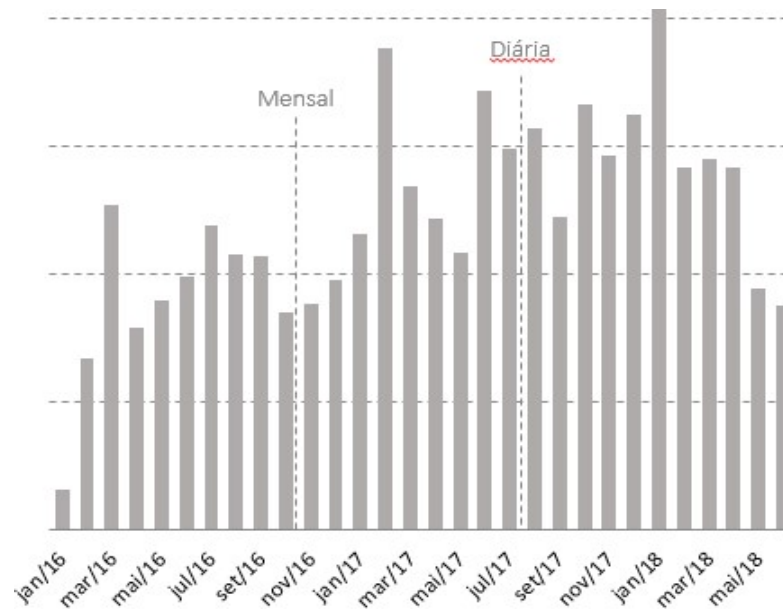
**Gráfico 1 - Evolução do volume de combustível importado entre 2014-2017 (Gasolina C e Diesel)**



Portanto, com a implementação da nova dinâmica de preços, as janelas de arbitragem entre o preço doméstico e o internacional foram reduzidas, e a capacidade de oferta, o preço e a infraestrutura de importadores passaram a ser diferenciais para aumentarem a competitividade do setor e as importações, conforme demonstram os gráficos abaixo:



**Gráfico 2 – Importações Diesel e Gasolina (MM m<sup>3</sup>)**



**Gráfico 3 – Arbitragem Mensal (R\$/l)**



A concorrência nesse elo da cadeia, portanto, em anos recentes, finalmente foi incrementada, considerando o modelo vigente. A proposta de Minuta de Resolução aqui comentada, contudo, tem o potencial de prejudicar esses ganhos. Mais do que isso, a proposta significa um rompimento completo com as prioridades que a própria agência elegeu para orientar sua ação ao analisar as contribuições da TPC 1/2018: fomento à livre concorrência e atração de investimentos. Como se demonstrou ao longo dos



parágrafos anteriores, a ideia de contratos com preços obrigatoriamente parametrizados<sup>16</sup>, e sujeitos a homologação obrigatória da Agência, causarão o efeito exatamente inverso: destruirá o ambiente de acirrada concorrência entre Petrobrás e importadores que foi estabelecida nos últimos anos e dificultará sobremaneira a execução dos planos de quebra do monopólio na produção.

#### **4. IMPACTOS DA MINUTA DE RESOLUÇÃO NA INTRODUÇÃO DE COMPETIÇÃO NO REFINO E INCREMENTO DAS IMPORTAÇÕES**

Em 2017 a Petrobras anunciou a intenção de promover o desinvestimento de parcela de seu parque de refino<sup>17</sup>. Mais recentemente, em fevereiro de 2019, a Petrobras anunciou novo Plano de Negócios e Gestão em que foi prevista a ampliação do programa de desinvestimentos com a redução da participação da empresa a 50% do mercado de refino brasileiro<sup>18</sup>.

A Raízen entende que as iniciativas de desinvestimento da Petrobras devem ser recebidas como uma importante etapa para o incremento da competitividade no mercado de combustíveis. Com efeito, mesmo após a abertura do mercado de derivados de petróleo mediante o fim do regime de monopólio legal no final da década de 1990, o mercado de refino foi o segmento da cadeia de combustíveis que se manteve com o maior índice de concentração.

A entrada de novos atores no setor de refino, tal como previsto no plano de desinvestimento da Petrobras, depende de estabilidade regulatória e segurança jurídica. Igual preocupação se aplica ao processo de expansão das importações de combustíveis, que irão requerer importantes investimentos logísticos. Isto porque, é amplamente reconhecido pela literatura que setores da economia que demandam altos investimentos para o desempenho de suas atividades (*sunk costs*) necessitam de previsibilidade e segurança para que os investimentos possam ser recuperados em um período de tempo

---

<sup>16</sup> E, na prática, também com reajustes controlados, já que para todo parâmetro obrigatoriamente deverá haver uma data de revisão definida

<sup>17</sup> <http://files.investidorpetrobras.com.br/conteudo/Apresentação-Modelo-Preliminar-Refino-Portugues.pdf>

<sup>18</sup> Conforme reportagem Valor <https://www.valor.com.br/empresas/6119885/petrobras-estuda-ficar-com-50-do-mercado-de-refino-diz-presidente>

mais longo.

No entanto, a instabilidade regulatória criada desde a Crise dos Caminhoneiros e a ameaça de uma política nacional de controle de preços oferecem uma sinalização preocupante aos agentes que pretendem investir no setor, seja por meio da aquisição de refinarias alienadas pela Petrobras, seja a partir da construção de novas plantas de refino.

**Assim, entendemos que, como condição precedente, a proposta de resolução deva ser submetida a uma análise de seus potenciais impactos sobre a atração desses novos agentes e que não venha a gerar um desincentivo ao investimento no setor de refino e importação, reduzindo uma das principais alavancas de competitividade do segmento.**

## **5. DESAFIOS CRIADOS PELA ALTA EVASÃO FISCAL NO SETOR**

A nova arquitetura proposta pela ANP na Minuta de Resolução possui ainda um problema adicional, relacionado à alta evasão tributária no setor.

O artigo 10 da minuta de resolução dispõe que “a qualquer tempo, a ANP poderá solicitar aos produtores, importadores e distribuidores de derivados de petróleo informações adicionais referentes aos preços praticados na comercialização, incluindo seus componentes ou seu processo de formação.” Essas informações são adicionais àquelas já prestadas nos termos exigidos pela Resolução ANP n.º 729, de 11 de maio de 2018.

Ocorre que, como é de amplo conhecimento público, diversas agentes atuam no mercado de forma irregular, em desacordo com a legislação tributária e com preços distorcidos, em virtude da sonegação de impostos. A lista de *players* que atuam desta forma só cresce e criam no mercado referências distorcidas de preços.

É importante que a Agência leve esse ponto em consideração ao analisar as informações de preços que receberá e mais cautela deve ter ao publicar tais dados. Aqueles que recolhem regularmente seus impostos terão obrigatoriamente preços mais altos que aqueles que não o fazem. Não pode assim a Agência impor ônus adicionais, sanções ou recomendar a abertura de processos administrativos em face dos agentes que

atuam regularmente em razão de uma ilegítima diferença de preços.

A competição predatória e desleal promovida pelos sonegadores já constitui um ônus demasiadamente alto para o mercado. Portanto, o que se espera, é que de posse das informações exigidas no âmbito da Resolução ANP n.º 729, de 11 de maio de 2018, a Agência atue para coibir a prática de sonegação, cooperando com as demais autoridades para punir adequadamente os agentes que adotam a sonegação como estratégia de negócio.

## **6. PROPOSTA ALTERNATIVA**

Por fim, é preciso apresentar uma proposta alternativa que eliminaria os impactos negativos existentes na Minuta de Resolução e contribuiria para resolver os eventuais problemas que levaram a ANP a propor as soluções apresentadas na Resolução nº 04, de 2019.

Na consulta anterior (Consulta Pública nº 20/2018), a Plural ofereceu proposta de divulgação pública de Preços de Referência por ponto de faturamento (refinaria ou porto), elaborado por agência de coleta e publicação de preços contratada pela ANP – S&P Global Platts, Argus ou outra similar, em linha com o que já é feito na subvenção de Diesel pela ANP, nos termos da Resolução 743/2018.<sup>19</sup>

Dessa forma, a partir da verificação dos Preços Praticados em comparação com os Preços Referenciais coletados pela ANP seria possível conter eventuais abusos e detectar possíveis infrações. A publicidade de Preços de Referência, de acordo com a proposta, possibilitaria a comparabilidade com os preços no mercado doméstico, permitindo a identificação de deturpação mercadológicas e a tomada de providências nos foros adequados em relação aos agentes econômicos que apresentassem distorções consideradas problemáticas.

A divulgação pública (mensal) do preço de referência (importação) por ponto de faturamento (refinaria ou porto), aliada ao envio à ANP de preços “balcão” por macrorregião (Refinadores + Importadores + Outros agentes do mercado), e à verificação

---

<sup>19</sup> Para mais detalhes, vide: <http://www.anp.gov.br/noticias/4706-anp-preco-oleo-diesel>

dos Preços praticados com relação às referencias mensais pela ANP seriam suficientes para conter eventuais distorções / abusos.

**Quadro 1 – Exemplo de preços de referência divulgados pela ANP**

**PREÇOS DE REFERÊNCIA CONSIDERANDO A PARIDADE DE IMPORTAÇÃO**  
**SEMANA DE 25/02 A 01/03**

Porto	GASOLINA* (R\$/l)	Δ mensal	DIESEL* (R\$/l)	Δ mensal	QAV* (R\$/l)	Δ mensal	GLP* (R\$/kg)	Δ mensal
Itaquí	1,5370	▼-0,27%	2,0505	▲0,13%	2,0669	▼-0,72%	-	-
Itupeva	1,5507	▼-0,27%	2,0535	▲0,17%	2,0705	▼-0,77%	21,1939	▼-1,12%
Arotó	1,5521	▼-0,37%	2,0658	▲0,18%	2,0821	▼-0,73%	-	-
Santos	1,5847	▼-0,36%	2,0984	▲0,09%	2,1136	▼-0,81%	21,5653	▼-1,08%
Paranaguá	1,5619	▼-0,37%	2,0793	▲0,03%	2,0944	▼-0,83%	-	-

Atualizado: 04/03/2019 às 10h30. © 2019 pela ANP. Todos os direitos reservados.



Tendo em vista o que foi desenvolvido na parte 3, acima, a formalização da divulgação dos preços de referência por meio de Resolução eliminaria o controle de preços atualmente proposto pela ANP, de modo a não inibir os necessários investimentos no setor de combustíveis no Brasil. Como mencionado, há indícios fortes de que as medidas de controle dos preços apresentadas pela presente proposta de Resolução venham atuar de modo a afetar negativamente a segurança jurídica, estabilidade regulatória e atração de investimentos no setor.

Tal medida seria uma saída fácil para reduzir a burocracia e a insegurança derivadas dos critérios abertos da proposta de Resolução nº 04, de 2019. Em caso de dúvidas ou denúncias de abuso, a ANP poderia solicitar informações aos agentes de mercado e encaminhar aos órgãos competentes caso as condutas detectadas fossem ilegais.

Além disso, considerando que os agentes regulados são obrigados a enviar as informações de preços, na forma da Resolução ANP n.º 729, de 11 de maio de 2018, com base nesses dados, a agência pode fazer o monitoramento do comportamento de preços e tomar as ações necessárias e em casos de desvios concorrenciais encaminhar o assunto para o CADE.

Finalmente, essa sugestão alternativa eliminaria qualquer dúvida sobre o mecanismo de controle impróprio de preços praticados pela ANP, ofereceria

informações relevantes ao mercado e não causaria risco à dinâmica competitiva do setor, essencial para atração de investimentos no setor.

## 7. CONCLUSÃO

Sem perder de vista os objetivos iniciais da minuta de resolução proposta, que é ter acesso à precificação dos agentes fornecedores em seus pontos de entrega e ter um processo transparente e auditável de comparação dos preços praticados versus o conceito de paridade internacional, julgamos que existe um claro espaço para o aperfeiçoamento da mencionada minuta.

Como sugerido em nossa contribuição, a publicação de preços de referência por ponto de faturamento elaborados por entidades especializadas, tais como Platts, Argus e outras, aliados aos volumes e preços de faturamento já informados em bases correntes pelos agentes à ANP permitiriam uma clara comparação entre referências públicas e preços praticados por cada agente regulado.

Adicionalmente, quaisquer dúvidas suscitadas em qualquer região por qualquer agente poderiam ser investigadas diretamente pela Agência através de pedidos de informações complementares específicos.

Finalmente gostaríamos de sugerir que qualquer mudança proposta nesse sentido deva ser precedida por uma rigorosa análise de impacto de forma a que se evite obstáculos ao processo de abertura do mercado do refino e expansão das importações.

Ficamos à inteira disposição dessa Agência para continuar contribuindo no aperfeiçoamento do mercado de *downstream* através de estudos estruturados que busquem sempre o incremento da competitividade, a segurança das operações e a qualidade dos produtos.

RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S/A