

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP
SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA - SDL
Coordenação de Regulação

NOTA TÉCNICA Nº 5/2020/SDL-CREG/SDL/ANP-RJ

ASSUNTO

Análise de Impacto Regulatório para vedação de comercialização de etanol hidratado combustível entre congêneres. (Resolução ANP nº 58/2014).

EMENTA

Vedação de comercialização de etanol hidratado combustível entre congêneres - através da revisão da Resolução ANP nº 58/2014.

REFERÊNCIAS

Leis de nº 9478/97, 13.874/2019, 13.848/2019 e Resolução ANP nº 58/2014.

1. SUMÁRIO EXECUTIVO

1.1. Este documento tem por objetivo analisar os impactos da ação regulatória por parte da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis no setor de distribuição de combustíveis líquidos, mais especificamente sobre matéria disciplinada pela Resolução ANP nº 58/2014 e sobre as possibilidades de comercialização de etanol hidratado combustível entre distribuidores.

1.2. O trabalho está dividido em 11 seções a partir desta. A inicial, que compreende este sumário, tem por objetivo introduzir a análise feita e a estrutura do documento, bem como apontar as questões que serão abordadas.

1.3. A Seção 2 trata da identificação dos problemas que motivam a necessidade de ação pelo ente regulador. Mais especificamente da necessidade de vedar a comercialização entre congêneres, tendo em vista os arranjos tributários nocivos à concorrência.

1.4. A Seção 3 busca identificar os grupos que serão afetados pela vedação. Além disso, são analisados os efeitos da manutenção da vedação aos atores identificados.

1.5. A Seção 4 trata das contribuições recebidas durante a elaboração deste trabalho, sejam essas das demais UORGS desta Agências, seja do mercado regulado, sejam de demais interessados.

1.6. A Seção 5 identifica a base legal que confere competência à ação da ANP no problema identificado.

1.7. A Seção 6 define os objetivos regulatórios da presente ação, no caso concreto, a correção do desequilíbrio concorrencial causado por recolhimento a menor de impostos por distribuidoras fictas.

1.8. A Seção 7 expõe as opções regulatórias disponíveis para ANP tratar do problema identificado. Nesta seção, analisam-se as possibilidades de não atuar, e discute-se a opção normativa sobre o problema identificado.

1.9. A Seção 8 por sua vez debate o impacto esperado de cada opção regulatória apontada na parte anterior, comparando-as.

1.10. A Seção 9 discute possíveis estratégias de implementação da opção regulatória apontada como preferível no enfrentamento do problema identificado, tendo em vista as demais questões apontadas neste documento.

1.11. A Seção 10 expõe a forma como se dará o acompanhamento das medidas entendidas como necessárias ao tratamento do problema regulatório identificado pela alternativa entendida como preferível, bem como sua estratégia de implementação.

1.12. Por fim, a Seção 11 indica os responsáveis pelo presente trabalho.

2. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO

2.1. A presente discussão sobre a restrição à comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis líquidos teve como fato inicial, documentos enviados em 2017 pela Federação Nacional de Distribuidores de Combustíveis, Gás Natural e Biocombustíveis - Brasilcom (SID 00610.041215/2017) e SINDICOM (SID00610.051441/2017) que, em linha geral, apontavam o aumento das **vendas de etanol hidratado entre congêneres, com o objetivo de obter vantagem concorrencial através de inadimplência e sonegação de ICMS.**

2.2. A fim de sustar a continuidade desse tipo de conduta por parte de algumas distribuidoras, pedia-se que a ANP vedasse a possibilidade de tal operação, no caso a venda de EHC entre congêneres, por período não inferior a 24 meses, tendo em vista o artigo 30 da Resolução ANP nº 58/2014.

2.3. À época, a antiga Superintendência de Abastecimento (SAB), em Nota Técnica 407/2017/SAB-ANP, de 06/07/2017, constatou a existência de correlação entre a variação dos preços deflacionados de distribuição do etanol e a evolução da venda de etanol entre congêneres, e que, após a liberalização, houve maior estreitamento da correlação entre preços reais de venda de etanol e vendas de etanol entre congêneres.

2.4. Com base nessas informações e na sobredita Resolução, foi publicado no DOU, em 18/07/2017, o Despacho ANP nº 793/2017, de 17/07/2017, que vedou a comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis líquidos, por período de 12 meses, a partir de 1º de agosto de 2017.

2.5. A partir da vedação, a SDL/ANP buscou avaliar o comportamento dos agentes econômicos envolvidos na comercialização entre congêneres antes e depois da edição do Despacho ANP 793/2017. Verificou-se que houve uma mudança nos agentes destinatários na comercialização entre congêneres e que não apenas o volume comercializado se reduziu drasticamente, como também o número de agentes que fazem esse tipo de operação diminuiu.

2.6. A Nota Técnica nº 404/2018/SDL-ANP consolidou os dados de mercado antes e depois da edição do Despacho 793/2017 e analisou a evolução do percentual das vendas entre congêneres de etanol hidratado, entre 2010 e março de 2018, com o objetivo de avaliar o comportamento da comercialização nesse período.

2.7. Assim, com base Nota Técnica nº 404/2018/SDL-ANP, a RD nº 0455/2018, por meio do Despacho ANP nº 903/2018, de 30/07/2018, publicado no DOU neste mesmo dia, prorrogou a vedação da comercialização de etanol hidratado entre congêneres, por mais 12 meses, contados a partir de 1º de agosto de 2018.

2.8. Além de manter a vedação, a RD nº 0455/2018 determinou que (i) a SDR/ANP elaborasse análise de impacto concorrencial (AIC) sobre a vedação da venda de etanol hidratado entre congêneres e (ii) que a SDL/ANP entrasse em contato com as Secretarias de Fazenda oficiadas à época da primeira vedação, a fim de questioná-las sobre a existência de eventual ilícito tributário na venda de etanol hidratado entre distribuidores (SEI nº 0180521).

2.9. No que tange a SDR, foi elaborada Nota Técnica nº 77/2019/SDR-E (SEI nº 0207723) contendo a análise de impacto concorrencial que concluiu que a vedação da comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis líquidos não apresenta potenciais impactos no sentido de restringir a competição na comercialização desse biocombustível.

2.10. Concomitantemente, a SDL oficiou às Secretarias de Fazenda de todos os estados da federação, respectivamente através dos ofícios 64/2019/SDLCREG/SDL-e-ANP (SEI nº 0208079) ao 90/2019/SDL-CREG/SDL-e-ANP, todos com o mesmo teor, no caso, solicitando a manifestação das Secretarias Estaduais de Fazenda acerca da proibição da venda de etanol entre distribuidores de combustíveis líquidos, tendo em vista os aspectos de natureza tributária de competência de cada Secretaria, bem como a necessidade de identificar a razoabilidade na manutenção da vedação. Conforme consta no processo SEI 48610.005596/2018-10, as secretarias de fazenda responderam por meio dos documentos SEI nº 0282901, 0304661, 0328804, 0339419, 0297588 e 0340862 mostrando-se favoráveis à manutenção da vedação por entenderem a medida como salutar e desejável, tanto para promover a

eficiência no combate à sonegação, quanto para o incentivo à manutenção de uma competitividade e concorrência sadias no mercado.

2.11. Nesse contexto, tal como apresentado no bojo das Propostas de Ação (PAs) de nº 492/2017 e de nº 394/2018, a proposta de ação nº 514/2019, considerando não haver dúvidas ou questionamentos jurídicos e respaldando-se no posicionamento favorável dos representantes dos Fiscos Estaduais, solicitou renovação do Despacho nº 903/2018, de 30/07/2018, por mais 12 meses, a partir de 1º de agosto de 2019, mantendo assim a vedação de EHC entre distribuidores de combustíveis líquidos.

2.12. Desta forma, o Despacho Nº 618, de 5 de agosto de 2019 (SEI nº 0345628), publicado em D.O.U. no dia 6 de agosto de 2019, prorrogou em 12 meses a vedação a partir de 1º de agosto de 2019. No curso da mesma proposta de ação, a Procuradoria Geral da República junto à ANP, através do Despacho n.01331/2019/PFANP/PGF/AGU (SEI nº 0332367), emitiu parecer demonstrando preocupação com a manutenção da vedação que já se estendia por 2 anos, à época, atualmente por 3 anos, de forma que a exceção tenha se perpetuado como regra.

2.13. O mesmo parecer reforçou a necessidade de suprir a possível falha regulatória através do devido processo revisório:

"Dessa forma, fato é que a regulação atual proíbe a comercialização de etanol entre distribuidoras e a não extensão da proibição seria promover uma alteração regulatória em sentido contrário ao entendimento da área técnica e sem consulta e audiência públicas, fato que poderia causar prejuízo ao mercado, à fiscalização tributária e gerar insegurança jurídica. Portanto, por cautela e de forma a sanear a falha regulatória, me parece que a continuidade da vedação à comercialização de etanol hidratado combustível entre distribuidores de combustíveis líquidos pode ser admitida de forma provisória, até que ocorra a alteração definitiva da norma, por meio do devido processo normativo."

2.14. Inicialmente, e, com base no reconhecimento por parte desta SDL/ANP da existência de problema regulatório configurado como a **utilização recorrente da venda de EHC entre distribuidoras para obtenção de vantagem concorrencial por meio de inadimplência e sonegação de ICMS**, tal alteração regulatória foi incluída no bojo da ação regulatória que visa a alterar a RANP Nº 58/2014, constante da Agenda Regulatória para biênio 2020/2021. A Ação regulatória de alteração da RANP Nº 58/2014, processo Sei nº 48610.005315/2018-29, foi iniciado em janeiro de 2020 com a realização de Workshop que contou com ampla participação dos agentes afetados e no qual a SDL buscou informar e debater os pontos das RANP nº 58/2014 que seriam objeto de alteração, dentre os quais inclui-se o artigo 30, a fim de que todos os interessados já pudessem dar as contribuições que julgassem relevantes naquele momento e ao longo do processo.

2.15. Ocorre que, com o aumento do número de casos de COVID-19 no Brasil e no mundo, e a deflagração da pandemia de Coronavírus, algumas medidas profiláticas foram tomadas pela administração pública. No âmbito da ANP, tais medidas envolveram, por exemplo, a limitação de dias e horários de abertura da Agência e a vedação expressa às reuniões presenciais na casa.

2.16. Algumas etapas do processo de alteração regulatória são dependentes da participação de agentes externos à Agência, regulados ou não. A Audiência Pública, por exemplo, confere tão maior legitimidade ao processo, quanto maior for a participação da sociedade. Outras etapas, como a de elaboração de AIR, teve que sofrer período de ajustamento interno, dada a forma de operacionalização anterior que incluía maior interação presencial por parte dos envolvidos assim como realização de reuniões com agentes externos.

2.17. Além do evidente problema operacional, a paralização global ocasionou uma alteração na dinâmica dos mercados regulados e maior incerteza sobre a pertinência ou não de continuidade das ações previstas face às incertezas sobre o comportamento do mercado. Tal momento de adaptação já se encontra em grande medida superado, desta forma as ações regulatórias vem sendo retomadas por parte da SDL, dentre elas a da Resolução ANP nº 58/2014.

2.18. Reconhecendo que o cronograma previsto para realização das ações regulatórias da SDL sofreu atraso e, como consequência a partir de 1º de agosto foi restabelecida a possibilidade de comercialização de etanol hidratado entre congêneres, a SDL além de propor a manutenção por mais 12 meses da vedação de comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis líquidos, contados a partir de 1º de agosto de 2020, nos termos do art. 30, parágrafo único da Resolução ANP nº

58/2014, encaminha, a fim de dar cumprimento à orientação da PRG, o tema individualmente para ser tratado em Consulta e Audiência Públicas.

3. GRUPOS AFETADOS

3.1. Com a vedação definitiva de comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis líquidos, espera-se a manutenção do equilíbrio concorrencial entre distribuidores de combustíveis líquidos, uma vez que inibiria estratégias tributárias nocivas ao mercado e à arrecadação.

3.2. Entende-se que o problema regulatório existente, a engenharia tributária com finalidade evasiva e o consequente desequilíbrio nas condições de mercado dos agentes, afeta:

I - **consumidores**, indiretamente, porque os efeitos da dominação desleal do mercado torná-lo mais caro;

II - **distribuidores**, diretamente, porque entre os efeitos da fim da vedação, está a fundada suspeita de que o determinados agentes podem vir a atuar com uma margem de lucro desleal em relação ao EHC, uma vez que não há o recolhimento integral e adequado do ICMS; e

III - **fazendas estaduais**, diretamente, porque é notório que o eventual aumento do número de operações fictas envolvendo o EHC impacta no menor recolhimento do principal tributo estadual.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE MANIFESTAÇÕES RECEBIDAS DURANTE A ELABORAÇÃO DA AIR

4.1. DA ANÁLISE DE IMPACTO CONCORRENCIAL DA SDR

4.1.1. De acordo com a Nota Técnica nº 77/2019/SDR-E (SEI nº 0207723), no que tange à possibilidade de impor barreiras à entrada de novas empresas, a SDR concluiu:

"No geral, embora a vedação da comercialização de etanol hidratado entre congêneres não imponha barreiras à entrada de novos distribuidores nesse segmento e, portanto, na comercialização do combustível, parece ser importante entender os motivos que levam os distribuidores a realizar esse tipo de negociação, a fim de que a medida regulatória não gere ineficiências no mercado."

4.1.2. Quanto à possibilidade de forçar determinados grupos de empresas instaladas a abandonar o mercado, destacou:

"Assim, a vedação da comercialização de etanol hidratado entre congêneres parece não apresentar potencial para gerar impactos sobre a permanência ou retirada de distribuidores do mercado, visto que estes podem continuar vendendo o biocombustível para os agentes não distribuidores, em especial postos revendedores, que são seus principais clientes."

4.1.3. Já sobre o possível aumento do preço de bens e serviço:

"Logo, considerando a conjuntura atual, eventuais aumentos de preços estariam mais relacionados a outras determinantes do preço do biocombustível do que à vedação da comercialização de etanol hidratado entre distribuidores."

4.1.4. Tecnicamente, quanto ao potencial em reduzir a variedade dos produtos:

"As variações pontuais no produto, como o caso do etanol combustível ser produzido a partir de matéria-prima distinta ao caldo ou melaço de cana-de-açúcar ou a partir de processos distintos ao da rota fermentativa, não altera a questão da homogeneidade do produto, uma vez que todos os produtos comercializados devem obedecer à regulamentação supracitada."

4.1.5. Também sobre a possibilidade de aumentar significativamente a concentração no mercado em questão

"Logo, não se vislumbra a possibilidade de aumento na concentração do mercado no segmento de distribuição de etanol hidratado, como consequência da vedação da comercialização entre congêneres."

4.1.6. Por fim, a Nota Técnica também não detectou a possibilidade de redução da inovação ou impacto nos mercados a montante e a jusante. E por fim, concluiu:

"Diante dos dados analisados e à luz dos aspectos estritamente concorrenciais, é possível concluir, portanto, que a vedação da comercialização de etanol hidratado entre distribuidores de combustíveis

líquidos não apresenta potenciais impactos no sentido de restringir a comercialização desse biocombustível. "

4.2. MANIFESTAÇÕES DAS SECRETARIAS DA FAZENDA ESTADUAIS E OUTROS AGENTES

4.2.1. Das Secretarias de Fazenda oficiadas pela SDL, daquelas que responderam individualmente ao questionamento da ANP, destacam-se:

a) O entendimento da Secretaria de Fazenda do Estado de Roraima (SEI nº 0271752) que, por ser um Estado consumidor, a vedação da venda de etanol entre congêneres não produz efeito negativo ou positivo na arrecadação do produto Álcool Etílico Hidratado Combustível, e uma vez que a base de cálculo da tributação é o preço praticado nos postos de combustíveis;

b) O entendimento das Secretarias de Fazenda dos Estados do Rio Grande do Norte (SEI nº 0282901) e de Santa Catarina (SEI nº 0304661), que, a proibição de venda de etanol entre congêneres deverá se estender por mais tempo, medida que tem por objetivo coibir a simulação de operações de venda entre congêneres e, por extensão, a evasão de tributos dos Estados e da União, reproduzindo assim o teor da decisão do GT-05 COMBUSTÍVEL, grupo permanente do qual participam todas as Unidades Federadas e a SEAE/MF, que compõe a Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE/ICMS) do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, de que a proibição de venda de etanol entre congêneres ainda deve permanecer.

4.2.2. Outros trechos de igual teor nas respostas mencionadas, e que são também considerações do sobredito GT-05 COMBUSTÍVEL, grupo permanente do qual participam todas as Unidades Federadas e a SEAE/MF, consubstanciadas pelo OFÍCIO SEI Nº 243/2019/SE/CONFAZ/FAZENDA-ME (SEI nº 0340862), são os seguintes:

a) Até julho de 2017, quando a ANP vedou a comercialização de AEHC entre congêneres, as distribuidoras adeptas a práticas comerciais lesivas à concorrência e ao erário se valiam das congêneres para simular operações sucessivas de venda e dissimulara saída tributada para o posto revendedor de combustíveis.;

b) A partir da vedação, modificaram sua forma de atuar e procuraram constituírem empresas de fachada, chamadas "barrigas de aluguel", criadas com interpostas pessoas e destinadas a assumir o passivo tributário decorrente de operações com destinação final não documentada. Desta forma, o Fisco possui condições de focar nessas empresas de fachada de forma pontual, alcançando maior eficiência e eficácia no resultado de combate à sonegação.;

c) A manutenção da vedação ao comércio de etanol entre distribuidoras dos últimos dois anos é medida importante para simplificar e controlar as operações neste segmento, impactando positivamente na competitividade do Álcool Etílico Hidratado Combustível no mercado brasileiro, incentivando a boa concorrência.;

d) A permissão de venda de etanol entre distribuidores (congêneres) irá agregar mais agentes ao longo da comercialização do produto, até chegar ao consumidor final, resultando em maior custo do produto.

4.2.3. Finalmente, com iminência da expiração do prazo, a SDL passou a receber manifestações demonstrando preocupação e solicitando a manutenção da vedação. Em carta (SEI nº 0831909) enviada, em 16/07/2020, o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP destacou:

“Embora a ação liderada pela Agência permeie matéria tributária, cumpre destacar que a medida tem se mostrado eficaz na promoção do comércio regular de combustíveis, reduzindo o potencial de inadimplência de tributos referentes à comercialização de Etanol Hidratado e mitigando as possibilidades de atuação dos chamados devedores contumazes.

(..)

Face ao exposto, solicitamos sua prorrogação por mais 12 meses a contar do término da vigência atual ou até que seja concluído o processo de revisão regulatória da RANP - 58/2014, que trata dos

requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação."

4.3. AÇÃO REGULATÓRIA (RANP ANP Nº 58/2014)

4.3.1. De forma a ampliar a participação do mercado no âmbito da ação regulatória tendente a alterar a RANP nº 58/2014, em janeiro de 2020, foi realizado Workshop sobre o tema no Escritório Central da ANP, no Rio de Janeiro, no qual a SDL expôs, dentre os demais assuntos afetos à Resolução em comento, a intenção de manter permanentemente a vedação da comercialização de EHC entre congêneres. Não houve, na ocasião, manifestações dos integrantes do setores afetados quanto ao tema desta AIR especificamente.

4.4. MANIFESTAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, ESTUDOS E REGULAÇÃO ECONÔMICA (SDR).

4.4.1. Cabe, por fim, informar que, em documento recente, datado de 03/09/2020, a Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica (SDL) ratificou por meio do Ofício nº 221/2020/SDR/ANP-RJ-e (SEI nº 0900895) o posicionamento anteriormente esposado por aquela UORG na Nota Técnica nº 77/2019/SDR-E, e já colocado ao longo do item 4 dessa AIR, a respeito da venda de etanol hidratado entre congêneres:

"continuam válidas as análises e conclusões apresentadas na análise de impacto concorrencial (NOTA TÉCNICA nº 77/2019/SDR-E, documento SEI nº 0207723), de 22 de abril de 2019."

4.4.2. A manutenção do mesmo entendimento por parte da SDL é justificada no Ofício nº 221/2020/SDR/ANP-RJ-e em razão da inexistência de fatos novos ao tema a serem considerados.

5. IDENTIFICAÇÃO DA BASE LEGAL

5.1. Seguindo um entendimento já consolidado em matéria de regulação e exarado em diversos materiais e defesas judiciais realizadas por esta Agência Reguladora, tem-se que a origem de seu poder normativo decorre de um fenômeno jurídico identificado pela doutrina como delegificação ou deslegalização.

5.2. Por intermédio de uma lei-quadro, editada pelo Congresso Nacional e promulgada pela Presidência da República, determinado ente descentralizado da Administração Pública é investido na missão pública de conferir maior densidade normativa à moldura que sua lei-quadro lhe impõe. É o caso da ANP que, por meio da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, especialmente, em razão das competências discriminadas em seus art. 8º a 10, possui amplo poder normativo sobre as matérias relativas ao mercado nacional de exploração e produção de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

5.3. Com efeito, o poder normativo das agências reguladoras tem fundamento constitucional no art. 174 da CRFB, que prevê a possibilidade de o Estado funcionar como agente normativo e regulador de determinadas atividades econômicas. No caso particular da ANP, há fundamento constitucional específico para a instituição da Lei do Petróleo, conforme previsto no art. 177, §2º, inciso III da CRFB. Desta forma, a delegificação de matérias técnicas à normação pela ANP, nos termos da Lei nº 9.478/1999, confere ao agente regulador poder normativo amplo, que lhe permite inovar na ordem jurídica mediante a edição de atos normativos com generalidade e abstração, com eficácia de lei em sentido material.

5.4. Segundo a "Teoria do Ordenamento" de Santi Romano, divulgada no Brasil pelo professor Alexandre Aragão e conhecida como a Teoria dos Ordenamentos Jurídicos Setoriais, as agências reguladoras são instituições que, segundo a proposição teórica, estão aptas a desenvolver um ordenamento jurídico próprio e paralelo ao ordenamento jurídico tradicional. A lógica dos ordenamentos jurídicos setoriais acompanha a delegificação de matérias técnicas aos entes responsáveis pela regulação de determinados segmentos da economia, com limites claros estabelecidos por sua lei quadro, qual seja a Lei nº 9.478/1999.

5.5. Essas competências normativas delegificadas compõem o ordenamento jurídico setorial da ANP, que convive harmonicamente com o ordenamento jurídico nacional. Mais recentemente, no entanto, as competências normativo-regulatórias das agências vêm sendo colocadas em xeque diante de intromissões indevidas de diversas instituições públicas. Enquanto o Executivo avoca competência para a Administração Direita, o Legislativo usurpa competências que ele próprio delegara às agências. Diante

disso, passou-se a afirmar - em defesa da autonomia regulatória das agências reguladoras - que essas competências delegificadas na lei-quadro são exclusivas daqueles entes para os quais o Congresso confiou a missão regulatória.

5.6. Destarte, o Supremo Tribunal Federal (STF), quando questionado na ADI 5501 sobre a constitucionalidade de lei ordinária que disciplinava matéria de competência exclusiva da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), reconheceu expressamente que o ordenamento jurídico nacional admitiu, a partir da instituição do modelo de agências reguladoras autônomas, a natureza exclusiva das competências regulatórias, prevendo inclusive a hipótese de reserva de regulação.

5.7. Como se vê, tanto o entendimento doutrinário quanto o jurisprudencial predominante é no sentido de que as agências reguladoras possuem características peculiares, que as difere das demais autarquias, envolvendo o exercício de amplo poder normativo. Em outras palavras, as agências podem regulamentar e normatizar atividades de interesse social, criando normas que obrigam os agentes regulados, a fim de adequar a prestação dos serviços ao interesse público, possuindo, portanto, força cogente. É dizer que a ANP pode e deve editar normas, com força de lei, com base nos parâmetros, standards e conceitos indeterminados nela contidos, pois tal decorre de seu poder normativo, que tem origem no poder regulatório e convive com os poderes fiscalizador e sancionador. Os agentes regulados, por sua vez, encontram-se em situação de sujeição especial ao Estado, subordinados, portanto, aos regulamentos administrativos e de organização.

5.8. Sobreleva notar, ainda, que o abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública, nos moldes do artigo 1º da Lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas correspondentes. Sob a ótica legal-regulatória, isso implica que o princípio constitucional do interesse público se sobrepõe aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Desta monta, os agentes econômicos que atuam no abastecimento nacional têm suas atividades limitadas pelo interesse público, materializado na proteção do consumidor no que tange ao preço, à qualidade e à garantia de oferta de combustíveis. Essa condição resulta na necessidade de se combater práticas que possam de alguma forma prejudicar o consumidor.

5.9. Ademais, o art. 2º da mesma lei admitiu a cogência de todas as normas regulamentadoras quando expressamente previu que estariam sujeitos às sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis, os infratores das disposições da lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

5.10. Por sua vez, a Lei nº 9.478/1997, ao definir os objetivos da Política Energética Nacional, já havia incluído em seu art. 1º, inciso III, o dever de proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Ao descrever a finalidade de ANP no art. 8º, a lei inclui no inciso I do seu rol de competências, o dever de implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, com ênfase na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Ainda no mesmo artigo, o inciso XV é categórico ao conferir à agência o dever regular e autorizar, dentre outras, as atividades relacionadas à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade.

5.11. Ante o exposto, no exercício legítimo da sua atribuição, a ANP em art. 30, parágrafo único da RANP 58/2018, permite que, através de despacho da Diretoria Colegiada, seja vedada a comercialização de combustíveis entre distribuidores. Importante notar que a regra geral descrita no caput é pela autorização da operação.

“RESOLUÇÃO ANP Nº 58/2014

Art. 30. Fica permitida a comercialização de combustíveis entre distribuidores de combustíveis líquidos.

Parágrafo único. A Diretoria da ANP, por meio de Despacho publicado no DOU, poderá, por período determinado, restringir a comercialização de combustível entre distribuidores de combustíveis líquidos, em percentual a ser definido e por tipo de produto.”

6. DEFINIÇÃO DE OBJETIVOS DA AÇÃO

6.1. São dois os objetivos da presente ação regulatória:

I - Renovação do Despacho Nº 618, DE 5 de agosto de 2019, por mais 12 meses, mantendo assim a vedação da comercialização de etanol entre agentes regulados congêneres; e

II - submeter ao escrutínio público a alteração da relação entre regra geral e exceção no que se refere à possibilidade da comercialização de EHC entre distribuidores de combustíveis.

7. ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS

7.1. Há dois tratamentos mais gerais em problemas regulatórios: os que implicam na intervenção no mercado e aqueles que não. Para o primeiro grupo de ações, há basicamente duas vias: a normativa e a não normativa. Para o segundo, entende-se que é a via defensável em cenários onde a autorregulação é possível ou o balanço entre custos e benefícios é desfavorável à ação.

7.2. Considere-se inicialmente a opção de não intervenção.

7.3. Manutenção do Modelo Atual (alternativa de não ação):

7.3.1. Como a Resolução ANP nº 58/2014 encontra-se plenamente em vigor, os agentes distribuidores permaneceriam autorizados à comercialização do EHC entre seus pares.

7.3.2. Em função das fundadas suspeitas de transações indevidas e desequilíbrio concorrencial, os despachos da Diretoria Colegiada, vedando tal atividade seriam anualmente renovadas.

7.3.3. Este cenário encontra óbice no entendimento exarado pela Procuradoria Geral da República junto à ANP, através do Despacho n.01331/2019/PFANP/PGF/AGU (SEI nº 0332367).

7.3.4. Assim, passa-se ao cenário em que há intervenção pela ANP no problema.

7.4. Alternativa de ação: Vedação permanente da comercialização de EHC entre distribuidores de combustíveis.

7.4.1. A proposta consiste em tornar regra a vedação da comercialização de EHC entre distribuidores de combustíveis.

8. IMPACTOS DAS ALTERNATIVAS IDENTIFICADAS E COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS.

8.1. A alternativa de não-ação, ou seja, a manutenção do status quo, sofre forte resistência, uma vez que liberar a comercialização entre congêneres, vai de encontro às observações sobre o comportamento do mercado, expostas pela Nota Técnica nº 404/2018/SDL-ANP.

8.2. As conclusões são também amparadas pelo entendimento de diversas Secretarias de Fazenda estaduais e do Confaz, além de defendidas por representantes de classe do mercado.

8.3. Ainda sobre a hipótese de não ação, partindo-se do pressuposto da eminente necessidade de vedar a comercialização entre distribuidores através do parágrafo único do artigo 30 da Resolução ANP nº 58/2014, a PRG foi enfática no Despacho n.01331/2019/PFANP/PGF/AGU (SEI nº 0332367):

“ii) devolvo à SDL para que se manifeste sobre o conteúdo do parecer e deste despacho, recomendando que, caso seja mantida a vedação pretendida, que o seja provisoriamente, até a mudança definitiva da norma, cujo devido processo regulatório deve ser iniciado desde já.”

8.4. Por outro lado, a vedação da comercialização de EHC entre distribuidores de combustíveis, após regular processo revisório, traria benefícios ao equilíbrio concorrencial, com a devida segurança jurídica. Como consequência lógica da alteração regulatória, haveria preservação da arrecadação tributária.

8.5. Além disso não há potenciais restrições à competição na comercialização desse biocombustível decorrentes da medida, como já demonstrado pela SDR.

9. ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO DA ALTERNATIVA REGULATÓRIA SUGERIDA

9.1. Tendo em vista a necessidade de atuação da Agência no problema regulatório identificado e os impactos negativos substanciais das demais alternativas de tratamento consideradas, entende-se que a melhor alternativa é a opção normativa de atuação, isto é, a vedação permanente da comercialização entre congêneres.

9.2. Desta forma, a implementação da opção normativa pode ser equacionada com a adição de parágrafo segundo ao artigo 30, de forma a vedar expressamente a comercialização de etanol hidratado combustível entre distribuidores, sem que com isso, altere-se a regra geral ainda vigente para os demais produtos, disposta no caput, bem como a possibilidade de motivadamente excetuá-la, disposta no parágrafo único.

9.3.

10. ACOMPANHAMENTO DA AÇÃO REGULATÓRIA

10.1. Uma vez que a relação entre volume de comercialização entre congêneres e discrepância de preços praticados pelas principais empresas que praticavam esse modelo de negócio foi o principal indicador a ensejar essa alteração regulatória proposta, é possível acompanhar como indicador para futuras avaliações de impacto da ação regulatória, o reequilíbrio nos preços praticados, demonstrando o possível equilíbrio concorrencial.

10.2. É possível também solicitar subsídios às Secretarias de Fazenda estaduais quanto a efetividade da medida que se pretende implementar.

11. RESPONSÁVEIS PELA AIR

Fabio Nuno Marques da Vinha

Patricia Huguenin Baran

Cezar Caram Issa



Documento assinado eletronicamente por **Fabio Nuno Marques da Vinha, Técnico Administrativo**, em 03/09/2020, às 19:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **PATRICIA HUGUENIN BARAN, Superintendente Adjunta**, em 03/09/2020, às 19:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **CEZAR CARAM ISSA, Superintendente**, em 03/09/2020, às 19:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0898796** e o código CRC **2A291056**.