

ANEXO I

DA DEVIDA, ESPERADA E AINDA PENDENTE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: FUNDAMENTAL REQUISITO PROCEDIMENTAL NA PRESENTE TPC

1. Sempre, com o devido respeito à usual seriedade desta c. Agência, a presente TPC sofre de **vícios de devido processo legal**, sobretudo pela ausência de transparência e de cautela na atuação daquele ente, mesmo antes de efetivamente proceder à revisão ou elaboração de normas.
2. Como é cediço, o primeiro passo prévio à cogitação de qualquer avaliação de legislação existente e a eventual estudo sobre a adoção de nova regulamentação se dá por meio de procedimento denominado de “**Análise de Impacto Regulatório**” (AIR).
3. O Regimento Interno da própria ANP prevê expressamente a utilização de AIR, nos arts.12, XXI e 30-A, IX. Entretanto, ao que tudo indica, tal procedimento **não vem sendo observado pela Agência no presente caso**.
4. Trata-se, com o perdão pela crítica, de constatação verificável, por exemplo, pela falta de clareza sobre a finalidade e motivação da TPC, pelas informações limitadas acerca passos prévios à sua divulgação, bem como a ausência de informações precisas sobre os passos subsequentes ao encerramento da presente TPC.
5. Importante notar que o próprio procedimento de Tomada Pública de Contribuições (TPC) **não foi regulado pela ANP** até o momento. Ou seja: a ANP iniciou um procedimento *sui generis*, sem ter sequer elaborado uma AIR, relegando o administrado a uma situação de incertezas e de insegurança jurídica temerária, conforme se explicitará de forma minudente nos itens a seguir, inclusive através do suporte das considerações trazidas em pareceres específicos da lavra dos professores Alexandre Aragão (Doc. 02) e Gustavo Binenbojm (Doc. 03).

a) AIR: conceito, funções e aplicação pelas agências reguladoras

a.1) AIR: conceito e funções

6. Conforme reconhecido pela própria ANP, a Análise de Impacto Regulatório é um procedimento que vem legitimamente se desenvolvendo desde a década de 80. É uma forma de aperfeiçoar o processo regulatório e de tomada de decisões no âmbito da Agência, de modo a aperfeiçoar as práticas regulatórias¹.
7. Antes mesmo do pleito de adesão do Brasil à OCDE, já se falava da realização de AIR e de seus benefícios positivos para o ente regulador. Assim, com vistas a melhorar o sistema regulatório, as agências reguladoras brasileiras já procuram empregar, quando possível, ferramentas de melhores práticas regulatórias (vide, neste sentido, o Decreto n. 6.062/2007,² o qual instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG).
8. A partir de 2016, a Casa Civil e os entes responsáveis pela regulação (tais como agências, ministérios e autarquias) iniciaram um estudo conjunto para definir critérios, parâmetros e orientações para realização de AIR – culminando no documento **“Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”**, aprovado pelo Comitê Interministerial de Governança (CIG) em junho de 2018, e disponibilizado no mês subsequente.
9. O documento em comento deve ser seguido pelos entes reguladores – i.e. agências, ministérios e demais órgãos da administração pública federal direta e indireta (dentre eles, a ANP, que inclusive subscreve o documento), por força do disposto no art. 9, inc. II e § 1º³ e art. 13, inc. I do Decreto n. 9.203/2017 – o qual

¹ “Nesse contexto, a ANP vem aperfeiçoando seu processo regulatório e de tomada de decisão ao preceder questões concernentes ao mercado regulado e a regulamentos técnicos de Análise de Impacto Regulatório (AIR).”

A incorporação de AIR no processo de regulamentação ocorre concomitantemente à adoção de outras boas práticas, como o planejamento estratégico e a adoção de uma agenda regulatória. É nesse sentido de inclusão de boas práticas regulatórias que a AIR está inserida, num processo contínuo de busca de melhoria e de excelência regulatória.

Em relação às boas práticas da AIR, o que se pretende é que a análise seja feita antes da tomada da decisão, servindo-a de subsídio; que seja feita de forma técnica, mas didática e acessível a todos os setores da sociedade; e que haja transparência e participação social durante o processo.”

(Relatório de Análise de Impacto Regulatório - Requalificação de Recipientes Transportáveis de Aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), de 27.2.2015)

² Art. 1º Fica instituído o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

³ Art. 9º Ao CIG compete:

dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

10. Com efeito, o Guia em questão define a AIR da seguinte maneira:

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

11. O Guia consigna, ainda, que a AIR compreende diversos passos, além de se tratar de ferramenta dinâmica, que se altera na medida em que obtidas informações e realizados novos estudos.
12. A título ilustrativo, vale mencionar a iniciativa da ANVISA para tratar da questão de rotulagem de alimentos. Seguindo à risca o Guia e as Diretrizes, antes da realização de qualquer consulta à sociedade, a Agência realizou uma Análise Preliminar de Impacto Regulatório para nortear as contribuições da sociedade na obtenção de subsídios sobre o tema (Tomada Pública de Subsídios - TPS)⁴. Após o recebimento das contribuições, as informações recebidas são analisadas, e o Relatório da AIR é atualizado para consignar as novas informações.
13. Um dos pontos de maior relevância na AIR é a **identificação do problema regulatório**. Identificado o problema, a Administração tem melhores condições de

I - propor medidas, mecanismos e práticas organizacionais para o atendimento aos princípios e às diretrizes de governança pública estabelecidos neste Decreto;

II - aprovar manuais e guias com medidas, mecanismos e práticas organizacionais que contribuam para a implementação dos princípios e das diretrizes de governança pública estabelecidos neste Decreto;

§ 1º Os manuais e os guias a que se refere o inciso II do caput deverão:

I - conter recomendações que possam ser implementadas nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional definidos na resolução que os aprovar;

II - ser observados pelos comitês internos de governança, a que se refere o art. 14.

Art. 13. Compete aos órgãos e às entidades integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - executar a política de governança pública, de maneira a incorporar os princípios e as diretrizes definidos neste Decreto e as recomendações oriundas de manuais, guias e resoluções do CIG; e

II - encaminhar ao CIG propostas relacionadas às competências previstas no art. 9º, com a justificativa da proposição e da minuta da resolução pertinente, se for o caso.

⁴ http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4442085
<http://portal.anvisa.gov.br/tomada-publica-de-subsidios>

levantar as informações efetivamente relevantes para endereçá-lo, possibilitando, por conseguinte, uma participação mais efetiva e direcionada da sociedade nas discussões sobre o tema.

14. Esclareça-se que a consulta à sociedade pode ser realizada em qualquer momento do processo, observadas as seguintes recomendações:

- *definir claramente o objetivo da consulta: se para identificação do problema, mapeamento de alternativas, identificação de impactos, coleta de dados, validação de premissas e hipóteses, etc;*
- *definir o grupo alvo da consulta: empresas reguladas, consumidores, trabalhadores, outros órgãos de governo, especialistas, etc;*
- *organizar a demanda de informações, evitando solicitar dados ou fazer perguntas desnecessárias, o que pode reduzir o incentivo à participação ou tirar o foco das informações relevantes;*
- *definir a melhor forma de consulta para alcançar o público, utilizando canais que facilitem a participação: reuniões; debates, consultas, pesquisas de opinião ou questionários, ofícios, reuniões presenciais, plataformas eletrônicas ou outros meios de comunicação, etc;*
- *utilizar linguagem adequada ao público alvo da consulta;*
- *utilizar meios de comunicação ou publicidade adequados para garantir que o público alvo tenha conhecimento sobre o processo de participação com antecedência adequada;*
- *garantir prazo adequado ao processo de consulta, de acordo com a complexidade do tema em análise e das informações desejadas, de modo a permitir e incentivar que os atores possam preparar contribuições efetivas;*
- *realizar a consulta em um período favorável, evitando, sempre que possível, período de férias, festas, feriados, etc; e*
- *garantir o sigilo de informações sensíveis.*

15. No caso, **um dos primeiros requisitos** mencionados na lista – definir claramente o objeto da consulta – **não foi seguido pela ANP nesta TPC**, pois **o problema regulatório** sobre qual o administrado deve se manifestar **não foi identificado**, e mais, não há clareza sobre o objetivo da TPC em comento. Mais preocupante ainda, a forma da qual a presente TPC foi publicada, em antecipação a qualquer AIR procedimentalmente correta, somente veio a sugerir a existência de pré-posicionamentos sobre o tema, gerando imediata insegurança jurídica ao setor.

16. É neste sentido que se manifesta o parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, *in verbis*:

Ainda que o lançamento da TPC não signifique proposta de alteração normativa imediata, a mera colocação das sugestões para escrutínio público indica que a agência enxerga utilidade nas propostas, o que gera insegurança jurídica, pois inquína o desenho institucional atual do setor, acarretando em prejuízos concretos imediatos (suspensão de investimentos, perda de valor dos agentes listados, etc.). Por isso, o cuidado da agência deve ser o mesmo que ela teria ao propor mudanças concretas de normas (realizando AIR, p. ex.).

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 49)

17. Por suposto, a definição do problema, de forma clara e objetiva, também deve ser observada quando da realização de revisão de norma.
18. Fundamental identificar, por conseguinte, as normas existentes e vigentes, bem como avaliar o arcabouço regulatório e seus eventuais reflexos como políticas públicas (os objetivos almejados foram atendidos? a norma foi cumprida? a norma teve efetividade? a norma causou algum prejuízo à sociedade? o que mudou no cenário para cogitar a mudança da norma?).
19. A regulamentação tem impacto em diversas áreas, o que impõe, quando da realização de AIR, a análise dos diversos ramos potencialmente impactados por determinada regulamentação, sem pré-julgamentos.
20. É neste contexto que a PLURAL, em fundamental preocupação sobre a questão, solicitou ao Professor Gustavo Binenbojm que também produzisse detalhado estudo sobre as questões jurídicas e regulatórias sobre a presente TPC, cujo resultado se verifica no parecer anexo (Doc. 03). Neste sentido, ao se deparar com o tema da AIR, o Professor afirma, *in verbis*:

*Definido o problema, devem ser **delimitados os objetivos desejados** com a intervenção regulatória; **mapeadas**, da forma mais ampla possível, **as alternativas de ação**; e **analisados os agentes afetados** pelas medidas e seus **impactos**, a partir de uma ótica, inclusive, comparativa. Só então, deve ser **recomendado um curso de ação** como o preferencial, após avaliação dos prós e contras. Ainda no âmbito do processo de elaboração da AIR, é preciso fixar estratégias de implementação, monitoramento e avaliação do curso de ação eleito. É que nem sempre uma medida em tese adequada será viável do ponto de*

vista prático. Realmente, se o regulador não tiver meios para implementar, fiscalizar ou responder ao descumprimento da regulação pelos administrados, o modelo poderá ser comprometido em sua efetividade e não se justificar.

*O ponto relevante é que, **somente depois desse iter procedimental**, a alternativa eleita deve ser testada e debatida pelos interessados, por intermédio dos canais próprios (como as consultas e audiências públicas, que contam com previsão expressa na legislação). Jamais antes. Dentre outras razões, a justificativa para sua realização a posteriori está justamente em testar as análises técnicas, submetendo a proposta a críticas e questionamentos que podem ter passado despercebidos pelo órgão regulador. Daí porque a AIR não deve ser feita quando a entidade administrativa já tiver tomado decisão. Tal procedimento não pode representar apenas um referendo de uma decisão já tomada, mas um exame sobre como decidir. Em todo caso, se há uma abertura ao diálogo com eventuais interessados, a Administração deve ser clara quanto às suas intenções.*

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 09-10)

21. Em vista dessa amplitude de (possíveis) efeitos, como se verá, qualquer análise que a autoridade se proponha a empreender com vistas a revisar ou elaborar uma norma deve ser igualmente ampla, ou, caso seja segmentada, que o seja sem perder de vista o todo nessa equação.
22. Nessa linha, o Guia cita aspectos igualmente relevantes que devem ser considerados, em conjunto, quando da realização de estudos prévios ou concomitantes à revisão ou à elaboração de nova regulamentação, quais sejam:

(a) impactos concorrenciais;

(b) impactos sobre as micro e pequenas empresas (no Brasil, em observância à Constituição Federal de 1988 em seu artigo 179 e à Lei 123/2006, Art. 1º § 3º e § 4º);

(c) impactos sobre o comércio internacional ou nível de abertura dos mercados;

(d) impactos sobre saúde;

(e) impactos sobre segurança;

(f) impactos ambientais;

(g) impactos sobre custos administrativos; e

(h) impactos orçamentários.

23. De mais a mais, o Agente Regulador deve ter claros os objetivos da AIR. Deve, igualmente, identificar possíveis medidas a serem adotadas (por exemplo: não adotar nenhuma medida, alterar a norma, revisar a norma, criar nova norma etc.).
24. O resultado dessa análise é, então, consolidado em um **Relatório de Análise de Impacto Regulatório**, o qual, como dito, poderá ser sujeito a complementações ou a alterações periodicamente. O princípio da transparência exige, ainda, que se dê publicidade a este documento e a suas alterações, de modo a viabilizar seu monitoramento e a efetiva participação da sociedade.
25. Em suma, o procedimento de AIR, se respeitado, garante maior segurança jurídica ao administrado, que passa a ter conhecimento prévio e a possibilidade de participar da elaboração de normas com o agente regulador. No mais, garante a transparência no procedimento. Furtar-se ao referido procedimento, sem justificativa plausível para tal, pode resultar em **nulidade do próprio ato de chamamento ao público**. Nulidade esta, inclusive, insanável do ponto de vista regulatório, eis que, conforme avalia o parecer do Professor Gustavo Binenbojm:

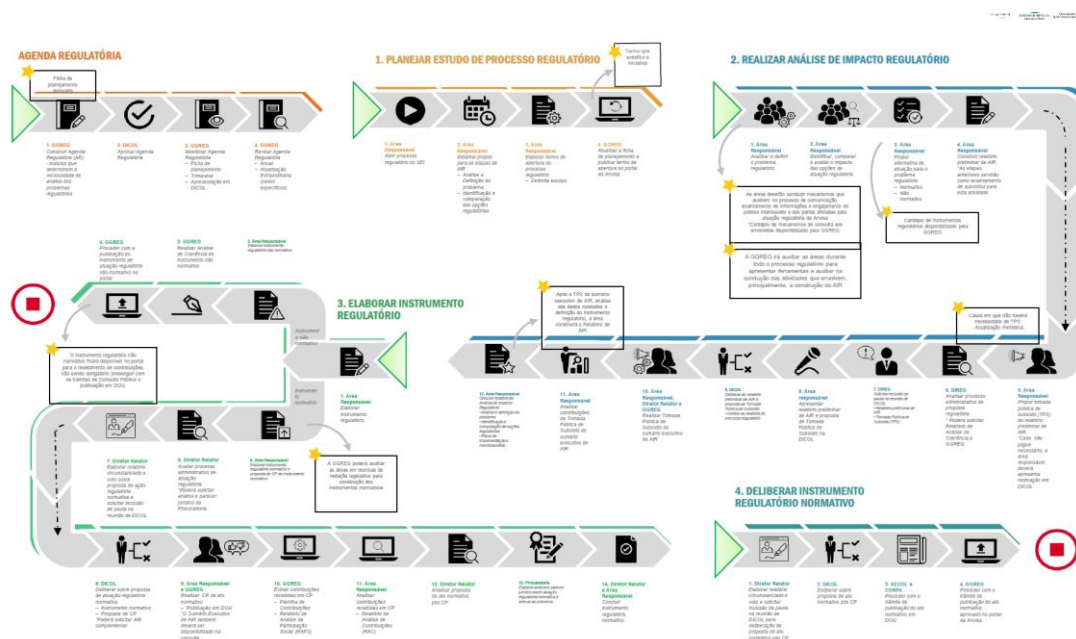
Por fim, nem se diga que a eventual realização de uma AIR em momento posterior à conclusão do processo de TPC supriria o vício. A toda evidência, a medida se revelaria inócua. Pelas razões já apontadas, a análise de impacto regulatório voltada à resolução de um problema setorial pressupõe que a própria Agência identifique previamente as alternativas existentes, sem indicar preferências a priori, para só após coletar, expor e comparar dados relativos aos impactos de cada caminho. O inverso, fruto de uma pré-compreensão indevida e sem a tecnicidade esperada, desvirtua e invalida o uso do instrumento.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 12-13)

a.2) A experiência nas agências reguladoras brasileiras

26. Não obstante o Guia e as Diretrizes terem sido aprovados em junho/2018, tal mecanismo já era utilizado pelas Agências há tempos.
27. A **ANATEL**, em 2015, publicou a Portaria n. 927/2015 para tratar justamente da produção de normas. A Portaria deixa claro cada passo do procedimento, desde a inclusão de tema na agenda regulatória, até a participação da sociedade e a elaboração de análise de impacto regulatório.

28. A **ANTT**, seguindo os passos da ANATEL, também previu a utilização de AIR em 2016, por meio da Deliberação 85/2016. Ato seguinte, em 2017, aprovou a Resolução n. 5.624, a qual disciplina de forma clara a participação da sociedade nas etapas de estudo e elaboração de normas.
29. Nas duas Agências mencionadas, o trâmite do procedimento de produção de norma encontra-se bem delimitado, de forma a possibilitar, inclusive, que sejam utilizados como parâmetro pelas demais agências.
30. A **ANVISA**, por outro lado, ainda está elaborando norma no mesmo sentido, não obstante o órgão já utilizar amplamente a AIR mesmo na ausência de previsão específica para tal.
31. Antecipando a sua norma, e buscando assegurar maior transparência ao administrado, a ANVISA divulgou um fluxograma com as etapas de análise e de preparação para a elaboração/revisão de normas:



32. Além disso, uma vez detectado o problema ou a necessidade de revisão/de criação de norma de questão sensível e relevante, a Agência prevê a possibilidade de se criar Grupos de Trabalho (GTs) para discutir a questão com a participação de órgãos da administração (ANVISA, Ministério da Saúde etc.), do setor produtivo e da sociedade civil⁵.

⁵ http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrxp9qY7FbU/content/acesse-integra-do-processo-sobre-rotulagem-nutricional/219201?p_auth=3W83midT&inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fnoticias%3Fp_auth%3D3W83midT%26p_id%3D101_INSTANCE_FXrxp9qY7FbU%26p_lifecycle%3D0%26p_st

33. Com relação à análise em si, note-se que a ANVISA trata/analisa a questão como um todo, sem realizar qualquer fragmentação. A questão de rotulagem dos alimentos, por exemplo, está em discussão em Grupo de Trabalho constituído em 2014, antes mesmo da inclusão do tema na agenda regulatória.
34. A **ANP**, por sua vez, não obstante prever a existência de AIR em seu Regimento Interno, **ainda não regulamentou o procedimento em si de AIR**. Ao contrário das demais agências, a **ANP não utiliza o AIR de forma regular e, mesmo nas raras ocasiões em que o fez, passou longe de atender as diretrizes do Guia**.
35. Desta feita, antes de iniciar qualquer procedimento de TPC, a ANP teria como dever de casa adequar sua regulamentação às melhores práticas regulatórias, ao Decreto n. 9.203/2017, e ao Guia e Diretrizes da Casa Civil.

b) Dos vícios ao devido processo regulatório na presente TPC

b.1) Da ausência de indícios de realização de AIR no caso concreto

36. Como visto, a AIR é de realização obrigatória no âmbito das agências reguladoras, quando da revisão ou elaboração de norma e deve ser realizada desde os estágios iniciais do processo para a formulação de novas propostas de regulação, consoante recomendação da OCDE⁶.
37. *In casu*, todavia, não é possível identificar se houve ou não a realização de AIR previamente. O Aviso desta TPC é silente neste ponto.
38. Na realidade, referido documento parece descumprir todos os requisitos para AIR e também do ato administrativo, previstos no art. 2º da Lei n. 9.784/99, tais como a obediência aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do

[te%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D_118_INSTANCE_62lkCoOZY6xN_column-1%26p_p_col_count%3D1;](http://portal.anvisa.gov.br/alimentos/processos-regulatorios) <http://portal.anvisa.gov.br/alimentos/processos-regulatorios> e https://anvisabr-my.sharepoint.com/personal/nelio_aquino_anvisa_gov_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fnelio_aquino_anvisa_gov_br%2FDocuments%2FRotulagem%20Nutricional%2FPortal%2FProcesso%2025351%2E906974_2017_04%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fnelio_aquino_anvisa_gov_br%2FDocuments%2FRotulagem%20Nutricional%2FPortal&slid=a191989e-d047-7000-84b0-f058abe4b091.

⁶ A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi criada em 1960 e constitui foro composto por mais de 30 países, dedicado à promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais. Entre seus objetivos estão fomentar a boa governança estatal e empresarial, o desenvolvimento social, o crescimento econômico por meio de cooperação institucional e política e a utilização de mecanismos de monitoramento e colaborar para a construção e fortalecimento da qualidade da regulação e da reforma regulatória.

contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência. Afinal, conforme atesta o parecer do Professor Gustavo Binenbojm:

Isso porque, em primeiro lugar, ao invés de definir com clareza, no bojo de um procedimento de AIR, a necessidade da intervenção regulatória do Estado, a Agência optou por simplesmente anunciá-la ao setor regulado. Ademais, sem que tenha pontuado seus objetivos com a mudança regulatória acenada, nem mapeado cursos de ação possíveis e seus potenciais impactos, a ANP definiu de antemão um caminho (i.e., a revisão das normas que vedam a verticalização no setor de combustíveis), apresentando-o para contribuições pelos interessados. Ou seja, o regulador decidiu previamente a medida que julgava adequada tomar, sem embasamento empírico e técnico quanto à sua necessidade, adequação e efeitos. E transferiu aos interessados o ônus – que é seu – de apresentar e avaliar as consequências, custos e benefícios da intervenção regulatória.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 12)

39. Além disso, a presente TPC é omissa, pois não define com clareza seu objetivo, sua finalidade ou sua motivação.
40. Como visto, a presente TPC supostamente seria fundamentada em documento emitido pelo DEE/CADE denominado de “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-competitivas*” e na Nota Técnica n. 24/2018/DEE/CADE que recomendou à ANP repensar “*a dicção das resoluções que impedem a venda direta de etanol para os postos de combustíveis.*”
41. No entanto, a uma, a ANP, em nenhum momento, deixou claro ao público que realizou uma análise destes documentos, se os acatou na íntegra ou parcialmente, quais os pontos dos documentos que reputou como cruciais, e tampouco demonstrou sua relação direta ou indireta com a atividade da Agência e a necessidade de receber subsídios, neste momento, da sociedade.
42. A duas, há severas objeções ao uso desse documento do DEE/CADE como fonte de motivação para a tomada de decisão (e não simplesmente como mero ponto de partida para estudo do setor).
43. De início, note-se que o DEE constitui órgão apenso ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos dos arts. 5º, III e 17 da Lei 12.529/11 e do art. 47 do Regimento Interno do CADE (RICADE). Sua competência é limitada e auxiliar à atuação decisória da Autarquia, na medida em que lhe cabe “*elaborar*

estudos e pareceres **econômicos**, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, **zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão**” (cf. art. 17, g.n.). **Ou seja, sua competência é claramente restrita à seara econômica e consultiva às decisões e posicionamentos que serão eventualmente deliberados pelo CADE; não detém competência regulatória, muito menos para falar de temas que refogem à competência originária do CADE.**

44. Posto isto, registre-se que tal estudo não foi munido de qualquer instrução, não foi debatido dentro do CADE e sequer foi aprovado – por unanimidade ou maioria – pelos membros do Tribunal do CADE, os quais, nos termos do artigo 9º da Lei 12.529/11, são mandatados para decidir sobre o entendimento da autarquia acerca dos temas concorrenciais. Conforme informou o próprio Presidente-Substituto do CADE à época, quando encaminhou tal estudo ao Diretor-Geral da ANP (via Ofício n. 2289/2018/CADE, de 01.06.2018⁷), trata-se de documento “*realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos*” do CADE – tendo, inclusive, indicado como ponto de contato para dúvidas o Economista-chefe do DEE/CADE, Sr. Guilherme Resende.
45. Membros do próprio CADE têm se manifestado publicamente com reservas ao Estudo do DEE, o qual é alcunhado mais como mera “provocação” ao debate, do que como um posicionamento definitivo de um órgão de Estado, senão vejamos:

“Não concordo com boa parte das medidas apresentadas (...) Em suma, embora (...) tenham sido muito bem-vindas e sirvam como um pontapé inicial para um necessário debate junto ao setor privado, os resultados das nove propostas são dúbios com respeito ao aumento da competição no setor de combustível, diminuição de preço na bomba e, assim, incremento no bem-estar do consumidor final. Foi, desta maneira, uma excelente provocação, mas que precisa ser lapidada.” (Conselheira do CADE, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt)⁸

46. Assim sendo, claro está que a própria “fonte da ANP” (i.e. o estudo DEE/CADE) é um documento assaz introdutório, sem aptidão para se tornar um porto seguro e definitivo para motivar mudanças tão relevantes. E sem clareza sobre a

7

Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOLomO2whUxshxIS5mG3akQt5ylCwp8PCtU3h9lduObay3gSCNicl_iwwmelfdDaVP6p3_16BOQ1B5t47gOsTQX

⁸ SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. “Lupa na produtividade: o que dizer sobre as 9 medidas do CADE no setor de combustível?”, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/produtividade-medidas-cade-setor-combustivel-04082018>.

motivação, o administrado, por sua vez, não tem condições de apresentar informações aptas a contribuir efetivamente para os fins buscados pela autoridade (que também não estão claros!).

47. Resta evidente, portanto, que a ANP carece de fundamentação/motivação para a abertura de contribuição sobre verticalização na cadeia de distribuição. Tampouco deixa claro qual o objetivo e a finalidade das contribuições que deseja receber.
48. Neste ponto específico, semelhantes são as conclusões do Professor Alexandre Santos de Aragão, em seu parecer anexo:

A imparcialidade regulatória, com efeito, é um dos mais importantes produtos dos estudos de impacto regulatório. Através dele, é possível racionalizar o processo decisório, evitando-se subjetivismos diversos, decisões fundadas em alegado “bom senso” ou “fatos notórios”.

Como adiantamos acima, a necessidade de realização de impacto regulatório fortalece-se por expressa indicação do estudo do DEE utilizado como fundamento à medida aventada. É dizer: a fim de se evitar que as propostas de TPC nº 3/2018 sejam viciadas por cristalina incompletude na motivação – e mesmo contraditórias à luz dos atos do DEE -, seria necessária, por exemplo, a comparação com outras medidas em tese cogitáveis, objeto por excelência de uma AIR.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 51)

49. Para agravar a situação ora mencionada, concomitantemente, foi aberta outra TPC para tratar de tema relacionado às características estruturais da cadeia de produção e comercialização de combustíveis no Brasil – qual seja, a fidelidade à bandeira, por sua vez discutida no âmbito da TPC nº 4/2018, e que vem sendo igualmente maculada pelos vícios ora registrados.
50. Neste ponto, a ANP também não explicou por qual razão decidiu abrir duas TPCs simultaneamente. Tampouco apresenta quaisquer esclarecimentos sobre eventuais novas TPCs sobre temas correlatos.
51. Ora, eventual revisão de arcabouço regulatório envolvendo tantas áreas estratégicas do setor de combustíveis – como aparentemente tem buscado a ANP – **não deveria ser feita de modo fragmentado**. Neste caso, é imprescindível a

realização de uma análise prévia do setor como um todo, precedida de um robusto AIR, com o envolvimento do Conselho Nacional de Política Energética.

52. Posteriormente à delimitação do novo panorama geral desejado, e identificadas todas as subdivisões de temas que precisam de revisão, aí sim, poderá a Agência dividir as AIRs por temas.
53. **Caso o intuito da ANP seja a revisão da norma, portanto, tornar-se-ia imperativo a realização de uma AIR acompanhada (ou precedida) das seguintes providências atribuídas à Agência:**
- (i) a delimitação do problema;
 - (ii) a definição muito clara de seus objetivos;
 - (iii) análise prévia da legislação em vigor, com a indicação de sua alegada falha de efetividade, e os motivos que levam a autoridade a crer que a medida em vigor mereceria revisão;
 - (iv) identificação da finalidade de seu pedido de contribuições sobre determinado tema; e
 - (v) definição, com precisão, do público-alvo da AIR, tanto aquele relacionado a órgãos públicos como a agentes privados. Cada parte afetada deve ser indicada.

b.2) Da ausência de regulamentação específica acerca da realização de TPC no âmbito da ANP

54. Segundo o Aviso de Chamamento da presente TPC, esta *“tem o objetivo de tornar público determinado assunto e colher sugestões da sociedade e dos demais entes públicos a respeito de temas de grande relevância, em respeito ao princípio democrático”*.
55. Ocorre que, como visto, não há regulamentação específica sobre o procedimento que será adotado na presente TPC. Trata-se de mecanismo adotado pela ANP sem norma prévia que especifique a forma de sua ocorrência. O prejudicado nessa história é o administrado, que não tem conhecimento sobre as etapas (*timeline*), os objetivos e as finalidades a TPC em tela, e dos subsídios nele colhidos.
56. Repita-se: **o administrado precisa ter segurança jurídica e conhecimento prévio sobre como funcionará e como foi definida a realização de TPC.** Qual

o seu planejamento e seu objetivo? Que resultado foi pretendido pela administração? Não se sabe.

57. O que se sabe é que a presente medida de TPC não parece ter resultado dos procedimentos regularmente previstos. Ou, conforme atesta o parecer do Professor Gustavo Binenbojm:

*Voltando os olhos ao caso do Parecer, tem-se que a diretoria da ANP, impulsionada pelo calor da crise de abastecimento que se instaurou em maio deste ano (“greve dos caminhoneiros”), aprovou a realização das iniciativas referidas como Tomadas Públicas de Contribuições, voltadas à revisão de normas fundamentais que estruturam o setor – incluindo a TPC sob análise. Ocorre que, ao contrário da consulta e da audiência pública, esse não é um meio previsto nem regulamentado em qualquer ato normativo. Trata-se de **instrumento ad hoc** instituído às pressas pela Agência. De maneira afoita, a Agência convidou o público a contribuir na análise de propostas de enorme relevância para o setor, sem apresentar qualquer estudo ou minuta. Mais do que isso, indicou ao público que já teria, sem aprofundar a análise, soluções predeterminadas.*

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 15)

58. Sem o preenchimento destes requisitos mínimos, o administrado não tem condições de contribuir à ANP de modo eficiente, coeso e concatenado, o que torna a TPC totalmente ineficiente, e um dispêndio desnecessário dos escassos recursos da administração pública, além de onerar os agentes regulados.

b.3) O problema das consultas “fatiadas”, sem a visão do todo: preocupante falta de transparência e de motivação

59. Não bastassem as preocupações apontadas acima, observa-se que a presente TPC traz a questão da verticalização de forma isolada dos demais pontos discutidos pelo próprio estudo do DEE/CADE. Desse modo, a TPC nº 3/2018 não apresenta qualquer aparente coesão com as demais medidas concorrenciais propostas por aquele órgão, deixando transparecer um posicionamento insatisfatório quanto à direção geral que a ANP deverá adotar no futuro próximo, sem, contudo, realizar uma AIR.

60. Muito pelo contrário: a PLURAL tem se preocupado com o fato de que diversas tomadas públicas de consultas venham a ser anunciadas pontualmente, casuisticamente e de forma gradativa por esta Agência, sem que a mesma detalhe qualquer aparente política pública ampla que esteja sustentando tais iniciativas de forma consistente, e sem qualquer plano de ação de médio ou longo prazo. Vale lembrar que, paralelamente à presente Tomada, corre também a TPC nº 4/2018, que trata especificamente da tutela regulatória sobre a fidelidade à bandeira.
61. Dessa forma, ao se promover cada uma de tais consultas de modo isolado, incorre-se em um grave risco de desestruturação dos diversos objetivos impostos ao atual modelo de distribuição de combustíveis no Brasil: se cada uma das premissas que levaram ao atual modelo não é avaliada no seu conjunto, mudanças regulatórias que aparentemente beneficiam um determinado interesse público acabam por destruir todos os demais. Do mesmo modo, determinada mudança regulatória que ambicione efeito pró-competitivo poderá acabar frustrada por outra mudança regulatória que também tenha escopo concorrencial, caso ambas sejam promovidas de forma isolada e sem a devida percepção do seu conjunto pela sociedade.
62. O problema, à propósito, não é meramente de má condução do processo administrativo que enseja a(s) TPC(s) atualmente em curso, mas sim de efetiva criação de **insegurança jurídica em setor indiscutivelmente sensível a humores políticos**. Vai sem dizer que, do ponto de vista econômico, o setor de distribuição de combustíveis caracteriza-se pela dependência de capital intensivo, calcado em ganhos de escala, com perspectivas de investimento e retorno de médio e longo prazo. Por conseguinte, propostas de curto-prazo, casuístas e sem transparência sobre seu papel no todo **acabam por desestabilizar todo o setor**, de tal forma a comprometer seu planejamento e higidez econômica.
63. Em suma, *“o todo sem a parte não é todo; a parte sem o todo não é parte”*. Não é possível se prosseguir com qualquer TPC sobre o tema geral da distribuição, quando realizada de forma fatiada e casuística: iniciou-se uma consulta sobre a venda direta de etanol, para então passar a tratar da verticalização, e logo depois tratar sobre a fidelidade à bandeira, sem qualquer explicação para tais iniciativas, sua sequência ou interrelação entre si. ***Pergunta-se, afinal: o que mais virá, como, e por quê?***
64. Por conseguinte, importa sublinhar que a presente TPC mostra-se juridicamente inválida ao ter por objeto somente uma parcela das alterações que se pretende

aprovar. Tal condição inviabiliza e esvazia de sentido qualquer contribuição adequada por parte dos administrados. **Com efeito, o órgão regulador deve, antes, ter segurança e informar ao Administrado quais serão as “fatias” sujeitas a Consultas Públicas – i.e., qual é o desenho final da regulação do setor que se propõe.**

65. Neste particular, cumpre observar que própria ANP sequer se manifestou, de forma ampla e documentada, a respeito do conjunto de medidas propostas pelo DEE/CADE sobre o setor de distribuição de combustíveis no Brasil. Em não havendo sequer conhecimento mínimo sobre a visão desta Agência a respeito de alterações regulatórias tão fundamentais sobre o tema, torna-se imprescindível a sua devida cautela e reflexão – de natureza eminentemente regulatória – na promoção de iniciativas na forma dos TPCs em comento.
66. Esse panorama de visível insegurança jurídica é ainda agravado pelo fato de a ANP, mais que se eximir da devida motivação de seu ato (mediante, inclusive, a prévia realização de AIR) – **vem atuando de forma contraditória com outra importante iniciativa – essa, sim, dialógica e refletida – que vinha sendo conduzida com a participação da própria Agência e do CADE.** Conforme narra o parecer do Professor Gustavo Binenbojm (anexo):

Com efeito, conforme narra a Consulente, o Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis, demais Derivados de Petróleo e Biocombustíveis – CT-CB, responsável pela implementação de propostas pensadas no âmbito do programa “Combustível Brasil”, vinha discutindo e propondo medidas cada vez mais específicas, pautadas nas diretrizes da Resolução CNPE nº 15/2017, com o objetivo de reformar o regramento do setor de forma a incentivar investimentos e a livre concorrência. O CT-CB já realizou quatro reuniões e divulgou dois relatórios abrangentes em que constam as decisões e propostas sugeridas pelos seus subcomitês. Desta forma, o mercado vinha, até então, ajustando seus planos de acordo com a previsibilidade e conforto gerados por essa boa prática de revisão regulatória.

Sem considerar as providências discutidas no âmbito deste Comitê com composição plural, a Agência repentinamente acenou para uma alternativa de ação que sequer consta de sua da Agenda Regulatória aprovada para o biênio 2017-2018.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 20-21)

67. Nesta esteira, vale frisar que ter o conhecimento prévio sobre o todo permitirá ao administrado compreender corretamente o escopo de cada Consulta, e, por conseguinte, de oferecer críticas e subsídios construtivos nos limites do referido escopo, e de forma coesa e concatenada com as contribuições já apresentadas.
68. Ademais, a ausência de transparência e de planejamento estratégico nesse sentido é deletéria ao administrado, que se vê forçado a repisar ou antecipar argumentos visando à maior completude possível, sendo relegado à Agência o poder discricionário para selecionar, de tudo o que for apresentado, aquilo que lhe parecer cabível – ato esse passível de erro, além de ineficiente.
69. Enfim, sob uma perspectiva de interesse público e da própria sobrevivência do setor de distribuição de combustíveis no Brasil, é necessário que esta ANP esclareça não apenas o contexto fundamental sobre as consultas que estão sendo promovidas, mas quais outras consultas e temas serão eventualmente trazidos a público.

b.4) Da ausência de motivação da TPC

70. Por fim, nos *Consideranda* da presente TPC, a ANP destaca, *inter alia*, que:
- i) a TPC se insere no Grupo de Trabalho constituído por CADE e ANP;
 - ii) tomou conhecimento dos documentos do DEE/CADE “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrenciais*”, e a Nota Técnica n. 24/2018/DEE/CADE; e
 - iii) há preocupação, verificada também no documento do DEE/CADE, com o preço final do combustível;
71. No entanto, a ANP **não justifica ou relaciona a necessidade de TPC com os pontos supra mencionados**. Como visto, a Agência sequer expôs seu entendimento sobre os documentos e o impacto destes sobre sua atividade e a atividade dos administrados sujeitos à sua regulamentação.
72. Trata-se, com efeito, de uma das principais críticas expostas no Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, *in verbis*:

(...) o Aviso de Tomada Pública de Contribuições n. 3/2018 dispõe expressamente em seus considerandos que a proposta in casu fundamenta-se nas recomendações

*do estudo do DEE intitulado “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” (...) Especificamente no que tange às contribuições invocadas pela ANP como fundamento da proposição da verticalização do setor de combustíveis – advindas unicamente de experiências alienígenas constantes no capítulo 3.II do documento, referentes, ressalte-se, apenas a desverticalização -, o DEE frisa que não foi feita “mensuração ou quantificação exata do impacto no preço final dos combustíveis”. Por fim, ressaltou a autarquia, “**não há um estudo empírico para o caso brasileiro**” (grifamos).*

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 35 e 41)

73. Esclareça-se que os **Consideranda não constituem motivação** de ato administrativo. Independente dos *Consideranda*, não há motivação explícita a fundamentar a abertura de TPC, o que torna tal **procedimento ilegal** nos termos do já referido art. 2º, *caput* da Lei n. 9.784/99.
74. Adicionalmente, note-se que as atividades do Grupo de Trabalho em comento não são públicas, de forma que, se são componentes da suposta motivação da autoridade, o fato de tais reuniões não serem públicas constitui patente violação ao art. 37 da Constituição Federal, devido à **falta de publicidade e de transparência**. Em linha com essa deficiência, veja-se análise do Professor Gustavo Binenbojm:

De mais a mais, a TPC em questão insere-se no contexto do Grupo de Trabalho (“GT”) instituído pela ANP e pelo CADE com o objetivo de “estabelecer atuação conjunta no âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência”. De acordo com o Aviso da TPC nº 3, disponibilizado pela Agência, o GT tem como finalidade “analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pelo CADE para repensar o setor de combustíveis, a possibilidade de serem adotadas permanentemente as medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP durante a greve dos caminhoneiros para assegurar o abastecimento nacional de combustíveis e outras possíveis medidas.” Contudo, a ANP e o CADE não divulgaram qualquer informação ao público acerca das discussões estabelecidas no âmbito do GT, em reuniões que ocorreram sem a presença dos agentes regulados. Isso reforça a insuficiência da motivação na atuação da Agência. (...)

Por tudo isso, pode-se afirmar que a iniciativa da Agência viola um conjunto de dispositivos constitucionais e legais. Realmente, o dever de

motivação é insito ao Estado Republicano e Democrático de Direito (art. 1º da CRFB) e decorre dos princípios do devido processo legal e da publicidade administrativa (arts. 5º, inc. LIV, e 37 e 93, X da CRFB). No plano legal, as Lei nº 4.717/65 e nº 9.784/99 reforçam esse dever de modo categórico, aludindo à necessidade de motivação “explícita, clara e congruente”, sob pena de nulidade do ato e do processo administrativo,⁹ o que é ratificado pela jurisprudência.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, pp. 16 a 18)

75. Enfim, ante o quanto exposto de forma bastante minudente, resta claro que **a presente TPC padece de fundamentais vícios que, sem os devidos esclarecimentos e endereçamentos por esta I. Agência, comprometem a sua própria juridicidade e resultam em nulidade absoluta.** Isto porque:

- i) A TCP não está inserida em (ou não foi precedida de) AIR;
- ii) Não há previsão legal esclarecendo o procedimento desta TPC;
- iii) O objetivo da TPC não está claro, já que não foram identificados os problemas precisos que estão aptos a justificá-la, havendo **insegurança jurídica ao administrado**;
- iv) O ato administrativo em questão não possui finalidade e motivação;
- v) A ANP baseia a abertura de TPC em documentos de outro órgão (o DEE/CADE), sem esclarecer o grau de escrutínio e de aceitação ao qual submeteu tais documentos internamente;
- vi) As medidas para alterar a legislação devem ser analisadas sob diversos aspectos, não podendo ser concebidas a partir de uma análise exclusivamente concorrencial; e
- vii) Caso o intuito da ANP seja efetivamente alterar o arcabouço regulatório, é **imprescindível a realização de AIR** consoante todas as etapas indicadas no Guia e nas Diretrizes da Presidência da República, documentos que devem ser respeitados pelos entes da Administração Pública.

⁹ A Lei nº 4.717/65 define que são nulos os atos estatais no caso de ausência de motivos (*i.e.*, “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”, cf. art. 2º, “d” e parágrafo único, “d”). Já a Lei nº 9.784/99 estabelece como critérios essenciais do processo administrativo federal tanto a “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”, quanto a “*observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*” (art. 2º, parágrafo único, incisos VII e VIII). Em adendo, o capítulo XII do referido diploma legal trata especificamente da motivação dos atos administrativos, estabelecendo que ela deve ser “*explícita, clara e congruente*” (§1º, do art. 50), nisso compreendidos os critérios da suficiência e da adequação da justificativa administrativa, conforme reconhecido pela jurisprudência

ANEXO II

IMPERATIVO DEVER DE CAUTELA À LUZ DA ORGANIZAÇÃO DO SETOR DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL: EXISTÊNCIA DE PREMISSAS FUNDAMENTAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE IMPEDEM MUDANÇAS REPENTINAS E DESBALANCEADAS NA REGULAÇÃO DO SETOR

a) O obstáculo central à presente TPC: existência de premissas fundamentais de políticas públicas que impedem mudanças repentinas e desbalanceadas na regulação do setor de combustíveis no Brasil

76. O atual desenho institucional do setor de combustíveis no Brasil é fruto de uma longa, refletida e cumulativa construção de política pública soberana. Tendo seu marco zero normativo consagrado pela Constituição de 1988, a política de abastecimento nacional de combustíveis, que remonta, em verdade, há décadas de história e evolução, foi posteriormente expandida por uma sucessão de instrumentos normativos específicos que lhe deram concretude e segurança jurídica para alcançar os objetivos de desenvolvimento nacional do País, tanto de médio como de longo prazo.
77. Não apenas se trata de um modelo com racionalidade bastante reconhecida e atrelada aos desafios específicos do Brasil enquanto Nação em desenvolvimento, mas também resultado de profundo debate sobre os desafios que surgiram com a progressiva diminuição da intervenção estatal no mercado de combustíveis.
78. Neste contexto, fica claro desde já que a proposta atual desta I. Agência de se promover mudanças regulatórias exclusivamente sob uma justificativa concorrencial, baseada, como dito, em estudo preliminar de um órgão apenso ao CADE – no caso, o DEE – incorre, injustificadamente, em grave risco de desestruturação do setor, bem como de comprometer insanavelmente outros interesses estratégicos protegidos pelo modelo vigente.
79. Com efeito, ao se observar o processo de liberalização e concomitante regulação do setor de combustíveis no Brasil, verifica-se que o modelo de políticas públicas adotado privilegiou todo um conjunto coerente de valores, nos quais a dinâmica de competição entre preços foi apenas um dos seus elementos constituintes. Destarte, de visão unívoca, a presente TPC revela um equívoco de largada ao presumir que eventual reforma do marco regulatório do setor de combustíveis brasileiro possa ser orientada predominantemente por uma política supostamente

centrada na redução de preços e aumento da livre competição, como aparentemente se entende a partir de suas considerações iniciais.¹⁰

80. Tal desafio reside justamente em função das características históricas do mercado de combustíveis no Brasil, que demandaram que a estrutura do setor adotasse um modelo de liberalização controlado e ponderado com diversos outros objetivos que foram se desenhando ao longo desse processo histórico, os quais não podem ser simplesmente colocados à margem de reforma supostamente pró-competitiva.
81. Para melhor compreensão da – sempre construtiva – crítica, permita-se a breve digressão.
82. Com a abertura do mercado de combustíveis no Brasil a partir de meados da década de 1990 e a subsequente liberdade de precificação na década seguinte, a política nacional de abastecimento de combustíveis foi drasticamente reformulada

¹⁰ Conforme Aviso de Tomada Pública de Contribuições Nº 3/2018:

“A Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO que a Tomada Pública de Contribuições (TPC) se insere no contexto do Grupo de Trabalho (GT) constituído pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela ANP para estabelecer atuação conjunta no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência;

CONSIDERANDO que o GT tem como objetivo analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pelo Cade para repensar o setor de combustíveis, a possibilidade de serem adotadas permanentemente as medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP durante a greve dos caminhoneiros para assegurar o abastecimento nacional de combustíveis e outras possíveis medidas;

CONSIDERANDO que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período da greve dos caminhoneiros apresentou o estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” com as seguintes contribuições de caráter regulatório:

(i) permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos;

(ii) repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis;

(iii) extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras;

(iv) fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado;

(v) aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis para o aperfeiçoamento da inteligência na repressão à conduta colusiva.

CONSIDERANDO que o CADE coloca como objetivo do debate iniciar o diálogo social para diminuir o preço dos combustíveis no cenário nacional, em decorrência de um ambiente concorrencialmente saudável;

CONSIDERANDO que a Nota Técnica nº 24/2018/DEE/CADE recomenda que a ANP repense a dicção das resoluções que impedem a venda direta de etanol para os postos de combustíveis.

CONSIDERANDO a competência constitucional da ANP, prevista no art. 177, § 2º, III da Constituição Federal, para regulação do monopólio da União;

CONSIDERANDO as competências legais da ANP, principalmente aquela prevista no art. 8º, I da Lei 9478/97, para regulação do mercado e proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço e oferta dos produtos;

CONSIDERANDO que, embora abertas à livre iniciativa, as atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis são consideradas de utilidade pública, conforme art. 1º, §1º da Lei 9847/99;

CONSIDERANDO que a Tomada Pública de Contribuições - TPC é um instrumento que tem o objetivo de tornar público determinado assunto e colher sugestões da sociedade e dos demais entes públicos a respeito de temas de grande relevância, em respeito ao princípio democrático;

resolve convidar a sociedade a participar da TPC para coletar contribuições, dados e informações sobre a verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis.”

no sentido de aumentar a liberdade dos agentes e, com isso, elevar a responsabilidade por suas condutas no mercado, razão pela qual o Estado passou a restringir a sua intervenção direta e tornando-se, muito mais, um regulador do mercado por meio de agência autônoma, a ANP.

83. Assim, após a Emenda Constitucional nº 9/95 e com a edição da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), a importação de derivados do petróleo foi liberada (artigo 60), assim como foi garantido o livre acesso a oleodutos, tanques e terminais marítimos (artigo 58), além de ter sido extinto o mecanismo de equalização dos preços ao consumidor em todo o país, efetivando a liberdade de precificação dos agentes econômicos.
84. Um dos primeiros resultados da política liberalizante foi a entrada de uma multiplicidade de novas distribuidoras no mercado. Como se sabe, a ANP chegou a manter o registro de mais de três centenas de distribuidoras no país, sendo hoje certa de 164.¹¹
85. No entanto, na esteira dessa rápida e descontrolada expansão, verificou-se uma ampla disseminação de práticas de concorrência desleal que, embora notadamente ilegítimas e inaceitáveis, tornaram-se estratégias de competitividade (predatória) por muitas distribuidoras.
86. Diversas frentes de concorrência desleal consolidaram-se como desafios permanentes ao mercado de combustíveis brasileiro:
 - i. **Decisões judiciais para não para não-cumprimento das normas da ANP.** Diversas distribuidoras e revendedores impetraram mandado de segurança para exercer atividade sem autorização da ANP.
 - ii. **Sonegação de ICMS:** Diante do surgimento de grande número de empresas distribuidoras, os estados passaram a encontrar dificuldades – ainda longe de ser superadas – crescentes para exercer a fiscalização tributária sobre o setor, acostumados a um mercado em que um número reduzido de grandes companhias recolhia regularmente o ICMS. Algumas novas distribuidoras, aproveitando-se das deficiências da fiscalização e da morosidade das máquinas estaduais, deixaram de recolher o ICMS, multiplicando ilegalmente seus lucros.¹² Em resposta,

¹¹ ANP. Panorama de abastecimento de combustíveis. Rio de Janeiro: ANP (2017), http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/livros_e_revistas/Panorama_do_Abastecimento2017.pdf.

¹² Em 1992, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) tinha atribuído às empresas de distribuição a responsabilidade pelo recolhimento também do tributo devido pela revenda, mas várias empresas passaram a impedir

a substituição tributária do ICMS nas refinarias, proposta, aliás, pelo Sindicom (atual PLURAL), foi adotada pelos estados em outubro de 1996.¹³

- iii. **Decisões judiciais para não recolhimento da substituição tributária.** A substituição tributária abriu, contudo, nova frente de batalha no Judiciário, no qual várias distribuidoras propuseram ações judiciais para se desobrigarem do pagamento antecipado do ICMS. Uma onda de liminares abateu-se sobre o mercado, desequilibrando a livre concorrência, na medida em que empresas que obtinham as medidas judiciais deixavam de recolher os impostos.
- iv. **Decisões judiciais contra o recolhimento de PIS/COFINS.** O crescente não-pagamento de tributos por parte de distribuidores e revendedores comprometeu não só a arrecadação fiscal dos estados, mas também da União. O dano, aqui, não era apenas de natureza concorrencial (competição desleal) e, portanto, jamais poderia ser suficientemente combatida apenas por regras referentes a esta temática: com a maior possibilidade de fornecer combustíveis de valor “sonogado”, ou na ausência de entidade reguladora que fiscalize o devido cumprimento de suas obrigações, muitas distribuidoras passaram a adotar tais práticas desleais de forma massiva, comprometendo severamente a arrecadação de todas as entidades federativas do Estado.
- v. **Adulteração do produto.** Em paralelo, o setor de distribuição passou a enfrentar um permanente – desafio quanto a práticas de adulteração do produto. A adulteração da gasolina ganhou proporções sem precedentes no fim dos anos 1990, seja com a adição excessiva do álcool anidro na gasolina, seja com a mistura de solventes desviados da indústria de borracha, tintas e outros produtos, seja com a adição de água no álcool anidro para fazer álcool hidratado, dentre muitos outros procedimentos utilizados para adulterar o combustível. O uso fraudulento de solventes, de preço inferior, por serem menos tributados,

na Justiça a retenção nas operações interestaduais. Outras questionaram o regime de substituição tributária, sob o argumento de que ele não fora adotado por lei complementar. [Sindicom, p.111]

¹³ O deslocamento da substituição para as refinarias fez com que elas passassem a recolher o tributo de toda a cadeia de comercialização — refino, distribuição e revenda —, cabendo às distribuidoras informar ao estado o destino final dos produtos, para que os créditos do ICMS pudessem ser repassados a essas unidades da federação. [Sindicom, p.111]

permitia descontos nos preços cobrados pela gasolina nos postos, em prejuízo da mecânica e do rendimento dos motores.

Mas mais do que o mero dano concorrencial, as práticas de adulteração resultaram em **prejuízos diretos ao meio ambiente, à segurança e bem-estar do consumidor. Este último**, desconhecendo a procedência e verdadeira qualidade do combustível adquirido, o consumidor passou a incorrer no risco contínuo de arcar com sobrepreços e danos materiais sobre seus veículos automotivos. Também passou a sofrer o **interesse difuso no que tange à tutela da segurança ambiental**, visto que o produto adulterado afeta o meio ambiente, uma vez que a combustão se torna irregular aumentando a emissão de compostos prejudiciais ao meio ambiente. Além disso, determinados solventes em certas concentrações na atmosfera, formam misturas explosivas e tóxicas, podendo também prejudicar a vida aquática e o lençol freático.

87. Enfim, tanto para a questão da evasão fiscal quanto ao tema da adulteração do produto, o setor de combustíveis passou a se deparar com práticas de competição desleal para os quais a estrutura de fiscalização da ANP e dos Estados não estava preparada, o que, inclusive, tornou o ambiente para algumas distribuidoras bastante inóspito. Não por outro motivo, as grandes distribuidoras internacionais gradualmente deixaram o país por força da competição predatória exercida por uma massa de distribuidoras regionais.¹⁴
88. Mesmo com o posterior desenvolvimento da ANP e o amadurecimento do mercado nos dias atuais, tais problemas não apenas vêm persistindo no setor, como têm cada vez mais se sofisticado em contraposição ao interesse público maior. Senão vejamos:

¹⁴ “Com a consolidação do marco regulatório (Lei 9.478/97), a recém-criada Agência Nacional do Petróleo (ANP) começou uma grande batalha para corrigir as distorções que promoviam uma competição desigual. No fim dos anos 90, o aumento da informalidade prejudicou muito o bom funcionamento do mercado de distribuição e fez com que as empresas que funcionavam na legalidade tivessem grandes perdas econômicas e financeiras. Por isso a regulação passou a centrar sua atuação em ações de prevenção à adulteração de combustíveis e de alteração na estrutura de coleta de impostos, limitando as oportunidades de evasão e restituindo a fidelidade à bandeira da distribuidora que tinha contratos com postos revendedores.

No terceiro ciclo do setor, a restrição da informalidade limitou a atuação dos pequenos distribuidores e as empresas que tinham escala e faziam grandes investimentos recuperaram o market share. A instabilidade regulatória e a insegurança jurídica promovida nos anos 90 levaram à saída do mercado brasileiro de importantes players internacionais, à entrada de novos grupos, muitos nacionais, no segmento de distribuição de combustíveis e a uma nova consolidação no setor. Ocorreram a compra da Esso pela Cosan, posteriormente a joint venture entre Shell e Cosan, que resultou na Raízen, e a venda do Grupo Ipiranga para o Ultra e para a BR. Depois, a compra da Texaco pelo Grupo Ultra e, mais recentemente, a aquisição da ALE Distribuidora.” (OESP, Distribuição de combustíveis no Brasil, 21/09/2016, <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/distribuicao-de-combustiveis-no-brasil.10000077249>)

- (i) **Evasão fiscal.** Segundo dados da Fundação Getúlio Vargas (FGV), o Brasil perde mais de R\$ 4.8 bilhões em sonegação e inadimplência de impostos, sendo o etanol hidratado responsável pela maior parte desta perda.
 - (ii) **Vício de quantidade.** A bomba medidora era fraudada através de uma alteração mecânica na bomba. Atualmente, são também instalados chips eletrônicos nas placas eletrônicas das bombas, podendo, inclusive, ser acionados por controle remoto.
 - (iii) **Vício de qualidade.** A gasolina era adulterada com adição de anidro ou com solvente e o etanol hidratado adulterado com água (álcool molhado). Hoje, ambos produtos são adulterados com metanol, produto importado e altamente cancerígeno.
 - (iv) **Furto de combustível.** Antes apenas realizado nos caminhões, hoje se verifica o furto de combustível dos próprios dutos para revenda nos postos.
89. Com efeito, o risco de desestruturação do setor tem resultado em uma permanente preocupação, em pelo menos quatro esferas de interesse estratégico nacional:
- (i) **Garantia de abastecimento energético em todo o território nacional, como questão de interesse público;**
 - (ii) **Interesse difuso da segurança e o bem-estar do consumidor;**
 - (iii) **Interesse difuso da segurança ambiental; e**
 - (iv) **Sustentabilidade econômico-financeira do Estado na figura da arrecadação fiscal.**
90. É neste sentido que a PLURAL passa a demonstrar como cada um dos interesses acima elencados encontra-se intrinsecamente dependente do modelo regulatório vigente, e por ele será diretamente impactado, tornando-se cogente, repita-se sempre, uma reflexão mais aprofundada e holística (não “em tiras”) das mudanças regulatórias pretendidas, sob pena de destruição de um frágil bioma normativo e econômico, além de se causar externalidades negativas em série à coletividade. Senão vejamos.

a.1) O serviço de distribuição de combustíveis no Brasil: natureza de utilidade pública e, portanto, não regrada exclusivamente por princípios concorrenciais

91. Antes de tudo, cumpre pontuar de forma mais minudente que o atual tratamento regulatório do setor de combustíveis como reflexo de uma política pública soberana não é mera constatação histórica ou valorativa, mas sobretudo imposto pelo regime jurídico vigente. A cadeia de distribuição de combustíveis configura-se como um **serviço de utilidade pública** por determinação legal, e disso decorre que tal atividade não se sujeita (e nem poderia) exclusivamente a princípios de livre concorrência.
92. Recorde-se que a redução de preços ao consumidor nunca foi o primeiro objetivo e nem a maior prioridade das mudanças regulatórias e atuação da ANP. A ênfase dada pela Lei do Petróleo à política energética nacional é, em primeiro lugar, para a “**garantia do suprimento de derivados de petróleo**”, nos termos do que dispõe o art. 177, §2º da Constituição Federal.
93. Não por outra razão, e em cumprimento ao mandamento constitucional, a Lei 9.874/99 atribui *status* de utilidade pública à atividade de distribuição. Neste sentido, dispõe o Artigo 1º, §1º dessa Lei, *in verbis*:

Art. 1

§1º O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:

I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, gás natural e seus derivados;

94. Neste sentido, a utilidade pública da atividade de distribuição de combustíveis é reiterada pela Resolução ANP nº 58/2014. Neste sentido, dispõe o Artigo 1º, parágrafo único da Resolução, *in verbis*:

Art. 1º - Ficam estabelecidos, pela presente Resolução, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação.

Parágrafo único - A atividade de distribuição de combustíveis líquidos é considerada de utilidade pública e compreende aquisição, armazenamento, mistura, transporte, comercialização e controle de qualidade de combustíveis líquidos.

95. O mesmo ocorre com a atividade de revenda de combustíveis, que tem a utilidade pública reiterada pela Resolução ANP nº 41/2013. Vejamos:

Art. 2º A atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos, considerada de utilidade pública, compreende:

I - a aquisição e o armazenamento de combustíveis automotivos a granel, de óleo lubrificante acabado envasado e a granel, de aditivo envasado para combustíveis líquidos, de aditivo envasado para óleo lubrificante acabado, de graxas lubrificantes envasadas e de querosene iluminante a granel ou envasado;

II - a aquisição, o recebimento, a compressão, a comercialização no próprio estabelecimento e a comercialização a varejo, no caso de GNV;

III - a comercialização a varejo, em seu estabelecimento, de combustíveis automotivos no tanque de consumo dos veículos automotores terrestres, das embarcações marítimas, lacustres e fluviais ou em embalagens certificadas pelo Inmetro; de óleo lubrificante acabado envasado e a granel; de aditivo envasado para combustíveis líquidos; de aditivo envasado para óleo lubrificante acabado; de graxas lubrificantes envasadas e de querosene iluminante a granel ou envasado; e/ou

IV - o controle da qualidade dos combustíveis automotivos, referente aos ensaios para a análise das características descritas no Regulamento Técnico ANP nº 1/2007 da Resolução ANP nº 9, de 07 de março de 2007, ou outra que venha a substituí-la.

96. Assim, um serviço de utilidade pública incorre no abastecimento de um recurso ou na oferta de um serviço importante para a execução regular e satisfatória de outras atividades de uma sociedade: é o caso, por exemplo, dos serviços de fornecimento de eletricidade, transporte coletivo, abastecimento de gás, sistema telefônico, entre outros.¹⁵
97. Ora, a partir do disposto acima, observa-se desde logo que o mandamento de utilidade pública sobre o setor de combustíveis já relativiza significativamente a preocupação da ANP quanto ao preço praticado ao consumidor final, que deve ter seus interesses protegidos quanto ao preço, mas através de um objetivo maior: a estabilidade e previsibilidade dos preços, por meio de uma política de esforços por sua maior uniformização.
98. Portanto, a sociedade pode ser negativamente impactada em caso de uma política de livre concorrência que, se levada ao extremo, possa comprometer o abastecimento regular de combustíveis.

¹⁵ Neste sentido, segundo Hely Lopes Meirelles, os serviços de utilidade pública visam a “facilitar a vida do indivíduo na coletividade”. Assim, diferencia os serviços públicos essenciais – como pró-comunidade – dos serviços de utilidade pública – como pró-cidadão –, i.e., os primeiros se dirigem ao bem comum, e os segundos se dirigem à coletividade individualmente considerada. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27ª Ed. Malheiros Editores, 2002, pp. 17-8.

99. Apenas para ficar em um exemplo, veja-se que a crise gerada pela manifestação dos caminhoneiros entre maio e junho de 2018¹⁶, cuja origem foi o acentuado descompasso entre a oferta e a demanda no mercado de fretes¹⁷, recebeu apoio junto à população por sinalizar uma insatisfação geral e contundente em relação a uma política de aumento da carga fiscal e de reajustes do preço do óleo diesel desde outubro de 2016.
100. É justamente por esse motivo que, apesar de notáveis e meritórios os esforços da presente TPC em visar ao melhor ao consumidor, empenhando-se em garantir-lhe o menor preço, a natureza de serviço de utilidade pública que a norma confere à atividade de refino, distribuição e revenda de combustíveis faz com que, para a melhor situação hipotética ao consumidor, como também o seu abastecimento regular, boa qualidade, entre outros aspectos, que só podem ser regulados mediante diálogo direto e equilibrado da Administração Pública com o setor envolvido nessas atividades, em busca, por assim dizer, de um ótimo de Pareto. Nessa toada:

*O serviço público é bem indisponível, sendo prestado pelo Estado e seus agentes por força de lei. Tais agentes, não podem dispor do serviço público: são obrigados a prestá-los para atingir o interesse público irrenunciável. Logo, não são o preço e seu pagamento que determinam a prestação do serviço público, mas a lei. Destarte, com ou sem pagamento do preço (tarifa), o Estado não pode eximir-se de prestar o serviço público, como determina a lei. E, claro, esse quadro não se altera quando os serviços são prestados mediante concessão ou permissão.*¹⁸ (g.n.)

101. Desta feita, observa-se que, em que pese a liberdade de iniciativa e a livre concorrência serem norteadores relevantes ao tratar da regulamentação do setor de combustíveis, há, sobretudo em um setor considerado de utilidade pública, fatores como responsabilidade ambiental, qualidade do combustível ofertado e a eficiência na distribuição e no abastecimento como interesses fundamentais ao

¹⁶ Greve dos caminhoneiros afeta transporte coletivo, suspende aulas e altera serviços. G1, 24.05.2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/greve-dos-caminhoneiros-afeta-transporte-coletivo-suspende-aulas-e-altera-servicos.ghtml>. Acesso em 15.10.2018; Hospitais, transportes, serviços: veja os reflexos da greve dos caminhoneiros no Centro-Oeste Paulista. G1, 25.05.2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/hospitais-transportes-servicos-veja-os-reflexos-da-greve-dos-caminhoneiros-no-centro-oeste-paulista.ghtml>. Acesso em 15.10.2018; Greve de caminhoneiros afeta transporte público nas capitais nesta sexta. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/05/25/em-sp-61-da-frota-de-onibus-esta-circulando-veja-informacoes-das-capitais.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 15.10.2018. 40% dos ônibus não circularão em SP nesta 5ª; rodízio é suspenso. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,greve-de-caminhoneiros-ameaca-circulacao-de-onibus-em-sp-nesta-quinta-feira.70002321038>. Acesso em 15.10.2018.

¹⁷ Entre 2009 e 2014, o Programa de Apoio ao Investimento (PSI) do Governo Federal, estimulou a aquisição de caminhões com taxas de juros subsidiadas. Nesse período, a frota circulante de caminhões cresceu nada menos do que 30%, enquanto que o PIB apresentou queda vertiginosa no período. Basta lembrar que, em 2010, o PIB foi de 7,5% ao ano e, em 2015, já estava negativo em 3,5 (-3,5%), resultado repetido em 2016.

¹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 7ª ed., Saraiva, 2012, p. 313.

formulador de políticas públicas.¹⁹ Tudo para garantir não apenas o bem-estar do cidadão, mas também a devida funcionalidade e estabilidade aos demais serviços de interesse coletivo (transportes público e de mercadorias), bem como o acesso a combustível de qualidade, facilitando assim o diálogo do setor com o Estado e com a sociedade brasileira como um todo.

a.1.1) Abastecimento como interesse público per se

102. Compreendida a natureza da distribuição de combustíveis como utilidade pública, e, portanto, não-pautada exclusiva ou predominantemente por objetivos de racionalidade pró-competitiva, a PLURAL passa a demonstrar por qual razão a presente TPC desafia diretamente os principais pilares sobre os quais se desenha o modelo regulatório vigente.
103. O primeiro de tais fatores refere-se, como não poderia deixar de ser, ao objetivo de manutenção do abastecimento nacional de combustíveis, estabelecido de forma a garantir a plena segurança energética do País à luz de suas características geográficas e políticas.
104. Afinal, o abastecimento de postos de gasolina no território nacional, ao mesmo tempo que se faz imprescindível num país em que as rodovias são a principal forma de escoamento de pessoas e mercadorias no país,²⁰ mostra-se um desafio hercúleo, haja vista as dimensões continentais do Brasil.²¹
105. Neste sentido, o desafio do pleno e regular abastecimento de combustíveis no País tem sido dependente de uma característica fundamental desse setor: **o papel das distribuidoras e da sua forma de organização por todo o território nacional.**
106. Com efeito, a questão do abastecimento inicial no Brasil foi um desafio histórico desde seu início: no início do século XX, a frota de veículos vinha aumentando exponencialmente, conforme o produto ia se tornando mais acessível (ou menos inacessível) aos consumidores. Embora ainda pequena, era necessário suprir a

¹⁹ Cf. História da Distribuição dos Combustíveis no Brasil. SINDICOM, 2010, p. 144.

²⁰ 60% do transporte de cargas no Brasil é feito via rodovias. Cf. RODRIGUES COELHO, Ludmar. Infraestrutura das rodovias no Brasil. Logística Descomplicada, 11 de março de 2010. Disponível em: <https://www.logisticadescomplicada.com/infra-estrutura-das-rodovias-no-brasil/>

²¹ A extensão territorial do Brasil é de 8.515.767,049 km², segundo o IBGE, 2012, e extensão da malha rodoviária de mais de 1.700.000 km de rodovias, Segundo estudo da CNT de 2008. Cf. IBGE apresenta nova área territorial brasileira: 8.515.767,049 km². Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14318-asi-ibge-apresenta-nova-area-territorial-brasileira-8515767049-km>; ver também CRISTALDO, Heloisa. Pesquisa da CNT diz que 42,7% das rodovias federais são boas ou ótimas. Disponível em: www.agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-08/pesquisa-da-cnt-diz-que-427-das-rodovias-federais-sao-boas-ou-otimas

demanda de abastecimento de veículos entre trechos que não continham postos à disposição daquele consumidor específico.

107. Identificando uma oportunidade de investimento em mercado tão promissor, as grandes distribuidoras internacionais de combustível foram rapidamente se introduzindo no mercado brasileiro, mais precisamente a partir de 1910.²² O início da comercialização de combustíveis se deu majoritariamente pelas subsidiárias das empresas: Standard Oil of New Jersey (depois Exxon), Anglo-American (vinculada à Royal Dutch-Shell), Texas Company (Texaco), Atlantic Refining Company e a Caloric Company.
108. Conforme o mercado brasileiro foi se desenvolvendo, na mesma medida, a demanda por um setor de combustíveis estruturado foi aumentando, despertando o interesse de empresas brasileiras a concorrerem no mercado, tais como a Ipiranga e, posteriormente, a Petrobrás Distribuidora (1971), que passou a possuir 840 postos e 21% do mercado. Em 1973, comprou a Petrominas, com 806 postos, totalizando, à época, 2.254 postos de combustível.
109. Já no período compreendido entre 1970 e 1980, foi observada uma peculiaridade da política pública à qual o preço dos combustíveis estava sujeito no período: o tabelamento de preços. Neste sentido, o tabelamento de serviços tais como o de fretes deveria ser condizente com o preço tabelado dos respectivos produtos transportados e, portanto, o preço do combustível também devia corresponder a tais ajustes. Os consumidores que viviam mais próximos de refinarias compensavam os consumidores que viviam mais longe. Não havia diferencial entre os postos, uma vez que eram proibidos os descontos e oferta de brindes. De toda feita, havia total controle estatal, uma vez que as distribuidoras efetuavam o pagamento do frete e posteriormente eram ressarcidas pela Petrobras através da Conta Petróleo.²³
110. **De qualquer forma, observa-se ao longo do panorama histórico da distribuição aqui exposto que as distribuidoras sempre estiveram presentes no abastecimento do território nacional, suprindo um papel central na sua organização e que não pode ser alterado sem comprometer a sua eficácia como um todo.**
111. Aliás, a imprescindibilidade do abastecimento nacional e a segmentação do setor de combustíveis se faz notória desde a própria criação do Conselho Nacional do

²² SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 18 e ss.

²³ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010.

Petróleo (CNP), e manteve-se durante a atuação do DNC (Departamento Nacional de Combustíveis) predecessor da ANP.²⁴

112. Mesmo a introdução de medidas liberalizantes na década de 90, o cenário não se alterou. Tanto permanece notória a importância de utilidade pública da estrutura tradicional do setor de combustíveis brasileiro (monopólio estatal do refino e oligopólio da distribuição) que, durante a crise de abastecimento gerada pela manifestação dos caminhoneiros no primeiro semestre de 2018, a situação somente foi amortecida por força de iniciativas promovidas pelas principais distribuidoras no país.
113. Neste sentido, a título de exemplo, mencione-se o “Protocolo de Crise do Abastecimento” celebrado entre as empresas Raízen Combustíveis S/A, Petrobras Distribuidora S/A e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, e autorizado pelo CADE em 28 de maio de 2018²⁵ para se reestabelecer rapidamente o abastecimento após a crise dos caminhoneiros. Essa avença propunha medidas para agilizar e regularizar o abastecimento de combustível em território nacional.
114. Ora, durante a crise, a estrutura de integração parcial das distribuidoras por meio de um sistema consolidado de relações de fornecimento com postos embandeirados e de bandeira branca, mostrou-se elemento essencial para a rápida regulação da distribuição de combustível.²⁶ Tal integração recuperou rapidamente a regularidade do abastecimento ao consumidor, uma vez que as distribuidoras conseguiram otimizar os estoques e demandas de seus respectivos postos, bem como dar cumprimento mais efetivo sobre a urgente reaquisição, rearmazenamento e comercialização de seus combustíveis, tornando o planejamento das vendas e das entregas mais preciso e eficaz. Não fosse a normalização da situação, a crise teria, muito provavelmente, se agravado, e os preços pagos pelo consumidor final disparariam, tal como aconteceu com a crise de produção do etanol em 2013, em que o preço deste quase se equiparou ao da gasolina.²⁷

²⁴ Decreto-Lei n.º 395, de 29 de abril de 1938. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-395-29-abril-1938-349746-publicacaooriginal-73902-pe.html>

²⁵ Cf. DESPACHO SG Nº 674/2018, Processo nº 08700.003483/2018-56. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLiu9u7akQA8mpB9yNRQ4NWDvAtZ-dyvk6j96RPPK13nfiv0ECiwY18yky15epd3CSXG4kofHrJB1j8010DQVJ31ZYiv28zcGWL9MTSX

²⁶ Cade autoriza distribuidoras de combustíveis a compartilhar tanques. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-05/cade-autoriza-distribuidoras-de-combustiveis-compartilhar-bases>. Acesso em 15.10.2018.

²⁷ IDOETA, Paula Adamo. Quatro fatores para entender a crise do etanol. BBC, 3 de maio de 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130424_etanol_mdb

115. Mais importante ainda, o próprio CADE declarou que não havia, no acordo, qualquer tentativa de realização de prática anticompetitiva, mas tão somente a regularização do panorama nacional.²⁸ **Portanto, resta evidente que, até mesmo na visão do órgão máximo antitruste, o interesse público maior (abastecimento) se sobrepõe a qualquer visão concorrencial restrita sobre a questão.**
116. É justamente por esse motivo que o Professor Alexandre Santos de Aragão afirma em seu parecer:

Em outras palavras, em toda a sua atuação finalística, sobretudo naquela de caráter normativo, deve a ANP atentar sempre como valor primordial para a garantia do fornecimento de combustíveis em todo o território nacional, buscando observar se e de que forma a sua própria atuação, a dos agentes regulados e dos consumidores poderia afetar esse direito coletivo e quais condutas devem ser adotadas para protegê-lo e/ou não fragilizá-lo.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 26)

117. Não há como se conceber, diante de todo esse cenário, que a presente TPC pretenda embaralhar todos os fundamentos sobre a organização vertical da cadeia de distribuição de combustíveis no Brasil, baseada tão somente em uma premissa supostamente pró-competitiva, mas sem refletir de modo exaustivo e holístico sobre como isto efetivamente impactará sobre toda a racionalidade de abastecimento de combustíveis pelo território nacional.

a.1.2) Confiabilidade do produto e seus impactos sobre a segurança do consumidor

118. Além da garantia de abastecimento, em primeiro plano na política energética nacional, está a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta.
119. Ainda aqui, o foco não está somente no preço, mas inclui a qualidade e oferta do produto, sendo que a pretendida verticalização não conduz necessariamente a maior oferta e qualidade. Mesmo quanto ao preço, não há estudos conclusivos

²⁸ Sessão Plenária Extraordinária Realizada em 29 de maio de 2018 às 15:07h do dia 29 de maio de 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNiSbf4y-L9TzcW9DA6JyFK0sQ3G_2X5r0LenOGTEUPDePs6faP4oEh7zLPiYn-8z0QDIARA3Yd_s8GT4MheOa

quanto às eficiências geradas pela integração vertical e seu impacto nos preços ao consumidor, particularmente no que tange ao setor de combustíveis.

120. As primeiras notícias da adulteração de combustível começaram a alardear desde que a adição de substâncias outras à gasolina se tornou uma alternativa:

A alternativa energética, nos primeiros quatro anos do Proálcool, restringia-se à adição do álcool anidro à gasolina, na proporção de 18%. O decreto de Geisel havia instituído a Comissão Nacional do Álcool (CNA) como gestora do programa, criando linhas especiais de financiamento às usinas e estipulando uma paridade de preços entre o álcool e o açúcar, a fim de assegurar atratividade à fabricação do combustível. Como meta, o programa previa a fabricação de 3 bilhões de litros em 1980 e de 10,7 bilhões de litros cinco anos depois. Favorecida pelo marco legal do Proálcool, a produção do combustível de cana se expandiu rapidamente, sobretudo no estado de São Paulo. De 580 milhões de litros em 1975, a oferta superou a meta governamental e atingiu 3,7 bilhões de litros em 1979. Para as distribuidoras, a adaptação ao programa do álcool impôs desafios técnicos e logísticos até então desconhecidos pelo setor em todo o mundo. Além da adequação e ampliação de suas bases de suprimento e distribuição, com a construção de tanques para o novo combustível, as companhias tiveram que desenvolver soluções de logística capazes de estabelecer o fluxo do álcool das usinas às bases regionais de abastecimento.²⁹

121. Desde esse primeiro momento, o consumidor passou a ser alarmado por substâncias nocivas ao motor do seu carro, à sua saúde e ao meio ambiente, não apenas pelo fato de produtos diluídos ao combustível incorrerem num menor preço de custo, mas também pelo impacto dessa adulteração nas cargas tributárias, como no caso do metanol que é majoritariamente importado e isento de tributação (adicionado ao etanol e à gasolina, como veremos a seguir).
122. Ao fim dos anos 90, logo após a liberalização do setor de combustíveis e o *boom* no número de distribuidoras de pequeno e médio porte, a adulteração de combustíveis no mercado se tornou um problema de proporções antes impensáveis: adição excessiva de álcool anidro e solventes na gasolina, adição de água no etanol anidro para comercializar como etanol hidratado *et al.* **Em termos concretos, o prejuízo ao erário por conta da adulteração de etanol**

²⁹ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 86

anidro e de gasolina atualmente remontam a R\$ 1,3 bilhões em tributos por ano.³⁰

123. Em 1998, a ANP viu como necessária a melhoria da regulamentação do combustível revendido no setor. Entendeu, inclusive, que a suspensão dos processos de abertura de novas distribuidoras foi necessária para aquele objetivo maior – medida tal que, caso fosse observada exclusivamente uma racionalidade concorrencial, jamais seria cogitada por esta I. Agência:

Em 1998, a ANP adotou medidas para aprimorar a regulamentação e a fiscalização, tendo suspenso por 90 dias os processos de abertura de distribuidoras, revogando o registro de mais de 20 e tornando obrigatória, em 20 de maio, pela Portaria 73, a autorização prévia para importação de solventes, além de aumentar o controle das vendas do produto nas refinarias brasileiras. A grande arma contra a fraude foi a obrigatoriedade, no fim de 2001, do uso do marcador químico para o solvente. Graças à utilização obrigatória da substância, neutra, invisível e especificada pela ANP, a fiscalização passou a ter condições de identificar a presença de solventes em qualquer proporção na gasolina. Desde então, a ANP intensificou o monitoramento permanente da qualidade dos combustíveis, por meio de uma rede de laboratórios conveniados em várias partes do país, que colhem amostras nos postos, procedem às análises e detectam anomalias quando o combustível não atende às especificações da agência.³¹

124. Não por outra razão, o atual modelo de distribuição foi reconhecido pelo próprio CADE como importante forma de proteção do consumidor.³² Neste sentido, veja-se o voto proferido pelo Conselheiro Thompson Andrade:

Na análise de tais acordos, deve-se fazer uso da regra da razão ponderando-se os potenciais impactos anticompetitivos de conduta vis-à-vis as prováveis eficiências econômicas. Dentre essas, pode-se apontar a eliminação de

³⁰ Cf. ANP/Petrobrás/Esalq (Cepea)/Cotepe – Média Brasil (01 a 07/04/2018).

³¹ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 114. PORTARIA ANP Nº 185, DE 15.12.1998 - DOU 16.12.1998. PORTARIA ANP Nº 202, DE 28.12.1998 - DOU 29.12.1998

³² Confira-se, nessa linha, o importante voto proferido pelo Conselheiro Thompson Andrade na averiguação preliminar n 08012.004262/99-66: “Na análise de tais acordos, deve-se fazer uso da regra da razão ponderando-se os **potenciais impactos anticompetitivos de conduta vis-à-vis as prováveis eficiências econômicas**. Dentre essas, pode-se apontar a eliminação de oportunidades de que o distribuidor substitua o produto do fabricante por outros similares de menor qualidade. **No caso de vendas de combustíveis, em que as assimetrias de informação não permitem que os consumidores distingam no momento da compra, os produtos dos diversos fabricantes, os acordos de exclusividade ajudariam a evitar que os mesmos adquirissem, sob signo de determinada marca, produtos de origem desconhecida ou duvidosa.**” Averiguação Preliminar nº 08012.004262/99-66, Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade, julgado em 11.10.2000, grifou-se.

*oportunidades de que o distribuidor substitua o produto do fabricante por outros similares de menor qualidade. No caso de vendas de combustíveis, em que as assimetrias de informação não permitem que os consumidores distingam no momento da compra, os produtos dos diversos fabricantes, os acordos de exclusividade ajudariam a evitar que os mesmos adquirissem, sob signo de determinada marca, produtos de origem desconhecida ou duvidosa.*³³

125. A ANP também ressaltou a importância da atividade de distribuição na Nota Técnica Conjunta 001/2018/SDL-SDR, de 30 de maio de 2018, enfatizando os diversos **benefícios da proibição de venda direta** de etanol aos postos de combustíveis, com argumentos que devem ser, como sugerido pelo parecer do i. Professor Alexandre Santos de Aragão (anexo), aplicados à desverticalização no setor de maneira geral:

“A ANP, respaldada por sua competência legal, optou por definir o modelo do abastecimento nacional de combustíveis a partir da divisão de responsabilidades entre produção, distribuição e revenda, de modo que todo combustível, antes de chegar ao revendedor, deve passar por empresas distribuidoras de combustíveis autorizadas pela Agência. Na concepção original da cadeia de abastecimento de combustíveis, os distribuidores de combustíveis são os agentes que realizam a intermediação entre fornecedores e consumidores finais. (...) Essa centralização permite, por exemplo, que diversas obrigações que afetam os consumidores recaiam em um elo da cadeia, tais como: (i) a responsabilidade por garantir o controle da qualidade e da segurança do produto final; (ii) a garantia do correto percentual de misturas entre etanol anidro e gasolina A; (iii) a realização de estoques operacionais mínimos; (iv) o acompanhamento da eficiência logística da distribuição, incluindo a armazenagem, o transporte e a entrega do produto. (...) O modelo atual, distinguindo o papel de produtores, de distribuidores e de varejistas/consumidores, apresenta as seguintes vantagens:

- a. Economia de escala: a economia trabalha de modo mais eficiente com a distinção entre atacadistas, pois permite negociações em grandes volumes, otimização de fretes, administração dos varejistas, entre outros;*
- b. Relacionamento comercial entre distribuidores e revendedores: a vinculação entre esses dois elos da cadeia facilita a concessão de crédito aos agentes que operam no varejo;*
- c. Capilaridade: a logística dos distribuidores é presente em todos os estados e assegura a competitividade e entrega em todas as regiões, além de possuírem bases de armazenagem em todas as regiões produtoras de etanol;”*

³³ Averiguação Preliminar nº 08012.004262/99-66, Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade, julgado em 11.10.2000.

126. Ora, assim como no caso dos objetivos de abastecimento nacional, fica nítido como o atual sistema de integração dos postos a uma distribuidora que, necessariamente, fornece insumos básicos de seu produto, tem contribuído de forma segura e previsível para a garantia de um produto de qualidade ao consumidor final, bem como para a facilitação da fiscalização do produto revendido nos postos por parte da ANP.
127. Promover-se medidas agressivas e impensadas de radicalização desse sistema no cenário atual – a exemplo do fim da verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis, como propõe a presente TPC – poderá acarretar prejuízos incalculáveis para o atendimento a esse interesse específico, posto que nem sequer chegaram a ser discutidas por esta própria Agência.
128. Em prol de suposta eficiência pró-competitiva decorrente da possibilidade de maior verticalização, incorre-se em possível ruptura das atuais dinâmicas de fiscalização, controle e engajamento por parte de distribuidoras sobre a rede varejista, bem como do próprio papel da ANP nesse sentido.

a.1.3) Segurança ambiental: como a desestruturação das relações entre distribuição e revenda poderá incentivar a proliferação de produto danoso ao meio ambiente

129. Pelos mesmos motivos que a desestruturação do atual modelo de distribuição e revenda de combustíveis pode afetar o bem-estar e segurança do consumidor com contornos imprevisíveis, o mesmo risco pode ocorrer sob o aspecto da segurança ambiental.
130. O dano aqui, contudo, é de outra natureza e, potencialmente, irremediável. Com efeito, além do consumidor, seu carro e seu motor, toda a coletividade arca com os efeitos de um produto de má qualidade circulando no mercado, na medida em que impacta sobre o meio ambiente. E isso não apenas não é algo trivial, como na realidade ocorre há décadas, na medida em que o combustível fora das especificações queima de forma irregular e aumenta a emissão de compostos prejudiciais ao meio ambiente.³⁴
131. Com efeito, as distribuidoras desempenham papel importante no controle da qualidade do produto comercializado pelos revendedores, de forma que não são

³⁴ A respeito da contaminação por metanol, vide Processo No 0035834-66.2017.8.19.0001, em trâmite perante a 13ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

“meras atravessadoras ou intermediárias”, desempenhando diversas funções imprescindíveis para o adequado funcionamento do setor, tais como: a proteção do consumidor (via adoção de rígidos processos de controle de qualidade dos combustíveis e fácil rastreabilidade da origem do produto), investimentos no desenvolvimento de novos produtos e no aprimoramento da qualidade dos combustíveis, a proteção do meio ambiente e o adequado encaminhamento de resíduos, e o uso racional da frota de veículos para otimizar as entregas de produto nos postos revendedores.

132. Importante ressaltar também que a atividade de distribuição de combustíveis tem riscos inerentes que exigem das empresas que exercem tal atividade o estabelecimento de procedimentos, de processos e de treinamentos para garantia da preservação do meio ambiente e da segurança das operações. Se tais processos e exigências não forem implementados pelas distribuidoras e observados pelos revendedores, aumentam os riscos ao meio ambiente decorrentes da manipulação de produtos inflamáveis em áreas urbanas ou rodovias.
133. Ora, se no atual contexto a questão da segurança ambiental já se mostra um desafio bastante complexo para a sociedade brasileira e, em particular para a ANP enquanto órgão fiscalizador, resta evidente que qualquer reestruturação do marco regulatório que não pondere os potenciais impactos sobre este tema resultará em elevado risco de desbalanceamento dos interesses envolvidos nesse setor. A avaliação de impacto ambiental, além de ser imprescindível pelo seu valor constitucional maior, ultrapassa a mera ótica concorrencial e não pode restar a ela subjugada.

a.2) Arrecadação fiscal: uma vulnerabilidade persistente no setor

134. Por fim, e certamente não menos importante, eis que a proposta da presente TPC em nenhum momento contempla os possíveis impactos de natureza tributária e fiscal decorrentes de alteração regulatória do atual modelo de verticalização. Mais grave ainda, a própria TPC parece espontaneamente “fatiar” o tema concorrencial de forma a pretensamente isolá-lo de todas as suas consequências estratégicas em âmbito nacional, como se o impacto econômico fantasiosamente pudesse ignorar a questão arrecadatória da União Federal e dos Estados.

135. O próprio DEE/CADE, por sua vez, deixa de reconhecer a devida importância do tema. A título exemplificativo, em que pese admitir a necessária interdependência entre a questão tributária e a concorrencial – e que inclusive já o fez por ocasião da TPC nº 2/2018³⁵ –, o estudo do DEE/CADE alega que o atual cenário de fiscalização, e em particular as novas técnicas de controle tributário e de qualidade, permitiriam sempre revisitar a atual sistemática de verticalização no setor, entre outras medidas de pró-competitividade. Ademais, de forma surpreendente e sem qualquer base factual, o DEE/CADE supõe que o grave descumprimento das normas de fiscalização do produto e arrecadação tributária em curso no Brasil seriam “simples presunção”:

“Além disto, há que se adentrar no mérito do debate da fiscalização de qualidade ou de análise fiscal, para que não exista uma presunção de descumprimento de normas pelo setor privado de maneira indevida, apenas para diminuir o custo fiscalizatório, já que tal diminuição de custos, também, pode vir a reboque de uma diminuição da rivalidade do setor.”

[...]

Obviamente que é possível haver alegações que, do ponto de vista de arrecadação tributária, a substituição tributária diminui o risco de sonegação. Todavia, como já mencionado, este tipo de preocupação, do ponto de vista social, não é absoluto, devendo se pensar (com a informatização das notas fiscais e com outras medidas fiscalizatórias mais inteligentes) em medidas que resguardecem o interesse arrecadatário, ao mesmo tempo que não gerem este nível de ineficiência e de sobrepreço social.”

(DEE/CADE, Repensando o Setor de Combustíveis: Medidas Pró-Concorrência, maio de 2018, pp. 19 e 30)

136. Ora, tais alegações são equivocadas. **Não existe qualquer presunção indevida sobre os desafios que o setor ainda enfrenta no País: como bem sabe esta ANP, é fato que a sonegação e adulteração continuam extremamente elevadas, de tal sorte seria de extrema irresponsabilidade do formulador de políticas públicas tomar qualquer medida que não leve estas questões com a devida seriedade.**

³⁵ Cf. Nota Técnica Nº 24/2018/DEE/CADE (Análise sobre a Tomada Pública de Contribuições 2/2018 da ANP a respeito da venda direta de etanol): “Assim, a assimetria tributária é uma realidade no âmbito dos combustíveis e de vários outros produtos e serviços, em diferentes elos da cadeia produtiva. Sobre assimetria tributária, o CADE já se pronunciou, na Consulta 38/99, que a Guerra Fiscal, atualmente existente no Brasil, entre Unidades Federativas, pode, em algumas situações, distorcer o ambiente concorrencial”.

137. Não por outro motivo, o legislador máximo parece discordar veementemente das impressões do DEE/CADE sobre este assunto. Neste sentido, cumpre observar as próprias razões pela propositura do Projeto de Lei do Senado nº 284/2017, de autoria da Exma. Sra. Senadora Ana Amélia, e que tem por objeto regulamentar a Constituição Federal para prever critérios especiais de tributação a fim de prevenir desequilíbrios concorrenciais.
138. No Projeto de Lei em questão, a Exma. Senadora expõe de forma cristalina que o tema concorrencial e o tributário não podem jamais ser separados, tendo em vista o compromisso democrático que o formulador de políticas públicas deve manter no curso de suas decisões: o apreço à análise meramente artificial e abstrata sob uma ótica exclusivamente concorrencial, como se quer fazer a presente TPC, resulta em evidente dano ao interesse público, pois desbalanceia e atropela diversos outros valores constitucionalmente protegidos. Senão afirma a Senadora, em sua exposição de motivos:

“De fato, há muito se observam práticas prejudiciais ao mercado como, por exemplo, adulteração de produtos, utilização abusiva de medidas judiciais para afastar a tributação, sonegação e o não pagamento sistemático de tributos. O tema é relevante, tendo em vista que afeta inúmeros setores da economia. Exemplifique-se com o de combustíveis. A utilização de liminares, por empresas detidas por “laranjas”, além de outros expedientes, provocou o ingresso no mercado de inúmeros “players” que se valeram de medidas aparentemente legais, mas cujo objetivo era ilícito: concorrer deslealmente no mercado. Mais recentemente, empresas têm se valido do não pagamento sistemático de tributos para fraudar a concorrência. Como resultado das inúmeras práticas tendentes a evitar o pagamento de tributos devidos, que não raramente estão associadas a crimes como contrabando e falsificação, estima-se que, apenas nos setores de cigarros e combustíveis, sujeitos a cargas tributárias elevadas em comparação com outros produtos, cerca de R\$ 8 bilhões sejam sonegados anualmente. Com isso, perdem não apenas o Estado e a sociedade, mas também as empresas concorrentes que atuam regularmente e ficam em posição de desvantagem competitiva.”³⁶

³⁶ PL nº 284/2017, <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130467>.

139. Também neste propósito, diversos órgãos e agências governamentais já manifestaram sua preocupação de forma veemente, por ocasião da TPC nº 02/2018³⁷:

“A alteração regulamentar, que autorize a venda direta da usina para o posto, exigirá adequação na legislação tributária estadual, haja vista a concentração da tributação da cadeia do etanol hidratado combustível na pessoa do distribuidor. Não é possível quantificar exatamente o impacto da medida na arrecadação do setor, mas a ampliação do número de empresas responsáveis pelo pagamento do imposto demandará esforços adicionais de fiscalização para combater a sonegação e inadimplência fraudulenta. Nesse sentido, surgirão desafios para adaptação dos modelos de fiscalização hoje vigentes, com possível necessidade de obrigações acessórias adicionais para controle da circulação das mercadorias. Propomos que o assunto seja debatido com os fiscos estaduais, visando construir uma solução que atinja os objetivos pretendidos, sem prejudicar a atuação da fiscalização tributária.”




(Manifestação da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo à TPC nº 02/2018, g.n.)

“A respeito da Tomada Pública de Contribuições Nº 02/2018, da Agência Nacional de Petróleo, a respeito da política setorial de venda de etanol das Usinas diretamente aos postos de combustíveis, temos as seguintes observações a fazer. A preocupação da Receita Federal diz respeito exclusivamente ao aspecto tributário, de sua competência. Sobre este prisma, esclareça-se que deliberação sobre alteração da forma de venda do álcool hidratado, hoje obrigatoriamente realizado via distribuidoras, tem repercussão na esfera tributária, vez que hoje a tributação é dividida entre a usina e a distribuidora. A opção pela tributação direta sem que se altere a lei tributária levará a um esvaziamento na tributação da parte da distribuidora que for substituída pela tributação direta. Assim, eventual projeto de lei que sustar os efeitos da regulamentação do CNPQ ou alteração da própria resolução deve vir acompanhado de necessária e prévia adequação da legislação tributária, sem o que teremos não só uma renúncia fiscal elevada, mas prejuízo para a própria concorrência no setor, visto que a tributação sobre o produto é expressiva frente as margens de lucro, fazendo com que mudança significativa nesta relação possa trazer indução artificial nas modalidades de operação do setor de combustíveis, com prejuízos a sua eficiência.”

(Manifestação da Secretaria da receita Federal do Brasil à TPC nº 02/2018, g.n.)

³⁷ <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/370-tomada-publica-de-contribicoes/4656-tomada-publica-de-contribicoes>

140. De forma a ilustrar como esta questão permanece atual e cada vez mais complexa, é importante lembrar que são quatro as espécies de tributos que recaem sobre a cadeia de produção de combustíveis: (i) o ICMS; (ii) a Contribuição Social de Intervenção no Domínio Econômico (Cide);^{38 39 40} (iii) o Programa de Integração Social (PIS); e (iv) a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

	Gasolina	Diesel	Etanol
			
ICMS (imposto estadual, varia conforme o estado)	25% a 34% do valor de pauta	12% a 25% do valor de pauta	12% a 30% do valor de pauta
PIS/COFINS (imposto federal)	R\$ 0,7925/litro	R\$ 0,3515/litro	R\$ 0,1309/litro para o produtor e R\$ 0,1109 para o distribuidor
CIDE (imposto federal)	R\$ 0,1000/litro	R\$ 0,000/litro	não incide sobre o etanol

Outubro/2018 – Média Brasil

Fonte: Fecombustíveis (valores referentes a out/2018)⁴¹

141. Como se observa, os tributos têm evidentemente um peso considerável no preço final do produto ao consumidor.⁴² **Mas mais importante ainda, representam um**

³⁸ Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10336.htm

³⁹ A Cide consiste em um tributo extrafiscal, cujo objetivo é permitir que o Estado regule o mercado dos combustíveis a partir da quebra do monopólio da União em 2001, permitindo que o Estado intervenha nos agentes do mercado *in casu*. Cf. SCOCUGLIA, Livia. Afinal, como são tributados os combustíveis? Tributaristas explicam que os quatro tributos incidentes correspondem a metade do valor ao consumidor final. JOTA, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/combustivel-legal/afinal-como-tributados-combustiveis-25052018>

⁴⁰ Cf. SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 126

⁴¹ FECOMBUSTÍVEIS. Tributação. Disponível em: <http://www.fecombustiveis.org.br/revendedor/tributacao/>

⁴² “Segundo Pandolfo, as alíquotas do ICMS variam de 25% a 34% no caso da gasolina, de 12% a 25% para o diesel e de 12% a 30% para o etanol. Advogados tributaristas estimam que quase metade dos gastos com um tanque de gasolina correspondem à tributação, e avaliam que a alta oneração do setor pode ter um impacto negativo no desenvolvimento econômico. “Para a renúncia fiscal, isenção do ICMS, terá que haver a autorização de todos os estados, através do Confaz [Conselho Nacional de Política Fazendária]. A dificuldade de obter tal autorização é enorme, mesmo em casos emergenciais”, explicou [Fernando Scaff]”. SCOCUGLIA, Livia. Afinal, como são tributados os combustíveis? Tributaristas explicam que os quatro tributos incidentes correspondem a metade do valor ao consumidor final. JOTA, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/combustivel-legal/afinal-como-tributados-combustiveis-25052018>

grande peso no maquinário dos orçamentos Federal e Estaduais, dada a quantidade de agentes envolvidos na cadeia produtiva e de comercialização do produto *in casu*, bem como a aplicação dos regimes de arrecadação de substituição tributária e monofásico.⁴³ Ambos consistem na arrecadação do tributo equivalente ao *quantum* de todas as operações e fatos geradores decorrentes, logo no início da cadeia, diferenciando-se apenas quanto ao arquétipo jurídico.⁴⁴

142. Apenas para se ter uma ideia do impacto que a tributação sobre combustíveis gera na arrecadação da União e dos Estados, estima-se que, considerando apenas os tributos incidentes sobre combustíveis (i.e. PIS, COFINS, CIDE e ICMS):⁴⁵
- (i) Do total de R\$ 674 bilhões **arrecadados** pelo Brasil em 2016, R\$ 116 bilhões originaram-se do setor de combustíveis (ou seja, um impacto de **17,2%** na arrecadação nacional); e
 - (ii) Do total de R\$ 171 bilhões **sonegados** pelo Brasil em 2016, R\$ 4,8 bilhões originaram-se do setor de combustíveis (ou seja, uma taxa de sonegação que já chega a 4,1% neste setor).
143. Para fugir ao recolhimento de tributos, os sonegadores têm usado vários artifícios, e que poderiam tornar-se ainda mais facilitados sem uma reflexão profunda por parte desta ANP no que tange às propostas elencadas na presente TPC. Entre tais artifícios, por exemplo, empresas têm se engajado em práticas de emissão irregular de notas fiscais, no uso de apenas uma nota para várias transações e no desvio do etanol sob a alegação de que seria usado para outros fins não-combustíveis, caso em que é tributado com alíquotas menores.
144. Outra prática irregular de distribuidoras inidôneas é conhecida como “barriga de aluguel”. Trata-se de empresas abertas como meras “acumuladoras” de tributos a pagar, usadas por atravessadores para legalizar vendas de etanol, atuando de forma fraudulenta como compradoras do produto nas usinas e como vendedoras para os postos. Quando o cerco do fisco inviabiliza as operações, os sonegadores fecham essas empresas, abrem outras e reiniciam o ciclo da inadimplência.

⁴³ SCOCUGLIA, Livia. Afinal, como são tributados os combustíveis? Tributaristas explicam que os quatro tributos incidentes correspondem a metade do valor ao consumidor final. JOTA, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/covertas-especiais/combustivel-legal/afinal-como-tributados-combustiveis-25052018>

⁴⁴ CANADO, Vanessa. Substituição Tributária, Incidência Monofásica, ou Substituição Monofásica da Incidência Tributária?. Núcleo de Estudos Fiscais - NEF/FGV, 23 de agosto de 2010. Disponível em: www.estudosfiscais.blogspot.com/2010/08/substituicao-tributaria-incidencia.html

⁴⁵ Fonte: Receita Federal (carga Tributária no Brasil 2016) e <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil%E2%80%93uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2016>

145. Neste sentido, são diversos os exemplos históricos de prejuízos concretos decorrentes da sonegação no setor, conforme se verá abaixo:

(i) Sonegação em ICMS na comercialização de derivados de petróleo

146. O ICMS é imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal e incide sobre operações relativas à circulação de combustíveis. Por ser um tributo de competência estadual, as alíquotas variam conforme a unidade federativa. A arrecadação se dá por substituição tributária, de forma que a refinaria arrecada o tributo incidente em toda a cadeia utilizando como base de cálculo os percentuais de Margem de Valor Agregado – MVA ou o Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final – PMPF, fixados pelos Estados.

147. Nem sempre foi assim. A arrecadação era realizada pelo distribuidor até 1993, quando ocorreu um surto no aumento do número de distribuidoras. A fiscalização tributária a ser executada se tornou inviável e a sonegação se tornou um fenômeno comum no setor de combustíveis, o que incorreu em impactos diretos na concorrência do setor, uma vez que, deixando de recolher o ICMS, tais empresas multiplicavam ilegalmente seus lucros.

148. Antes disto, em 1992, o Confaz já havia atribuído a responsabilidade pelo recolhimento de tributo devido pela revenda às distribuidoras. Mas várias empresas contestaram essa retenção no que tangia às vendas operacionalizadas interestadualmente.

149. Ainda, diversas distribuidoras recém-estabelecidas e postos de gasolina começaram a obter liminares na justiça, através de mandados de segurança contra a substituição tributária, alegando que tal regime não era previsto por lei complementar. A discrepância no lucro dessas empresas acarretou em impactos diretos à concorrência, tornando-a predatória. Assim, o Sindicom (atual PLURAL) propôs que as refinarias se tornassem as substitutas tributárias.

150. Em outubro de 1996, a substituição tributária do ICMS se tornou responsabilidade das refinarias, arrecadando os tributos devidos por toda a cadeia de produção e comercialização de combustíveis líquidos – do refino, da distribuição à revenda – , devendo as distribuidoras informar qual estado seria o destino final do produto para que se baseassem os cálculos. Contudo, o preço do ICMS era repassado com o preço cobrado pelas refinarias, com fulcro em norma legal. Novamente,

diversas distribuidoras buscaram e obtiveram liminares que as desobrigavam do pagamento antecipado do ICMS.

151. Tamanho o impacto das liminares sobre a arrecadação obtidas, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se viu obrigado a revogar, em setembro de 1998, todas as medidas judiciais contra o recolhimento do ICMS pelas refinarias.⁴⁶

(ii) Sonegação em PIS e COFINS⁴⁷

152. A nova Constituição manteve a incidência das contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Fundo de Investimento Social (Finsocial) em todos os elos da cadeia de produção e comercialização dos combustíveis. A realidade tributária advinda do novo arcabouço jurídico-institucional do país, traçado ao fim de 20 meses de trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, daria margem a controvérsias judiciais ao longo de toda a década seguinte, com forte impacto negativo sobre os negócios das distribuidoras.
153. Ainda, em 1998, a cobrança de PIS e COFINS tornou-se responsabilidade das refinarias também, desatando em mais uma onda de liminares.⁴⁸ Nesse sistema, a cobrança de PIS e Confins passou a corresponder, respectivamente a 15,15% do preço final da gasolina e 12,52% do diesel. Mais uma vez, as liminares obtidas e a sonegação, conjuntamente afetaram a concorrência no setor.

*Em maio de 2000, no auge da onda de contestação ao regime de cobrança, mais de 70% da gasolina retirada na refinaria de Paulínia (SP), a maior do país, foi adquirida por novas distribuidoras e o restante pelas empresas tradicionais, associadas ao Sindicom e abastecedoras de uma ampla rede de postos. **Noventa por cento do volume das novas distribuidoras foram comprados com liminares para não pagar antecipadamente o PIS e a Cofins.** O problema só foi resolvido em junho, quando, com a Medida Provisória 1991, convertida na Lei 9.990, o governo federal zerou as alíquotas das contribuições na distribuição e na revenda.⁴⁹*

(iii) Sonegação em sistema diferenciado (etanol)

⁴⁶ Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718.htm

⁴⁷ **LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718.htm

⁴⁸ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 113.

⁴⁹ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 115.

154. Mesmo em setores que não são regidos pela substituição tributária, como o do etanol, em que as distribuidoras são as mais diversas (mercado pulverizado, diferente da distribuição da gasolina), a sonegação não apenas faz presente, como se erige como prática usual da indústria de combustíveis.
155. Segundo dados do Sindicom (atual PLURAL), o reaquecimento das vendas de etanol fez avultar os problemas da sonegação dos tributos devidos na sua comercialização. Enquanto os derivados de petróleo têm seus principais impostos recolhidos pelas refinarias, como substitutas tributárias das distribuidoras e postos, o etanol é tributado na produção e na distribuição, cabendo às distribuidoras a responsabilidade pelo recolhimento da parcela dos revendedores.
156. Valendo-se do sistema, **distribuidoras inidôneas incorporaram à sua rotina de operações o não recolhimento de ICMS, PIS e Cofins**, multiplicando seus ganhos e obtendo vantagem sobre as empresas que pagam os tributos regularmente. Acabar com a sonegação, que **atinge de formas variadas 30% do etanol comercializado**, se tornou um grande desafio para autoridades reguladoras e fazendárias e para produtores, distribuidoras e revendedores que atuam dentro da lei.
157. Por ano, o Brasil deixa de arrecadar mais de R\$ 1 bilhão em tributos que não são devidamente recolhidos, por causa de vários artifícios usados para burlar a legislação. São Paulo, maior produtor e consumidor brasileiro de álcool combustível, é o estado onde os sonegadores mais atuam — e também o que se destaca pela adoção de iniciativas legais e fiscalizadoras no combate à evasão de impostos.
158. Neste sentido, uma prática comumente utilizada pelos sonegadores era a venda do chamado “álcool molhado”, que resultava da adição de água ao etanol anidro, produzido para ser misturado à gasolina e isento de ICMS, que incide somente sobre o derivado de petróleo. O “álcool molhado” era comercializado como hidratado, para os carros a etanol e flex fuel, mas sem recolhimento do imposto, aumentando os ganhos das distribuidoras inidôneas. Para impedir esse artifício, a ANP tornou obrigatória para os produtores, em janeiro de 2006, a adição de corante laranja ao anidro, para que revendedores e motoristas de veículos a etanol e flex pudessem detectar falsificações.⁵⁰

⁵⁰ SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis. 2010, p. 125.

159. Enfim, diante de todas as considerações acima, qualquer alteração na estrutura de distribuição e revenda nessa cadeia de produção e, portanto, integrando operações passíveis de tributação, pode gerar complexidades imprevisíveis na fiscalização tributária desses produtos, com consequente impacto sobre a arrecadação fiscal dos entes federativos do Estado brasileiro. Dado esse fator, é imprescindível que haja contribuições de especialistas na matéria tributária para que se operacionalize a permissão da verticalização e o fim da fidelidade à bandeira.

b) Implicações para a pretendida reformulação do marco regulatório: impossibilidade de tratamento da questão concorrencial de forma isolada da política pública geral sobre o setor de combustíveis; risco de ilegal retrocesso regulatório

160. Como se observa, o atual marco regulatório sobre a atividade de distribuição de combustíveis teve em mente a promoção de diversos outros objetivos além da mera redução de preços ao consumidor. Por conseguinte, percebe-se que as iniciativas atualmente em curso por meio da presente TPC refletem uma percepção demasiadamente estreita por parte desta Agência, e que não podem ser levadas adiante sem a devida consideração dos demais valores acima discutidos.

161. Com efeito, ao centrar-se na questão supostamente concorrencial sobre as práticas de verticalização no setor, tanto a ANP como o DEE/CADE incorrem no grave risco de desequilibrar todos os demais interesses consagrados em torno da política pública nacional de abastecimento de combustíveis, a qual, nunca deve se esquecer, é tratada constitucionalmente no Brasil como serviço de utilidade pública.

162. Neste propósito, nunca é demais lembrar que a própria Constituição de 1988 incorporou entre suas normas programáticas a defesa do consumidor de forma muito mais complexa do que a mera redução de preços, tal como aparentemente pressupõe a presente TPC.

163. Com efeito, a Constituição de 1988 prescreveu, entre os direitos individuais e coletivos, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" no art. 5º, XXXII.

164. Contudo, o conceito de defesa do consumidor foi expandido e, ao mesmo tempo, especificado em diversas ocasiões ao longo da própria Constituição. Nesse sentido, a defesa do consumidor é valor reafirmado no interesse dos usuários de serviços públicos (art. 175, parágrafo único, II) e de destinatários das mensagens veiculadas pelos meios de comunicação de massas (art. 220, § 3º, II e § 4º). Já no aspecto tributário, o art. 150, § 5º estabelece que a lei determine "as medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços".
165. **Mais importante, porém, é que no art. 170, II, inclui-se a defesa do consumidor entre apenas um dos diversos princípios da ordem econômica, mas não o único e nem sequer o principal.** Ao mesmo tempo em que o dispositivo constitucional afirma a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem, a defesa do consumidor também é reconhecida como um de seus princípios – porém, todos os quais sempre com a **finalidade de assegurar existência digna, conforme a justiça social**.
166. Desse modo, fica claro que a defesa do consumidor não se resume à mera redução de preços, e nem prepondera sobre os demais valores da ordem econômica constitucional. Uma correta e equilibrada consideração de todos esses objetivos é dever do formulador de política pública.
167. É justamente nesse sentido que estabelece o art. 170 da Constituição, ao afirmar um múltiplo número de princípios que devem ser igualmente observados. São eles que conferem os parâmetros para o devido equilíbrio em direção ao atingimento da finalidade (existência digna e justiça social). Não há, portanto, uma hierarquia entre tais princípios, mas uma verdadeira necessidade de **exercício jurídico integrativo** – tarefa esta que a presente TPC não parece minimamente contemplar ao priorizar somente a questão dos preços ao consumidor.
168. Tudo isso resulta, em termos programáticos, em uma importante obrigação a respeito da disciplina da concorrência, no sentido de que esta deva obedecer a uma imperativa abordagem regulatória sobre determinados mercados, tal como é o caso do setor de distribuição combustíveis enquanto utilidade pública. Na medida em que existem diversos outros interesses a serem protegidos sob a ordem constitucional econômica vigente, a disciplina da concorrência deve necessariamente levá-los em conta, em qualquer hipótese de criação de nova norma ou alteração da mesma – sob pena de, como bem coloca o Professor

Alexandre Santos de Aragão em seu parecer em anexo, incorrer em ilegal retrocesso de direitos fundamentais:

Haveria, pois, verdadeiro entrincheiramento (entrenchment) da efetividade dos direitos e objetivos fundamentais em face de ações legislativas e, com ainda mais fortes razões, de ações meramente administrativas, infralegais, como aventa a ANP no caso concreto. Estaríamos diante de um retrocesso quanto à implementação de desideratos não apenas constitucionais, como também legais — da Lei do Petróleo —, cf. tópico anterior.

(...)

É dizer: valendo-se das lições que iniciaram este tópico, temos que, editadas — há décadas — normas densificando os preceitos constitucionais supracitados por meio da segmentação do setor de combustíveis, a desconstituição dessa segmentação é impedida pelo princípio da vedação ao retrocesso, quer em sua face genérica (invalidando o fim da separação sem que se proponha alternativa proporcional, visto que ela advém de ditame constitucional), quer em sua repercussão específica (proibindo a redução infraconstitucional do patamar já alcançado de positivação dos direitos constitucionais à garantia do abastecimento nacional, à livre concorrência e à proteção do consumidor).

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 28 e 34)

169. Cumpre ressaltar, ainda, que proteger tal conjunto de interesses não consiste em qualquer leniência por parte desta ANP no que tange à defesa da concorrência ou no afastamento dos seus princípios mais caros.
170. Muito pelo contrário. O aspecto integrativo da ordem econômica constitucional implica justamente no compromisso de não se promover um determinado objetivo em detrimento de outros. Conforme ensina Gilberto Bercovici, não apenas a legislação de defesa da concorrência não é contraditória com outras políticas industriais, fiscais e consumeristas, como deve ser aplicada no sentido de não inibir tais objetivos. O que não se pode fazer é apenas considerar a política de defesa da concorrência na análise das questões envolvendo a distribuição, revenda e precificação de combustíveis, sob pena de serem perpetuadas as distorções envolvendo os demais interesses públicos pertinentes, ou até mesmo levar ao aprofundamento das causas anticoncorrenciais que se pretendia originalmente combater.
171. A tendência de fazer predominar, mais ou menos sistematicamente, os princípios e objetivos do direito concorrencial leva ao desconhecimento da particularidade e

da legitimidade dos demais valores sustentados pelo atual modelo de distribuição de combustíveis. Ainda sobre esta questão, expõe Bercovici:

*A Constituição de 1988 prevê expressamente a livre concorrência como um princípio da ordem econômica constitucional (artigo 170, IV). Ao incorporar a concorrência livre como um princípio, o texto constitucional explicitou a compreensão de que a concorrência é um meio, um instrumento de política econômica, não um objetivo da ordem econômica constitucional.*⁵¹

172. Do ponto de vista comparado, também resta claro que a política pública concorrencial não se restringe a uma mera perspectiva de bem-estar do consumidor, incluindo a máxima sobre a redução de preços. Neste contexto, Massimo Motta elenca uma série de outros objetivos, a saber: bem-estar econômico geral (o objetivo mais importante, em sua opinião), bem-estar do consumidor, proteção às pequenas empresas, promoção da integração econômica (como no caso europeu), garantir a liberdade econômica, estabilidade macroeconômica (combate à inflação, por exemplo) e justiça e equidade no tratamento dos consumidores e rivais.

173. **Mais importante ainda, Motta afirma que pode haver outros fatores vinculados às políticas públicas afetando a concorrência, como a busca da redução do desemprego e a recessão (razões sociais), a quebra do poder econômico de determinados agentes e grupos (razões políticas), razões ambientais ou medidas de política industrial e de política de comércio exterior (razões estratégicas).**⁵² Não por outra razão, o mesmo autor chega a uma definição crucial sobre a política concorrencial e seus objetivos:

*Definir a política de concorrência (ou política de antitruste, como é mais frequentemente chamada nos EUA) não é uma tarefa fácil. Uma possível definição poderia ser a seguinte: “o conjunto de políticas e leis, que garante que a concorrência no mercado não seja restringida de maneira prejudicial à sociedade”. [...] Na seção 1.3, argumentei que o bem-estar econômico é o objetivo das autoridades de concorrência e dos tribunais. Isso me leva a definir a concorrência como “o conjunto de políticas e leis que asseguram que a concorrência no mercado não se restrinja de maneira a reduzir o bem-estar econômico”.*⁵³ (g.n.)

⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. Petrobras - Monopólio Estatal e Política Concorrencial in Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres, São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 209.

⁵² MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12th ed. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2009. p. 17-30.

⁵³ “To define competition policy (or anti-trust policy as it is more often called in the US) is not an easy task. A possible definition might be as follows: ‘the set of policies and laws, which ensure that competition in the marketplace is not

174. Em síntese, a deficiência fundamental nas premissas por trás da presente TPC é que a proposta trazida pelo DEE/CADE, e aparentemente encampada por esta I. Agência, não pode resultar em um conflito de objetivos entre funções político-sociais e funções estritamente econômicas. Conclui-se, assim, com as palavras contundentes de Gilberto Bercovici:

*Ao incluir a livre concorrência como um princípio da ordem econômica constitucional, o legislador constituinte instrumentalizou a concorrência, de modo a vincular o direito concorrencial a alcançar determinados objetivos da política econômica geral.*⁵⁴ (g.n.)

restricted in a way that is detrimental to society. [...] In Section 1.3 I have argued that economic welfare is the objective competition authorities and courts should pursue. That brings me to define competition as 'the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in a way as to reduce economic welfare'." MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12^a ed. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2009. p. 30.

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Petrobras - Monopólio Estatal e Política Concorrencial in Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*, São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 210.