

## **PARECER**

### **(SUMÁRIO EXECUTIVO)**

Consulta acerca da juridicidade, tanto sob o ângulo formal quanto material, do processo de Tomada Pública de Contribuições nº 3/2018, aberto pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, com objetivo de analisar a verticalização no setor de combustíveis. Crise de abastecimento de 2018 e gestação apressada de propostas com base em estudo inconclusivo do CADE, resultando em proposição aberta à contribuição pública sobre (i) revisão de normas regulatórias que impõem a quebra da cadeia de valor desse mercado e, por conseguinte, que proíbem empresas que operam em determinado seguimento da cadeia produtiva de atuar também em outros; e (ii) liberação da venda direta de combustíveis dos produtores e importadores aos revendedores e TRRs. Propósito aparente da Agência de permitir sinergias e diminuir o número de intermediários envolvidos na cadeia produtiva, para forçar a redução dos preços finais aos consumidores. 1) Ilegitimidade e ilegalidade do procedimento aberto pela ANP. A TPC é mecanismo ilegítimo para a obtenção de elementos para a alteração de normas regulatórias, uma vez que a Agência já direcionou a proposta, sem apresentar qualquer estudo de impacto regulatório. Procedimento que não vem sendo conduzido adequadamente pela ANP. 2) Vícios de motivação e de transparência. Ação irresponsável e descoordenada do Poder Público à luz do que vinha sendo discutido no programa Combustível Brasil. 3) Violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade das medidas sugeridas. Proposta descontextualizada de liberação da verticalização. 4) Inaplicabilidade dos estudos citados pela CADE ao contexto brasileiro. A liberação da venda direta ignora papel das distribuidoras na garantia da qualidade, da segurança e da isonomia na concorrência. Prejuízos à concorrência e aos consumidores em ambos os casos.

## SUMÁRIO

<b>I – CONSULTA</b>	<b>3</b>
<b>II – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL REGULATÓRIO</b>	<b>7</b>
II.1. O dever procedimental de prévia realização de AIR e seu descumprimento pela ANP.	8
II.2. O dever procedimental de realização de consulta pública e seu descumprimento pela ANP.	13
II.3. O dever procedimental de motivação técnica, suficiente, transparente, clara e congruente e seu descumprimento pela ANP.	16
II.4. O devido processo legal no mercado altamente regulado de combustíveis: violações perpetradas em razão da TPC nº 3/2018 que afetam diretamente o princípio da segurança jurídica.	19
<b>III – INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DAS PROPOSTAS PERMISSIVAS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL E DE VENDA DIRETA DE COMBUSTÍVEIS</b>	<b>23</b>
III.1 – Importância de uma análise contextual na verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da regulação econômico-social voltada à promoção da concorrência	24
III.2 – Papel da segregação vertical na promoção da concorrência. Impossibilidade de transposição acrítica de estudos sobre divorce laws ao contexto brasileiro, notadamente sem a prévia realização de estudos sérios sobre os impactos dessa medida.	25
III.2.1 – Os estudos econômicos estrangeiros sobre verticalização no setor e sua inaplicabilidade ao Brasil	27
III.2.2 – A atenção ao contexto brasileiro justifica a vedação à verticalização. Desproporcionalidade e irrazoabilidade das propostas em sentido contrário.	28
III.3 – A proposta de liberação da venda direta de combustíveis dos produtores e importadores para postos revendedores e TRRs ignora a importância das distribuidoras na promoção da isonomia e na defesa da concorrência e dos consumidores	32
<b>IV – CONCLUSÕES</b>	<b>35</b>

## **PARECER**

### **(SUMÁRIO EXECUTIVO)**

#### **I – CONSULTA**

**A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, LOGÍSTICA E CONVENIÊNCIA** (“PLURAL” ou “Consulente”) honra-me com consulta acerca da juridicidade, tanto sob o ângulo formal quanto material, do processo de Tomada Pública de Contribuições (“TPC”) nº 3/2018, aberto pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP” ou “Agência”), que tem o objetivo de coletar *“dados, informações e evidências que contribuam para a análise da verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis”*.

Segundo se extrai dos *consideranda* do Aviso de abertura da TPC nº 3/2018, a ANP e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) constituíram Grupo de Trabalho (“GT”) com o intuito de *“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”*.

As medidas propostas pelo CADE, referidas no texto do Aviso da TPC, foram apresentadas pelo órgão de defesa da concorrência sob a forma de estudo denominado *“Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”*. Tal

análise foi gestada e apresentada, às pressas, sem a participação e colaboração dos inúmeros agentes envolvido nas diversas fases da cadeia desse relevante mercado, durante o singular período da greve de caminhoneiros, que teve lugar em meados de 2018 e que, como é notório, causou enormes transtornos a toda a população brasileira, em razão do desabastecimento não só de combustíveis, como também de alimentos e produtos dos mais variados gêneros, supérfluos e não supérfluos.

No que tange especificamente à TPC nº 3/2018, a ANP convidou os eventuais interessados a contribuírem com a análise da verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis, com a avaliação dos seguintes e específicos pontos, dentre outros: (i) vedação da verticalização direta e indireta; (ii) vedação da comercialização direta de produtores e importadores para revendedores; (iii) vedação de que os TRRs<sup>1</sup> comercializem outros combustíveis, além de óleo diesel; (iv) manutenção da obrigatoriedade de que os TRRs comprem diretamente de distribuidores; (v) manutenção das limitações de comercialização para distribuidores e TRRs no que se refere aos pontos de abastecimento nos termos da Resolução ANP nº 34, de 1º de novembro de 2007.

Da leitura da TPC não é possível ter a exata dimensão dos objetivos da ANP. Ao que tudo indica, no entanto, a Agência pretende rever normas regulatórias que impõem a quebra da cadeia de valor desse mercado e, por conseguinte, que proíbem empresas que operam em determinado seguimento da cadeia produtiva de atuarem também em outros. A lógica que sempre norteou a Agência, até aqui, é a de que a concentração geraria menos competição e maiores prejuízos ao consumidor. A proposta

---

<sup>1</sup> O TRR (Transportador-Revendedor-Retalhista) é um agente econômico autorizado pela ANP a adquirir em grande quantidade combustível a granel, óleo lubrificante acabado e graxa envasados, para depois vendê-los a retalhos. Também é responsável pelo armazenamento, transporte, revenda, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor quando da comercialização de combustíveis. O TRR não pode comercializar GLP, gasolinas automotivas, álcool etílico combustível para fins automotivos, biodiesel, misturas de biodiesel, combustíveis de aviação e gás natural veicular, comprimido e liquefeito. Ele revende diretamente para grandes consumidores, como as indústrias. Fonte: ANP – Transportador Revendedor Retalhista. Disponível em: <<https://goo.gl/FquEvi>>. Acesso em 24.10.2018.

objeto da TPC indica a intenção da Agência, amparada pelo CADE, de inverter deliberadamente essa visão, permitindo a concentração das diversas fases da operação (desde o refino e produção, distribuição, TRR e revenda em empresas integrantes de um mesmo grupo econômico).

Além disso, a ANP parece estar propondo a liberação da venda direta de combustíveis dos produtores e importadores aos revendedores e TRRs, contrariando entendimento que sempre norteou a regulamentação da Agência, no sentido de que as distribuidoras são essenciais na garantia da qualidade e da segurança no abastecimento nacional. Ambas as medidas, na visão preliminar e inconclusiva do próprio órgão concorrencial, poderiam permitir sinergias e diminuir o número de intermediários envolvidos na cadeia, levando à redução dos preços dos combustíveis aos consumidores finais.

É diante desse contexto que a PLURAL indaga sobre a juridicidade da TPC nº 3/2018. Primeiro, de um ponto de vista procedimental (ou formal), questiona se é legítima a forma adotada pela ANP para submeter a matéria à discussão. Segundo, sob a ótica material, pergunta se a alteração no modelo hoje vigente se justifica à luz do ordenamento jurídico pátrio como meio apto a promover a concorrência, diante dos estudos e elementos conhecidos sobre os possíveis impactos decorrentes de eventual autorização para a verticalização do setor e para a realização de venda direta.

A resposta a essas questões, adiante-se, é negativa. Como será explicado a seguir, o procedimento adotado pela ANP – abertura de TPC – é inadequado para balizar alterações normativas. A ANP, já decidida pela proposta, deveria ter realizado consulta pública, após a elaboração de análise de impacto regulatório e a elaboração de minuta da norma. Caso a ANP visasse apenas colher contribuições sobre dados e alternativas para subsidiar seu procedimento interno de análise – hipótese em que se poderia argumentar pela legitimidade da TPC –, então o instrumento não poderia estar

*direcionado* a propostas específicas de intervenção, como ocorreu no caso. É que esse direcionamento só poderia ocorrer após a regular análise de impacto regulatório na forma da legislação, capaz de motivar adequadamente o ato. Ademais, faltou ao ato administrativo motivação adequada e transparente. O procedimento, para além disso, foi conduzido de forma incompatível com os deveres de ação responsável e racional do regulador, pois é contraditório e desconsidera todas as medidas que vinha sendo discutidas no âmbito do programa Combustível Brasil, o qual estava em estágio avançado e conta com a participação de todos os agentes que atuam nesse mercado.

Por fim, do ponto de vista material, a TPC nº 3/2018 também possui vícios que inviabilizam seu prosseguimento. Impor restrições regulatórias exige que o Administrador se paute pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que obriga a realização de uma avaliação contextual da medida à luz dos elementos fáticos e jurídicos da jurisdição onde ela será implementada. Entretanto, a proposta de liberação da verticalização foi feita com fundamento em estudos estrangeiros, cujas conclusões não podem ser transpostas acriticamente para o Brasil. Ao analisar detidamente o contexto nacional, mesmo que se adotasse como base a premissa dos estudos mencionados pelo CADE que serviram de fundamento à TPC, tudo indica que a proposição seria maléfica e perniciosa à concorrência e aos consumidores brasileiros. A proposta de liberação da venda direta incorre no mesmo problema, visto que, no País, as distribuidoras desempenham papel essencial na garantia da qualidade, da segurança e da isonomia na concorrência.

Tais argumentos serão melhor aprofundados, oportunamente, por ocasião da entrega da versão final do Parecer. Neste momento, dada a urgência da Consultante, antecipo neste Sumário Executivo os principais argumentos e as conclusões que já podem ser alcançadas pela análise detida do material que nos fora previamente encaminhado.

## **PRIMEIRA PARTE: VÍCIOS PROCEDIMENTAIS**

### **II – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL REGULATÓRIO**

A ANP é a entidade reguladora do setor do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, conforme a Lei nº 9.478/1997. Trata-se de autarquia de regime especial integrante da Administração indireta, que exerce importantes funções executivo-administrativas, normativas e decisórias.<sup>2</sup> Por força da Constituição da República (art. 5º, LIV) e da legislação infraconstitucional que lhe é aplicável (a exemplo das Leis nº 9.478/1997 e nº 9.874/1999), a ANP sujeita-se, no exercício dessas atribuições, à observância do **devido processo legal regulatório**.

No âmbito específico de sua atividade normativa, esse *iter* procedimental apresenta contornos próprios, definidos a partir das características desse tipo específico de atuação (*rulemaking*) e dos impactos que a produção de normas regulatórias gera para o setor regulado. Veja-se que o segmento de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis conta com uma multiplicidade de atores e de relações jurídicas entre eles estabelecidas. Nesse contexto: (i) são notórias as complexidades técnicas e jurídicas envolvidas; (ii) é inegável o impacto das atividades levadas a cabo para o desenvolvimento socioeconômico do País e para o dia a dia das pessoas; e (iii) pelo vulto dos negócios envolvidos, tendem a ser de médio a longo prazo os investimentos realizados pelos agentes econômicos do setor.

Justamente essas e outras particularidades justificam que a ANP, antes de tomar partido sobre a disciplina dos diferentes aspectos das atividades econômicas afetadas, observe o que seria um conjunto de “condicionantes”. Por exemplo,

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). “Agências Reguladoras e Democracia”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 86.

revela-se fundamental que a Agência: (i) dialogue com os agentes do setor e com os demais indivíduos afetados; (ii) atue de modo claro, transparente, fiel à legalidade e sem surpresa; (iii) embase tecnicamente suas posições e todo tipo de movimentação que afete o segmento regulado; e (iv) aja com respaldo em motivação suficiente, congruente e adequada.

De sua vez, é em prol da observância dessas exigências que se erige o chamado **devido processo legal regulatório**. Dito de outra forma, o ordenamento jurídico especifica deveres procedimentais impositivos à ANP para que a sua atuação normativa, ao atender às preocupações acima listadas, possa ser considerada legítima. Como se demonstrará, há três pilares fundamentais para a legítima atuação normativa da Agência. São elas: (i) a **prévia realização de Análise de Impacto Regulatório**, (ii) a abertura de **consulta ou audiência pública**, e (iii) a **motivação técnica e adequada**, exigível da ANP na edição ou alteração de atos normativos regulatórios.

### ***II.1. O dever procedimental de prévia realização de AIR e seu descumprimento pela ANP.***

A Análise de Impacto Regulatório é instrumento voltado a racionalizar e aprimorar o processo de tomada de decisões, permitindo resultados mais eficientes, eficazes e efetivos. De acordo com o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, a AIR:

“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 eficiente.”<sup>33</sup>

Conforme o referido Guia, dentre as etapas mínimas essenciais da AIR que devem preceder a decisão administrativa por um curso de ação específico, deve haver, em primeiro lugar, a **definição clara do problema regulatório a ser enfrentado**. Isso porque nem todo problema deve implicar, necessariamente, a intervenção regulatória da Agência. Como são escassos os recursos e várias as demandas de ação, é preciso definir prioridades. Tal como consta do Guia, deve-se “*ter melhor conhecimento sobre a real necessidade de ação da Agência*”.<sup>4</sup>

Definido o problema, devem ser **delimitados os objetivos desejados** com a intervenção regulatória; **mapeadas**, da forma mais ampla possível, **as alternativas de ação**; **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.

Ainda no âmbito do processo de 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 pela Agência. Realmente, se o regulador não tiver meios nem *expertise* para fiscalizar e 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**, a alternativa eleita deve ser testada e debatida pelos interessados, por intermédio dos canais próprios

---

<sup>33</sup> Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 06.

<sup>4</sup> Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 07.

(como as consultas e audiências públicas, que contam com previsão expressa na legislação). Jamais antes. Naturalmente, a AIR não deve ser feita quando a entidade administrativa já tiver tomado decisão. A AIR não pode ser apenas um referendo, mas um exame sobre como decidir<sup>5</sup>. Em todo caso, se há uma abertura ao diálogo com eventuais interessados, a Administração deve ser clara quanto às suas intenções.

A AIR, em suma, é um importante instrumento de concretização dos **princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. É medida que fortalece, ainda, o **Estado de Direito**, ao viabilizar a ponderação racional e motivada entre custos e benefícios econômicos e sociais da regulação. Isso contribui para o combate à atuação aleatória do Poder Público na disciplina de atividades protegidas pela **liberdade de iniciativa**, princípio que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, IV) e da ordem econômica (CRFB, art. 170, *caput*).

Não à toa, a realização de AIR é um dos grandes objetivos dos chamados programas de “melhora regulatória” (*better regulation*), difundidos por todo o mundo.<sup>6</sup> E a própria ANP, instada pelo programa PRO-REG da Presidência da República,<sup>7</sup> editou a Portaria ANP nº 473/2017, que incluiu o inciso XXI no art. 12 do seu Regimento Interno. A partir daí, passou a ser competência da Secretaria Executiva:

---

<sup>5</sup> Inclusive, o Guia Orientativo para a Elaboração de AIR critica expressamente a prática de se realizar consulta pública apenas “*após já tomada a decisão sobre o tipo de ação a ser implementada, buscando colher contribuições e manifestações sobre a minuta do instrumento de intervenção já elaborado*”. O problema, nesses casos, é que os participantes se debruçam apenas sobre a medida proposta em si, “*sem considerar o processo de análise que culminou em sua proposição*” (cfr. Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 15).

<sup>6</sup> LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Orgs.). *Desafios da Regulação no Brasil*, Enap: Brasília, 2009. p. 30; WORLD BANK GROUP - Investment Climate Advisory Services. *Better regulation for growth governance frameworks and tools for effective regulatory reform. Making It Work: ‘Ria Light’ For Developing Countries*. 2010, p.6.

<sup>7</sup> Essas recomendações estão presentes em diversos documentos produzidos pelo PRO-REG. Em especial, cite-se o relatório “*Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*”, disponível em: <<https://goo.gl/c8s4sA>>. Acesso em 24.10.2018.

“XXI - elaborar e disseminar as recomendações metodológicas que devem orientar a **elaboração de Análises de Impacto Regulatório**, bem como monitorar **sua aplicação no âmbito da ANP**, apoiando as unidades organizacionais na sua elaboração;” (grifou-se)

Some-se ao exposto que a adoção da medida vai ao encontro das novas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, inseridas pela Lei nº 13.655/2018. Refere-se, especialmente, aos arts. 20 e 21 do referido diploma,<sup>8</sup> que cobram da Administração Pública compromisso com as consequências práticas de suas decisões. Na seara regulatória, a realização de AIR é o instrumento por excelência para assegurar esse compromisso. Sem a definição prévia de problemas, objetivos, impactos e custos, a decisão administrativa – especialmente no contexto complexo e técnico de setores regulados – tende a revelar-se mera especulação.

Pois bem. No caso sob análise, viu-se que a ANP, por meio de iniciativa inovadora (que não conta com previsão em lei, ponto a que se voltará adiante), convidou os interessados para a análise sobre o eventual liberação da verticalização na cadeia de valor dos combustíveis e da venda direta. No Aviso de Abertura da TPC nº 3/2018, a Agência listou seis tópicos sobre os quais os interessados deveriam se manifestar. A ideia é que os administrados subsidiem a ANP com vistas a uma (alegada) futura tomada de decisão acerca da alteração do marco regulatório existente.

---

<sup>8</sup> “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Ocorre que, não bastasse a inexistência de amparo normativo para essa iniciativa inovadora (o que por si só a vicia), a medida subverte a lógica da AIR e a esvazia. O que há é uma inversão ilegítima do devido processo legal regulatório, incompatível com as exigências de racionalidade, eficiência e eficácia acima apontadas.

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 impactos, a ANP optou por definir um deles (*i.e.*, o fim da tutela regulatória à bandeira), apresentando-o para contribuições pelos interessados. Ou seja, o regulador *decidiu* sobre um curso de ação sem embasamento empírico e técnico quanto à necessidade, adequação e efeitos dessa mudança. E transferiu aos interessados o ônus – que é seu – de avaliar as consequências, custos e benefícios da intervenção regulatória.

Esclareça-se que o fato de a ANP não ter formalmente elaborado uma proposta de revisão normativa por meio da TPC nº 3/2018 não invalida as conclusões expostas até aqui. A AIR é um procedimento que deve anteceder qualquer tomada de decisão pela Agência passível de gerar impactos relevantes para o setor regulado. *In casu*, independentemente de ter havido ou não a apresentação de uma minuta de ato normativo, houve uma decisão da Agência quanto a um determinado curso de ação possível e relevante. E, para tanto, deveriam ter sido ultrapassadas as etapas apontadas acima – que vão desde a identificação clara deste como um problema regulatório a ser enfrentado, até a fixação de estratégias de *enforcement*.

Por fim, nem se diga que a eventual realização de uma AIR em momento posterior à 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 preferências e em igualdade *a priori*, para só após serem coletados, expostos e comparados os impactos de cada caminho.<sup>9</sup> O inverso, fruto de uma pré-compreensão indevida e sem tecnicidade esperada, desvirtua e invalida o uso do instrumento.

## ***II.2. O dever procedimental de realização de consulta pública e seu descumprimento pela ANP.***

Como se antecipou acima, no *iter* relativo à produção e alteração de normas, cabe ao regulador, após a definição de um curso de ação específico, franquear aos interessados a oportunidade para dialogar acerca da medida eleita, em observância ao devido processo legal regulatório. Isso usualmente ocorre por intermédio de consultas e/ou audiências públicas.

No setor de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, há previsão legal expressa nesse sentido. Qualquer processo decisório-normativo que afete direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado deverá ser precedido de audiência pública (art. 19 da Lei nº 9.478/1997<sup>10</sup> e art. 22 do Decreto nº 2.455/1998).<sup>11</sup> A matéria foi ainda regulamentada

---

<sup>9</sup> Cf. Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 11.

<sup>10</sup> Lei nº 9.478/1997: “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP” (Redação dada pela Lei nº 12490/2011).

<sup>11</sup> Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta que “no que toca especificamente às agências reguladoras, os mecanismos de participação popular são notáveis, uma vez que a maior parte das leis que as instituíram fixam a necessidade de realização de consultas e/ou audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 437).

em detalhes na Portaria ANP nº 69, de 2011 (Regimento Interno da ANP), que, de forma mais exigente, remeteu à prévia realização de consulta e audiência públicas.<sup>12-13</sup>

Não bastasse o exposto, as alterações recentemente promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 reforçaram o aludido dever de realização de consultas públicas. A teor do art. 29 da Lei de Introdução, “[e]m qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”. Trata-se, em verdade, de um poder-dever do administrador público, extraído do devido processo legal regulatório, com foco em participação dos administrados.

E isso não apenas para que os agentes interessados confirmem maior racionalidade ao processo de elaboração da norma, por intermédio de suas contribuições técnicas, mas também por força do princípio democrático, tomado em seu viés deliberativo. Com efeito, é possível afirmar que a legitimidade da função normativa da ANP subordina-se à observância de um procedimento prévio e plural, que franqueie a todos os agentes interessados a participação efetiva no processo de elaboração do ato normativo editado. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “(...) a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator

---

<sup>12</sup> “Art. 56. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados. Parágrafo único. Os objetivos básicos das consultas e audiências públicas são: I - identificar e debater os aspectos relevantes da matéria em discussão; II - recolher subsídios, informações e dados para a decisão ou o encaminhamento final do assunto; III - propiciar aos agentes econômicos, usuários e consumidores, a possibilidade de oferecerem comentários e sugestões sobre a matéria em discussão;”

<sup>13</sup> Ao distinguir audiência pública de consulta pública, José dos Santos Carvalho Filho leciona que, “[n]a consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de **peças formais**, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de **debates orais** em sessão previamente designada para tal fim.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativos federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 186; grifos no original)

*constitutivo da validade da atividade administrativa*”<sup>14</sup>. Aliás, desde o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, a participação dos administrados foi elevada à condição de direito fundamental de todo administrado (art. 37, §3º, CRFB).

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 após a crise de abastecimento ocorrida neste ano. 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.<sup>14</sup> Mais do que isso, indicou ao público que já teria, sem aprofundar a análise, soluções predeterminadas.

Perceba-se, portanto, que o objetivo da TPC em nada se assemelha àquele da consulta e da audiência pública, as quais têm uma razão de ser e fazem parte de uma escolha legislativa que criou um rito conhecido e previsível. A utilização deste mecanismo *ad hoc* subverte o devido processo legal regulatório e as próprias potencialidades daqueles instrumentos, criados para propiciar maior transparência, controle social e o exercício mais informado – e de maior qualidade – das competências administrativas.

*In casu*, após a devida análise de impacto regulatório, a ANP deveria ter submetido a alternativa de ação por ela eleita à consulta pública, municiada das razões,

---

<sup>14</sup> Para justificar a abertura da TPC objeto deste Parecer, a ANP remeteu às propostas formuladas pelo CADE no relatório “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*”<sup>14</sup>, bem como às recomendações específicas do Conselho que sobrevieram.



objetivos e estudos em torno da proposta, bem como da minuta do ato normativo a ser editado. Isso teria permitido a efetiva participação dos interessados. O que se observa, contudo, é um inaceitável açodamento. A Agência, tendo já se posicionado pela conveniência da adoção de normas capazes de alterar fundamentalmente o marco setorial, mas sem que tenha realizado, desde o nascedouro destas proposições, a necessária Análise de Impacto Regulatório, convidou os interessados a contribuírem em um ambiente de enorme desinformação e insegurança, em que não estão claros nem os objetivos e as razões da alteração anunciada, nem seus exatos contornos. Com isso, a própria possibilidade de os particulares contribuírem foi colocada em xeque.

Em suma: a legislação setorial prevê um mecanismo próprio de participação dos interessados no curso de processos de elaboração de normas regulatórias, o qual, neste caso, foi subvertido<sup>15</sup>. Ao invés de submeter à consulta pública uma proposta de intervenção setorial devidamente embasada, mediante a necessária consideração de seus impactos, a ANP inverteu etapas e, sem respaldo legal, convocou os interessados para que apresentassem contribuições a respeito de um curso de ação não justificado tecnicamente, nem delimitado quanto aos seus contornos. Ao fazê-lo, desvirtuou o instituto previsto em lei e inibiu suas potencialidades. É por isso que, também sob essa ótica, evidencia-se clara violação ao devido processo legal regulatório.

### ***II.3. O dever procedimental de motivação técnica, suficiente, transparente, clara e congruente e seu descumprimento pela ANP.***

Para além do exposto, a decisão da Agência que instaurou o

---

<sup>15</sup> Nessa toada, nem se diga, ainda, que a ANP estaria buscando, em linha com o art. 33 da Lei de Processo Administrativo Federal, meios informais de participação que seriam legítimos. Não é o que ocorre *in casu*. A *uma*, porque, no caso da ANP há previsão expressa de um rito próprio, de modo que, ignorá-lo é deixar de lado a racionalidade procedimental a que a própria agência se comprometeu, aplicável, inclusive, por razões de especialidade. A *duas*, porque, na hipótese, tem-se um indicativo de tomada de decisão da autarquia. Isto é: uma pré-compreensão sem a justificativa devida (AIR).



procedimento consultivo sobre a reforma das regras setoriais que vedam a verticalização e a venda direta de combustíveis viola o dever de motivação dos atos administrativos sob três perspectivas: *insuficiência, incongruência e inadequação*.

Em primeiro lugar, a motivação apresentada pela ANP é **claramente *insuficiente*** porque a mera alusão ao estudo “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró concorrência*”, elaborado pelo CADE, não supre o ônus de fundamentação demandado para a hipótese, sobretudo diante da relevância e complexidade da mudança que se vislumbra operar. A ANP não poderia simplesmente ter mencionado as contribuições sugeridas pelo CADE sem esclarecer as razões técnicas e regulatórias que fundamentaram a proposta por ela submetida a contribuições, a qual, reitere-se, tem aptidão para interferir de modo estrutural sobre o setor.

De mais a mais, a TPC em questão insere-se no contexto do GT instituído pela ANP e pelo CADE com o objetivo de “*estabelecer atuação conjunta no âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência*”<sup>16</sup>. 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 referido GT, em reuniões que ocorreram sem a presença dos agentes regulados. Isso, sem dúvida, ratifica a insuficiência da motivação dispensada pela Agência.

Para além de ser insuficiente, a decisão da ANP também ***carece de***

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://goo.gl/UQhnW1>>. Acesso em 26.10.2018.

*fundamentação congruente*. Isso porque, embora repensar a vedação à verticalização tenha sido uma proposta do CADE constante do mencionado documento, não se enxerga qualquer relação – ao menos de forma clara – entre os demais cursos de ação suscitados pela ANP como objetivos da TPC nº 3/2018 (*i.e.*, o fim da vedação à venda direta para postos revendedores e TRRs; a possibilidade de TRRs comercializarem novos tipos de combustíveis; e a manutenção das limitações de comercialização para distribuidores e TRRs no que se refere aos pontos de abastecimento nos termos da Resolução ANP nº 34/2007) e o supracitado documento. Em outras palavras, a decisão da ANP carece de respaldo fático e jurídico. Até porque o estudo elaborado pelo CADE sequer abordou tais questões. Há uma evidente falta de nexo entre a fundamentação adotada e a modificação cogitada pela Agência, o que compromete a sua validade.

Sob essa ótica, inclusive, pode-se afirmar que **a motivação da ANP quanto à abertura da TPC nº 3/2018 é também inadequada**. Se não é possível compreender as razões pelas quais a ANP decidiu pela modificação da regulação vigente (ou decidiu, no mínimo, que esse seria um problema regulatório a ser enfrentado), os interessados obviamente têm cerceada sua capacidade de contribuir.

Aliás, a situação gera ainda maior perplexidade porque a ANP, ao invés de indicar minimamente os motivos associados pelo menos ao exercício das funções que lhe competem (como aspectos atrelados à fiscalização dos administrados), solicitou justamente que os próprios regulados contribuíssem sobre o tema – o que é um verdadeiro contrassenso. E o que é mais grave: a Agência decidiu por uma possível mudança regulatória radical na estrutura do setor sem qualquer atenção ao contexto brasileiro, pautando-se tão somente em sugestões oriundas de estudos norte-americanos, dificultando enormemente a possibilidade de participação dos interessados, que, caso queiram de fato contribuir, deverão estudar o mercado brasileiro e as alternativas possíveis “do zero”, assumindo para si papel que é próprio da Agência.

Ou seja: a ANP decidiu de modo açodado e sem a devida explicação técnica por uma possível alteração regulatória estratégica; para tentar legitimar sua atuação, convidou os administrados a apresentarem suas contribuições; mas, na prática, frustrou a possibilidade da real participação dos interessados, porque não deixou minimamente claros os motivos para a alteração acenada, nem os contornos daquilo que consistirá a nova disciplina.

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 ínsito 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 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,<sup>17</sup> o que é ratificado pela jurisprudência.<sup>18-19</sup>

***II.4. O devido processo legal no mercado altamente regulado de combustíveis: violações perpetradas em razão da TPC nº 3/2018 que afetam diretamente o princípio da segurança jurídica.***

---

<sup>17</sup> 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

<sup>18</sup> Por todos, confira-se: STJ, MS 9.944/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/06/2005; e STJ, MS 18.504/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 02/04/2014.

<sup>19</sup> Na doutrina, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 381-382.

Ainda sob a ótica do devido processo legal regulatório, é necessário frisar que os deveres acima mencionados – de realização de AIR, de não desvirtuamento dos instrumentos de consulta e audiência pública e de motivação suficiente, congruente e adequada – adquirem ainda maior relevância em ambientes altamente regulados como o que ora se analisa. Isso porque a mera deflagração de um processo de revisão normativa setorial gera custos e prejuízos externos significativos aos agentes do setor, os quais precisam ser considerados de forma motivada e transparente. São exemplos desses custos (i) a inevitável **desestabilização** do mercado decorrente da **insegurança jurídica** causada pelo comportamento açodado da Agência, bem como (ii) o risco real de **paralisação e postergação de importantes investimentos setoriais**.<sup>20</sup>

Esse panorama de franca insegurança jurídica é ainda agravado pelo fato de que a ANP, mais do que se furtar de realizar a devida motivação de seu ato (mediante, inclusive, a prévia realização de AIR), atuou 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.

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

---

<sup>20</sup> Custos e prejuízos são externalidades negativas que não podem ser simplesmente desconsideradas pelo administrador público. Inclusive, as previsões dos **arts. 20, caput e parágrafo único, e 27 da LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657/42), introduzidos pela Lei nº 13.655/2018, apontam justamente nesse sentido. Segundo tais dispositivos, é dever das autoridades públicas avaliar as consequências de seus atos, os quais, se causadores de prejuízos, ensejam o direito a compensações. Isso abarca impactos e custos injustificáveis causados por medidas afoitas.

dois relatórios abrangentes em que constam as decisões e propostas sugeridas pelos seus subcomitês.<sup>21</sup> 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.

Aliás, uma nota característica da instauração das TPCs originadas da chamada greve dos caminhoneiros foi justamente a falta de coerência e racionalidade na ação estatal, na medida em que essas iniciativas apontam para o risco real de decisões conflitantes. É que o CT-CB, mencionado acima, vem discutindo medidas para a reforma da regulação setorial com objetivos que abrangem aqueles buscados pela ANP nas TPCs.<sup>22</sup> Ademais, enquanto as TPCs têm, a princípio, o objetivo estrito de promover a concorrência,<sup>23</sup> o programa Combustíveis Brasil tem como pilar não somente intensificar a concorrência, mas também estimular investimentos na infraestrutura do setor.<sup>24</sup> E esses

---

<sup>21</sup> Disponíveis em: <<https://goo.gl/tnxpAU>>.

<sup>22</sup> Vejam-se, por exemplo, o teor das Propostas nº 21 e 25 do relatório da iniciativa Combustível Brasil de maio de 2018: “PROPOSTA 21 Aperfeiçoar os mecanismos regulatórios de incentivos e de definição de condicionantes para atuação dos agentes de mercado, quando necessário, tendo como objetivo a promoção da concorrência, a mitigação das falhas e a prevenção do abuso de poder de mercado”; “PROPOSTA 25 Avaliar ações para garantir o desenvolvimento de um mercado competitivo nos diversos elos da cadeia, com condições de oferta a preços de mercado para combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo no Brasil”.

<sup>23</sup> De fato, os *consideranda* dos Avisos das três TPCs citam com justificativa apenas as recomendações do CADE no relatório “*Repensando o setor de combustíveis*”. Esse relatório, por sua vez, abrange apenas o ponto de vista da Defesa da Concorrência.

<sup>24</sup> Nesse sentido, vejam-se os *consideranda* da Res. CNPE nº 15/2017: “são princípios e objetivos da Política Energética Nacional garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional; proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; promover a livre concorrência; atrair investimentos para a produção de energia; ampliar a competitividade do País no mercado internacional, entre outros definidos no art. 1º da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; as ações em curso no âmbito da iniciativa “Combustível Brasil” têm como objetivo propor medidas que estimulem a entrada de novos agentes econômicos no setor de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo, bem como promover a livre concorrência; o aprimoramento do ambiente regulatório estimula a competição e favorece os investimentos para o mercado de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo, além de consolidar a lógica empresarial de abastecimento nacional; e a prática de

são objetivos que podem, em um mercado marcado por economias de escala e de rede, estar em contraposição.<sup>25</sup> Aliás, o próprio CADE reconheceu isso no relatório que foi utilizado pela ANP para iniciar as TPCs.”<sup>26</sup>

Logo, diferentemente do *modus operandi* adotado durante as discussões do programa Combustível Brasil – quando se buscaram análises e estudos profundos sobre a situação atual do setor, para se construir, em conjunto com os agentes regulados, um diagnóstico completo que permitisse a elaboração de propostas de curto, médio e longo prazo –, a ANP, ao deflagrar as TPCs, agiu de modo contraditório e açodado, o que contribui para potencializar o quadro de insegurança jurídica no setor.

Mais ainda: a ANP inaugurou as TPCs de forma isolada e contrária às diretrizes traçadas pelo próprio CNPE no âmbito do programa Combustível Brasil. Há, nessa atuação, um problema não apenas de coerência e racionalidade sistêmicas, mas de possível conflito de competências. É que a definição de quais políticas setoriais devem ser prioritárias não cabe à ANP. Na verdade, a Agência tem o papel de “*implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional*” (art. 8º, I, da Lei nº 9.478/1997). A definição da política setorial que será implementada pela autarquia fica a cargo do Executivo, que tem

---

*preços livres fortalece a concorrência, bem como propicia segurança e confiança necessárias para incentivar investimentos privados”.*

<sup>25</sup> Por exemplo, dificilmente haverá interesse privado na construção de dutos de transporte de combustível caso a proprietária seja obrigada a operar em regime de concorrência *plena* (é necessário que se garanta, no mínimo, direito de preferência a quem investiu).

<sup>26</sup> “As presentes sugestões buscam contribuir com o debate já entabulado pelo “Combustível Brasil” a respeito da necessidade de repensar o setor de combustível, buscando auxiliar na determinação das pautas de discussão e na avaliação sobre o diagnóstico a respeito de como tornar este setor melhor e mais eficiente. Essa tentativa de pautar estes temas na sociedade serve como sinalização a respeito de desenhos institucionais alternativos que podem melhorar a rivalidade do setor. **Talvez estes não sejam os únicos desenhos possíveis ou as melhores alternativas disponíveis. Também, é possível que se tenha a necessidade de considerar outras variáveis em um cenário mais amplo do ponto de vista social.** Trata-se apenas de uma primeira tentativa de diálogo sobre estes assuntos”. CADE, relatório “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”, p. 34. Disponível em: <<https://goo.gl/o3ERkH>>. Acesso em 24.10.2018.

legitimidade democrática para tanto. No caso do setor de combustíveis, compete ao CNPE fixar diretrizes (art. 2º da Lei nº 9.478/1997), o que foi efetivamente feito por meio da Resolução CNPE nº 15/2017. Daí porque a ação contraditória da ANP aponta para um possível desvio de poder e intromissão na esfera de atribuições legalmente conferidas ao CNPE.

## **SEGUNDA PARTE: VÍCIOS MATERIAIS**

### **III – INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DAS PROPOSTAS PERMISSIVAS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL E DE VENDA DIRETA DE COMBUSTÍVEIS**

Infere-se da motivação da ANP que a TPC nº 3/2018 teria por objeto avaliar a necessidade de manutenção das normas que impedem a verticalização do setor (propriedade de postos revendedores por distribuidores; venda direta de combustível aos revendedores – tanto postos quando TRR). Este capítulo se volta a demonstrar que eventual implementação de tais medidas seria ilegítima, porque contrárias aos deveres de razoabilidade e de proporcionalidade.

Para tanto, será demonstrado que a adequação das propostas de alteração do marco regulatório setorial deve estar associada ao contexto em que serão aplicadas, o que não aconteceu *in casu* em nenhuma das propostas, as quais ignoram a importância das normas rediscutidas pela TPC nº 3/2018 na realidade brasileira. A partir dessas considerações circunstanciais, serão evidenciadas a irrazoabilidade e a desproporcionalidade das medidas. Com efeito, (i) verifica-se que a ANP ignorou o fato de que os eventuais efeitos positivos da integração vertical só ocorrem em contextos bastante específicos, e tudo leva a crer que esse não é o caso do mercado brasileiro. Ademais, (ii) a proposta de permissão da venda direta desconsiderou características



importantes do mercado, o que implica problemas graves de proteção da concorrência e tutela do consumidor.

### ***III.1 – Importância de uma análise contextual na verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da regulação econômico-social voltada à promoção da concorrência***

Regular importa em realizar interferências no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou induções, com vistas à alteração do comportamento dos agentes regulados, direcionando-os à produção de resultados desejáveis à luz de objetivos constitucionalmente definidos.<sup>27</sup> Um dos principais problemas que justifica a intervenção regulatória é a existência, em um dado setor, de *poder de mercado*, isto é, da possibilidade de que uma empresa exerça influência expressiva sobre o preço ou a quantidade de produtos ofertados.

Do ponto de vista constitucional, a proteção da concorrência e a defesa do consumidor embasam a atuação estatal no sentido de resolver esse problema. Com efeito, a Carta de 1988 determinou que a lei garanta condições de concorrência nos mercados (art. 173, §4º, CRFB), e promova a proteção do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V, CRFB). Já no plano infraconstitucional, as agências reguladoras juntamente com o CADE<sup>28</sup> (núcleo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) têm papel de garantir um ambiente competitivo. Não por outra razão, a Lei nº 9.478/1997 elencou, entre os objetivos da política energética nacional, a qual tem o CNPE e a ANP como atores principais, o de “*promover a livre concorrência*” (art. 1º, IX).

---

<sup>27</sup> BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016.

<sup>28</sup> A Lei nº 12.529/2011 prevê que a autarquia tem atribuições tanto repressivas quanto preventivas na garantia da concorrência. O seu papel preventivo inclui a análise prévia de atos de concentração horizontais e verticais, vendando aqueles que possam gerar estruturas de mercado nas quais será possível o exercício do poder de mercado pela sociedade resultante da operação (art. 58).



Em qualquer caso, a regulação voltada a promover a concorrência e a proteger o consumidor deve ser *proporcional* (em suas três etapas, quais sejam: de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e *razoável*. Para tanto, é essencial que os efeitos concretos da medida sejam avaliados, o que só pode ser feito mediante a análise do contexto específico, fático e jurídico, de sua potencial implementação.<sup>29</sup>

*In casu*, como se passa a demonstrar: (i) as propostas constantes na TPC nº 3/2018, de revogar a vedação à verticalização entre postos revendedores e distribuidores, não são proporcionais nem razoáveis, justamente porque ignoram o contexto brasileiro, no qual tudo indica que essa vedação é importante para a promoção da concorrência e dos consumidores. Além disso, (ii) a proposta de permissão indiscriminada de venda de combustível das refinarias para os revendedores (postos e TRRs), sugerida na mesma TPC, também seria muito problemática no contexto nacional. Os tópicos que se seguem se dedicam a essa análise.

***III.2 – Papel da segregação vertical na promoção da concorrência. Impossibilidade de transposição acrítica de estudos sobre divorcement laws<sup>30</sup> ao contexto brasileiro, notadamente sem a prévia realização de estudos sérios sobre os impactos dessa medida.***

A TPC nº 3/2018, como já explicado, pôs em pauta a possível alteração da vedação à verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis. Segundo

---

<sup>29</sup> Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade exige que o tomador de decisão avalie “os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

<sup>30</sup> Nos Estados Unidos, foram adotadas, em alguns estados, regras de separação entre empresas produtoras (que também exercem a distribuição) e postos revendedores, na linha do que a ANP propõe por meio da TPC nº 3/2018. Naquele país, essas regras ficaram conhecidas como *divorcement laws* – ou leis do divórcio, em português, nomenclatura que se deve ao “divórcio” forçado entre produção e distribuição, de um lado, e revenda, de outro.

a ANP, o fundamento para isso consta do relatório do CADE sobre medidas pró-concorrência no setor.

De acordo com o CADE, o art. 12 da Portaria ANP nº 116/2000<sup>31</sup> (mantido pelo art. 26 da Resolução ANP nº 41/2013<sup>32-33</sup>) “*pode gerar incentivos econômicos equivocados ao impedir a verticalização dos contratos no varejo de combustíveis*”, fato esse que seria corroborado por alguns estudos empíricos realizados em estados norte-americanos.<sup>34</sup>

Contudo, a leitura do documento revela que não foi feito nenhum tipo de consideração sobre o contexto brasileiro na sugestão de revisão do marco regulatório da ANP. Tal desconSIDERAÇÃO, muito além de explicitar o aÇodamento que orienta a postura da Agência, implica a sua invalidade. Veja-se.

---

<sup>31</sup> “É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, o exercício da atividade de revenda varejista”.

<sup>32</sup> Resolução ANP nº 41/2013: “Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos”.

<sup>33</sup> Além desse dispositivo, o art. 8º da mesma Resolução determina que “Será indeferida a solicitação de autorização à pessoa jurídica: IX - de cujo quadro de sócios participe pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos autorizado pela ANP; X - que esteja autorizada pela ANP ao exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, de Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) ou de Transportador-Revendedor-Retalhista na Navegação Interior (TRRNI)”.

<sup>34</sup> São estes os estudos citados pela autarquia no supracitado relatório: BARRON, John M.; UMBECK, John R. 1984. The Effects of Different Contractual Arrangements: The Case of Retail Gasoline Markets. *Journal of Law and Economics*, 27(2): 313-28; BLASS, Asher A., CARLTON, Dennis W. 2001. The Choice of Organizational Form in Gasoline Retailing and the Cost of Laws That Limit That Choice. *Journal of Law and Economics*, 44(2): 511-24; SLADE, Margaret E. 1998. Strategic Motives for Vertical Separation: Evidence from Retail Gasoline Markets. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 14(1): 84-113; VITA, Michael G. 2000. Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Control: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies. *Journal of Regulatory Economics*, 18(3): 217-33; GOLDSTEIN, Larry; GOLD, Ron; KLEIT, Andrew. Divorced from the facts: retail gasoline divorcement redux. *Oil & Gas Journal*. Vol. 95. Issue 45. 1998; e SLADE, Margaret; LAFONTAINE, Francine. Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy. Cap.10. In BUCCIROSSI, Paolo.; *Handbook of Antitrust Economics*. Massachusetts: MIT Press, 2008.

### III.2.1 – Os estudos econômicos estrangeiros sobre verticalização no setor e sua inaplicabilidade ao Brasil

A literatura econômica que trata dos efeitos da integração vertical é vasta e complexa, mas não é necessário esmiuçar os modelos e as controvérsias nela existentes para se constatar que a eficiência ou ineficiência dos arranjos verticalizados vai depender do contexto em que eles se inserem.

Os estudos mencionados pelo CADE<sup>35</sup> apontam que, eventualmente, a integração vertical pode aumentar a eficiência ao reduzir duplas margens de lucro, reduzir custos de transação, prevenir oportunismos nas negociações e eliminar distorções, o que pode se reverter em preços finais menores (o que foi observado em alguns poucos estados norte-americanos). Por outro lado, esses mesmos estudos reconhecem que o efeito também pode ser diametralmente oposto.

É que a integração vertical possibilita que a sociedade do mercado a montante realize um fechamento do mercado (*market foreclosure*) aos concorrentes no mercado a jusante (ou vice-versa). É fácil entender essa lógica no caso do setor ora analisado: se a sociedade fornecedora de combustível aos revendedores controla o mercado (ou se esse mercado é muito concentrado em poucas empresas, com altas barreiras à entrada), ela pode cessar a distribuição do seu produto aos revendedores concorrentes, fornecendo apenas para os seus postos próprios. Não é possível dizer, *a priori*, qual efeito prevalecerá: o incremento da eficiência da empresa verticalizada ou os danos à concorrência causados por fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> V. nota de rodapé anterior.

<sup>36</sup> “De uma perspectiva teórica, então, leis do divórcio podem ter tanto um efeito positivo quanto um efeito negativo nos preços no varejo. Se o efeito principal da lei é atenuar o fechamento vertical anticompetitivo de mercado, pode-se esperar observar preços menores no equilíbrio em estados com leis do divórcio do que em estados sem elas, tudo o mais constante. O resultado oposto deve ser obtido se políticas do divórcio

Quando, então, as leis que vedam integrações verticais terão efeitos mais positivos do que negativos no mercado de combustíveis? Segundo a literatura, a integração vertical gera menos eficiências quando o monitoramento *in loco* por um sócio-gerente (*on-site monitoring*) é importante, o que ocorre especialmente em postos que concorrem pela melhor prestação de serviços.<sup>37</sup> Ademais, o grau de concentração do mercado a montante afetará a possibilidade de realização de fechamento do mercado aos postos de gasolina dos rivais. Não por outra razão, existem estudos que identificam efeitos deletérios ao consumidor decorrentes de integrações verticais no setor, ou seja, vão de encontro aos resultados daqueles mencionados pelo CADE. Esses trabalhos verificaram que, nalguns casos, o efeito anticompetitivo é dominante e gera aumentos de preços dos combustíveis<sup>38-39</sup>.

### III.2.2 – A atenção ao contexto brasileiro justifica a vedação à verticalização. Desproporcionalidade e irrazoabilidade das propostas em sentido contrário.

Pois bem. Há uma série de peculiaridades do mercado nacional de combustíveis que conduzem à conclusão de que a permissão indiscriminada da

---

prevenirem que refinadores e varejistas realizem eficiências que só podem ser obtidas pela integração vertical". Tradução livre do original: "*From a theoretical perspective, then, divorce laws could have either a positive or negative effect on retail prices. If the principal effect of the law is to attenuate anticompetitive vertical "foreclosure," one should expect to observe lower equilibrium prices in divorce states than in nondivorce states ceteris paribus. The opposite result should obtain if the divorce policies prevent refiners and retailers from realizing efficiencies that can be obtained only through vertical integration*" (VITA, Michael. Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Control: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies. *Journal of Regulatory Economics*, vol. 18, 3, 2000 pp. 224-225).

<sup>37</sup> Quando os postos revendedores prestam serviços importantes para os consumidores, como verificação de qualidade do produto e atendimento ao cliente, os benefícios da integração vertical são menores. Pelo contrário, quando os postos são autosserviço e não há diferença de qualidade entre os combustíveis oferecidos, a integração vertical gera mais eficiências.

<sup>38</sup> BUEHLER, Stefan; AYDEMIR, Zava. Estimating Vertical Foreclosure in U.S. Gasoline Supply (November 2002). University of Zurich, Socioeconomic Institute Working Paper No. 0212: "*o efeito fechamento domina os benefícios de eficiência em mais da metade das refinarias na nossa amostra*".

<sup>39</sup> No mesmo sentido: HASTINGS, Justine; GILBERT, Richard J., Market Power, Vertical Integration and the Wholesale Price of Gasoline. *Journal of Industrial Economics*, Vol. 53, No. 4, pp. 469-492, dez/2005.

verticalização viola os princípios da livre concorrência e da proteção ao consumidor, porquanto não se mostra adequada, necessária nem proporcional em sentido estrito. Tendo como base as premissas dos estudos econômicos adotados pela própria Agência, verifica-se que, no País, há boas razões para concluir que os efeitos negativos da verticalização (diminuição da concorrência e incremento de poder de mercado de poucos atores) seriam maiores do que os eventuais ganhos de eficiência (benefícios positivos) que poderiam advir da medida, ao contrário do que ocorreu em algumas regiões norte-americanas, o que é revelado pela comparação dos contextos dos dois países.

Em primeiro lugar, o mercado nacional é marcado por problemas de adulteração de combustíveis. Em alguns locais, como no Estado do Rio de Janeiro, a comercialização de gasolina em desconformidade com os padrões normativos adotados pela ANP chega a 6,5% (em Campos dos Goytacazes, o percentual chegou a 31%).<sup>40</sup> Tudo isso gera competição entre os postos pela prestação de melhores serviços, inclusive entre postos da mesma bandeira (intramarca). A concorrência por qualidade é, pois, imprescindível no mercado nacional.

Em segundo lugar, é de se notar que o mercado de refino e distribuição brasileiro é muito mais concentrado do que o norte-americano. O Brasil tem apenas 17 refinarias, e quase todo o refino no País é feito pela Petrobras, sendo certo que as refinarias privadas respondem por apenas 1,4% da produção nacional.<sup>41-42</sup> Esses números são bastante diferentes daqueles dos Estados Unidos, onde há mais de 135 refinarias de propriedade de dezenas de empresas concorrentes. Nem se diga que o atual processo de desinvestimento da Petrobras poderá alterar esse cenário no curto ou médio

---

<sup>40</sup> Terra, "Rio de Janeiro tem gasolina mais adulterada do país, diz ANP". Disponível em: <<https://goo.gl/r9EhAo>>. Acesso em 24.10.2018.

<sup>41</sup> ANP, "O Refino no Brasil: cenário atual, oportunidades e ações para a criação de um mercado aberto, dinâmico e competitivo". Apresentação disponível em: <<https://goo.gl/G2Kts9>>. Acesso em 24.10.2018.

<sup>42</sup> Boletim ANP de outubro de 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/Xj1Cq7>>. Acesso em 24.10.2018.

prazos. Afinal, o plano prevê a venda de apenas 25% da capacidade instalada,<sup>43</sup> e não alterará a enorme concentração regional (a região Norte inteira, por exemplo, é atendida por apenas uma refinaria) e grandes barreiras à entrada no setor.

Aliás, enquanto os estudos mencionados pelo CADE foram feitos em locais em que as barreiras à entrada de novos revendedores eram baixas, deve-se pontuar que elas são substancialmente maiores no caso brasileiro. Por exemplo, os postos, além de sofrerem regulação intensa da ANP sobre qualidade e segurança, estão sujeitos à regulação também dos Estados (que legislam sobre meio ambiente e relações consumeristas) e dos municípios (atividades dos postos são consideradas de interesse local). Há, pois, normas sobre qualidade e segurança oriundas dos três níveis federativos.

Todos esses fatores foram devidamente considerados, no passado, pela ANP como elementos que legitimavam a vedação à verticalização. De fato, ao elaborar a Resolução ANP nº 41/2013, a Agência explicitou que estava levando em consideração a *“configuração industrial do mercado nacional”* com o objetivo de *“reduzir a probabilidade de ocorrência de práticas anticompetitivas no segmento de revenda”*.<sup>44</sup> Após realizar essas análises, a ANP assim concluiu: *“não vislumbramos, para o momento, evidências concretas de que eventual verticalização nesse segmento poderia gerar eficiências para o mercado e aumentar o bem estar para o consumidor final”*.<sup>45</sup>

Desde então, não há nada que indique que as circunstâncias fáticas e jurídicas tenham se alterado. E só se poderia cogitar de alteração dessas regras caso fossem realizados estudos amplos dos impactos causados pelo levantamento da restrição que demonstrassem cabalmente os efeitos líquidos negativos da vedação no contexto

---

<sup>43</sup> Folha de S. Paulo, “Venda de refinarias já tem cinco interessados, diz Petrobras”, disponível em: <<https://goo.gl/AHMN7m>>. Acesso em 24.10.2018.

<sup>44</sup> Nota Técnica nº 365/2012/SAB/ANP, p. 10.

<sup>45</sup> Nota Técnica Conjunta nº 006/2013/CDC/SAB/ANP, p. 8.

brasileiro. Como isso não foi feito, permitir a verticalização do setor seria uma leviandade, na medida em que seria capaz, conforme a própria Agência já reconheceu no passado, de reduzir a concorrência e aumentar o preço final do produto ao consumidor.

Ora, do ponto de vista jurídico, sabe-se que a desconsideração da realidade implica afronta ao princípio da razoabilidade como congruência. Com efeito, tal comando exige que as normas jurídicas guardem relação de harmonia com suas condições externas de aplicação.<sup>46</sup> O resultado dessa desvinculação com a realidade é a inadequação da norma à produção dos fins a que se destina e o descumprimento dos princípios do Estado de Direito (art. 1º, CRFB) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Sob outra ótica, a medida também não se mostra compatível com o princípio da proporcionalidade. A liberalização da verticalização é medida *inadequada* para diminuir os preços finais aos consumidores no contexto brasileiro, tornando-a desproporcional. Na verdade, não há, no cenário brasileiro, qualquer indicativo, em linha com o argumentado pelo CADE, de que a concentração do mercado nas mãos de poucas empresas, por meio da autorização da verticalização, seria capaz de aumentar a concorrência. Se, por um lado, a medida pode promover a redução dos intermediários envolvidos na cadeia, o que poderia, em tese, reduzir os preços praticados aos consumidores finais, por outro lado, a concentração do mercado, pode levar à formação de oligopólios, com a redução da concorrência e, quiçá, ao aumento do risco de cartelização do mercado de combustíveis. As vantagens e desvantagens da medida não foram sopesadas pelo CADE, nem pela ANP, o que torna ilegítima a alteração proposta.

---

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.



Ainda sob a ótica do princípio da proporcionalidade, liberar a verticalização tampouco seria uma medida *necessária* aos fins almejados, porque, na legislação atual, já é possível que distribuidoras firmem contratos de exclusividade com postos revendedores, gerando eficiências recíprocas nessa relação e minimização das ineficiências – com a preservação da liberdade de contratar de ambos. Por fim, seria nitidamente uma medida *desproporcional em sentido estrito*, pois a proteção da livre concorrência e dos consumidores, *in casu*, deve prevalecer sobre os ganhos econômicos apenas das empresas que queiram verticalizar-se, sem qualquer benefício comprovado ao incremento da concorrência na realidade brasileira.

### ***III.3 – A proposta de liberação da venda direta de combustíveis dos produtores e importadores para postos revendedores e TRRs ignora a importância das distribuidoras na promoção da isonomia e na defesa da concorrência e dos consumidores***

Atualmente, a legislação setorial determina que a atividade de distribuição, a qual “*compreende aquisição, armazenamento, mistura, transporte, comercialização e controle de qualidade de combustíveis líquidos*” (art. 1º, parágrafo único, Resolução ANP nº 58/2014<sup>47</sup>), somente pode ser exercida por pessoa jurídica (i) que tenha autorização específica da ANP para a realização da atividade (art. 3º, I<sup>48</sup>) e (ii) que não tenha em seu objeto social atividade econômica diversa (art. 12, III, a<sup>49</sup>). Por

---

<sup>47</sup> Resolução ANP nº 58/2014: “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”.

<sup>48</sup> Resolução ANP nº 58/2014: “Art. 3º - A atividade de distribuição de combustíveis líquidos somente poderá ser exercida por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras que atender, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: I - possuir autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos da pessoa jurídica (AEA) outorgada pela ANP; e II - cumprir o disposto nesta Resolução”.

<sup>49</sup> Resolução ANP nº 58/2014: “Art. 12 - Será indeferido o requerimento de outorga de autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos da pessoa jurídica (AEA): III - de pessoa jurídica: a) que estiver com a inscrição no CNPJ, da matriz ou de uma das filiais relacionadas com a atividade de distribuição de combustíveis líquidos de que trata esta Resolução, quando couber, enquadrada



outro lado, as normas da ANP determinam que os postos revendedores somente podem adquirir combustíveis líquidos de distribuidores (art. 22, III, Resolução ANP nº 41/2013<sup>50</sup>), sendo vedada a compra direta dos produtores e importadores.

As distribuidoras adquirem combustíveis líquidos provenientes principalmente de refinarias, centrais petroquímicas e importadores e vendem o produto para postos revendedores autorizados pela ANP e TRRs, em um sistema que vem garantindo o eficiente abastecimento nacional.<sup>51</sup> A ANP, entretanto, pretende alterar esse sistema por meio da TPC nº 3/2018, que propõe a liberalização da venda direta de combustíveis. Com tal medida, produtores e importadores poderão vender combustíveis diretamente aos postos revendedores e TRRs, sem que haja necessidade de participação das distribuidoras nessa operação.

Pois bem. Em primeiro lugar, deve-se destacar que a distribuidoras não são meros *intermediários* ou atravessadores na comercialização de combustíveis. Tais empresas exercem papel fundamental, que vem sendo desconsiderado pelo CADE e pela ANP. De fato, o mercado brasileiro, em razão de sua extensão e capilaridade, é de difícil fiscalização. Por isso, a ANP conferiu às distribuidoras especial importância no controle da qualidade dos combustíveis. Nesse sentido, essas empresas devem atuar

---

como suspensão, inapta, cancelada, baixada ou similar ou que possuir atividade econômica diversa de comércio atacadista de etanol, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por TRR, de acordo com a Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE;”.

<sup>50</sup> Resolução ANP nº 41/2013: “Art. 22. O revendedor varejista de combustíveis automotivos obriga-se a: III – adquirir combustível automotivo a granel de distribuidor de combustíveis e revendê-lo a varejo em seu estabelecimento, abastecendo tanque de consumo dos veículos automotores terrestres, das embarcações marítimas, lacustres e fluviais ou em recipientes de combustíveis que atendam ao disposto no item 5.3 da norma ABNT NBR15594-1:2008 – Armazenamento de líquidos inflamáveis e combustíveis – Posto revendedor de combustível veicular (serviços). Parte 1: Procedimento de operação, ou outra que venha a substituí-la, e na Portaria nº 326, de 11 de dezembro de 2006, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, ou outra que venha a substituí-la;” (Redação do inciso dada pela Resolução ANP Nº 20 DE 03/04/2014).

<sup>51</sup> Após a greve dos caminhoneiros de maio de 2018, o reabastecimento pleno de combustíveis aconteceu em apenas 5 dias, comprovando a eficiência do sistema. V. G1, “Após 10 dias de manifestações de caminhoneiros, categoria desbloqueia rodovias no Pará; serviços começam a normalizar”, disponível em: <<https://goo.gl/327aAx>>. Acesso em 27.10.2018.

para “*garantir as especificações técnicas quanto à qualidade dos combustíveis líquidos quando transportados sob sua responsabilidade ou quando armazenados em instalações próprias ou de terceiros sob sua responsabilidade*” (art. 37, IV, Resolução ANP nº 58/2014), o que assume especial relevo em um mercado sujeito a fraudes e adulterações como o brasileiro, conforme já explanado. Além disso, é notório que o mercado de combustíveis nacional é palco de significativos casos de sonegações fiscais, um dos maiores problemas do setor, que vem sendo alvo de diversas denúncias e esforços de fiscalização.<sup>52</sup> A atuação das distribuidoras, nesse sentido, tem o papel fundamental de facilitar a fiscalização tributária e evitar a propagação de fraudes fiscais.

Em segundo lugar, a regra prestigia o *princípio da isonomia*, porquanto, para obter a autorização para o exercício da atividade, todos os interessados devem cumprir as extensas obrigações exigidas pela ANP para o exercício da atividade em um processo de qualificação estruturado na forma exigida pela Agência. Todos estão submetidos às mesmas exigências e sofrem o mesmo escrutínio da ANP. Isso garante que a *concorrência* entre aquelas controladas por empresas produtoras de combustíveis (como refinarias) e as distribuidoras independentes seja mais equilibrada. Do contrário, haveria uma situação em que enquanto as empresas produtoras e importadoras poderiam vender livremente para os revendedores, todos os demais grupos econômicos interessados em distribuir combustível deveriam constituir empresas especializadas, uma exigência legal.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> EBC, “PF investiga sonegação fiscal em distribuidoras de combustíveis”, disponível em: <<https://goo.gl/yYarbd>>. Acesso em 24.10.2018. Ver também JOTA, Impunidade e questões tributárias travam combate à sonegação de combustíveis: Fraudes e sonegações já somam R\$ 5 bilhões por ano no setor, disponível em <<https://goo.gl/rRK6ie>>. Acesso em 24.10.2018.

<sup>53</sup> O art. 6º da Lei do Petróleo assim define distribuição: “*atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, **exercida por empresas especializadas**, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;*” (grifou-se).

Essa necessidade de garantir a isonomia no tratamento como forma de criar um mercado competitivo na distribuição de combustíveis faz especial sentido na lógica brasileira, em que se tinha, até a década de 1990, monopólio estatal, cuja quebra exigiu a tomada de medidas que garantissem um mínimo de isonomia na disputa pelo mercado de distribuição no País.

#### **IV – CONCLUSÕES**

Diante do exposto, a conclusão que se pode adiantar no presente sumário executivo é a de que a TPC nº 3/2018 não se reveste de juridicidade. De um ponto de vista procedimental, a medida subverte o devido processo regulatório na medida em que: (i) deixa de realizar a **prévia Análise de Impacto Regulatório (AIR)**; (ii) desconsidera a legislação de regência que traz rito específico de participação por meio de **consulta ou audiência pública**, e (iii) ignora o dever de **motivação técnica e adequada**, exigível da ANP na edição ou alteração de atos normativos regulatórios.

Sob a ótica material, as propostas levadas à discussão pública na TPC nº 3/2018 também são inconstitucionais e ilegais. No caso em análise, a proposta de liberar a verticalização foi feita pela ANP com fundamento apenas em estudos norte-americanos cujas conclusões não podem ser simplesmente transpostas ao Brasil acriticamente. A análise detida do contexto nacional indica que a proposição seria maléfica e perniciosa à concorrência e aos consumidores brasileiros.

Para além disso, a proposta de liberação da venda direta é igualmente problemática, visto que, em um mercado como o brasileiro, sujeito a fraudes e adulterações, as distribuidoras desempenham papel essencial na garantia da qualidade e da segurança dos produtos. Facilitam, também, a fiscalização tributária, relevante nesse setor marcado por elevado índice de sonegação fiscal. Por fim, a necessidade de autorização específica para o exercício da atividade assegura a isonomia na concorrência.

---

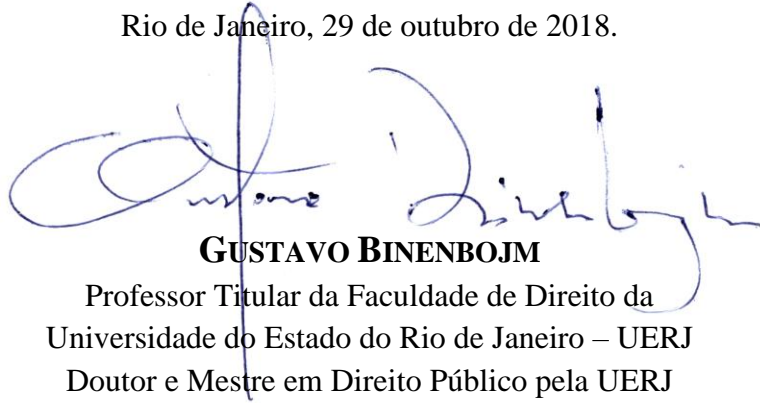
## Gustavo Binenbojm

---

Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

---

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2018.



**GUSTAVO BINENBOJM**

Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ  
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ  
*Master of Laws (LL.M.)* pela Yale Law School (EUA)