

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP

SUPERINTENDÊNCIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, ESTUDOS E REGULAÇÃO ECONÔMICA

NOTA TÉCNICA Nº 143/2019/SDR/ANP-RJ

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2019.

Assunto: Análise da proposta de supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade e seus impactos sobre a concorrência.

Ref.: Processo SEI nº 48610.212458/2019-76; Memorando nº 42/2019/SPC-e (documento SEI nº 0328689).

1. INTRODUÇÃO

1. A Portaria nº 146/2019, publicada em 08/04/2019 no Boletim de Pessoal Especial nº 37, constituiu grupo de trabalho composto pela SPC, SDL e SIM, com vistas à análise da recomendação da Procuradoria Federal quanto à exigência de regularidade fiscal^[1] nas atividades reguladas pela Agência, nas etapas de outorga da autorização de construção e da autorização de operação, com prazo de 90 (noventa) dias para conclusão.

2. Citado grupo de trabalho produziu o estudo pela NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019 (documento SEI nº 0305919), que apresentou a seguinte conclusão: *"Face ao exposto, tem-se que a opinião do presente grupo de trabalho é que a regularidade fiscal não afeta diretamente as atividades econômicas da indústria do petróleo, derivados, gás natural e biocombustíveis, não devendo ser papel da ANP cobrar tal regularidade, ficando essa função somente a cargo da Fazenda Pública, e a regra geral para os atos normativos da Agência deve ser a de não exigência de regularidade fiscal para outorga e vigência das autorizações, podendo se exigir, quando da outorga das autorizações, que a pessoa jurídica e seus sócios não possuam débito inscrito no CADIN e nem tenham sido sócios ou administradores de pessoa jurídica que, nos últimos 5 anos, não liquidou débito inscrito no CADIN, ambos os débitos decorrentes do exercício de atividade regulada pela ANP".*

3. A SPC, por meio do Memorando nº 42/2019/SPC-e (documento SEI nº 0328689), solicitou considerações do Superintendente da SDR tendo em vista o consignado em conclusão na NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019: *"as considerações da presente nota técnica sejam apreciadas pela Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica - SDR para avaliação das questões concorrenciais suscitadas"*.

4. Neste sentido, a presente Nota Técnica tem o objetivo de analisar a alteração proposta, sob a ótica concorrencial, identificando os possíveis impactos das mudanças sugeridas em decorrência da supressão da exigência de regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade.

5. Para tanto, esta Nota Técnica está composta por quatro seções, incluindo esta Introdução. Na próxima seção são apresentados breve histórico e contextualização do caso ora em análise. A seguir, são discutidos os potenciais impactos concorrenciais da medida proposta utilizando-se como referencial teórico as diretrizes contidas no Guia de Avaliação da Concorrência desenvolvido pela Organização para

Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A seção final recupera os principais elementos discutidos ao longo da Nota Técnica e apresenta as principais conclusões.

2. BREVE HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO CONCRETO

6. Importante, inicialmente, contextualizar o presente caso. Trata-se de dúvida jurídica suscitada pela SPC encaminhada à Procuradoria Federal junto à ANP (PFANP) sobre a legalidade de autorização de operação da Refinaria de Petróleos Manguinhos S.A. – Em Recuperação Judicial (Refit) sem a apresentação de certidões de regularidade fiscal.

7. Em sede de conclusão, por meio do DESPACHO n. 00183/2019/PFANP/PGF/ANP (páginas 13 a 20 do documento SEI nº 0327116), a PFANP sopesou: i) que não há óbices jurídicos para a previsão normativa da ANP que estabelece como requisito de autorização a apresentação de regularidade fiscal, seja para construção, seja para operação; ii) que a ANP, como forma de evitar decisões casuísticas e anti-isonômicas, e como medida de conveniência e oportunidade administrativa e de uniformização de atuação regulatória, promova estudo sobre adequação da exigência de regularidade fiscal por parte dos agentes regulados para fins de outorga de autorização de construção e operação; e iii) que, no caso concreto, com o devido aval da área técnica e com acompanhamento especial durante o período de recuperação, seja possível a autorização sem a exigência de regularidade fiscal.

8. Em face das recomendações da PFANP, a Diretoria Colegiada da ANP editou a Resolução de Diretoria nº 0189/2019 (documento SEI nº 0327132), tendo como uma das resoluções a instituição de grupo de trabalho já aludido na presente Nota Técnica.

3. DA ANÁLISE CONCORRENCIAL

9. Primeiramente, há que se ter em mente ser fundamental que todo ato administrativo – no caso em tela a proposta de supressão, por meio de Resolução ANP, da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade – quando calcado na discricionariedade técnica, esteja fundamentado em necessidades públicas e tenha motivação técnica, ponderando, pois, os diversos fatores e suas consequências. De fato, é necessária a fundamentação técnica, sob o risco de o ato eivar-se não na discricionariedade, mas na arbitrariedade, conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limites. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito(...) Equivale à ausência de motivação a invocação formal à competência do agente ou à existência em abstrato de uma norma legal.” (In “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Ed. Saraiva. 2005, págs.258-259).

10. Nesse sentido, importante frisar a necessidade de motivação técnica para proposta ora sugerida. Tal justificativa, ainda que não seja no bojo do processo de regulamentação, com consulta e audiência pública, foi objeto da NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019.

11. Em suma, referida NOTA TÉCNICA entendeu que, i) os tributos não importam diretamente para a ANP, já que ela deve focar nas suas atribuições e se valer do fato de existirem mecanismos processuais próprios para a cobrança de débitos; ii) a regularidade fiscal é um requisito de verificação de idoneidade financeira da pessoa jurídica, entretanto tal requisito não é fundamental para as autorizações da ANP; iii) a regularidade fiscal é uma formalidade que impõe uma barreira à entrada desnecessária e que não deve mais ser exigida nas resoluções da ANP, à exceção da possibilidade de exigência da regularidade perante o CADIN, caso sejam altos os impactos das vantagens competitivas em função do não pagamento de débitos; iv) a decisão do grupo está alinhada com o Mapa Estratégico da ANP no que se refere à busca pelo aprimoramento da qualidade regulatória, com foco na simplificação administrativa, minimização de barreiras ao investimento e redução de custos impostos pela regulação; v)

com base no conceito de experimentalismo regulatório, fica possibilitado à Administração Pública rever seus atos normativos facilmente, caso entenda que determinada medida não foi adequada para o fim desejado; e vi) a regularidade fiscal não afeta diretamente as atividades econômicas da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, não devendo ser papel da ANP cobrar tal regularidade, ficando essa função somente a cargo da Fazenda Pública, e a regra geral para os atos normativos da Agência deve ser a de não exigência de regularidade fiscal.

12. Vale apontar que não foram apontados no presente Processo dados quantitativos sobre eventuais entraves na entrada de empresas decorrentes da exigência de regularidade fiscal.

3.1. ***Da Análise de Impacto Regulatório como instrumento de boas práticas regulatórias***

13. Diante dos instrumentos de análise disponíveis para avaliação de uma regulação nova ou já existente, destaca-se a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que tem o objetivo de subsidiar o processo de decisão a partir do exame prospectivo da ação regulatória, buscando identificar os possíveis impactos e resultados da regulamentação proposta, conforme definida pela Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE^[2]. Esta organização sugere que as referidas análises sejam efetuadas por métodos analíticos, flexíveis e consistentes, ou seja, respaldadas por metodologias robustas de forma a auxiliar o processo decisório das políticas públicas^[3].

14. A AIR consiste na análise e comparação entre alternativas regulatórias, a fim de identificar as opções mais eficientes e efetivas, proporcionando maior benefício à sociedade. Assim, a intervenção governamental deve basear-se na clara evidência de que o problema existe e a ação é justificada, em termos da: (i) natureza do problema; (ii) efetividade; e (iii) existência ou inexistência de alternativas viáveis para solucionar o problema.

15. A identificação clara e precisa do problema a ser enfrentado e do objetivo almejado pela regulação contribui para a formatação de soluções adequadas, tornando-se o primeiro elemento da análise de adequação e oportunidade da norma regulatória.

16. Válido apontar a publicação da Lei 13.848/2019 (denominada Lei Geral das Agências Reguladoras), que, em seu art. 6º, dispôs, *in verbis*:

“A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

17. Não obstante o *vacatio legis* de 90 dias para a entrada em vigor após a publicação da Lei (que se deu em 26/06/2019) e a necessidade de Decreto regulamentador do Poder Executivo, do ponto de vista institucional, a aplicação da ferramenta de AIR pode e deve ser avaliada no âmbito da agenda prioritária de novas normas regulatórias da ANP.

18. Esta Nota Técnica, no entanto, tem como objeto a realização de uma análise de impacto concorrencial (AIC), a fim de identificar os possíveis impactos, sob o ponto de vista estritamente concorrencial, das mudanças sugeridas em decorrência da supressão da exigência de regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade.

3.2. ***Arcabouço legal e regulatório da exigência de regularidade fiscal para outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício das atividades reguladas pela ANP***

19. Primeiramente, destaca-se que, com a publicação da Lei nº 11.097/2005, que alterou a Lei nº 9.847/1999, o abastecimento nacional de combustíveis passou a ser considerado de utilidade pública, conforme a seguinte transcrição.

“Art. 1º [...]”

§ 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 [...]"

20. A exigência de regularidade fiscal para outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício das atividades reguladas pela ANP está lastreada, em sentido amplo, pelo Art. 8º da Lei 9.478/1997, *verbis*:

"A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (...) V - autorizar a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento; (...) XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; (...) XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;"

21. Já o § 2º do Art. 68-A da mesma Lei impõe a obrigatoriedade de regularidade fiscal para a autorização do exercício das atividades econômicas da indústria de biocombustíveis, *verbis*:

"Qualquer empresa ou consórcio de empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País poderá obter autorização da ANP para exercer as atividades econômicas da indústria de biocombustíveis. (...) § 2º A autorização de que trata o caput deverá considerar a comprovação, pelo interessado, quando couber, das condições previstas em lei específica, além das seguintes, conforme regulamento: (...) II - estar regular perante as fazendas federal, estadual e municipal, bem como demonstrar a regularidade de débitos perante a ANP;"

22. A inclusão do Art. 68-A foi feita pela Lei nº 12490/2011, em conversão da Medida Provisória nº 532/2011 que, em sua exposição de motivos, traz as seguintes indagações:

"(...)

2. Em relação ao primeiro objetivo, a proposta acrescentará e dará nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõem sobre a política e a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis. As alterações têm como escopo dispor legitimamente que os biocombustíveis sejam tratados como combustíveis que de fato são, e não apenas como um produto agrícola inserido na matriz energética. Esse entendimento é reforçado pela crescente utilização do etanol e do biodiesel, no Brasil e no mundo, o que demonstra o extraordinário papel dos biocombustíveis.

3. Com a proposta, os biocombustíveis passarão a ter tratamento uniforme no âmbito da Política Energética Nacional. Isso inclui o etanol e o biodiesel, assim como qualquer outro biocombustível que, porventura, venha a ser produzido comercialmente no futuro. Será uniforme, também, em relação aos combustíveis derivados de petróleo. Além disso, o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE passará a ter a atribuição para estabelecer diretrizes para a importação e exportação biocombustíveis, assim como hoje já possui para os combustíveis derivados de petróleo, a exemplo da gasolina, do diesel e do querosene de aviação. A proposição ainda corrige distorções de competências legais na esfera de atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, que poderá, agora, regular e fiscalizar as indústrias do petróleo e dos biocombustíveis, igualmente. As atividades de produção, importação, exportação e transporte de etanol, por exemplo, passarão a ser reguladas e fiscalizadas pela ANP, semelhantemente ao que já faz atualmente para o biodiesel.

(...)."(Grifo nosso)

23. Ao que nos parece, a intenção do formulador da política pública, corroborada pelo legislador, foi a de tão somente dar tratamento análogo entre biocombustíveis e combustíveis derivados de petróleo, e não a de consignar obrigações de entrada específicas ao setor de biocombustíveis. Nesse sentido, não nos parece razoável supor que o legislador optou em exigir regularidade fiscal apenas do segmento de biocombustíveis, ainda que a interpretação literal da Lei leve a tal postulado.

24. Analisando o atual arcabouço regulatório da ANP, depreende-se que uma interpretação mais sistemática da Lei do Petróleo levou o regulador a adotar, majoritariamente, a exigência da

regularidade fiscal, conforme apontado na NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019. A despeito da análise concorrencial que será realizada a seguir, uma mudança abrupta desse entendimento deve ser precedida, ao nosso juízo, de um estudo robusto de impactos sobre o mercado e sobre a sociedade.

3.3. ***Análise de Impacto Concorrencial***

25. A teoria da regulação indica que o Estado é demandado em setores onde há falhas de mercado^[4] objetivando o incentivo à melhor alocação de recursos, mitigando seus impactos negativos, seguindo os preceitos de suas políticas públicas.

26. Admite-se, assim, que os tributos têm função que ultrapassa a mera obtenção de recursos ao estado, configurando-se, também como indutor do mercado, repercutindo de tal forma na economia, ao ponto de afetar o comportamento dos agentes econômicos e servindo como mecanismo de regulação estatal sobre a atividade econômica.

27. Nesse sentido, entendemos que a exigência de Regularidade Fiscal do administrado transcende ao mero fim arrecadatório e guarda forte aderência ao incentivo (ou desincentivo) à sonegação fiscal, prática que, isoladamente ou sistemicamente, tem a capacidade de trazer desequilíbrios à livre concorrência^[5], principalmente em setores com alta carga tributária, como os regulados pela ANP.

28. A distribuição dos custos, dos benefícios e seus impactos entre os diversos agrupamentos sociais, decorrentes da regulação, deve ser transparente, até mesmo em função da possibilidade de os custos dessa regulação não recaírem sobre o segmento social beneficiário da medida. Uma das formas de mensurar tais impactos, seja quantitativamente, seja qualitativamente, é pela análise de impacto concorrencial. A estimação de tais elementos, decorrentes da ação governamental, e das alternativas viáveis à medida proposta é condição necessária para aferição da eficiência da regulação proposta.

29. Para a avaliação dos potenciais impactos concorrenciais da alteração de normas, a SDR/ANP utiliza a metodologia constante do Guia de Avaliação da Concorrência desenvolvido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)^[6].

30. A fim de avaliar os impactos concorrenciais da alteração sugerida é necessário averiguar seus **potenciais efeitos** sob diferentes óticas, considerando-se tanto o lado da oferta quanto o da demanda.

31. Assim, verifica-se se a proposta de supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade **tem potencial** para:

3.3.1. ***Impor barreiras à entrada de novas empresas***

32. Preliminarmente, é importante delinear corretamente o conceito econômico de barreiras à entrada. O conceito passa necessariamente por uma análise de longo prazo e considera a existência de concorrência potencial e o grau de contestabilidade do mercado. Para Bain (1956)^[7], um dos pioneiros do conceito, barreira à entrada corresponde à qualquer condição estrutural que permita que empresas já "estabelecidas em uma indústria possam praticar preços superiores ao competitivo sem atrair novos capitais.

33. Segundo o Banco Mundial (1999), as barreiras à entrada podem ser classificadas em barreiras estruturais, comportamentais e outros tipos de barreiras à entrada. No que se refere especificamente às barreiras estruturais, estas seriam aquelas existentes em função da estrutura do mercado relevante, como barreiras legais ou regulatórias (explícitas ou implícitas), *sunk costs*^[8] (em geral no investimento), presença de vantagens absolutas de custos^[9] (decorrentes principalmente da existência de custos de deslocamento das preferências dos consumidores^[10], presença de economias de escala e escopo^[11] ou presença de tecnologias com elevados requerimentos de capital).

34. Não obstante, importante destacar que a simples existência de barreiras à entrada em um dado segmento de mercado não configura por si só um prejuízo à concorrência (ou à eficiência econômica nos mercados). O que configura um prejuízo, em setores regulados, é a existência de regras que criam barreiras não decorrentes da estrutura dos mercados e das características produtivas e tecnológicas da atividade econômica.

35. Válido, ainda, trazer os ensinamentos de Pinto Jr. (2003)^[12] sobre a criação (ou manutenção no presente caso) de barreira à entrada, no qual o autor destaca que um dos instrumentos tradicionais da regulação econômica é a regulação das condições de entrada e saída no(s) mercado(s), através da criação de barreiras institucionais visando a assegurar o aproveitamento dos ganhos de eficiência ao longo de toda a cadeia produtiva. O principal objetivo do regulador, nestes casos, é evitar que uma eventual fixação de critérios insuficientes acabe por atrair firmas ineficientes para o setor, elevando desnecessariamente os custos de produção e gerando prejuízos ao consumidor no curto e médio prazo.

36. No caso em tela, a exigência de regularidade fiscal como requisito para outorga e vigência de autorização para as atividades reguladas está presente em diversos dispositivos regulamentadores da ANP, conforme NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019. Nesse sentido, embora a supressão dessa exigência, isoladamente, não tenha o condão de impor barreiras à entrada de novas empresas, entendemos que a referida barreira regulatória se justifica tecnicamente, constituindo-se como importante mecanismo de controle regulatório de entrada, de garantidor da neutralidade fiscal e de equilíbrio sistêmico dos mercados regulados em questão.

37. Ademais, adotando-se uma análise contrafactual, hipotética situação na qual se passasse a exigir a regularidade fiscal para outorga da autorização das mencionadas atividades reguladas pela ANP, tendo em vista as barreiras à entrada peculiares às características estruturais desses mercados^[13], sopesamos serem baixos os efeitos de pressuposta medida regulatória sobre a entrada de novas empresas.

3.3.2. ***Forçar determinados tipos de empresas instaladas a abandonar o mercado***

38. Entendemos que a proposição de supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade tem o potencial de impactar na decisão das empresas adimplentes com suas obrigações fiscais de permanecerem no mercado.

39. Para Ferraz Junior (1998)^[14], uma das principais formas de se evitar distorções concorrenciais em função de normas tributárias é por meio do combate à sonegação fiscal.

40. Com efeito, a reiteração do não pagamento sistemático de tributos devidos em mercados marcados por elevada carga tributária e baixa margem de lucro, como o de combustíveis, é conduta apta a inviabilizar a concorrência por aqueles que zelosamente cumprem com as suas obrigações fiscais, caso a vantagem pecuniária obtida através da sonegação for repassada ao preço final do produto ou serviço comercializado^[15].

41. A abrangência dessa conduta sonegatória pode se caracterizar como concorrência desleal, que é a discórdia comercial de lide privada, entre partes, disciplinada pela Lei 9.279/96, não se constituindo em uma infração da ordem econômica, devendo ser tratada em âmbito próprio, ou seja, no Poder Judiciário.

42. Não obstante, a intersecção entre concorrência e tributação ocorre quando a sonegação se torna um problema sistêmico, isto é, quando a legislação e sua aplicação se tornam tão ineficazes que diversos agentes de um dado mercado optam por assumir o risco de detecção e deixam de recolher seus tributos. Neste cenário, a sonegação deixa de relacionar-se somente com a conduta de um agente em específico e passa a ser um problema estrutural, afetando o mercado como um todo^[16]. De certo que os impactos concorrenciais de um problema sistêmico de sonegação vão variar de acordo com a estrutura e característica desse mercado e a existência ou não de poder de mercado.

43. Contudo, nos parece claro que a sonegação fiscal, tanto como conduta de discórdia comercial de lide privada, quanto como conduta de abrangência sistêmica que afete o ambiente concorrencial, tem potencial efeito de forçar a retirada de empresas regulares em termos fiscais nos mercados regulados pela ANP.

3.3.3. **Aumentar o preço de bens e serviços**

44. A tributação, à medida que influencia na alocação dos recursos pelo agente econômico, serve como artifício para prática dos preços predatórios. Tal agente, ao ter incentivos à prática de evasão fiscal, seja por meio lícito ou ilícito, pode se utilizar de duas formas para desequilibrar o mercado e aumentar eventualmente seus lucros: a) mantendo os seus preços iguais aos dos demais concorrentes, e ao invés de repassar esses valores ao tesouro público, se apropria, visando lucro; ou b) predando o mercado, colocando artificialmente seus preços inferiores aos de seus concorrentes, como forma de aumentar sua participação de mercado, sem precisar diminuir sua margem de lucro, tendo em vista que os tributos não serão repassados ao erário. Tal prática só traz racionalidade econômica se for seguida de posterior aumento do preço.

45. A prática de preços predatórios está definida na Resolução CADE nº 20/99^[17]:

"prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista."

46. A tributação, seja mediante o inadimplemento tributário, seja através das concessões de isenções, incentivos e benefícios fiscais pode contribuir para tal prática atentatória da ordem econômica, expressamente na Lei 12.529 de 2011:

"Art. 36 § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;"

47. Importante esclarecer, no entanto, que tais efeitos não implicam, necessariamente, em descumprimento da legislação antitruste. Sob outra perspectiva, conforme aponta o ex conselheiro do CADE, Celso Campilongo (2006)^[18], as práticas adotadas por empresas, ainda que amparadas na legislação tributária, quando aptas à causarem distorções concorrenciais em determinado setor, não estão afastadas do controle do SBDC^[19].

48. A jurisprudência do Cade revela que diferentes práticas tributárias já foram apontadas como sendo a origem de distúrbios à concorrência, não obstante a autoridade antitruste ter firmado entendimento de que a prática de preço predatório, por exemplo, só pode ser considerada ilícita concorrencialmente em mercados com elevadas barreiras à entrada, cujo agente seja detentor de poder de mercado^[20].

49. Nesse sentido, ponderamos maior preocupação quanto ao potencial efeito de aumento de preços de uma possível supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização, em setores regulados pela ANP em que se evidenciam elevadas barreiras à entrada e com a presença de poder de mercado.

50. De pronto, podemos distinguir que o segmento varejista de combustíveis e derivados de petróleo, seria pouco suscetível a um efeito potencial direto de aumento de preços, por ser mercado atomizado e com baixas barreiras à entrada. Diferentemente, não é possível descartar potenciais efeitos sobre os preços em mercados como o de refino, distribuição e gás natural.

3.3.4. **Reduzir a variedade dos produtos**

51. Este item não se aplica para o presente caso, uma vez que os produtos regulados pela ANP são relativamente homogêneos e especificados por meio de diversas normas regulatórias.

3.3.5. ***Aumentar significativamente a concentração no mercado em questão***

52. Conforme apontado no item 3.3.2, a proposta ora em análise tem potencial efeito de forçar a retirada de empresas regulares em termos fiscais nos mercados regulados pela ANP. Por conseguinte, qualquer saída de empresa de um determinado mercado gera marginal concentração, na medida de sua participação. Nesse sentido, os efeitos da medida proposta podem trazer maiores preocupações em setores já concentrados, como o de refino, distribuição e gás natural.

53. A respeito da concentração do mercado, a elevada concentração em alguns segmentos regulados pela ANP confere a estes mercados características estruturais que facilitam a colusão entre competidores. Como destacado no Manual Operacional para a Avaliação da Concorrência da OCDE, a limitação do número de fornecedores gera um risco de criação de poder de mercado e de redução da rivalidade concorrencial. No entanto, não é escopo desta Nota Técnica a investigação ou discussão a respeito de possíveis condutas, e sim de possíveis efeitos sob a ótica concorrencial da alteração em questão.

3.3.6. ***Reduzir a inovação***

54. Presume-se que a redução à inovação pode ser um efeito da ocorrência dos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 supra-analisados.

55. Válido mencionar a Consulta nº 0038/99, solicitada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE para que o CADE se manifestasse acerca da repercussão da guerra fiscal na livre concorrência. No voto proferido pelo Conselheiro Relator Marcelo Calliari reconhece-se a influência da tributação no sistema concorrencial, seja na alocação de recursos, seja na subsistência de cenário apto à práticas anticoncorrenciais (como por exemplo preços predatórios), bem como que a guerra fiscal representa fator de vantagem competitiva a determinados agentes ocasionando consequentemente um distúrbio concorrencial. Nestes termos, dentre outros, concluiu-se que:

“(…)

b) *Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação.*

(…)

d) *Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação.*

(…)”

56. Assim, não é possível descartar possíveis efeitos na inovação decorrentes da alteração proposta, considerando possuir potenciais impactos na concorrência nos mercados envolvidos.

3.3.7. ***Afetar os mercados a montante e a jusante***

57. Como a presente análise alcança diversos segmentos da cadeia produtiva de petróleo, gás natural e biocombustíveis, conforme já amplamente exposto na presente Nota Técnica, dados seus potenciais efeitos na dinâmica concorrencial, a proposta de supressão de regularidade fiscal pode afetar mercados a montante e a jusante em diferentes níveis e intensidade, a depender da configuração estrutural e dos incentivos econômicos gerados.

4. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

58. Esta Nota Técnica foi elaborada em função de manifestação do superintendente da SPC que, ao analisar estudo feito pelo grupo de trabalho composto por integrantes da SPC, SDL e SIM, por meio da NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019, solicitou as considerações desta Superintendência a respeito da seguinte questão, apresentada em sede de conclusão: "*as considerações*

da presente nota técnica sejam apreciadas pela Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica - SDR para avaliação das questões concorrenciais suscitada".

59. Neste sentido, a presente Nota Técnica, tendo em vista ser de competência da ANP fazer uma avaliação "ex ante" das variáveis concorrenciais dos mercados por ela regulados, analisou, **sob a ótica estritamente concorrencial**, a alteração proposta, identificando **os possíveis impactos** das mudanças sugeridas em decorrência da supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade.

60. A exigência de regularidade fiscal para outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício das atividades reguladas pela ANP está lastreada, em sentido amplo, pelo Art. 8º da Lei 9.478/1997, com obrigação literal e específica para a indústria de biocombustíveis pelo § 2º do Art. 68-A da mesma Lei. Analisando o atual arcabouço regulatório da ANP, depreende-se que uma interpretação mais sistemática da Lei do Petróleo levou o regulador a adotar, majoritariamente, a exigência da regularidade fiscal, conforme apontado na NOTA TÉCNICA Nº 0001/2019_GT PORTARIA Nº 146/2019.

61. Ponderou-se:

I - que os tributos têm função que ultrapassa a mera obtenção de recursos ao estado, configurando-se, também como indutor do mercado, repercutindo de tal forma na economia, ao ponto de afetar o comportamento dos agentes econômicos e servindo como mecanismo de regulação estatal sobre a atividade econômica; e

II - que a exigência de Regularidade Fiscal transcende ao mero fim arrecadatário, guardando forte aderência ao incentivo econômico (ou desincentivo) à sonegação fiscal, prática que, isoladamente ou sistemicamente, tem a capacidade de trazer desequilíbrios à livre concorrência, principalmente em setores com alta carga tributária.

62. A fim de avaliar os impactos concorrenciais da alteração sugerida foram averiguados **seus potenciais efeitos**^[21] sob diferentes óticas, a saber: a) Impor barreiras à entrada de novas empresas; b) Forçar determinados tipos de empresas instaladas a abandonar o mercado; c) Aumentar o preço de bens e serviços; d) Reduzir a variedade dos produtos; e) Aumentar significativamente a concentração no mercado em questão; f) Reduzir a inovação; e g) Afetar os mercados a montante e a jusante.

63. Diante das informações trazidas a esta Superintendência, à luz dos aspectos estritamente concorrenciais abordados ao longo desta nota técnica, é possível concluir que a proposta de supressão da exigência regularidade fiscal nas atividades reguladas pela ANP, nas etapas de outorga da autorização de construção, de operação e para o exercício da atividade **apresenta potenciais impactos negativos** na dinâmica concorrencial desses mercados, especialmente nos segmentos de combustíveis que, como regra, caracterizam-se pela elevada carga tributária e em, em muitos casos, possuem significativas barreiras econômicas e operacionais à entrada, bem como agentes econômicos com poder de mercado.

Documento assinado eletronicamente

Rodrigo Milão de Paiva

Assessor de Defesa da Concorrência e Regulação Econômica

Documento assinado eletronicamente

Abel Abdalla Torres

Coordenador de Defesa da Concorrência e Regulação Econômica

Documento assinado eletronicamente

Bruno Valle de Moura

Superintendente Adjunto de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica

De acordo.

*Documento assinado eletronicamente***Bruno Conde Caselli**

Superintendente de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica

[1] Para fins deste estudo, entende-se como regularidade fiscal estar regular perante as fazendas federal, estadual e municipal, bem como demonstrar a regularidade de débitos perante a ANP.

[2] **ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD).** *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

[3] **OCDE.** *Regulatory Impact Analysis – Best Practices in OECD Countries*. Paris, 1997.a. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258828.pdf> . Acesso em set/2019.

[4] “*Os economistas usam a expressão falha de mercado para se referirem a uma situação em que o mercado, por si só, não consegue produzir uma alocação eficiente de recursos.*” **MANKIW, N. Gregory.** *Introdução à economia* - Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p.12

[5] A defesa da livre concorrência, garantia constitucional positivada no artigo 170 da Constituição, deve ser praticada como política pública, sendo sua constante atualização expressão legítima do princípio da eficiência da administração pública.

[6] OCDE. Guia de Avaliação de Concorrência. Volume II: Diretrizes. Versão 3.0.

[7] **Bain, J.** *Barriers to New Competition*. Cambridge: Harvard University Press. 1956.

[8] Custos irrecuperáveis (*sunk costs*), de acordo com Rocha (2002), estão associados a investimentos em plantas e capacitação específica para determinadas atividades, que não podem ser transacionados sem perda total ou parcial de seu valor, ou seja, são aquisições de ativos cujo custo de oportunidade de sua utilização é igual ou próxima a zero.

[9] Vantagens absolutas de custos ocorrem quando o custo médio de longo prazo das empresas entrantes é superior ao das empresas estabelecidas em qualquer nível de produção de um bem. Em geral surgem como reflexo de melhores condições de acesso a fatores de produção (especialmente tecnologia e recursos – humanos e naturais), de acúmulo de economias dinâmicas de aprendizado ou de imperfeições nos mercados de fatores.

[10] São os custos incorridos, em geral, nos esforços de diferenciação de produtos, destinados a deslocar as preferências dos consumidores de uma marca estabelecida (são mais intensas nas indústrias de bens duráveis – uma vez que a pouca frequência da transação dificulta o aprendizado do consumidor – e de maior valor unitário – elevados custos de arrependimento para o consumidor).

[11] São condições necessárias para a presença de economias de escala: tecnologia de produção com escala mínima eficiente não negligenciável (relativamente ao tamanho da demanda do mercado) e com custos médios de produção em escalas sub-ótimas sensivelmente superiores aos custos médios mínimos de longo prazo. Economias de escala podem ser reais (explicadas pela redução na quantidade de fatores produtivos utilizados quando há um aumento da produção) ou pecuniárias (explicadas pela redução no preço dos insumos quando há aumento da produção) tendo como principais fontes a presença de ganhos de

especialização, indivisibilidades técnicas na produção, economias geométricas, economias relacionadas à lei dos grandes números.

Já as economias de escopo são aquelas decorrentes da produção de mais de um produto a partir de uma mesma planta industrial. As principais fontes de economia de escopo são a existência de fatores comuns de produção, existência de reserva de capacidade, complementaridades tecnológicas e comerciais.

[12] **Pinto Junior, Helder Queiroz.** *As Missões de Regulação de Energia e a Revisão do Desenho Institucional: experiência internacional e lições para o caso brasileiro.* Relatório de pesquisa MME-PNUD. Grupo de Economia da Energia, Instituto de Economia, UFRJ: Rio de Janeiro, 2003.

[13] Os mercados de refino, distribuição e gás natural tendem a apresentar maiores barreiras estruturais à entrada, vis-à-vis, às observadas no segmento de revenda de derivados de petróleo e biocombustíveis.

[14] **Ferras Junior, Tércio Sampaio.** *Guerra Fiscal, Fomento e Incentivo na Constituição Federal.* In Direito Tributário: Estudos em homenagem a Brandão Machado. SCHOUERI, Luís Eduardo e ZILVETTI, Fernando Aurélio (coord.), Ed. Dialética, São Paulo, 1998.

[15] **Carvalho, Vinicius Marques de; Mattiuzzo, Marcela; Prol, Flávio Marques; e Langanke, Amanda.** *Concorrência e tributação.* Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES). 2019.

[16] **Nogueira, Vinicius Alberto Rossi.** *Direito Tributário e Livre Concorrência: Da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal.* Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito USP. 2014.

[17] De acordo com Baumol (1996) *apud* Ragazzo (2012), um importante detalhe para a comparação entre preços e custos que deve ser realizada a fim de se apurar a existência da prática de preço predatório, é o de que o custo a ser comparado deve ser aquele suportado pelo suposto agente predador, e não o custo do mercado (ou de alguns concorrentes em particular). Isso porque o custo do mercado embutiria custos distintos, de rivais mais ou menos eficientes, o que poderia induzir à conclusão (errônea) de que um agente mais eficiente estaria praticando preço predatório, por ser este preço mais baixo.

[18] **Campilongo, Celso Fernandes.** *Tributos, liminares e Concorrência.* Valor Econômico. 23/02/2006.

[19] Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

[20] Como exemplo, ver decisões do Cade no Processo Administrativo nº 08000.004542/97-13 e Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06.

[21] Não foram avaliados impactos efetivos na concorrência ou mesmo a possibilidade de condutas anticompetitivas.



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO MILAO DE PAIVA, Especialista em Regulação**, em 26/09/2019, às 20:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ABEL ABDALLA TORRES, Assessor Técnico III**, em 27/09/2019, às 10:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **BRUNO VALLE DE MOURA, Superintendente Adjunto**, em 27/09/2019, às 11:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **BRUNO CONDE CASELLI, Superintendente**, em 27/09/2019, às 11:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0417385** e o código CRC **0FF24842**.