

O papel da Agência Nacional do Petróleo (ANP) na repressão aos cartéis de combustíveis

Guilherme Nobrega*

Resumo

O presente trabalho trata da função exercida pela Agência Nacional do Petróleo na repressão a cartéis de combustíveis. Analisam-se as normas pertinentes e diretrizes para o exercício daquela atividade, sempre em proteção do consumidor.

Palavras-chave: Agência Nacional do Petróleo. Cartéis. Combustíveis. Consumidor.

Abstract

The following work treats about the function exercised by the Brazilian Petrol National Agency on the repression against fuel cartels. The proper norms and guidelines of that activity will be analyzed, always on behalf of consumer's protection.

Key words: National Petrol Agency. Cartels. Fuel. Consumer.

Introdução

Este trabalho traz considerações sobre a atuação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) na repressão a cartéis de combustíveis. Nessa investigação, analisam-se, primordialmente, diplomas legais e competências tanto da ANP quanto da Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entes a quem competem o zelo pela livre concorrência.

1. A Agência Nacional do Petróleo

Inicialmente, convém traçar um panorama histórico-normativo que culminou na criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) no Brasil

Até 1997, a Petrobrás detinha o monopólio da exploração do mercado de petróleo e gás natural no Brasil, à exceção de duas refinarias privadas e da

revenda de combustíveis.¹ Em 1995, com o advento da Emenda Constitucional n.º 9, que alterou a redação do § 1º, do artigo 177, a Constituição abriu campo para a possibilidade da União contratar junto a empresas estatais e privadas a lavra de jazidas, refino do petróleo, dentre outras

¹ NARCISO FILHO, Nelson. **A ANP e a Regulação da Indústria de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis**. Palestra proferida em Solangol, Angola. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>. Acesso em 02/06/2009.

² Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

atividades, além de reservar à lei a criação de órgão regulador.

A lei a que faz menção o dispositivo citado acima é a Lei n.º 9.478/1997, que dispôs sobre a política energética do Brasil, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e criou a Agência Nacional do Petróleo, autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como ente regulador, fiscalizador e normatizador do setor de petróleo e gás natural.

Referido diploma legal direcionou a administração do monopólio do petróleo e do gás natural à ANP, a quem coube a contratação, a fiscalização e a regulação do setor. Entre outras atribuições da ANP, ressaltamos ainda a ênfase na defesa do consumidor (artigo 8º, I, Lei n.º 9.478/1997) e a implementação da política energética nacional, que tem como alguns de seus objetivos a proteção dos interesses do destinatário final quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos, bem como a promoção da livre concorrência (artigo 1º, III e IX).

Desse modo, podemos resumir como principais responsabilidades e pilares da ANP quando da fiscalização, contratação e regulação das atividades pertinentes à indústria do petróleo a implementação da política setorial e a proteção dos interesses dos consumidores.

Especialmente quanto à defesa do consumidor, é possível citar como instrumentos de atuação da ANP o monitoramento da qualidade dos combustíveis, o combate à adulteração e a fiscalização do mercado. A título ilustrativo, vale mencionar que desde a criação da ANP, em 1997, houve 179.109 fiscalizações, 53.212 autuações, 8.549 interdições e 11.804

autuações por qualidade no que tange à distribuição de combustíveis.³

Além disso, convém ressaltar outro ponto do qual se abstrai a preocupação com o consumidor. Quando do processo de elaboração das resoluções a normatizarem o setor, a ANP abre espaço em audiências públicas e consultas para opiniões e sugestões, entre outros grupos, dos próprios consumidores.⁴

O foco do presente trabalho, no amplo leque normativo de competência da ANP, será a distribuição de combustíveis, atendo-se à defesa do consumidor, pela ANP e outros órgãos, contra cartéis de combustíveis, consoante se verá abaixo.

2. Os cartéis de combustíveis

Os cartéis encontram tipificação como infração à ordem econômica nos artigos 20, I a IV⁵, e 21, I e XIV⁶, da Lei n.º

³ NARCISO FILHO, Nelson. **A ANP e a Regulação da Indústria de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis**. Palestra proferida em Solangol, Angola. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>. Acesso em 02/06/2009.

⁴ NARCISO FILHO, Nelson. **A ANP e a Regulação da Indústria de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis**. Palestra proferida em Solangol, Angola. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>. Acesso em 02/06/2009.

⁵ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁶ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de

8.884/1994. Desse dispositivo, podemos extrair as características que levam à configuração do cartel, que pode ser definido como um acordo, formalizado ou não, expresso ou tácito, firmado entre partes no mesmo nível (no caso, distribuidores concorrentes de combustíveis), que atuem num mesmo mercado relevante e numa mesma base geográfica, e que possua por fito “uniformizar as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, como preços, quantidades, condições de pagamento etc, de maneira a regular ou neutralizar a concorrência.”⁷

O cartel pode ter por objetivo, ainda, o aumento de preços e lucros para aqueles envolvidos no acordo, em absoluta ofensa ao artigo 170, IV, da Constituição Federal.⁸

Salienta-se que referido acordo independe de manifestação expressa. Desse modo, na prática, se houver “comportamentos paralelos e interdependentes, adotados pelos concorrentes com base nas expectativas que um agente econômico tem quanto à reação a ser empreendida pelos outros,

prestação de serviços; (...) XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: (...) IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **A defesa da concorrência no mercado de combustíveis – ANP/SDE**. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 02/06/2009.

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência.

em virtude de seu próprio comportamento”, poderá haver a ocorrência de cartel.⁹ Melhor explicando, em havendo um conluio tácito, consubstanciado em comportamentos paralelos dos concorrentes, que resulte numa fixação do preço em patamar superior ao competitivo, através de uma coordenação de decisões num mesmo sentido, voltada para o aspecto subjetivo mencionado acima de eliminação da concorrência e aumento de lucros, poderá haver a configuração de infração à ordem econômica. Abre-se espaço, portanto, para que agentes oligopolistas sejam “capazes de obter o mesmo resultado mercadológico de um cartel sem auxílio de comunicação expressa.”¹⁰

Noutro giro se dá o acordo expresso, realizado através de contatos efetivos e diretos entre os concorrentes para combinação “de uniformização de um ou mais elementos variáveis concorrenciais em jogo no mercado.”¹¹

Ocorre que não basta o acordo para que se configure a infração à ordem econômica, sendo necessário o prejuízo efetivo à livre concorrência. Porém, caso os concorrentes controlem 20% ou mais da base geográfica em questão, este prejuízo se presume.¹²

⁹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.

A defesa da concorrência no mercado de combustíveis – ANP/SDE. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 02/06/2009.

¹⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 11.

¹¹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.

A defesa da concorrência no mercado de combustíveis – ANP/SDE. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 02/06/2009.

¹² Lei n.º 8.884 - Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de

Feitas essas considerações, conclui-se como elementos caracterizadores da formação de cartel: a existência de acordo tácito ou expresso entre os concorrentes e a aptidão de referido acordo para limitar ou prejudicar a concorrência, devendo haver, para tanto, prova direta da ocorrência desses elementos.

Vê-se, no entanto, a dificuldade em se provar esses elementos. Nessa linha, é bastante complexo diferenciar eventual acordo tácito entre os concorrentes, da mera fixação de preços, que porventura coincidam, levando em conta a própria racionalidade econômica do mercado. Nessa investigação, as autoridades deverão se utilizar dos meios autorizados pela Lei 8.884/1994.¹³

culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

¹³ Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso. § 1º As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade. § 2º Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento,

3. A atuação da ANP na repressão aos cartéis de combustíveis

No Brasil, vigora o regime de liberdade na estipulação de preços em toda a cadeia produtiva e de comércio de combustíveis, não havendo tabelamento ou mesmo necessidade de autorização para eventuais reajustes. Esse modelo dá liberdade e ao mesmo tempo deixa exclusivamente a cargo dos distribuidores a fixação de valores pela comercialização de combustíveis, dando maior margem a arbitrariedades.

Aqui, nos limitaremos a traçar alguns pormenores sobre a atuação da ANP, sem prejuízo, no entanto, de reconhecer a possibilidade de manejo da ação civil pública para defesa do consumidor pelo legitimados na forma da Lei n.º 7.347/1985.

Dito isso, certo que à ANP, enquanto ente regulador do setor, cabe a fiscalização para prevenção e repressão a atividades lesivas ao consumidor, dentre elas a formação de cartéis. Para isso, dispõe a agência de alguns mecanismos a seguir expostos.

escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas. § 3º Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. Art. 35-A. A Advocacia Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal.

No controle da distribuição de combustíveis, a ANP monitora semanalmente os preços praticados servindo-se do Levantamento de Preços e Margens de Comercialização dos Combustíveis, regulamentado pela Portaria 202/2000, da ANP¹⁴, que abrange os valores da gasolina comum, álcool etílico hidratado combustível - AEHC, óleo diesel não aditivado, gás natural veicular - GNV e gás liquefeito de petróleo - GLP. Esse levantamento é realizado em 555 localidades, cobrindo cerca de 10% dos municípios brasileiros.¹⁵

Além de subsidiar a fiscalização na defesa contra cartéis, o levantamento de preços é semanalmente disponibilizado para acesso na *internet*, auxiliando o consumidor na escolha pelos preços mais em conta.

Também servem de meio de controle pela ANP os Relatórios Mensais de Acompanhamento de Mercado, que analisam os dados obtidos pelo Levantamento de Preços e Margens de Comercialização dos Combustíveis, buscando identificar possíveis infrações à ordem econômica.¹⁶

Cabe ainda citar, por sua importância, outro instrumento de controle de preços utilizado pela ANP, qual seja a análise dos Dados de Comercialização, que obriga os importadores e produtores de gasolinas A e A Premium, óleo diesel B, D e marítimo, biodiesel e misturas

óleo diesel/biodiesel, gás liquefeito de petróleo, óleos combustíveis 1A, 2A, 1B e 2B, produtos asfálticos CAP e ADP, nafta petroquímica, querosene de aviação, gás natural veicular, industrial, doméstico e comercial a enviar à ANP seus dados de comercialização, nos termos da Portaria 297/2001, da ANP.¹⁷

Dessa forma, diversos os mecanismos de controle à disposição da ANP para controle dos preços praticados pelos distribuidores de combustíveis. Novo questionamento reside no que fazer quando da suspeita de formação de cartéis.

A resposta está no artigo 10, da Lei n.º 9.784/1997¹⁸, que determina à ANP que, em havendo indícios de infração da ordem econômica, comunique ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e à Secretaria de Direito Econômico (SDE) para que estes tomem as medidas cabíveis, posto que entes competentes para tanto.

Assim sendo, em obediência aos supracitados artigos 1º e 8º, da Lei n.º

¹⁴ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Portaria n.º 202, de 15 de agosto de 2000.** D.O.U. de 16/08/2000.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Transparência do mercado para o direito de escolha do consumidor.** Disponível em http://www.anp.gov.br/petro/levantamento_precos.asp. Acesso em 02/06/2009.

¹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Análise de preços.** Disponível em http://www.anp.gov.br/petro/analise_precos.asp. Acesso em 02/06/2009.

¹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Análise de preços.** Disponível em http://www.anp.gov.br/petro/analise_precos.asp. Acesso em 02/06/2009.

¹⁸ Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada.

9.784/1997, a ANP será responsável por provocar as autoridades competentes caso tome ciência, no uso de suas atribuições, de práticas aptas a ensejar prejuízo à livre concorrência, sempre em defesa do consumidor. Nessa esteira, segundo Acordo de Cooperação Técnica firmado entre a ANP e a SDE, deverá aquela oficial fundamentadamente a esta sobre indícios de infração à ordem econômica, ao mesmo tempo comunicando ao CADE sobre as medidas tomadas.¹⁹

Iniciado o trâmite processual para apuração de infração à ordem econômica, a ANP novamente se manifestará no prazo de 30 dias da comunicação pela SDE, seja para considerações, seja para emissão de pareceres técnicos, nos termos da Lei n.º 8.884/1994.²⁰

Posteriormente, caso se conclua pela ocorrência de cartel, o CADE, em atendimento ao já citado parágrafo único, do artigo 10, da Lei n.º 9.478/1997, comunicará à ANP sobre sua decisão para que esta tome as medidas cabíveis de sua alçada.

Nesse ínterim, recebida a comunicação pelo CADE, caberá à ANP aplicar o artigo 10, §2º, da Lei n.º 9.847/1999²¹, revogando a autorização do distribuidor.

¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **A defesa da concorrência no mercado de combustíveis – ANP/SDE**. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 02/06/2009.

²⁰ Art. 36. As autoridades federais, os direitos de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista e federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

²¹ Art. 10. A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada:

Conclusões

Com base nas argumentações formuladas acima, é possível afirmar que a ANP, ente regulador e fiscalizador, possui inequívoco papel, e verdadeiro encargo legal, na repressão aos cartéis de combustíveis, sempre em defesa ao consumidor.

A atuação da ANP se dará em obediência aos ditames legais, fiscalizando os distribuidores de combustíveis sempre com vistas à proteção e defesa do destinatário final, hipossuficiente, tendo a obrigação de encaminhar à SDE e ao CADE os indícios de ilícitos para devida apuração, não se esquivando de prestar informações e pareceres no curso do processo, cumprindo verdadeiramente sua função política e competência legal.

(...) V – praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou por decisão judicial. (...) § 2o Na hipótese do inciso V deste artigo, a revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Análise de preços.** Disponível em http://www.anp.gov.br/petro/analise_precos.asp. Acesso em 02/06/2009.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **A defesa da concorrência no mercado de combustíveis – ANP/SDE.** Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 02/06/2009.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Portaria n.º 202, de 15 de agosto de 2000.** D.O.U. de 16/08/2000.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Transparência do mercado para o direito de escolha do consumidor.** Disponível em http://www.anp.gov.br/petro/levantamento_precos.asp. Acesso em 02/06/2009.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão.** São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 11.

NARCISO FILHO, Nelson. **A ANP e a Regulação da Indústria de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis.** Palestra proferida em Solangol, Angola. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>. Acesso em 02/06/2009.

* **GUILHERME NOBREGA** é advogado em Brasília-DF; Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.