



**UNIVERSIDADE SALVADOR - UNIFACS
MESTRADO EM REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DE ENERGIA
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

DÉBORA DE AZEVEDO E SOUZA

**REGULAÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES:
O CASO DA ANP**

Salvador

2005

DÉBORA DE AZEVEDO E SOUZA

**REGULAÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES:
O CASO DA ANP**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Salvador, como parte das exigências do Curso Regulação das Indústrias de Energia, área de concentração em Regulação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. James Correia

**Salvador
2005**

Regulação e defesa dos consumidores:
o caso da ANP

Souza, Débora de Azevedo

Regulação e defesa dos consumidores: o caso da ANP /Débora de Azevedo e Souza. - 2005.

129 f. :il.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador - UNIFACS.

Orientador: Prof. Dr. James Correia.

1. Combustíveis - Comercialização - Leis e regulamentos. 2. Agências nacional de Petróleo. 3. Direito do consumidor. I. Correia, James, orient. II. P. Junior, Helder Queiroz, co-orient. III. Universidade Salvador - UNIFACS. IV. Título.

CDD: 338.2728

TERMO DE APROVAÇÃO

DÉBORA DE AZEVEDO E SOUZA

REGULAÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES: O CASO DA ANP

Dissertação (aprovada) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador – UNIFACS, pela seguinte banca examinadora:

Prof. James Silva Santos Correia _____
Doutor em Engenharia Elétrica, Universidade de São Paulo (USP)
Brasil
Universidade Salvador – UNIFACS

Prof. David Zylbersztajn _____
Doutor em Economia da Energia, Institut d'Economie et de Politique de L'Energie (IEPE)
França
Universidade Salvador – UNIFACS

Prof. Helder Queiroz Pinto Junior _____
Doutor em Economia da Energia, Institut d'Economie et de Politique de L'Energie (IEPE)
França
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Salvador, 16 de setembro de 2005

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a meus pais, que possibilitaram que eu chegasse até aqui, sempre me incentivando e acreditando em mim; e que permitiram que eu tivesse acesso a uma excelente base acadêmica.

Agradeço também a meus irmãos, que apesar de todas as diferenças (!) entre nossas personalidades, fizeram com que eu me tornasse uma pessoa melhor em tantos anos de convivência.

Agradeço, especialmente, ao Professor Helder Queiroz, sempre solícito e antes de tudo um amigo, uma pessoa com quem sempre pude contar.

Agradeço aos baianos (ou não) que fizeram parte da minha turma de mestrado e que se tornaram verdadeiros amigos, além de Normando Paes e Helio Rosa.

Agradeço a minha amiga Manu, cuja ajuda foi literalmente uma “mão na roda” (!).

Agradeço a meu namorado, Pedro, por todo carinho, companheirismo e amor, que serviram de forte estímulo para a conclusão desse trabalho e, certamente, dos próximos desafios que estão por vir.

Agradeço, ainda, a David Zylbersztajn e André Lima, da DZ Negócios com Energia, por terem acreditado no meu potencial e investido nele, ainda que o futuro tenha alterado essas ambições; e ao professor James Correia, por toda atenção e alto astral.

*“Petróleo – Esse produto é o sangue da terra:
é a alma da indústria moderna; é a eficiência
do poder militar; é a soberania; é a dominação.
Tê-lo é ter o sésamo abridor de todas as portas.
Não tê-lo é ser escravo.”*

Monteiro Lobato (1882-1948)

RESUMO

Este trabalho faz uma abordagem a respeito da atuação da ANP na defesa dos consumidores, partindo da noção de que ela deve proteger seus interesses bem como os da sociedade como um todo, de acordo com a Política de Qualidade de Produtos da ANP [cf. Anexo 4]; enfocando, desse modo, na área de fiscalização da agência. Uma contextualização do cenário nacional é desenvolvida a fim de se fundamentar os motivos econômicos que levaram a necessidade de criação das agências reguladoras no país. São explicitadas quais as atuais barreiras legais (entraves regulatórios) que impedem ou dificultam uma ação mais "eficaz" da agência nesse sentido. Considerando que a defesa da concorrência, nos setores de infra-estrutura, tem estreita relação com as ações regulatórias e também visa evitar eventuais reduções no nível de competição, são verificados os atuais órgãos atuantes na área de defesa da concorrência bem como a relação existente entre eles e com a Agência. O que se vislumbra a médio prazo é uma alteração na gestão, organização e controle social da ANP que afetará sua relação com os consumidores finais positivamente.

Palavras chaves: ANP, COMBUSTÍVEIS, CONCORRÊNCIA, CONSUMIDOR, DIREITOS, FISCALIZAÇÃO, FRAUDE, LEGISLAÇÃO, MONOPÓLIO, PETRÓLEO.

ABSTRACT

This work analyzes ANP's performance regarding the defense of the consumers, based on the notion that it must protect its interests as well as the ones of the society as a whole, in accordance with the Politics of Quality of Products of the ANP; focusing, in this way, in the area of fiscalization of the agency. An approach of the national scenario is developed in order to base the economic reasons that led to the necessity of the creation of the regulating agencies in the country. The current legal barriers (regulatory impediments) that make it difficult for "an efficient" action of the agency in this direction are mentioned. Considering that the competition agencies, in the infrastructure sectors, has narrow relation with the regulatory actions and also it aims at prevent eventual reductions in the competition level, it is verified which are the current operating agencies in the area of competition policy as well as the existing relation between them and the Agency. What is expected, is a change in the management, organization and social control of the ANP that will affect its relation with the final consumers in a positive manner.

Key words: ANP, COMPETITION, CONSUMER, FUELS, FRAUD, INSPECTION, LEGISLATION, MONOPOLY, OIL, RIGHTS.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA I – MONOPÓLIO VERTICALMENTE INTEGRADO.....	30
FIGURA II – LIVRE ACESSO ÀS REDES.....	30
FIGURA III – ESTRUTURA INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (ANP E ANEEL).....	37
FIGURA IV – FRONTEIRAS DE COMPETÊNCIA ENTRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	53
FIGURA V – ESTRUTURA GERAL E AGENTES ECONÔMICOS DA INDÚSTRIA PETROLÍFERA NACIONAL.....	63
FIGURA VI – AMOSTRAS ANALISADAS POR ANO NO PROGRAMA DE MONITORAMENTO DA QUALIDADE DA ANP.....	69
FIGURA VII – INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA (TRÂMITE PROCESSUAL).....	70
FIGURA VIII – DIMENSÕES QUE AUXILIAM NA DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES NO SETOR DE PETRÓLEO E GÁS NACIONAL.....	72

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO I – DÍVIDA LÍQUIDA DOS GOVERNOS (1998-2004).....22

GRÁFICO II – MANIFESTAÇÕES RECEBIDAS PELO CRC – CENTRO DE RELAÇÕES COM O CONSUMIDOR.....68

LISTA DE QUADROS

QUADRO I – FALHAS DOS DOIS TIPOS DE REGULAÇÃO PÚBLICA.....	25
QUADRO II – DESAFIOS E OBJETIVOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE NOVA ESTRUTURA REGULATÓRIA.....	29
QUADRO III – AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	33
QUADRO IV – CARACTERÍSTICAS INSTITUCIONAIS DE ÓRGÃOS REGULADORES E DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	56

LISTA DE TABELAS

TABELA I – VARIÁVEIS MACROECONÔMICAS NOS ANOS 80.....	23
TABELA II – GOVERNANÇA E SALVAGUARDAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS DO SETOR ENERGÉTICO.....	36
TABELA III – CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DOS ÓRGÃOS BRASILEIROS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	47
TABELA IV – AUTUAÇÕES DA ANP NO SETOR DE COMBUSTÍVEIS NACIONAL.....	66
TABELA V – ANÁLISE DAS ENTREVISTAS REALIZADAS.....	75

LISTA DE ABREVIATURAS e SIGLAS

ABDIB	Associação Brasileira da Infra-Estrutura e Indústrias de Base
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CRC	Centro de Relações com o Consumidor (da ANP)
DNC	Departamento Nacional de Combustíveis
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (SDE)
DPDE	Departamento de Proteção e Defesa Econômica (SDE)
EC	Emenda Constitucional
EPE	Empresa de Política Energética
E & P	Exploração e Produção
IBP	Instituto Brasileiro de Petróleo
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
MJ	Ministério da Justiça
MME	Ministério de Minas e Energia
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SINDICOM	Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes
STF	Supremo Tribunal Federal
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. RAZÕES ECONÔMICAS DA REGULAÇÃO.....	17
1.1. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA.....	20
1.2. O NOVO PAPEL DO ESTADO.....	23
1.3. SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	33
2. A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SETORES DE INFRA- ESTRUTURA.....	41
2.1. CONCEITUAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO DO CONSUMIDOR.....	41
2.2. SBDC - SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	46
2.3. REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	51
3. PRÁTICAS ABUSIVAS E A ATUAÇÃO DA ANP.....	60
RESULTADOS e CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78
ANEXOS.....	86

INTRODUÇÃO

O atual cenário do setor energético brasileiro é de transformação. Indefinições nos âmbitos regulatório e institucional tendem a gerar incertezas que dificultam os investimentos.

Ao longo da última década, o papel desempenhado pelo Estado sofreu mudanças; este passou a delegar a prestação de serviços públicos (ou a exercê-la em parceria) para o setor privado ao invés de exercê-la. Ou seja, ele deixa de ser “Estado-empresário” para ser “Estado-regulador” (Suslick, 2001).

Essa alteração de prioridades decorreu, no caso do Brasil, não somente do processo mundial de abertura/ liberalização comercial e da globalização, mas também pela própria situação do Estado, cujos recursos financeiros eram extremamente escassos. Não havia como arcar com os altos custos de investir em setores de infra-estrutura bem como as áreas sociais (educação, saúde, e outras) se encontravam relegadas a um segundo plano. Desse modo, os investimentos privados se tornaram cada vez mais relevantes para a viabilização do desenvolvimento setorial, sendo portanto essencial a redução da percepção de risco.

Nesse contexto, a atuação das agências reguladoras é fundamental, portanto é essencial que não existam impedimentos à atuação de tais órgãos. No segmento de óleo e gás mais especificamente, a Agência Nacional de Petróleo (ANP) tem desempenhado um papel de extrema importância nesse sentido.

A ANP foi criada pela Lei 9.478/97, chamada de “Lei do Petróleo”¹, a qual coloca como finalidades primordiais da agência promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo...”.

O órgão regulador tem grande relevância principalmente num momento de transição como é o caso brasileiro, haja visto grande parte do setor ter sido mantida como monopólio do Estado em função da sua (do setor) capacidade de influenciar a sociedade como um todo.

¹ A Lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005, introduziu o biodiesel na matriz energética brasileira, gerando alterações na Lei 9.478/97, dentre as quais altera o nome da ANP para Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e o caput do artigo 8º para (artigo 6º): “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...”.

A agência tem uma atuação abrangente, pois interfere nas diversas esferas de governo - federal, estadual e municipal. Portanto, é ponto chave que se estabeleça uma compatibilidade entre as ações dos diversos órgãos reguladores federais e estaduais além de uma harmonia entre estes e demais órgãos como polícia federal, secretarias de fazenda, órgãos de defesa da concorrência e outros. A ANP deve, portanto, interferir de forma diferenciada no mercado, equilibrando as relações com o consumidor, garantindo seus respectivos interesses, e os dos demais agentes como a razão de ser da regulação, sendo exercida a partir de funções normativas, de arbitragem, fiscalização e decisão.

No entanto, para que possa cumprir efetivamente o papel que lhe fora delegado, a Agência precisa de um forte aparato regulatório com regras claras.

A coesão da legislação, evitando possíveis interpretações diferenciadas, a manutenção dos poderes atuais da agência – por exemplo a responsabilidade pelas licitações - , o aumento do quadro técnico especializado, a não vinculação direta ao Ministério de Minas e Energia e outras modificações podem viabilizar um melhor desempenho do órgão.

O setor de energia é responsável pela prestação de serviços públicos essenciais e lida com um produto de importância estratégica (petróleo). Assim, ele deve estar em consonância com os objetivos da política energética nacional, como por exemplo: preservar o interesse nacional, proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, atrair investimentos na produção de energia, entre outros.

As tarefas de regulação e fiscalização das atividades econômicas devem garantir o suprimento dos produtos e proteger o interesse dos consumidores, pois estes (consumidores) são tidos como “beneficiários da política energética” (Lei 9.478). Além das responsabilidades mencionadas acima, a ANP ainda apresenta peculiaridades em relação às demais agências reguladoras pois atua em duas indústrias bastante diferenciadas: petróleo e gás natural.

Enquanto o petróleo é uma *commodity*² estrito senso, o mesmo não ocorre com o gás natural. Sua importação mais econômica é via gasodutos, normalmente de países fronteiriços. A Agência regula as atividades de exploração, produção, importação, exportação e transporte até os

² *Commodities* são definidas como produtos padronizados em todo mundo e que passam por processos semelhantes de produção. Por isso, uma característica econômica importante das *commodities*, é que elas têm o mesmo preço internacionalmente. (FONTE: Site Banco Itaú, Análises).

*citygates*³, a partir dos quais a regulação (na distribuição e comercialização) passa a ser de responsabilidade dos governos estaduais. No caso do petróleo, este pode ser importado, exportado e armazenado com relativa facilidade. Aqui, a ANP responde pela regulação de todas as etapas da cadeia.

Percebe-se portanto que as funções delegadas à ANP são complexas, devendo ela ainda estabelecer uma compatibilidade entre as questões regulatórias e contratuais dos mercados de gás natural e energia elétrica, além de estabelecer relações com órgãos de defesa da concorrência, possibilitando que práticas anticoncorrenciais sejam evitadas.

A dissertação pretende verificar quais são as barreiras legais e institucionais existentes hoje em dia que dificultam a atuação da ANP, nos moldes do que fora estabelecido pela “Lei do Petróleo”, particularmente no que diz respeito à preservação dos direitos dos consumidores, evitando o estabelecimento de práticas abusivas no setor. Para tal, o enfoque se dará na atuação da agência na fiscalização no setor de combustíveis (líquidos) bem como sua relação com órgãos de defesa da concorrência.

Nesse sentido, as características específicas da agência de regulação federal bem como os aspectos regulatórios e de defesa da concorrência que a influenciam serão analisados assim como será feita uma comparação entre a agência e outros órgãos reguladores mundiais que atuam no setor energético, a fim de se verificar os problemas em comum e a postura adotada pelas agências em relação a eles.

Far-se-á também uma contextualização histórica do processo político-econômico mundial que levou à necessidade de criação desses tipos de órgãos (reguladores), que representaram um novo conceito no país. A atuação de órgãos antitruste no setor também será verificada.

Enfim, os atuais entraves, de diversas naturezas, serão enumerados para que se possa efetuar uma análise dos problemas existentes e que devem ser mitigados, haja visto a importância da plena atuação do órgão e dos benefícios decorrentes para a sociedade como um todo.

³ Estação de medição que pode dispor de regulação de pressão, na qual uma rede de distribuição recebe gás de uma companhia transportadora ou de um sistema de transmissão. Refere-se ao ponto de entrega ou transferência, no qual o gás passa de uma linha principal de transmissão para um sistema de distribuição local, sem troca de propriedade necessariamente (FONTE: Site GasBrasil).

O trabalho terá como metodologia-chave entrevistas com especialistas brasileiros de petróleo e gás bem como do setor de defesa da concorrência, além de uma extensa base bibliográfica, e está estruturado da seguinte forma: primeiramente será feita uma análise do contexto que predominava no país e que contribuiu para o surgimento das agências reguladoras, que inclui uma breve análise histórica da conjuntura macroeconômica, além de uma comparação com alguns países industrializados, para que se possa efetuar uma comparação institucional entre eles. Também serão abordadas as bases legais, funções, objetivos e características principais das agências reguladoras nacionais.

Em seguida, a questão da defesa do consumidor, especificamente no que diz respeito aos setores de infra-estrutura, será tratada. Será feita uma abordagem conceitual de termos específicos além de uma diferenciação entre regulação e defesa da concorrência, visando eliminar quaisquer eventuais dúvidas quanto às especificidades de cada atuação. Também serão elencados os diferentes órgãos de defesa da concorrência (e suas formas de atuação) que possam ter relação com a ANP.

Posteriormente, a atuação de fiscalização da ANP, principalmente no downstream, será abordada com um detalhamento significativo, visto que é nesse segmento que ocorrem o maior número de práticas abusivas.

O capítulo final trará uma análise dos resultados alcançados.

CAPÍTULO 1 – RAZÕES ECONÔMICAS DA REGULAÇÃO

A ação reguladora justifica-se por inúmeros motivos, a depender da conjuntura econômico-política do país, do setor em questão, dos agentes envolvidos, entre outros aspectos.

Uma dessas visões, que no caso dos setores de infra-estrutura tem sido a predominante, é que ela deva existir naqueles setores que apresentam *Falhas de Mercado*. Essas se caracterizam por contextos onde a livre operação das forças de mercado não fomenta uma alocação ótima dos recursos dentro da economia. Nos setores de infra-estrutura, as falhas de mercado mais relevantes são (Samuelson e Nordhaus, 1988):

- a) **Externalidades:** São situações onde o comportamento de uma firma ou consumidor gera custos ou benefícios não intencionais à sociedade. Tais custos/benefícios não são computados quando da decisão racional de produzir ou consumir um bem ou serviço, e podem ser negativas (poluição do ar, água, visual e sonora) ou positivas (treinamento, investimentos em pesquisa e desenvolvimento).
- b) **Bens Públicos:** São bens necessários mas que não podem ser providos pelo setor privado, seja por não ser possível a prática da exclusão - o que não confere o necessário incentivo para o agente privado atuar -, seja por não haver credibilidade do setor privado para prover tais serviços para a sociedade, ou ainda por possuir uma característica de não-exaustão - o que permite que o bem seja produzido a custos marginais nulos, impedindo o surgimento de um mercado (Zylbersztajn, 1999), e;
- c) **Informação Assimétrica:** Ocorre quando o montante de informações disponível para vendedores/consumidores não são iguais, pois estas são geralmente distribuídas de forma assimétrica, isto é, nem todos os elementos que impactam nos preços e custos são plenamente conhecidos, gerando incertezas quanto à qualidade. Dependendo do grau de incerteza em relação à qualidade dos produtos\serviços, as transações de compra e venda não se realizarão; e onde a aquisição de informação sobre a qualidade e sua comprovação for relativamente custosa, existe a possibilidade de danos ao consumidor. A garantia da qualidade dos

produtos/serviços – através da criação de padrões mínimos de qualidade e licenciamento para desempenho da atividade - e esforços no sentido de criar “reputação” são algumas possíveis soluções de mercado para a assimetria de informação.

Sendo a razão básica da criação de órgãos reguladores a necessidade de se corrigir falhas de mercado; a função primordial da regulação é buscar a conciliação dos interesses dos consumidores e da firma regulada, tarefa esta extremamente complexa. Visando alcançar tal objetivo, os principais problemas a serem resolvidos são: estabelecer tarifas justas, garantir a universalidade dos serviços (mais aplicável à indústria de energia elétrica), além da questão da assimetria de informações entre o regulador e o regulado.

A disponibilidade de informação é relevante porque permite que os órgãos reguladores tenham acesso à formação de estratégias das empresas reguladas e possam, desse modo, agir de modo a estimular a firma a cumprir objetivos sociais e operar de forma eficiente.

Os principais problemas decorrentes da informação assimétrica são (Pinto Jr., 2000):

- a) Seleção Adversa: ocorre quando a seleção do produto a ser demandado se dá de forma ineficiente (adversa) em função da assimetria de informação entre ofertantes e demandantes do produto em questão. Do ponto de vista contratual, pode ser vista como decorrente de comportamentos oportunistas, ou seja, algumas informações são omitidas no momento da definição dos contratos.
- b) Risco Moral: oriundo de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato ou de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. Nesse caso, diferentemente da seleção adversa, a informação assimétrica não está ligada a características desconhecidas dos agentes, mas sim a um comportamento que fora ocultado e, portanto, desconhecido pela outra parte do contrato, quando da sua elaboração.

A fim de poder defender o interesse público⁴ através de uma regulação eficiente, o regulador precisa dispor de uma base de informações confiável, pois quando esta é deficiente, o risco de captura regulatória aumenta de forma considerável.

No entanto, o processo de obtenção das informações é oneroso e, quanto maior for a assimetria de informações entre os agentes, mais custosa será a regulação. Assim, deve-se avaliar até que ponto a busca dessas informações é interessante.

Ainda, as empresas por vezes adotam estratégias que dificultam ainda mais o trabalho das agências como, por exemplo, no caso de determinada empresa fazer uma expansão que englobe processos de internacionalização e diversificação de atividades, não sendo apenas um crescimento dentro do próprio setor, decorrente do crescimento do mercado.

Nessas situações há uma perda gradativa do poder de atuação do órgão regulador setorial e há também o surgimento de um problema na determinação da fronteira de competência entre as agências setoriais. Tais estratégias, além de dificultarem sua atuação, também tornam mais oneroso o custo da regulação, já que há aumento da assimetria de informações entre os agentes e, portanto, a busca de informações fica mais cara.

Como no caso brasileiro o exercício da regulação ainda se encontra em fase relativamente inicial, o estabelecimento de princípios que pautem uma atuação consistente por parte das agências é essencial, pois as mudanças em curso na estrutura dos mercados, na configuração patrimonial e nos mecanismos de regulação devem ser considerados.

Este capítulo faz uma descrição da conjuntura do país, quando da mudança do papel desempenhado pelo Estado, de modo a mostrar quais as razões que levaram à necessidade de criação das agências reguladoras, que se configurariam como uma inovação institucional. Conforme será demonstrado, o principal motivo seria a incapacidade de o Estado prover os recursos necessários para promover o crescimento sustentável do país, que depende em grande parte dos setores de infra-estrutura. O fim do monopólio da Petrobrás abriria espaço para a entrada de novos agentes no mercado de petróleo e gás.

⁴ Interesse público é *interesse difuso*, isto é, diz respeito a um grupo indeterminado de pessoas que buscam a satisfação de um interesse comum. Difere do interesse do consumidor, que é *interesse coletivo*, ou seja, amparam um grupo determinado de pessoas ligadas entre si por algum vínculo jurídico (Motta Filho, 2005).

Outro objetivo é traçar uma comparação com determinados países de modo a verificar as origens utilizadas para a criação de agências no Brasil, bem como fazer uma comparação internacional dos diferentes desenhos institucionais existentes.

Por último, trata do advento dos órgãos reguladores no país considerando suas principais características, bases legais e estruturas institucionais.

1.1. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

As indústrias de energia e infra-estrutura em geral são tidas como fatores-chave na promoção da industrialização.

No Brasil, os setores de petróleo, gás e eletricidade se caracterizavam por uma forte presença do Estado no desenvolvimento de suas atividades. Estas eram exercidas sob a forma de monopólio (desde 1953 com a criação da Petrobras⁵ e posteriormente também, em 1962, com a criação da Eletrobrás⁶), fortemente apoiada na ação empresarial e de fomento do Estado (“Estado-empresário”). A Petrobras detinha o monopólio legal de todos os segmentos do upstream, alguns segmentos do downstream bem como controlava os preços em todas as atividades deste segmento.

Tal “estruturação”, no entanto, acabava por relegar atividades essenciais do Estado – educação, saúde e outras – a um segundo plano, em um contexto onde o governo já se encontrava com recursos financeiros escassos.

A demanda de determinados setores-chave da economia por uma regulamentação que limitasse a concorrência intra-setorial, de modo a assegurar a viabilidade dos empreendimentos, havia favorecido um processo de “realimentação estatizante” (Tourinho & Vianna, 1993), com o Estado se transformando em coordenador de verdadeiros cartéis. Ainda, a estatização fez com que o governo tivesse que assumir empresas que haviam contado com o financiamento estatal e estavam à beira da falência - visto que era tido como co-responsável por tais empresas. Uma outra consequência negativa do processo estatizante teria sido o surgimento de possíveis conflitos do Estado em relação as suas responsabilidades reguladoras.

⁵ Lei nº. 2004, de 03 de outubro de 1953.

⁶ Lei nº. 3.890-A, de junho de 1962.

A necessidade de investimentos na modernização e ampliação do setor de infra-estrutura, o questionamento do papel empreendedor do Estado assim como o esgotamento do modelo de envolvimento direto do Estado na atividade fim do setor de infra-estrutura fizeram com que houvesse então uma inversão de prioridades.

A crise da década de oitenta alterou um contexto de expansão, no qual o custo do capital internacional era relativamente baixo. Nesse período, praticamente todo o financiamento aos países em desenvolvimento vinha de órgãos multilaterais, basicamente do Banco Mundial. Tal instituição identificou à época a existência de demasiada intervenção política nas concessionárias de serviço público, a ausência de diretrizes claras para o setor energético e de uma estrutura tarifária, além da inexistência de um maior controle sobre a eficiência das concessionárias, como sendo os principais fatores que contribuíam para uma deterioração da performance do setor.

No final da década de setenta, o Programa Nacional de Desburocratização havia sido criado (Decreto nº. 83.740/79) – posteriormente aperfeiçoado em 1985 pelo Decreto nº. 91.991 (cria o Conselho Interministerial de Privatização) – e deu início a um processo de transferência das atividades econômicas do Estado para o setor privado. Assim, o Estado voltou seu foco de atuação primordialmente para áreas ditas “sociais” e o setor privado passou a desempenhar um papel mais expressivo no que concerne a investimentos em infra-estrutura através de concessões e privatizações, majoritariamente. Estas últimas, foram em grande parte, impulsionadas pelo fraco desempenho econômico do país (a partir do final dos anos setenta) e favoreceram o acesso aos mercados de capitais estrangeiros, no sentido de sinalizar o compromisso governamental em reduzir a participação do Estado na economia.

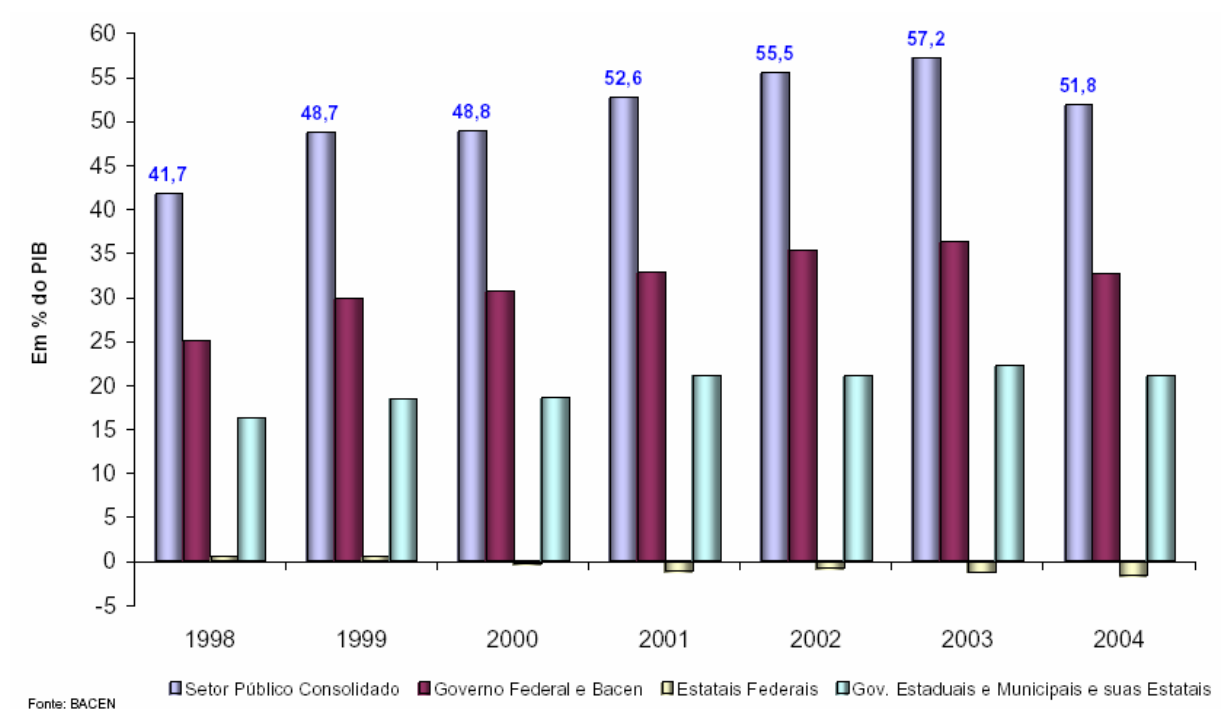
A partir da década de noventa tem início uma “reforma” dos setores de infra-estrutura no país que serviria de base para a promoção do surgimento de um novo modelo de funcionamento da economia. Em 1990 surge o Programa Nacional de Desestatização⁷ que viria a impulsionar amplamente o processo de privatização das atividades econômicas. Os objetivos prioritários eram: repassar a responsabilidade pelos investimentos na expansão da capacidade produtiva ao setor privado, reduzir a dívida pública interna⁸ e criar estruturas competitivas, quando possível.

⁷ O PND foi criado pela Medida Provisória nº. 155 em 1990, sendo convertida em Lei no mesmo ano (Lei nº. 8.031). Esta seria posteriormente revogada pela Lei nº. 9.471 de 1997, que passaria a regulamentá-lo.

⁸ R\$ 957 bilhões em dezembro de 2004, representando 52% do PIB.

Nesse contexto de reformas, em 1992 (Governo de Fernando Collor de Mello), criou-se o DNC – Departamento Nacional de Combustíveis que tinha como funções orientar, fiscalizar e regular o abastecimento nacional de petróleo e seus derivados, do gás natural, dos combustíveis de fontes renováveis e outros automotivos.

Gráfico I – Dívida Líquida dos Governos (1998-2004)



Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (www.planejamento.gov.br).

1.2. O NOVO PAPEL DO ESTADO

Na década de setenta, o déficit público dos países latino-americanos fora financiado principalmente por empréstimos externos. Porém, os choques do petróleo (1973 e 1979), geraram uma “implosão” dos sistemas de preços de bens e serviços e, no final dos anos oitenta, a maioria dos países (latino-americanos) tiveram suas crises fiscais aprofundadas, conforme Tabela I abaixo.

Tabela I – Variáveis Macroeconômicas nos Anos 80

	1980	1985	1989	1990
Crescimento do PIB	100,0	102,3	111,6	111,5
PIB <i>per capita</i>	100,0	92,3	92,6	90,6
Investimento/PIB	23,2	16,2	16,0	15,6
Dívida/Exportações	2,2	3,5	3,0	2,9
Inflação (%)	54,9	274,7	1.157,6	1.260,1

FONTE: CEPAL (1990 e 1991) e The World Bank (1990) apud Bresser-Pereira (1993).

Apesar de quase todos os países latino-americanos estarem comprometidos com políticas rígidas de ajuste fiscal, o déficit (fiscal) era muito elevado, assim como seu componente de juros relacionado à dívida pública; impedindo tais países de ajustar suas economias. A estatização da dívida fomentava a indisciplina fiscal.

Dessa maneira, a crise fiscal do Estado, que se manifestou na América Latina nos anos oitenta, se caracterizou por cinco aspectos em sua origem (Bresser-Pereira, 1993):

- a) déficit orçamentário;
- b) poupanças públicas negativas ou muito pequenas;
- c) dívida pública interna e externa excessivas;

d) falta de crédito do Estado, refletida na falta de confiança na moeda nacional e nos vencimentos de curto prazo da dívida interna, e;

e) falta de credibilidade do governo e sua imobilização.

A partir desse contexto, e da necessidade de se reformar o Estado, o capitalismo passaria por uma considerável transformação, que se traduziria basicamente em uma crescente desregulamentação dos mercados, liberalização comercial e redução do Estado.

Tais processos se configurariam como sendo a origem das agências reguladoras.

Com o advento da década de noventa, teve início um processo de redução progressiva das barreiras institucionais à entrada de novos agentes, aumentando as pressões competitivas na indústria. Tal processo ficou conhecido como “*desregulamentação*”⁹ e gerou a necessidade de se revisar a regulamentação até então existente. Ela “*não deve ser confundida com o processo de liberalização, o qual se caracteriza pelo estímulo à competição em um dado mercado, enquanto a desregulamentação se refere à redução da regulamentação governamental*” (Fiani, 1998).

Já o termo *regulação* deve ser entendido como “*um conjunto de regras e mecanismos estabelecidos por uma agência reguladora independente para limitar o poder de monopólio em concessionárias do setor de infra-estrutura*” (Pinto Jr., 2001).

Nesse contexto, tem lugar então o surgimento dos órgãos reguladores setoriais, baseados em diferentes arranjos institucionais, que assumem diversas responsabilidades ligadas às etapas finais do processo de reestruturação. Essa diversidade institucional decorreria do próprio arcabouço jurídico-institucional e das condições históricas, políticas e econômicas específicas de cada país. Deve-se notar também que a criação de agências reguladoras buscava suprir falhas da atuação estatal, mas que esta “nova” estrutura institucional também apresentava problemas. Porém, ainda assim, era mais indicada dentro da nova conjuntura que se estabeleceria mundialmente.

⁹ Desregulamentação é somente um elemento dentro de um contexto maior das reformas estruturais e institucionais do setor de infra-estrutura.

Quadro I – Falhas dos Dois Tipos de Regulação Pública

<p>• Regulação por Agência Regulatória</p> <ul style="list-style-type: none"> •Insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes •Captura dos reguladores pelas empresas reguladas •Supercapitalização 		<ul style="list-style-type: none"> •Regulação não-competitiva •Objetivos difusos referidos ao interesse público •Coordenação débil entre diferentes reguladores 	
<p>• Regulação pela Estatização</p> <ul style="list-style-type: none"> •Nenhum controle efetivo das empresas públicas pelo Congresso, tribunais ou ministério gestor •Captura das empresas públicas por políticos e sindicatos •Excesso de pessoal 		<ul style="list-style-type: none"> •Monopólio público •Orientação dos gestores públicos por metas ambíguas e inconsistentes •Coordenação débil entre diferentes empresas públicas 	

FONTE: Majone (1996) apud Melo (2001).

Em resumo, as atribuições dos reguladores variam de país para país, basicamente em função dos seguintes aspectos: arranjo institucional, estrutura de mercado e instrumentos regulatórios. No entanto, mesmo havendo um grande leque de estruturas regulatórias passíveis de serem implantadas, é possível chegar a um certo consenso quanto às funções, poderes e responsabilidades que norteiam o comportamento dos reguladores.

As entidades reguladoras são submetidas a alguma forma de controle, ou seja, se encontram vinculadas a algum órgão “superior”, que deve fornecer as diretrizes que serão implementadas e fiscalizadas pelas primeiras. Elas também devem dispor de fontes de informação que as permitam acompanhar processos quando houver conflitos entre os agentes, isto é, devem estar amparadas por instrumentos legais bem como ter conhecimento dos princípios básicos de defesa da concorrência (ao exercerem a função de árbitro).

Os reguladores têm desempenhado, em geral, papel de destaque nos processos de transição industrial, conforme já mencionado, ao introduzir pressões competitivas, a partir da elaboração de proposições e normas infra-legais (portarias, resoluções, instruções normativas, etc.). Considerando que o problema da assimetria de informação nunca é completamente eliminado, os

reguladores devem estar bem aparelhados e possuir o maior nível de informação possível para que possam resolver questões setoriais, mesmo não tendo acesso a todas as informações disponíveis.

Ainda, deve-se atentar ao fato de que freqüentemente há problemas de fronteiras de competência entre os reguladores setoriais e os respectivos órgãos de defesa da concorrência. Nesse sentido, é importante fixar objetivos e horizontes comuns para que haja um fortalecimento institucional entre esses órgãos.

➤ Diversidade de Estruturas Regulatórias

A literatura acerca da regulação econômica começou a se desenvolver tendo como base a experiência dos Estados Unidos em regular os monopólios naturais, cujo objetivo era prevenir a intervenção das decisões privadas e do poder de monopólio contra o interesse público. Assim sendo, o Congresso americano criou a primeira comissão reguladora independente (*Interstate Commerce Commission*) em 1887 para regular as concessões das estradas de ferro e tarifas para passageiros. Os marcos históricos centrais dessa primeira onda de mudança institucional (com a criação das primeiras agências regulatórias) foram o *Interstate Commerce Act* (1887) e o *Sherman Antitrust Act* (1890).

Uma segunda onda de transformações iria ocorrer na década de trinta (século XX), durante o New Deal, quando assiste-se a um intenso movimento de criação de agências independentes e das instituições centrais do Estado regulatório americano moderno: a *Securities Exchange Commission* (SEC), a *Federal Power Commission* (FPC), a *Federal Communication's Commission* (FCC), a *Civil Aeronautics Board* (CAB) e a *Food, Drug and Cosmetic Agency* (FDA). Já nos anos sessenta, foram criadas as agências voltadas para a área da regulação social, processo que se estendeu até a década de noventa.

Vale mencionar ainda que, no contexto norte-americano, os aspectos procedimentais do processo decisório das agências são sujeitos à regulação pelo Congresso, mas o conteúdo substantivo da regulação é objeto de decisão interna autônoma, porque as agências dispõem de *rule making powers*, ou seja, têm poder de criar regras (Spiller, 1995, apud Melo, 2001).

Atualmente, há um regulador federal de gás natural e energia elétrica nos Estados Unidos, o FERC – Federal Energy Regulatory Commission, que é composto por cinco membros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. O processo decisório tende a ser muito ágil, já que as decisões do colegiado, uma vez impugnadas judicialmente, vão diretamente para a instância superior, o que seria equivalente ao Superior Tribunal de Justiça, no caso brasileiro.

Vale dizer que os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) têm algum tipo de participação no processo decisório do órgão. O Executivo, na medida em que o Presidente aponta seus membros. No caso do Legislativo, este tem o poder de controlar (supervisionar o processo) a agência através do Congresso, além de o Senado confirmar a nomeação dos membros feita pelo Presidente, e de legislar sobre regulação de serviços públicos. E o Judiciário, por sua vez, tem uma capacidade ainda mais direta sobre a FERC, pois tem o poder de revisar suas decisões.

Na Europa, por sua vez, a noção prevalecente era a de que o melhor benefício na defesa do interesse público decorreria da existência de empresas estatais verticalizadas, controladas pelos respectivos ministérios. A experiência da Inglaterra se tornou um bom exemplo para os países em desenvolvimento que tiveram que fazer suas reformas em consequência da deterioração de seus setores de infra-estrutura. Tais reformas tiveram como base os seguintes aspectos:

- Estruturais: desintegração vertical das principais atividades de cada setor-chave, privatização das empresas estatais, e introdução de um novo regime de preços (*price cap*);
- Institucionais: eliminação de barreiras à entrada, criação de órgãos reguladores, e o estabelecimento de novas regras para promover o aumento da competição.

A regulação dos setores-chave da economia tem sido vista como menos intervencionista do que nos casos em que estes permanecem como propriedade do Estado.

Isso decorre da noção de que interferências políticas devem ser restringidas a fim de se atrair capitais privados e, nesse sentido, as agências desempenham fator fundamental. No entanto, a simples criação de novos órgãos reguladores não assegura necessariamente o alcance do interesse público.

A maior dificuldade reside em setores/indústrias onde podem ser observadas diferentes estruturas de mercado. Nesses casos, surge a necessidade de um duplo processo de aprendizagem, abrangendo tanto a evolução de estruturas de mercado quanto o que diz respeito ao papel estratégico desempenhado pelas empresas de energia. O estabelecimento de regimes fiscais de incentivo para encorajar investimentos de longo prazo se configura como uma das mais importantes tarefas para se criar um ambiente competitivo.

➤ Implementação de Reformas nas Indústrias de Energia

As reformas nas indústrias de energia foram muitas vezes implementadas desconsiderando-se fatores peculiares.

Normalmente a firma incumbente, seja ela privada ou pública, tenta fazer uso de suas condições de acesso à rede (transporte, transmissão) para manter sua posição dominante, como ainda ocorre com a Petrobrás, no caso brasileiro. Assim, é fundamental que as empresas de energia tenham acesso a um mercado cativo a fim de reduzir suas incertezas, através do estabelecimento de contratos de longo prazo com consumidores. Resumidamente, é possível elencar os principais desafios e objetivos a serem buscados pela nova estrutura regulatória, conforme Quadro II abaixo.

Quadro II - Desafios e Objetivos na Implementação de Nova Estrutura Regulatória

<ul style="list-style-type: none"> • <u>Desafios</u> • Evitar abuso de poder de mercado dos principais agentes • Oferta restrita de geração • Mudanças estruturais em geral (privatização, nível de verticalização, outros) • Poder de mercado das empresas incumbentes • Rede de transporte - congestionamento • Convergência dos mercados de energia (especialmente energia elétrica e gás natural) 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Objetivos</u> • Buscar redução de preços • Elevar o nível de investimentos • Coordenação dos investimentos entre produção/geração e transmissão/transporte • Alavancar a performance microeconômica do setor
---	--

FONTE: Elaboração própria, baseada nas informações de Considera (2001).

Cabe aqui, entretanto, fazer uma ressalva. Claudio Considera (2001) não trata explicitamente de um aspecto essencial a ser levado em consideração quando da implementação de uma nova estrutura de regulação: o consumidor. O autor em questão não trata dos interesses dos consumidores dentre os objetivos a serem atingidos, sendo que este é ponto crucial.

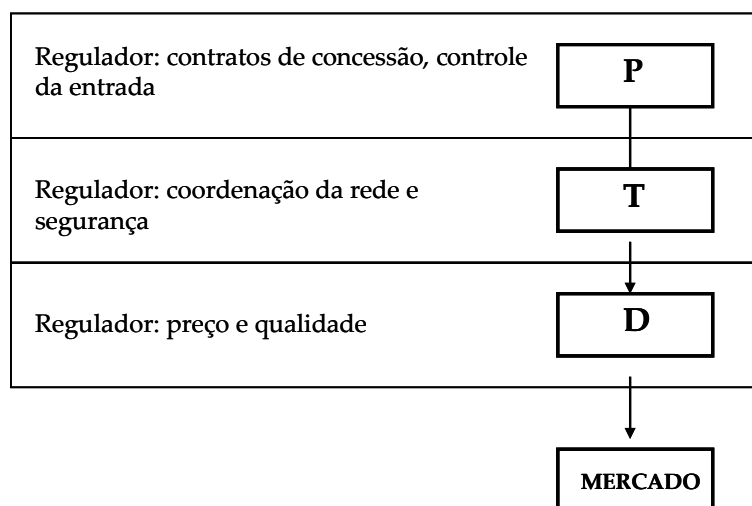
Toda e qualquer estrutura regulatória deve ter, dentre suas metas, a garantia da defesa dos interesses dos “usuários finais” dos serviços prestados pelo mercado regulado. Apesar de os objetivos acima descritos [cf. Quadro II] exercerem uma influência positiva como consequência, a questão do consumidor não é especificada. Assim, o quadro torna-se incompleto, já que um objetivo tão – ou mais – importante quanto os demais descritos, não consta dele.

➤ **Desafios de uma nova estrutura regulatória**

Quando se trata de introduzir pressões competitivas em mercados verticalizados existem dois problemas principais, relacionados aos contratos e aos subsídios cruzados. Os mecanismos antitruste devem estar presentes em conjunto com os (mecanismos) de regulação tradicionais. Isso

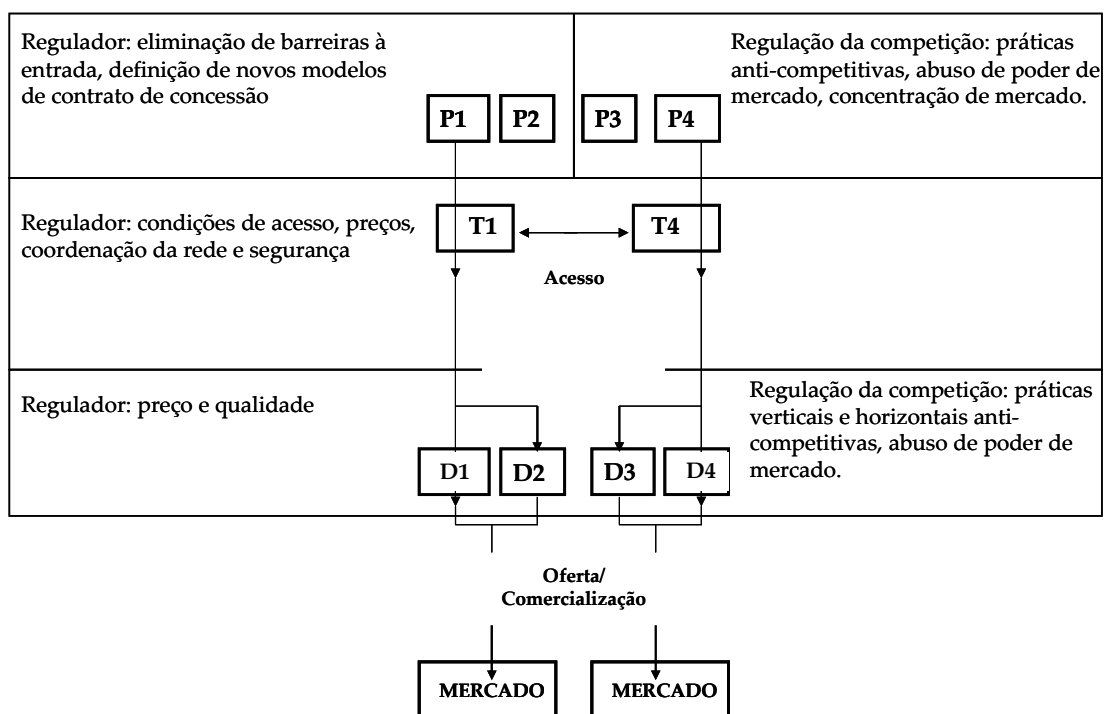
decorre do aspecto dual das reformas: controle do abuso do poder de monopólio e o fornecimento de incentivos para investir e inovar.

Figura I – Monopólio verticalmente integrado



FONTE: Pinto Jr. & Silveira (2000).

Figura II – Livre acesso às redes



FONTE: Pinto Jr. & Silveira (2000).

De acordo com a Figura II, nota-se que as agências reguladoras e os órgãos antitruste devem trabalhar em conjunto, como complementos um do outro, a fim de se alcançar um mecanismo de coordenação entre as instituições de diversos níveis.

Cabe ressaltar, no entanto, que o estabelecimento de tais mecanismos eleva os custos de transação e portanto sua viabilidade deve ser analisada para cada país em particular, de acordo com suas reais necessidades.

Finalmente, os órgãos reguladores em todo mundo podem ser enquadrados em cinco tipos diferentes, segundo Pinto Jr. (2001):

- a) regulador especializado: agências que atuam em uma única indústria (caso da ANEEL);
- b) regulador do setor energético: atuam em diferentes indústrias do setor de energia (caso da ANP);
- c) regulador multi-setorial (“multi-services regulator”) : atuam em diversas indústrias de infra-estrutura;
- d) regulador de serviços diversos judicial (“quase-judicial multi-services regulator”): agências que reúnem competências de âmbito legislativo, administrativo e jurídico em diversas indústrias de infra-estrutura; e
- e) “super regulador” (“whole regulator”): agências que além de possuírem competências de diversas indústrias de infra-estrutura, também possuem atribuições de autoridades de competição (caso da ACCC - Australian Competition and Consumer Commission).

A ACCC é a única agência de âmbito nacional que trata das matérias da competição em geral e a única agência com responsabilidade para reforçar o Acordo de Práticas de Comércio (“*Trade Practices Act*”) e a aplicação da legislação local. ACCC promove a competição e trocas comerciais justas no mercado para beneficiar os consumidores, o negócio e a comunidade como um todo. Regula também serviços nacionais de infra-estrutura. Seu principal objetivo é assegurar-se de que os indivíduos e os negócios estabelecidos entre eles estão de acordo com a busca do

bem-estar social, práticas justas de comércio e as leis da proteção de consumidor (www.accc.gov.au).

No que diz respeito à regulação da indústria e monitoramento de preços, a agência em questão atua em áreas diversas, como aviação, bancos, eletricidade, gás, ferrovias, telecomunicações, zonas portuárias, petróleo e outras. Em relação ao petróleo, especificamente, a agência monitora seus preços, bem como de diesel e GLP (gás liquefeito de petróleo), além de realizar coletas de dados e analisar os preços praticados nas capitais e em mais de cem cidades localizadas no interior da Austrália.

Desse modo, nota-se que existem diversas maneiras de se estabelecer a estrutura institucional de um órgão regulador, assim como o tipo de relação que ela terá com outros órgãos e/ou departamentos. Sua atuação, do mesmo modo, pode variar consideravelmente de um país para outro: desde restrita a um setor específico até uma atuação bastante ampla, englobando inclusive funções de órgãos de defesa da concorrência (e de regulação) em um mesmo órgão.

Cabe ressaltar que o arranjo institucional a ser adotado deve levar em consideração a conjuntura nacional e as características dos setores que serão alvo de regulação, já que não há necessariamente um “tipo de arranjo” melhor que outro; mas sim aquele que melhor se adequa ao contexto no qual está inserido.

1.3. SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O modo de organização da indústria evoluiu com o tempo, gerando a necessidade de “adaptações” durante os períodos de transição. No Brasil verificou-se recentemente tal evolução, e com ela a necessidade de regulação a fim de cobrir eventuais lacunas regulamentares e institucionais. Esse novo modelo de organização visava alcançar a eficiência econômica através de três aspectos diferentes: produtividade, eficiência alocativa e capacidade distributiva.

Ao se analisar o modelo com um enfoque sob a ótica produtiva, objetivava-se reduzir os custos nos diversos segmentos da indústria de petróleo e gás nacional. Sob a égide da eficiência alocativa, a intenção era a de reduzir as barreiras institucionais de modo a estimular os investimentos na indústria de petróleo. E no que concerne ao aspecto distributivo, o principal objetivo era o de elevar o fluxo de receitas fiscais substancialmente, sendo decorrente de um esperado aumento das bases tributárias com entrada prevista de novos operadores e aumento da produção.

Quadro III – Agências Reguladoras no Brasil

<p>Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), 1996</p> <p>Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), 1997</p> <p>Agência Nacional do Petróleo (ANP), 1997</p> <p>Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), 1999</p> <p>Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), 2000</p> <p>Agência Nacional das Águas (ANA), 2000</p> <p>Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), 2001</p> <p>Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), 2001</p> <p>Agência Nacional do Cinema (ANCINE), 2003</p> <p>Agências reguladoras estaduais (13 agências), a partir de 1997</p>

FONTE: Elaboração própria.

A partir da segunda metade da década de noventa tem então início a criação de órgãos que teriam um papel fundamental no que concerne ao sucesso das políticas de reestruturação dos setores de infra-estrutura: as agências reguladoras.

As primeiras criadas no país foram ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (1996), ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (1997) e ANP (1997). As agências do setor energético surgiram em decorrência das Emendas Constitucionais de números 5 a 9 (1995), e fizeram parte do processo de revisão do papel do Estado na economia brasileira.

As agências se constituíram como um “marco regulatório” no País por possuírem autonomia decisória (são autarquias especiais) e financeira (dispõem de recursos próprios) e, apesar de estarem vinculadas a seus respectivos Ministérios, não apresentarem nenhum tipo de subordinação hierárquica.

A “Lei de Concessão de Serviços Públicos”¹⁰ dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e a Lei nº. 9.074 também foi criada nesse mesmo ano, e definia os critérios para entrada do capital privado no setor de infra-estrutura.

Anteriormente, na tradição regulatória do setor de infra-estrutura nacional, os órgãos se encontravam subordinados diretamente ao Ministério de Minas e Energia, e as políticas setoriais ao Poder Executivo, conseqüentemente. Entretanto, não se exercia nenhuma forma efetiva de regulação social sobre as empresas já que existia um natural desinteresse do Estado em se “autofiscalizar”. Assim sendo, as agências reguladoras teriam especial importância no Brasil – em face da tradição política –, principalmente por propiciar uma certa difusão de poder com grande delegação de tarefas a órgãos não pertencentes à Administração Direta (agências e comissões independentes), configurando uma alteração no papel do Estado, surgindo então o conceito de “Estado-regulador”.

A criação de agências especializadas se deu tanto na esfera federal quanto na estadual. Na primeira, o objetivo é regular os serviços de rede de larga escala e os de interesse nacional enquanto que no segundo caso, o que se busca é a regulação dos serviços concedidos (ex: gás

¹⁰ Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

canalizado) ou permitidos pelos estados membros e municípios, a fim de se alcançar uma melhor adaptação às especificidades regionais.

As Leis n.º. 9.427/96 e n.º. 9.478/97 criaram, respectivamente, a ANEEL e a ANP – esta regulamentada em 14 de janeiro de 1998, com o Decreto n.º. 2.455 -, as duas agências que iriam atuar no setor energético nacional. Elas começariam a funcionar em 1998. A Lei n.º. 9.478/97 foi responsável inclusive pela criação de um órgão que seria responsável pelo estabelecimento das políticas do setor a serem implementadas pelas agências: o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). No entanto, não foi elaborado um documento formal que estabelecesse diretrizes de política energética, fazendo com que a estrutura institucional do setor não ficasse suficientemente clara e dando maior responsabilidade que a devida às agências que, na prática, também passaram a criar políticas.

Em função de suas características, a transparência na gestão das agências é de extrema importância para impedir o *risco de captura*¹¹, dar legitimidade às suas iniciativas e reduzir o risco dos investidores, promovendo assim eficiência econômica e bem-estar social. Nesse sentido, as agências dispõem de certos mecanismos para garantir tais quesitos, conforme Tabela II abaixo, além de canais de comunicação com a sociedade (consultas públicas, mecanismos que possibilitam relação direta com consumidores para dirimir eventuais dúvidas, outros).

¹¹ “A captura regulatória ocorre quando o órgão regulador passa a identificar o bem comum com os interesses da indústria que é por ele regulada. Esse tipo de comportamento acarreta ineficiência, pois ocorre um rompimento da relação agente-principal, passando o regulador a proceder como agente ou aliado das firmas da indústria” (Kay & Vickers, 1998 apud Pinto Jr. & Silveira, 2000).

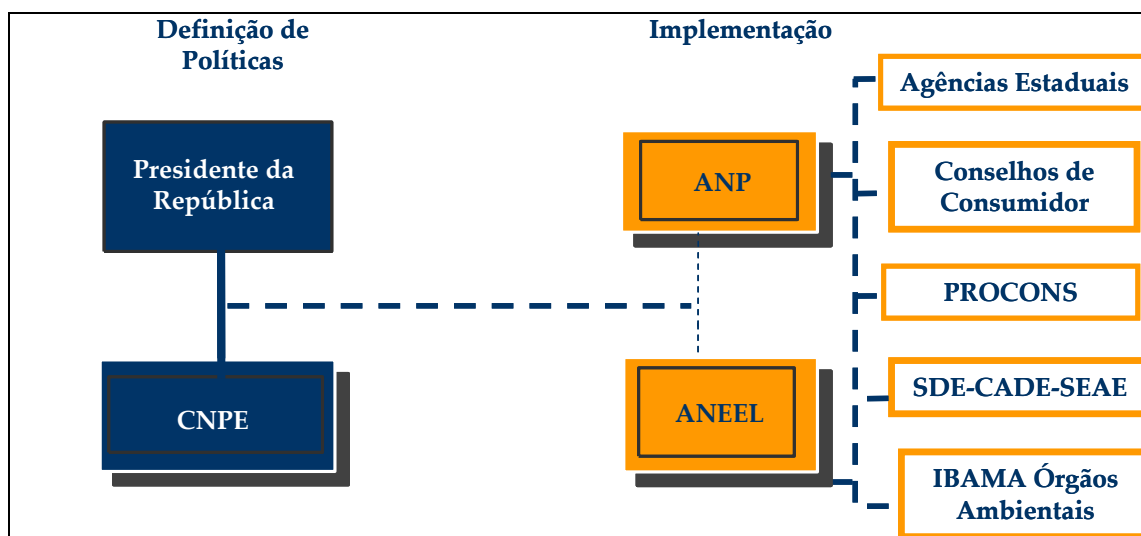
Tabela II - Governança e Salvaguardas das Agências Reguladoras Brasileiras do Setor Energético

	ANEEL	ANP
Regulamentação da Indústria	Lei 9.074 (07/07/95) Lei 9.427 (26/12/96)	Lei 9.478 (06/08/97)
Ato legal de fundação	Lei 9.427 (26/12/96)	Lei 9.478 (06/08/97)
Autonomia decisória e financeira	Autarquia especial: orçamento próprio	Autarquia especial: orçamento próprio
Estabilidade	Mandato fixo; critérios rígidos de exoneração de diretores	Mandato fixo; critérios rígidos de exoneração de diretores
Especialização	Quadro técnico especializado	Quadro técnico especializado
Coop. institucional para defesa da concorrência e consumidores	Agências estaduais SDE	Cade
Fontes de financiamento	Imposto de fiscalização de eletricidade + Lei Orçamentária	Bônus de assinatura; participação especial nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade + Lei Orçamentária

FONTE: Pires & Piccinini (1999).

O órgão regulador é o responsável pela implementação efetiva das diretrizes estipuladas e aprovadas, respectivamente, pelo Executivo e Legislativo, na sua área de competência. Para que não haja influências de grupos de pressão nem implicações macroeconômicas indesejáveis, é absolutamente essencial a independência da agência, para que suas ações se baseiem meramente nas especificidades do setor, considerando a entrada da iniciativa privada e a complexidade da indústria em questão.

Figura III - Estrutura Institucional das Agências Reguladoras (ANP e ANEEL)



FONTE: ANP (2001).

A fim de implementar as diretrizes estipuladas e evitar a ocorrência de práticas abusivas que venham a prejudicar os consumidores, as agências federais estabeleceram relações (formais ou não) com outros órgãos, como os conselhos de consumidor, órgãos de defesa da concorrência e outros, conforme a Figura III acima.

Agências Estaduais ou Secretarias Estaduais de Energia são responsáveis pelos serviços de distribuição do gás canalizado, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 25, § 2º. Em alguns estados, existem secretarias que atuam em outros segmentos das indústrias do setor energético.

No Rio de Janeiro, por exemplo, existe a Secretaria de Estado de Energia, da Indústria Naval e do Petróleo, que atua pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro na coordenação, acompanhamento e fomento das atividades relacionadas ao setor de energia e minas, indústria naval (construção, marinha mercante e portos), indústria do petróleo e dos segmentos industriais correlatos. Na Bahia existe a Secretaria de Infraestrutura, que executa as políticas públicas relativas à energia, transportes, comunicação, bem como regula, controla e fiscaliza a qualidade dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados.

Os Conselhos de Consumidor são mecanismos que os consumidores dispõem para reivindicar, por meios de seus representantes, a melhoria dos serviços prestados pelas concessionárias e, ao mesmo tempo, auxiliarem as agências na sua área de competência, de modo a assegurar à sociedade um atendimento adequado às suas necessidades.

Já a Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON é o órgão responsável pela coordenação e execução da política estadual de proteção, amparo e defesa do consumidor. Cabe ao Procon orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias de consumidores, fiscalizar preventivamente os direitos do consumidor e aplicar as sanções, quando for o caso.

De qualquer modo, a “independência” do órgão regulador deve ser entendida como uma autonomia técnica e operacional. Para que ela exista de fato, alguns pré-requisitos devem estar presentes, de acordo com Pires & Piccinini (1999), a saber:

- a) Recursos orçamentários próprios – provenientes de taxas de fiscalização e de outorgas de concessão – que viabilizem a independência financeira e gerencial da agência;
- b) Autoridade de suas decisões quanto à mediação de eventuais conflitos entre consumidores, empresas e governos nas áreas de sua competência;
- c) O critério de escolha de seus gestores deve se basear estritamente na capacidade /especialização técnica e;
- d) Os gestores devem ter garantia de estabilidade dos seus mandatos para que sejam imunes a possíveis pressões de governos.

A priori, os principais objetivos das agências são conciliar regras estáveis (para dar credibilidade aos agentes econômicos privados) para garantir uma prestação de serviços contínua e que atenda aos padrões de qualidade e preços compatíveis com o padrão de renda da população, e exercer um controle social. Sob esse aspecto, as agências criadas para exercer a função de regulação caracterizam o modelo institucional mais adequado à promoção do bem-estar social, no que concerne à fiscalização de monopólios naturais.

As agências dispõem de uma estrutura que visa garantir a sua principal característica: a autonomia. Nesse contexto, ter autonomia significa que o órgão em questão deve dispor de instrumentos que o permitam atuar livre de intervenções políticas, ou seja, ele deve ter independência financeira e orçamentária bem como deve haver um impedimento para a livre-demissão de seus diretores, segundo Gutierrez (2003).

No que se refere a sua legitimidade, o regulador a adquire a partir de duas fontes básicas: sua lei de criação, que se constitui na base de sua legitimidade, ao estabelecer seus poderes e sua autonomia – e impondo limites a esta -, e a sua atuação, isto é, com que transparência e imparcialidade o órgão desempenha suas funções.

O questionamento da legitimidade das agências, ao se examinar a questão sob a ótica do destinatário final de toda e qualquer regulamentação, é muito bem colocada por Conrado Hübner Mendes in Gomes (2005): *“Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses .”*

Partindo do pressuposto de que a atuação do regulador tem influência direta nos resultados do setor em que atua, é de suma importância garantir que os objetivos propostos sejam alcançados e que os resultados sejam satisfatórios; e um dos meios para isso seria a criação de mecanismos de controle e prestação de contas por parte do regulador.

No caso da ANP, ela é composta por um conselho diretor com cinco membros, por uma secretaria executiva, por câmaras técnicas especializadas e por uma unidade fiscalizadora das relações mantidas entre usuários e concessionários. Os membros da diretoria são indicados pelo chefe do Poder Executivo e devem ser aprovados pelo Poder Legislativo, quando são então nomeados a um mandato fixo. Desse modo, eles somente perdem seus cargos caso cometam falta grave, devidamente apurada em processo administrativo ou judicial. Outra possível forma de os dirigentes perderem seus cargos seria quando da extinção do órgão regulador.

Considerando que as agências devam ser estruturas de tal modo que possam adaptar-se às evoluções do mercado que regulam, a garantia de mandato é fundamental para que elas possuam autonomia e independência suficientes para que possam julgar eventuais conflitos com imparcialidade.

Além da garantia de mandatos, o quadro de funcionários dos órgãos reguladores deve ser composto de um grupo enxuto de servidores altamente qualificados e com a contratação de serviços terceirizados, no caso de problemas específicos que exijam técnicos especializados. No entanto, mesmo estabelecendo um modelo “adequado”, as agências possuem a difícil tarefa de conciliar três objetivos contraditórios, a primeira vista: previsibilidade, estabilidade e flexibilidade.

Enfim, a regulação econômica é matéria complexa porém essencial e, portanto, a existência de tais agências se faz imprescindível para o sucesso dos investimentos privados, centrais para suprir o déficit de investimentos em infra-estrutura no Brasil.

2 – A QUESTÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SETORES DE INFRA-ESTRUTURA

Há uma certa tendência de se confundir alguns conceitos quando tratamos de serviços de utilidade pública. Uma das grandes dificuldades de se tratar do tema “proteção do interesse dos consumidores” está justamente nas definições conceituais e nas fronteiras de competência entre órgãos reguladores e órgãos de defesa da concorrência, ambos importantes para se evitar ausência de competição em determinado setor da economia.

Este capítulo busca, portanto, esclarecer tais conceitos e enquadrar as funções desempenhadas pelos diversos órgãos que atuam tanto em prol dos consumidores quanto nas relações existentes entre os diversos agentes no mercado, além de correlacionar as características principais desses órgãos.

2.1. CONCEITUAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO DO CONSUMIDOR

A proteção ao consumidor somente se tornou uma preocupação social a partir dos anos cinquenta e sessenta, quando a indústria e o comércio já se encontravam plenamente desenvolvidos, sendo que a América do Norte e a Europa foram as pioneiras na criação de órgãos de defesa dos consumidores. A massificação da oferta de produtos e prestação de serviços passou a exigir uma proteção do agente mais fraco (consumidor) nas relações de compra e venda.

No Brasil, a restrição a práticas abusivas por parte dos fornecedores¹² de bens e/ou serviços só teria início na década de noventa, com a instituição do Código de Defesa do Consumidor (CDC) através da Lei n.º. 8.078/1990. Este fora instituído com base no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal (1988), que determinava que o Congresso Nacional o elaborasse.

¹² Segundo o Artigo 3º. do CDC: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A partir do momento em que o Estado acumula um número excessivo de atividades, e constata sua incapacidade de organizar todas elas, ele passa a delegar e outorgar algumas das funções até então desempenhadas pelo aparelho estatal a particulares e pessoas jurídicas. Enquanto na delegação o Estado apenas transfere a execução da atividade, na outorga cria-se uma pessoa jurídica, pública ou privada, transferindo a esta a execução do serviço (mas não sua titularidade).

Desse modo, o conceito de serviço público no seu sentido amplo ficou abalado. Segundo Cretella Júnior (2000), o serviço público era *“toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfazer necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”*. Com a introdução dos mecanismos de outorga e delegação de atividades, no entanto, a prestação não era mais exclusiva a pessoas de direito público e nem teria que ser prestado sob o regime jurídico exclusivamente público.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, define a forma de prestação do serviço público da seguinte forma: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*. Os serviços públicos se configuram como sendo atividades econômicas, estando entretanto sujeitos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Tal fato evidencia a subordinação da Administração Pública aos limites estipulados para prestação de tais atividades enquanto prestadores (de serviços) agindo em nome do Estado.

Assim, vale ressaltar que a execução do serviço público se diferencia de sua titularidade, a qual não pode ser transferida para iniciativa privada. No caso da execução (indireta) propriamente dita, a delegação é formalizada mediante um contrato de concessão ou ato de permissão após as empresas (privadas) terem sido escolhidas através de licitação pública. Ambos podem vir a ser revogados como forma de sanção administrativa, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em outras palavras, a prestação de serviço público indireta se dá mediante regime de outorga ou delegação. No caso da outorga, há transferência do serviço à entidade autárquica ou fundações, criadas pelo Estado especificamente para realização do serviço; é o tipo de relação que existe entre Estado (Ministério de Minas e Energia) e a ANP, por exemplo. Já em relação à delegação, esta ocorre quando há transferência a pessoas físicas ou jurídicas por força de contrato

ou ato administrativo. As concessões, permissões e autorizações ocorrem sob regime de delegação (entre a ANP e as concessionárias, por exemplo).

No que diz respeito à prestação do serviço público, em relação ao usuário, ainda de acordo com o texto constitucional, existe a obrigação de se prover um serviço adequado. Isso decorre do fato de que a “relação de consumo” – caracterizada pelo reconhecimento do “direito supremo de livre escolha” (Bonatto & Moraes, 1999, p.42) - que existe entre os prestadores e os usuários de serviços públicos (“consumidores”) se configura como sendo claramente desigual¹³. Esse conceito – serviço adequado - envolve necessariamente certos princípios a serem adotados pelos agentes reguladores, segundo Berg (2000):

- a) Comunicação: o estabelecimento de um fluxo constante de comunicação auxilia o entendimento das medidas regulatórias empreendidas, por parte dos acionistas, o que pode facilitar o compromisso destes em aderirem a tais medidas;
- b) Consulta: os agente participantes de uma indústria regulada – reguladores, consumidores e concessionárias – devem poder consultar informações uns dos outros como meio de garantir que os sistemas regulatórios apropriados serão estabelecidos. Ou seja, a consulta possibilita que reguladores avaliem as implicações de suas ações bem como permite que acionistas venham a sugerir alternativas e melhorias à estrutura regulatória adotada;
- c) Consistência: a prestação de serviços de um setor regulado deve ser consistente em todos os setores bem como ao longo do tempo. Esse conceito tem relação com o provimento de regras justas que não prejudiquem algum participante em particular, em detrimento de outro;
- d) Previsão: princípio essencial para que as concessionárias possam prever seus investimentos futuros, sem temer eventuais mudanças inesperadas no ambiente regulatório em que se encontram, principalmente num setor onde figuram investimentos de longo prazo de retorno e em infra-estrutura;

¹³ De acordo com o princípio jurídico geral da vulnerabilidade: “os consumidores são considerados os mais fracos, não sendo necessário provar sua vulnerabilidade perante os fornecedores de produtos e/ou serviços”. (Moraes, 1999, p. 96).

- e) Flexibilidade: é a capacidade de utilizar diferentes instrumentos de regulação para trazer melhorias e evoluções ao ambiente regulatório ao longo do tempo, de acordo com as mudanças externas, ou seja, demonstra a capacidade de adaptação do ente regulador;
- f) Independência: as medidas regulatórias tomadas devem ser desprendidas de quaisquer influências externas. Isso fornece credibilidade ao sistema adotado;
- g) *Effectiveness* e Eficiência: devem haver instrumentos capazes de mensurar e monitorar os benefícios decorrentes da adoção de instrumentos regulatórios, bem como dos custos incorridos para sua prática, tais ações permitiriam uma avaliação do custo-benefício da estrutura regulatória que estiver em questão;
- h) *Accountability*: este princípio está relacionado com a responsabilização do órgão regulador pelas suas ações. Para tanto, eles devem estabelecer critérios claros de decisão bem como fundamentá-las ;
- i) Transparência: implica em manter os objetivos e decisões dos reguladores disponíveis, (com transparência) para acesso a estes pelos agentes da indústria na qual atuam. Tal “abertura” tende a dar mais confiança e, portanto, maior aceitação pelas decisões tomadas pelo regulador.

Cabe destacar que há princípios conflitantes entre si. Nesses casos, deve-se observar o objetivo principal: maximizar o benefício público.

Ainda a respeito dos princípios supracitados, pode-se dizer que a ANP tem se destacado em relação a: comunicação, flexibilidade, *effectiveness* e transparência.

A Política Nacional de Relações de Consumo (Lei nº. 9.008/95) destaca, dentre seus objetivos, a necessidade de compatibilização e harmonização dos interesses conflitantes entre os agentes (consumidores e fornecedores de produtos e serviços). Tal relação difere daquela que se verifica entre a Administração Pública e os concessionários/permissionários, regida pelas regras do direito público, sob a forma de um contrato administrativo.

Nesse contexto, a Lei 8.987/95 (Concessões e Permissões) é de fundamental importância, bem como o CDC - Código de Defesa do Consumidor, ao se analisar a definição do consumidor enquanto princípio da ordem econômica brasileira. As normas jurídicas estão voltadas basicamente para o equilíbrio das relações de consumo através da tutela jurídica da parte mais vulnerável – os consumidores.

Depreende-se do que foi exposto que serviço público é toda atividade que a lei atribui ao Estado com o objetivo de satisfazer as necessidades coletivas, sendo exercida pela Administração Pública ou por seus delegados, sob regime jurídico total ou parcialmente público. Esses serviços devem servir o público em primeiro lugar, e somente em segundo plano devem remunerar o Estado ou quem os explore.

Os serviços públicos essenciais (saúde, educação, eletricidade, etc), por sua vez, são contínuos e o corte por inadimplemento é ilegal. Eles são direito do consumidor e dever do Estado, e portanto, nada impede que sejam oferecidos gratuitamente àqueles que não puderem pagar por eles.

Nota-se portanto, que a indústria do petróleo não se refere a um serviço público estrito senso (conforme já mencionado), mas a um produto de importância estratégica e pública. Ou seja, trata-se de interferir no processo produtivo de uma mercadoria e não de um serviço e portanto, a ANP deve ser entendida como uma “agência executiva” pois regulamenta uma atividade industrial que é monopólio da União, e não serviços públicos (prestados através da iniciativa privada). Cabe, no entanto, ressaltar que atualmente alguns autores, como Rocha (1996), discordam de tal noção. Na sua ótica, o serviço público não é necessariamente contrário a atividades econômicas exercidas pelo Estado (conforme Artigo 173 da Constituição Federal).

Nesse caso, os consumidores são contemplados como beneficiários da política energética nacional e as tarefas de regulação e fiscalização devem especialmente garantir o suprimento nacional dos produtos e proteger o interesse dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta. Desse modo, diante da agência, os consumidores podem aparecer como beneficiários das políticas gerais, como vítimas de práticas abusivas dos agentes econômicos e bem como participantes do processo decisório, devendo ser ouvidos quando as normas estabelecidas pela ANP afetarem seus interesses.

O foco de atenção da Agência, entretanto, não pode ser unicamente os consumidores atuais. Ela deve atuar na proteção dos interesses dos futuros consumidores, seja na garantia de suprimento futuro dos recursos existentes, seja no aproveitamento racional dos mesmos para inclusão de novos consumidores ao mercado.

Assim, diferentemente dos setores de energia elétrica e de telecomunicações (serviços públicos), o mercado de petróleo possui certas peculiaridades no lado do consumidor. O consumidor de derivados de petróleo (gasolina e álcool) não é cativo e pode, portanto, mudar de fornecedor. Além disso, apesar de haver uma considerável concentração entre produtores, existe grande competição entre os fornecedores (revenda). Também merece destaque o elevado número de agentes no setor, o que aumenta a necessidade de conhecimento do mercado, se a interferência não é direta.

2.2. SBDC – SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A regulação procura simular os efeitos da concorrência, visando promover e incentivar a prestação dos serviços públicos com qualidade, e a custos cada vez menores em virtude de avanços de produtividade, que serão refletidos em tarifas cada vez menores para os consumidores.

A experiência internacional tem mostrado que a existência de uma legislação antitruste e de uma política de regulação econômica são fatores-chave em economias abertas que buscam assegurar o crescimento econômico. Ambos dependem da qualidade das normas jurídicas que as regem de modo que se apliquem condutas coerentes por parte dos diversos órgãos (reguladores e antitruste).

O estabelecimento de regras para regulação de mercados busca dessa forma reduzir custos de transação, assimetrias de informação, atentar para externalidades (positivas ou negativas), interferir no aspecto distributivo de recursos (por exemplo, estabelecendo metas de universalização dos serviços) e, ainda, garantir a eficiência alocativa e a proteção dos consumidores.

O sucesso da promoção do crescimento nessa ótica dependerá de dois elementos básicos: equilíbrio entre o gasto público e o investimento privado e inovação.

Os órgãos de defesa da concorrência no Brasil atuam em todo o território nacional, desempenhando funções distintas mas que se complementam, conforme Tabela III abaixo.

Tabela III - Características Principais dos Órgãos Brasileiros de Defesa da Concorrência.

	CADE	SEAE/MF	SDE/MJ
Base legal	Lei 4.137/62 Lei 8.884/94	Lei 9.069/95	Lei 8.078/90 Lei 8.884/94 Lei 9.008/95 Lei 9.021/95
Atribuições	Zelar pela livre concorrência Difundir a cultura da concorrência Decidir questões relativas às infrações	Regulação tarifária, identificação de falhas em estruturas regulatórias vigentes, promover a desregulamentação e/ou rerregulamentação.	Prevenir, apurar e reprimir infrações contra a ordem econômica. Orientar o planejamento, a elaboração e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor e promover as medidas necessárias para assegurar os direitos dos consumidores.
Objetivos	Controlar abusos de preços	Fixar normas e critérios para a concessão de reajustes e revisões de preços públicos e tarifas de serviços públicos.	Formular, promover e coordenar a política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor.
Área de atuação	Todo território nacional	Todo território nacional	Todo território nacional

FONTE: CADE, SDE/MJ e SEAE/MF (2004).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) integra, com a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. O objetivo principal desse Sistema é a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na lei antitruste (Lei n.º 8.884/94).

A Lei em questão introduziu na legislação brasileira a prevenção, passando a estipular meios de controle de fusões e aquisições em geral; além de ter aprimorado a legislação repressiva

contra o abuso econômico (em especial no que concerne a repressão a cartéis e outras condutas não-competitivas não abrangidas na legislação anterior); e passou, inclusive, a prever a intervenção da teoria econômica.

A atuação do SBDC divide-se em três vertentes: a repressão a condutas anti-concorrenciais, o controle de concentrações (ou controle de estruturas de mercado), via apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas; e a promoção ou "advocacia" da concorrência.

Com relação a sua ação repressiva, o Sistema funciona da seguinte forma, de modo geral: a SDE dá início às averiguações preliminares e processos administrativos; posteriormente, cabe a SEAE emitir um parecer econômico sobre o fato que está sob investigação e; finalmente, o CADE deve julgar o caso de forma definitiva.

O controle de estruturas é disciplinado pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que estabelece um prazo de trinta dias para a manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de sessenta dias para deliberação (julgamento), sendo esses prazos suspensos quando da solicitação, pelos órgãos, de informações adicionais.

Ainda no que se refere ao controle de estruturas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência analisa preventivamente se uma concentração entre empresas (fusões, aquisições, incorporações, etc.) pode causar efeitos prejudiciais à concorrência. A SEAE tem atribuição, prevista na Lei nº 8.884/94, de proceder à análise econômica da operação, do ponto de vista dos impactos sobre a concorrência. Nos casos de atos de concentração, a SEAE procede a uma análise dos seus custos e benefícios, sugerindo a aprovação daqueles que gerarem efeitos líquidos não-negativos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas em relação àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

A promoção ou "advocacia" da concorrência refere-se ao papel educacional das autoridades antitruste na disseminação da "cultura da concorrência" e ao papel de, direta ou indiretamente, essas autoridades influírem na formulação das demais políticas públicas, de modo a garantir que a concorrência seja incentivada ao máximo.

No atual contexto econômico, a repressão a condutas anti-competitivas representa o grande desafio à frente do SBDC – e da SEAE em particular. Atenção prioritária tem sido dedicada aos casos de condutas de concentração (cartéis), tanto no plano nacional como no internacional. Nesse último caso, a intenção é identificar de que forma cartéis de empresas multinacionais afetam a economia e o consumidor brasileiro. Universalmente reconhecidos como danosos a uma economia de mercado eficiente, cartéis para fixação de preço ou divisão de mercado são um empecilho ao desenvolvimento econômico e não podem ser tolerados.

Com relação à terceira vertente de atuação do SBDC, deve-se observar a intensa interface entre a regulação econômica e a promoção da concorrência, uma vez que esta pode ser alcançada por meio da correção de falhas em estruturas regulatórias. Nesse sentido, a SEAE tem atuação expressiva nas discussões referentes à reestruturação de vários setores da economia, entre eles aviação civil, energia elétrica, transportes, saneamento e telecomunicações, bem como na constituição de um marco regulatório para concessões públicas.

Passados dez anos de existência do órgão (1994-2004), os principais marcos do período que contribuíram para uma maior previsibilidade, transparência e efetividade à política nacional de concorrência, foram:

- a) definição de normas para combater a formação de cartéis;
- b) elaboração de guia para análise de atos de concentração; e
- c) estabelecimento de esforços de cooperação internacional em distintos fóruns, como OMC (Organização Mundial do Comércio), OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), e ICN (International Competition Network).

O governo Lula deu prosseguimento a tais iniciativas com a assinatura do acordo de cooperação entre Brasil e Argentina que estabeleceu os procedimentos para implementar as metas do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, a eleição da SEAE para o Comitê Diretor do Fórum Latino-Americano de Concorrência e a ratificação do acordo de cooperação com os Estados Unidos que havia sido firmado no governo anterior.

Atualmente, as autoridades brasileiras estão negociando acordos similares com a União Européia e outros países da América Latina que possuem leis de concorrência. Esses instrumentos visam mitigar uma deficiência grave da política de concorrência no Brasil e no resto do mundo, que reside na ausência de um fórum multilateral capaz de lidar com o assunto.

No plano doméstico, várias inovações foram introduzidas desde 2003, como o sistema de indicadores econômicos disponível na página da internet da SEAE, que visa promover a transparência das condições de concorrência em setores selecionados, e as novas metodologias¹⁴ aplicadas na investigação de cartéis.

Por fim, a interface entre regulação e concorrência adquiriu uma nova dimensão neste governo, sobretudo em áreas que afetam diretamente a qualidade de vida da população de baixa renda, como saneamento básico, gás de cozinha (GLP) e produtos farmacêuticos.

Assim, nos encontramos diante de um cenário multilateral marcado por instituições recém-criadas na maioria dos países e pela carência de mecanismos para enfrentar conflitos de interesses derivados da crescente globalização do processo de competição capitalista. No entanto, o governo vem adotando medidas que fortalecem não apenas os instrumentos necessários à sustentação do crescimento econômico do país, mas também a credibilidade de nossas políticas públicas no plano internacional, demonstrando intenção de tomar as providências necessárias ao aprimoramento do SBDC.

Uma dessas providências que já vem tomando forma é a vontade de se alterar a Lei n.º 8.884/94 de modo a deixar absolutamente claro que qualquer cartel deva ser encarado como uma prática anti-competitiva *per se*, não sendo portanto necessário mensurar seus efeitos adversos¹⁵. Enfim, o que se busca é evitar ao máximo a interferência do Estado na economia e o estabelecimento de condutas anti-competitivas que possam reduzir o bem-estar dos consumidores em geral. Como colocava Adam Smith em seu livro “A Riqueza das Nações”, em 1776:

¹⁴ De acordo com entrevista realizada com Daniel Goldberg, em fevereiro de 2005 [cf. anexo 2], a SEAE e SDE vêm implementando medidas para reduzir o tempo médio de análise dos atos de concentração e agilizar as funções complementares das duas secretarias.

¹⁵ Um projeto de lei já foi elaborado e sugere, dentre outras alterações, a criação da ANC – Agência Nacional de Defesa da Concorrência. No entanto, desde sua criação (em 2000), não tem havido nenhum avanço nesse sentido.

“Pessoas do mesmo tipo de negócio freqüentemente se encontram, mesmo que para conversarem de amenidades e se divertirem, mas a conversa termina numa conspiração contra o povo ou alguma combinação para aumentar preços. Legalmente é impossível evitar que isso ocorra sem atentar contra a liberdade e a justiça. Embora seja legalmente impossível evitar esses encontros, a lei não deveria facilitar essas reuniões, muito menos torná-las necessárias.”

2.3. REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

As reformas nas indústrias do setor energético envolvem a redução das barreiras à entrada, institucionais ou tecnológicas, de novos agentes, ou seja, a estrutura de mercado deve ser modificada de modo a introduzir pressões competitivas no setor.

Se por um lado a identificação da presença de estruturas de monopólio exige instrumentos de regulação setorial, como uma adequada separação dos custos pertencentes aos segmentos de monopólio natural daqueles potencialmente competitivos; por outro lado, a presença de posições dominantes, com o possível risco de ocorrência de práticas abusivas de mercado, torna necessária a presença de defesa da concorrência para monitorar a conduta dos agentes.

Em grande parte dos países (à exceção da Inglaterra e dos Estados Unidos¹⁶), as leis antitruste surgiram recentemente e por esse motivo ainda carecem de instituições aptas e recursos humanos especializados para que possam obter legitimidade no exercício de suas funções. A concepção básica em torno desse aspecto concentra-se no binômio “eficiência econômica/ defesa dos consumidores”.

Existem no país diversos órgãos que atuam no setor energético, de forma específica ou não. Eles estabelecem relações entre si que constituem um quadro institucional complexo e,

¹⁶ A Inglaterra construiu no século XII um conjunto de decisões judiciais que definia os aspectos legais das questões relacionadas à defesa da concorrência sem, no entanto, estipular um estatuto preciso (Lei), chamado de Common Law. Os EUA herdaram a *common law* inglesa e criaram o Sherman Antitrust Act, em 02 de julho de 1890, que seria o primeiro estatuto legal de defesa da concorrência no mundo (Considera, 2002).

portanto, a qualidade da coordenação dessas relações é de fundamental importância no processo de reestruturação do setor de energia.

Esse leque de órgãos abrange desde instituições que atuam especificamente em um setor particular até órgãos com atuação mais geral, que atendem a diversos setores da economia, como órgãos de defesa do consumidor e da concorrência.

No que diz respeito à legislação antitruste (defesa da concorrência), apesar de ter sido introduzida no País há quarenta anos atrás - em 1962, com a criação do CADE - ela só adquiriu relevância em 1994, com a Lei nº. 8884, que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A defesa da concorrência visa evitar que fusões e aquisições adquiram características anticompetitivas (prevenção) assim como deve investigar e punir quando tais condutas ocorrerem (repressão).

Os aspectos não-econômicos dos contratos de concessão ou de regulação setorial vigentes são objeto da atuação de órgãos setoriais, sejam eles federais, estaduais ou municipais. Tais órgãos têm a função de ditar normas de condução entre os agentes envolvidos, isto é, o Poder Público, o prestador de serviços, e os usuários.

Existem basicamente três formas possíveis de se alocar as funções entre regulador e órgãos antitruste quando da reestruturação de um arcabouço regulatório. A mais comum é a separação funcional das atividades (caso brasileiro). Outra alternativa possível, mas que pode gerar possível conflito entre o objetivo de proteção ao consumidor e demais objetivos buscados pelo ente regulador (por exemplo, estabilidade financeira dos mercados regulados), é dar ao regulador total competência sobre uma indústria específica. A última opção é fazer com que a autoridade de promoção da concorrência seja responsável tanto pela regulação quanto pelo estabelecimento de mecanismos antitruste.

No último caso, apesar de evitar uma eventual duplicação de custos de conhecimento no setor, pode acabar contribuindo para o surgimento de instituições muito complexas, aumentando a burocracia e, portanto, reduzindo sua habilidade em tomar atitudes rapidamente.

As agências reguladoras visam, de modo geral, a proteção dos usuários; o livre acesso dos usuários ao serviço prestado e sua não discriminação; a possibilidade de livre escolha do

fornecedor; e tarifas módicas sem, no entanto, desrespeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Haverá uma lei específica para cada serviço prestado, a fim de se regular as relações entre os três agentes: poder concedente, concessionário e usuário.

Apesar de estabelecerem relações entre si visando a defesa do consumidor (usuário) e a eficiência econômica, as agências e os órgãos antitruste possuem fronteiras de competência (vide Figura IV) e objetivos finais diferenciados e, conseqüentemente, fronteiras de atuações distintas.

Figura IV – Fronteiras de Competência entre Regulação e Defesa da Concorrência

	Estruturas de Mercado			
	Concorrência Perfeita	Competitivas*	Não Competitivas*	Monopólio Natural
Defesa da Concorrência	—	×	××	×
Regulação	—	—	×	××

*NOTA: Oligopólios podem estar incluídos em ambas as categorias.

FONTE: Covre (2004).

Em primeiro lugar, as agências reguladoras agem *ex-ante* – a não ser em casos de atos de concentração - enquanto que os órgãos antitruste agem *ex-post*, na repressão de condutas contrárias à competição. Em segundo lugar, ao passo que as agências monitoram as condutas de agentes em um mercado determinado, os órgãos antitruste normalmente agem visando alcançar soluções estruturais, ou seja, ligadas à estrutura de oferta do mercado em questão. Em terceiro lugar, as agências reguladoras respondem por um número muito maior de objetivos, enquanto que os órgãos antitruste possuem uma ação mais focada num objetivo específico. E finalmente, as agências exercem mais intervenção no mercado, exigindo o envio periódico de informações pelos agentes, enquanto que os órgãos antitruste só demandam informações quando imprescindíveis às análises de atos de concentração ou processo administrativo, e agem com base em denúncias.

Além de lidar com as questões estruturais, de custos irrecuperáveis e de serviço universal, ao se realizar reformas regulatórias, deve-se atentar para certos aspectos relevantes, que dizem

respeito ao limite de competências entre órgãos reguladores e de defesa da concorrência, segundo a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2003):

- a) Regulação Técnica: estabelecimento de padrões de conduta e monitoramento de modo a assegurar as proteções social, de segurança e do meio ambiente adequadas. Nesse caso, há pouca relação quanto a questões concorrenciais, já que requer um conhecimento profundo do mercado em questão além de monitoramento constante. Por essas razões, este tipo de ação deve ser de responsabilidade das agências reguladoras.
- b) Regulação Econômica: estabelecimento de medidas de controle de preços de monopólio. Aqui também, as agências reguladoras são mais adequadas pela necessidade de monitoramento constante e grande necessidade de conhecimento específico do setor.
- c) Regulação de Acesso: garantir acesso não discriminatório à mão-de-obra e, principalmente, à infra-estrutura, necessárias ao desenvolvimento do mercado. O objetivo é promover a competição nos mercados, visando o bem-estar da sociedade como um todo. Nesse caso, o órgão mais adequado ao desempenho dessa função não é claro. Ao mesmo tempo em que há necessidade de um grande volume de informações e monitoramento constante – funções naturalmente desempenhadas pelas agências reguladoras –, existe também a necessidade de experiência com relação a abuso de poder de mercado, ações tipicamente desenvolvidas pelos órgãos antitruste.
- d) Proteção Concorrencial: controle de condutas anti-competitivas e fusões. Por se tratar de um aspecto que demanda grande experiência em relação à proteção da competição e abuso de poder de mercado, os órgãos antitruste são obviamente mais adequados a desempenhá-la.

Deve-se atentar ao fato de que, apesar de apresentarem objetivos e competências distintas, há uma clara sinergia entre esses órgãos. Assim, depreende-se que o estabelecimento de cooperação técnica entre eles será sempre mais eficiente que a superposição dessas.

A análise dos setores em que tais órgãos atuam deve ser feita de modo dinâmico e não se baseando somente em vantagens comparativas estáticas. Por exemplo, quando a necessidade de

regulação econômica e de acesso é permanente, é mais aconselhável que seja desempenhado por uma agência reguladora. Mas, por outro lado, se tal necessidade é temporária e objetiva-se introduzir a competição em um mercado específico, é mais indicado que a regulação econômica e de acesso seja desenvolvida por órgãos de defesa da concorrência. Porém, em ambas as situações, a defesa da concorrência deve continuar sendo de competência dos órgãos antitruste.

As atividades pertencentes ao setor de petróleo e gás nacional sofrem, portanto, tanto uma regulação setorial (ANP) como também são influenciadas pelos órgãos de defesa da concorrência. A atuação de cada órgão vai variar conforme o tipo de atividade em questão [cf. Anexo 1].

Infelizmente, não existe uma “fórmula” única, e o arranjo institucional em reformas regulatórias vai depender das características de cada país. Além disso, os custos de transação devem ser considerados: os custos tanto monetários quanto temporais em um contexto multi-institucional são consideravelmente superiores àqueles onde há uma única instituição atuante.

Ainda assim, a cooperação e a coordenação entre as ações dos órgãos antitruste e de regulação devem sempre estar presentes de algum modo a fim de evitar o estabelecimento de regras de conduta que desestimulem os investimentos dos diversos agentes.

Segundo Melo (1999, apud Pinto Jr. & Silveira, 2000): “...a convivência entre normas de controle destinadas a setores específicos aplicadas por uma agência reguladora e normas gerais de defesa da concorrência carrega um potencial de conflitos, pela natural diversidade de objetos visados por uma e outra legislação bem como pelo fato de serem aplicados por autoridades distintas: uma – a agência reguladora – encarregada de cuidar de vários assuntos num só setor; outra – a agência antitruste – encarregada de um só assunto em todos os setores. Tem-se, portanto, não só problemas de coerência entre diferentes sistemas normativos aplicáveis à mesma situação, mas também possibilidade de soluções diferentes aplicadas pelos órgãos da administração pública envolvidos...”.

Desse modo, visando reduzir a possibilidade de choques de competências em relação aos agentes do mercado em questão, deve-se buscar ao máximo a interação e compatibilização entre os instrumentos de regulação setorial e antitruste.

Quadro IV – Características Institucionais de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência

Órgãos de Defesa da Concorrência	Agências Reguladoras Setoriais
<ul style="list-style-type: none"> • Competição tida como um processo natural. 	<ul style="list-style-type: none"> • Regulação substitui forças de mercado.
<ul style="list-style-type: none"> • Foco na redução do poder de mercado 	<ul style="list-style-type: none"> • Visa atenuar poder de mercado.
<ul style="list-style-type: none"> • Tendência a aplicar medidas estruturais 	
<ul style="list-style-type: none"> • Intervenção ocorre quando há ameaça à competição: atuação ex-post 	<ul style="list-style-type: none"> • Intervenção ocorre frequentemente e há necessidade de contínuo fluxo de informações: atuação ex-ante.
<ul style="list-style-type: none"> • Função é garantir a competição: atuação restritiva 	<ul style="list-style-type: none"> • Atuação mais abrangente

FONTE: Considera (2001) e ANP (2004).

No Brasil, o arranjo institucional entre a agência reguladora e órgãos de defesa da concorrência teve início com a publicação da portaria conjunta nº 1, de 08 de abril de 1999, entre CADE e ANP. Ela criou uma comissão que seria encarregada de elaborar a proposta de um plano de cooperação institucional, estipulando os procedimentos operacionais para a atuação desses dois órgãos na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

De acordo com o Quadro IV acima, é possível distinguir as principais características entre os órgãos reguladores e os órgãos de defesa da concorrência, mas a cooperação entre eles é também essencial na medida em que evita uma duplicação dos gastos e favorece uma troca de *expertise* entre eles, garantindo assim uma reestruturação mais eficiente. Os órgãos de defesa da concorrência podem prover grandes contribuições às agências reguladoras (e vice-versa). Os primeiros, por terem profundo entendimento acerca das questões de estímulo à competição, inclusive em setores que possuem características de monopólio natural, como é o caso da infraestrutura; e as agências porque estão mais próximas ao setor em questão e assim têm informações mais detalhadas e podem fazer um acompanhamento permanente.

Enfim, o compartilhamento de ações é essencial para se alcançar a melhoria da eficiência econômica setorial via promoção da concorrência.

➤ Defesa da Concorrência e Defesa do Consumidor

Tanto a defesa da concorrência quanto a defesa do consumidor visam defender a “soberania do consumidor”, no entanto, enquanto a primeira busca garantir um leque (competitivo) de escolhas ao consumidor, a defesa do consumidor visa garantir que, dentro desse leque de escolhas possíveis, ele possa fazê-la sem ser influenciado por violações, como omissão de informações ou fraude.

A defesa da concorrência tem a função de evitar que o leque de escolha dos consumidores seja prejudicado pelas imperfeições de mercado, como informação imperfeita, custos irrecuperáveis (sunk costs) de entrada em determinado segmento ou condutas anti-competitivas. Estas decorrem de (excesso) poder de mercado, externalidades (positivas ou negativas), bens públicos ou informação assimétrica.

A análise do impacto de uma eventual falha de mercado é complexa e, desse modo, a simples existência de uma imperfeição não é motivo suficiente para uma intervenção por parte dos órgãos antitruste.

Já a defesa do consumidor se justifica pela existência de fatores que prejudicam sua livre escolha, a saber: coerção, informações falsas, incompletas ou de difícil compreensão, e também pelo fato de se configurarem como um grupo vulnerável, ou seja, não têm as mesmas condições de acesso às informações que os ofertantes de produtos/ serviços.

Isto posto, as políticas de defesa do consumidor visam evitar que os usuários sejam prejudicados, através do estabelecimento de políticas que devem buscar (Oliveira, 2004): a promoção da qualidade dos produtos; a compreensão das informações sobre composição, utilização e infreqüência do produto; e evitar fraude ou omissão de informações.

➤ Processos de cartelização: conceituação.

No setor de petróleo e gás, uma das práticas mais prejudiciais à livre concorrência se constitui na instauração de cartéis. Para se configurar como prática ilícita há necessidade que seja comprovada a existência de acordo entre os postos revendedores sobre alguma variável econômica relativa às suas atividades, não sendo suficiente para a configuração de um cartel a uniformização de preços sem o estabelecimento de acordo entre concorrentes.

Desse modo, são necessários fundamentalmente dois elementos para se caracterizar um cartel: a existência de um acordo entre os concorrentes e a capacidade de tal acordo prejudicar de alguma forma a livre concorrência.

De acordo com uma publicação¹⁷ conjunta da ANP e SDE intitulada “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis”, os cartéis se constituem como um acordo horizontal, formal ou não, entre concorrentes que atuam no mesmo mercado geográfico, e que vise uniformizar as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, como preços, quantidades, condições de pagamento e outras, de modo a regular ou neutralizar a concorrência.

Sabe-se que a concorrência se dá quando há um encontro entre os desejos dos produtores concorrentes em ofertar determinadas quantidades e qualidades de produtos com os desejos dos consumidores em obtê-los; nenhum agente econômico sendo capaz de impor preços no mercado em questão. Assim, o nível de concorrência será diretamente proporcional ao nível de livre comércio existente e inversamente proporcional à intensidade de interferência do Estado no processo econômico, em determinado país.

A existência de cartéis, portanto, interfere de forma negativa no mercado, causando danos ao consumidor e prejudicando a eficiência econômica; pois tal prática consegue aumentar os preços acima do nível de concorrência e reduzir a produção. Além disso, o estabelecimento de um cartel protege seus participantes da exposição às forças de mercado, o que diminui a pressão para que controlem custos e invistam em novas tecnologias.

Segundo Considera (2002), a margem de lucro dos cartéis, apesar de apresentar variações significativas, pode alcançar até o nível de 50% (cinquenta por cento), em certos casos. Visando

¹⁷ ANP, SDE (2004)

combater esse tipo de infração à ordem econômica, faz-se necessário que os órgãos de defesa da concorrência sejam dotados de uma maior capacidade de investigação, bem como atuem em conjunto com órgãos reguladores setoriais, os quais têm informações mais detalhadas sobre determinado setor.

O Brasil se configura como um dos países com maiores índices de processos de cartelização. Tal fato decorre do próprio histórico do país, já que o Estado, até a década de noventa, interferia fortemente em todos os aspectos econômicos. E, de acordo com Goldberg¹⁸, um dos agentes que favoreceu uma postura mais passiva da sociedade brasileira em relação a essa questão foi, por exemplo, o CIP – Conselho Interministerial de Preços¹⁹. O órgão acabava por forçar a economia para uma combinação de preços e conspiração contra a concorrência, em anos de superinflação.

¹⁸ Entrevista realizada com o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, em fevereiro de 2005.

¹⁹ O CIP foi criado em 1968, a partir do Decreto n.º 63.196 e seria o órgão através do qual o governo federal faria executar a política de preços no mercado interno, buscando sua harmonização com a política econômico-financeira global.

3 –PRÁTICAS ABUSIVAS E A ATUAÇÃO DA ANP

Em geral, a relação entre o poder concedente (seja atuando diretamente ou através dos órgãos reguladores) e as empresas, ou entre estas e os grandes consumidores, são mais equilibradas do que a relação entre as empresas e os consumidores difusos (o cidadão comum, a pequena empresa, etc.). Órgãos reguladores, empresas concessionárias - ou as demais que atuam na indústria de energia - e grandes consumidores possuem estrutura para discutir seus problemas de forma equilibrada. Os grandes consumidores também estão organizados através de entidades empresariais, ampliando ainda mais a capacidade de articulação, discussão e pressão pelos seus interesses.

No caso dos consumidores difusos, a exemplo do proprietário do veículo que abastece periodicamente nos postos de revenda de combustíveis, o poder de organização e articulação é restrito, ficando ele a mercê da atuação do órgão regulador e demais entidades que atuam na sua proteção contra práticas abusivas (Poder Legislativo, Ministério Público, Procons, etc.). O foco desta atuação tem sido no combate aos cartéis de formação de preços e a adulteração da qualidade dos produtos, principalmente a gasolina.

No Brasil, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis atua em dois segmentos da indústria de energia, petróleo (e seus derivados) e gás natural. Essa particularidade gera complexas atribuições ao órgão visto que, apesar de serem tratados de modo semelhante, esses dois combustíveis/insumos possuem especificidades muito diferentes. Ou seja, a Agência abrange um vasto leque de responsabilidades e relações inter-setoriais, fato este que muitas vezes dificulta suas ações, principalmente quando não há bases legais/regulatórias específicas a cada um dos insumos em questão.

Enquanto a regulamentação para a indústria do petróleo já se encontra num estado avançado de desenvolvimento, no caso do gás natural ainda há muito a ser feito. Particularmente, a criação de uma “Lei do Gás Natural” é de extrema importância na promoção do desenvolvimento desse mercado.

A regulação da ANP engloba tanto as atividades do *upstream* como as do *downstream*²⁰, no caso do petróleo; enquanto que no caso do gás natural, suas principais atribuições dizem respeito ao segmento do upstream, além das atividades relacionadas ao transporte.

Tais funções tornam a ANP um órgão diferenciado em relação às demais agências de outros países. Estas, em geral, têm como principal objetivo no mercado de gás regular os preços (distribuição) e no Brasil, tal papel é desempenhado pelos estados – agências estaduais - conforme estabelecido pela Constituição de 1988. Em relação ao petróleo, na maior parte dos países o controle dos contratos de concessão para exploração de reservas são feitos pelo Estado (Ministério de Energia).

Soma-se ainda a estas atribuições a árdua tarefa de se criar um ambiente competitivo onde existe uma indiscutível presença de uma ex-estatal (Petrobrás) no setor, que domina a maior parte do acesso à infra-estrutura (gasodutos, refinarias, etc) nesse mercado.

A Petrobrás alterou sua estrutura organizacional bem como sua estratégia de atuação com a fim do monopólio, em 1995, de modo a enfrentar a entrada de novos competidores no setor. Entretanto, mesmo com a abertura, a maioria dos novos investimentos têm sido feitos pela própria Petrobrás ou por parcerias dela com outras empresas, principalmente em projetos *offshore* (localizado ou operado no mar), já que ela é reconhecida mundialmente por sua liderança de tecnologia em águas profundas.

Nesse contexto, é possível elencar cinco objetivos principais a serem buscados pela ANP no sentido de atrair novos investimentos (Pinto Jr., 2001):

- a) estabelecer e monitorar a especificação e qualidade dos derivados de petróleo;
- b) definir regras para exportação e importação de petróleo, seus derivados e gás natural;
- c) definir o modelo dos contratos de concessão;
- d) organizar rodadas licitatórias para novas áreas de exploração de petróleo e gás; e

²⁰ O segmento downstream engloba as atividades de refino do petróleo bruto, tratamento do gás natural, transporte e comercialização/distribuição de derivados; enquanto que o upstream se caracteriza pelas atividades de exploração e produção. (FONTE: ONIP, 2005).

e) definir regras de livre acesso para gasodutos e oleodutos.

No que concerne à defesa do consumidor em particular, merece destaque o primeiro item acima enumerado. O controle da qualidade dos produtos é primordial, além dos preços praticados no setor. No entanto, no Brasil trata-se de um mercado aberto os preços não podem ser diretamente controlados. Em relação ao gás natural, o fator crucial é prover meios para elevar o nível de competição através do livre acesso aos gasodutos, os quais são basicamente controlados pela Petrobrás.

Em relação à desregulamentação dos preços dos combustíveis, o processo somente seria concluído em 1º de janeiro de 2002, após um considerável período de transição (de 1997 a 2001), com a substituição da PPE – Parcela de Preço Específica pela CIDE²¹; liberação dos preços nas refinarias e centrais produtoras; eliminação dos subsídios ainda existentes; e queda das barreiras legais à importação.

Nesse ambiente de transição e abertura do setor, novos agentes seriam criados.

Os formuladores seriam agentes autorizados a importar hidrocarbonetos líquidos, ou adquiri-los no mercado interno e utilizá-los para formular gasolina tipo “A”²² e diesel. Seu papel é elevar a oferta de diesel e gás natural no mercado doméstico e promover uma maior flexibilidade ao importador, já que este não ficaria mais restrito ao mercado de produtos finais (gasolina e diesel) no mercado internacional.

²¹ Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico, instituída pela Lei nº. 10.336/2001. De acordo com o parágrafo 5º da referida Lei, a Cide terá, no momento de sua criação, na importação e na comercialização no mercado interno, as seguintes alíquotas específicas:

- I – gasolina, R\$ 860,00 por m³;
- II – diesel, R\$ 390,00 por m³;
- III – querosene de aviação, R\$ 92,10 por m³;
- IV – outros querosenes, R\$ 92,10 por m³;
- V – óleos combustíveis com alto teor de enxofre, R\$ 40,90 por t;
- VI – óleos combustíveis com baixo teor de enxofre, R\$ 40,90 por t;
- VII – gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado de gás natural e da nafta, R\$ 250,00 por t;
- VIII – álcool etílico combustível, R\$ 37,20 por m³.

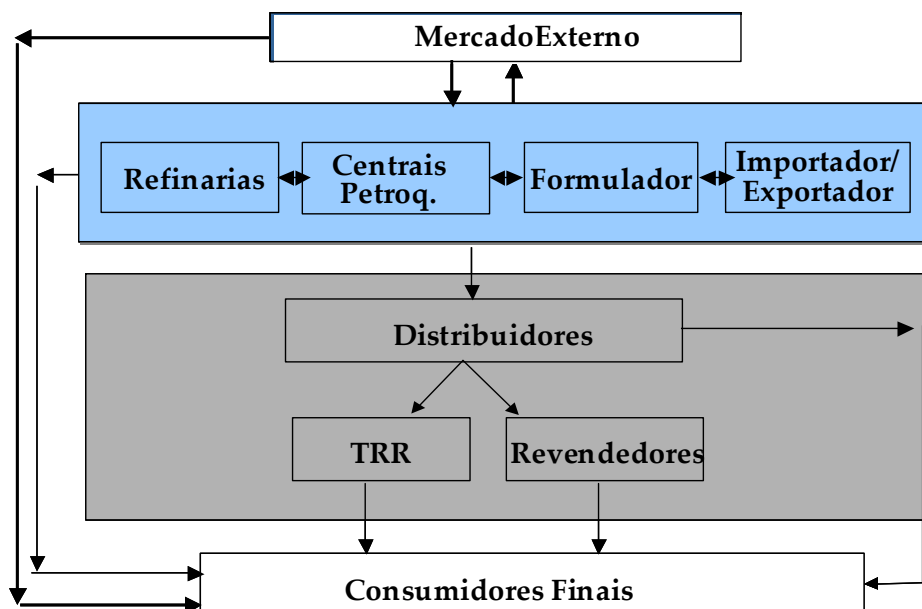
²² Gasolina tipo A: gasolina produzida no País ou importada pelos agentes econômicos autorizados, isenta de componentes oxigenados e comercializada com o distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo.

O importador poderia importar diesel, gasolina “A”, solventes e outros produtos – não podendo efetivar nenhum processo de mistura entre hidrocarbonetos líquidos.

O certificador fora criado com o objetivo de supervisionar o processo físico de descarregar e receber o produto e, ocasionalmente, etiquetar e certificar o transporte interno, ou seja, estabelecer regras para regular o controle de qualidade do petróleo importado e seus derivados.

Os revendedores, por sua vez, somente poderiam obter produtos de distribuidores certificados pela ANP e devem manter-se leais à bandeira (“marca”) da companhia distribuidora, caso desejem usar sua marca.

Figura V – Estrutura Geral e Agentes Econômicos da Indústria do Petróleo Nacional



FONTE: ANP (2002).

Contudo, apesar da abertura promovida no segmento downstream, percebe-se que a logística sempre foi fator-chave para a promoção da competição neste segmento, já que o escoamento do produto só pode se dar a partir de uma rede de distribuição existente. Os terminais constituem, portanto, elo fundamental na infra-estrutura de movimentação de petróleo e seus derivados, pois são compostos por um conjunto de instalações utilizadas para o recebimento, armazenagem e expedição de produtos.

A manutenção do controle da infra-estrutura de transporte e armazenamento pela Petrobras impediria assim a chegada do combustível ao consumidor final. Por este motivo, a Lei estabeleceu o livre acesso a terceiros nos ativos de transporte e armazenagem da estatal, criando uma subsidiária da Petrobras, a Transpetro – Petrobras Transporte S.A., conforme estabelecido no artigo 65 da Lei 9.487/97:

“A Petrobras deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

Cabe ressaltar aqui que o livre acesso engloba apenas as instalações de transporte²³, ou seja, aquelas que não podem ser qualificadas como de interesse exclusivo de seu proprietário, servindo a algum propósito específico, podendo assim ser compartilhadas por mais de um usuário. Mesmo assim, a utilização destas deve respeitar as características operacionais das instalações e a preferência de seu proprietário.

Atualmente, no Brasil, os oleodutos e gasodutos autorizados pela ANP totalizam cerca de 7.500 Km de extensão, sendo que 25% são destinados à movimentação de petróleo e 75% à movimentação de derivados e outros produtos. Do total de oleodutos e gasodutos aproximadamente 65% são classificados como dutos de transporte, ou seja, podem ser compartilhados. No entanto, observando a estrutura de tais dutos (transporte), percebe-se que 62% deles têm extensão inferior a 15 Km (ANP, 2003).

Há uma nítida limitação da capacidade instalada existente, evidenciada pelo compartilhamento, em muitos casos, das instalações para o escoamento da produção bem como para a recepção do produto importado ou proveniente de outras regiões do País. No entanto, na prática, o desenvolvimento de uma rede de distribuição é custoso e arriscado, pois tais construções são sujeitas a elevadas economias de escala. Assim, dificilmente haverá uma expansão da infra-estrutura nesse segmento sem a participação do governo (através da Petrobras).

²³ As instalações que são de uso exclusivo do proprietário são denominadas de *instalações de transferência*.

Conclui-se portanto que, diferentemente da exploração e produção (upstream), a expansão do downstream não se caracteriza como um processo autônomo na medida em que a logística é crucial nesse processo, e a infra-estrutura logística no Brasil ainda possui sérios gargalos.

No caso dos preços dos combustíveis, a liberalização teve início no começo da década de noventa, apesar de as condições institucionais para promovê-la somente terem sido estabelecidas com a “Lei do Petróleo” (1997).

A desregulamentação da distribuição e revenda dos combustíveis, seguida da quebra do monopólio da Petrobras e da abertura no downstream impulsionou a problemática da adulteração de combustíveis e fraudes fiscais no País. Os efeitos malignos desses problemas não se restringem somente aos motores dos veículos, mas também influenciam aspectos ambientais, saúde (aumento da emissão de poluentes) e evasão fiscal, prejudicando a sociedade em geral.

Ainda, a grande entrada de novos agentes no setor, essencialmente distribuidoras de pequeno porte, acirrou ainda mais a questão fiscal. Para se ter uma idéia, o setor de distribuição de derivados líquidos de petróleo passou de oito empresas (tradicionais e multinacionais) para mais de 250 companhias (274 em agosto de 2005), de acordo com dados da ANP. Não possuindo as mesmas condições de competir com as tradicionais multinacionais já estabelecidas elas passaram a alegar concorrência desleal e conquistaram espaço através do uso de liminares, com as quais ficavam isentas de pagamento de ICMS e outros impostos. Tal isenção de impostos, no entanto, tem gerado consideráveis prejuízos econômicos (R\$ 1.5 bilhão por ano com ICMS, de acordo com o Sindicom).

Além disso, outras práticas negativas como a comercialização sem emissão de nota fiscal, as notas fiscais *frias* (sem valor fiscal) e aumento de cargas roubadas tiveram lugar. Estima-se que os combustíveis respondam por cerca de 80% das cargas roubadas (Sindicom, 2004). A comercialização sem emissão de nota fiscal ocorre quando o dono do posto revendedor não respeita a “*fidelidade da bandeira*”, isto é, compra combustível de qualquer distribuidora mas ostenta a marca de uma distribuidora oficial. Nesse caso, o combustível chega a ser até 45% mais barato.

Buscando aprimorar seus esforços na garantia da defesa dos direitos dos consumidores, a Agência tem implementado mudanças na fiscalização buscando coibir práticas ilícitas e garantir o

controle da qualidade dos produtos. As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) também têm contribuído nesse sentido, principalmente através da extinção de liminares.

Condições mínimas para obtenção de registro junto à Agência foram estabelecidas pela Portaria ANP nº. 202, criada em 1999, exigindo o cadastramento de todos os postos do país. O número de empresas clandestinas e irregulares reduziu significativamente já que verificou-se a documentação e as condições operacionais de cada posto. A implementação de marcadores nos solventes também desempenhou papel de destaque nesse sentido.

As não-conformidades dos combustíveis vêm sofrendo redução nos últimos anos, segundo dados da ANP. No ano de 2000, a média de amostras de gasolina fora dos padrões exigidos pela ANP foi de 12,5%. Em 2001, passou para 9,2%, caindo para 7,3% em 2002, 6,8% em 2003 e 4,9% em 2004. Outro dado relevante diz respeito ao nível de sonegação (total) do setor de combustíveis que caiu 25% em 2004, passando de R\$ 3,5 bilhões (2003) para R\$ 2,6 bilhões, de acordo com dados do Sindicom.

Outro grave problema que deve ser considerado é o universo de agentes contemplado: há, atualmente (novembro de 2004, segundo a Superintendência de Abastecimento e Qualidade da ANP), cerca de 33 mil postos revendedores, 250 distribuidoras de combustíveis, 75 mil revendedores de GLP e 704 TRRs²⁴. Esse amplo número de agentes contra com um quadro de fiscais reduzido, de cinquenta pessoas, aproximadamente.

Tabela IV – Autuações da ANP no Setor de Combustíveis Nacional

Ano	Fiscalização	Interdição	Infração	Aut. Qual.**
1999	7.334	449	2.099	425
2000	12.458	558	4.202	742
2001	15.639	692	5.250	1.216
2002	22.565	1.133	7.214	1.916
2003	26.341	1.310	8.665	1.625
2004	25.061	1.671	7.852	1.294
2005*	7.732	438	1.961	531

*Atualizado em 05/08/2005 (link: <http://www.anp.gov.br/petro/fiscalizacao.asp>)

** Autuações por qualidade.

²⁴ Transportador-Revendedor-Retalhista: Agente cuja atividade caracteriza-se pela aquisição de produtos a granel e sua revenda a retalho, com entrega no domicílio do consumidor. A atividade de TRR compreende a aquisição, armazenamento, transporte, comercialização e o controle de qualidade dos combustíveis, exceto gás liquefeito de petróleo, gasolina e álcool combustível.

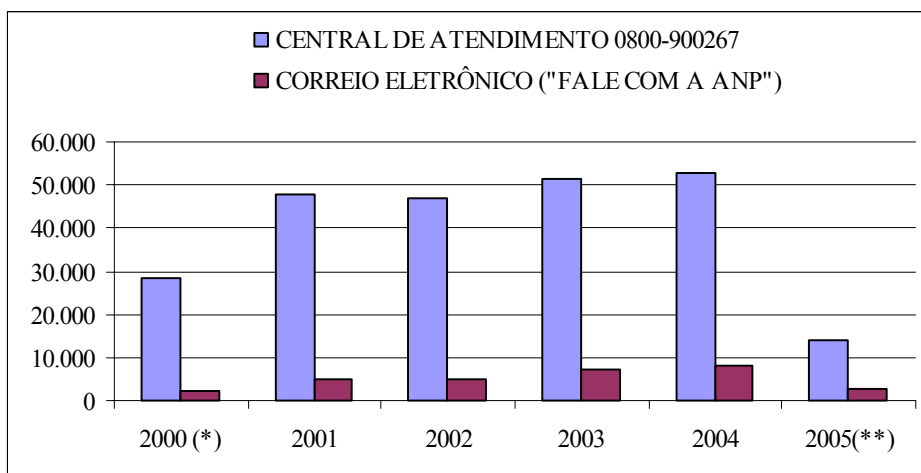
Fonte: Anuário Estatístico ANP, 2004.

FONTE: ANP, 2005.

Em 2000 (28 de junho) criou-se o Centro de Relações com o Consumidor (CRC), através da Portaria ANP n.º 111. A finalidade do órgão é a de “...coordenar a execução das atividades relacionadas com a comunicação e a proteção dos interesses dos consumidores de produtos e serviços das indústrias de petróleo e gás natural...” (Artigo 1º, Portaria ANP n.º 111/2000). Para cumprir tal finalidade, o CRC tem os seguintes objetivos a serem cumpridos: receber e analisar as demandas dos consumidores e do público em geral; orientar os consumidores; identificar tendências do mercado consumidor; contribuir com a fiscalização da ANP; e desenvolver estudos e pesquisas.

A central busca assim uma permanente melhoria dos serviços prestados pela Agência bem como fornecer informações que possam orientar os consumidores para que se dirijam adequadamente às instituições que solucionem suas demandas. O público-alvo é o cidadão: consumidores, agentes econômicos, pesquisadores, consultores, organizações públicas e privadas, entre outros. Merece destaque a participação dos consumidores e agentes econômicos que, somados, representam quase 70% (setenta por cento) dos contatos recebidos.

As demandas recebidas pelo CRC são divididas em informações, denúncias/ reclamações, sugestões e elogios / agradecimentos, sendo que cerca de 80% dos contatos recebidos tratam-se de pedidos de informações. As denúncias e reclamações mais frequentes tratam de (ANP, 2005): adulteração de combustíveis (70,2%); comércio irregular (12,3%); preços (5%); e reclamações contra a ANP (4,9%). As manifestações recebidas pelo CRC são, em sua maioria, feitas através da central de atendimento (0800), sendo que aquelas feitas via correio eletrônico representam, em média, 12% do total, conforme gráfico II abaixo.

Gráfico II. Manifestações Recebidas pelo CRC – Centro de Relações com o Consumidor

*A partir de julho

** Até março

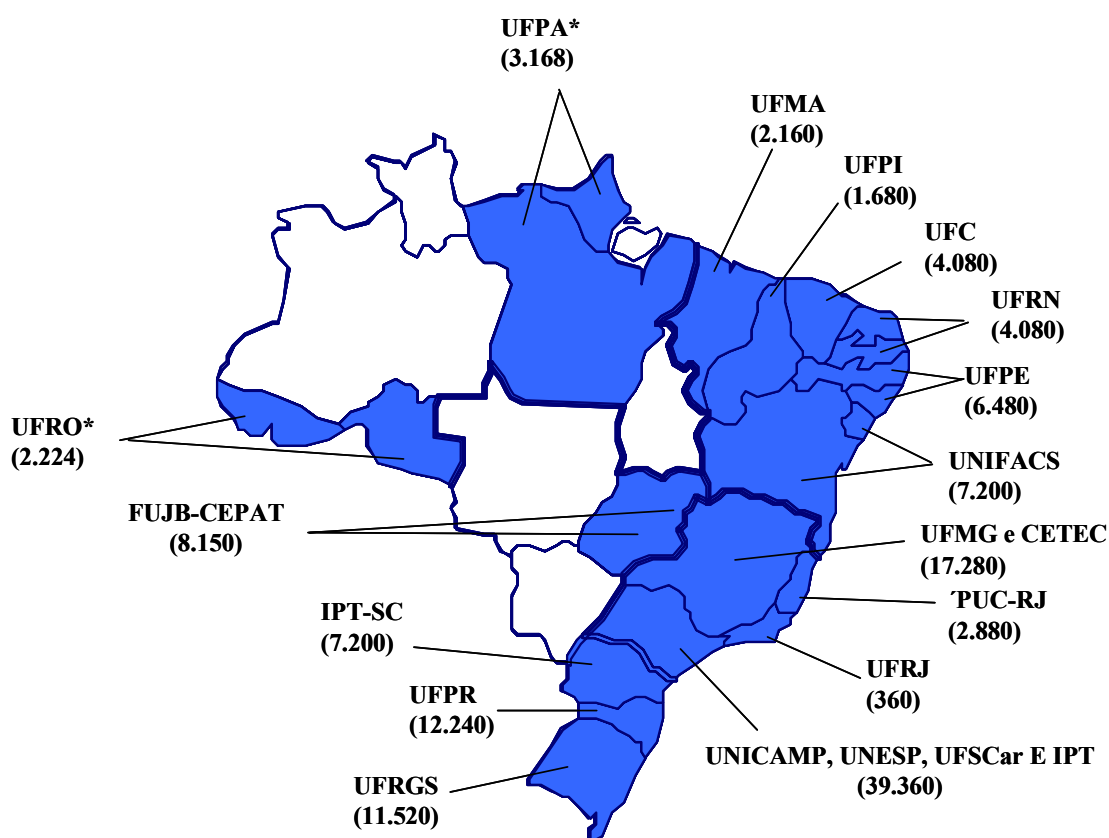
FONTE: ANP, Central de Atendimento (26/04/2005).

Além do CRC, a ANP implementou outras iniciativas nesse sentido. Criou um sistema flexível de fiscalização – com base no inciso VII do artigo 8º da Lei 9.478/97 – para firmar convênios com órgãos estaduais, como Corpo de Bombeiros (parceira que tem dado resultados muito positivos em Minas Gerais e no Paraná em especial, de acordo com o Sindicom), Ministério Público, Polícia Federal e Secretarias Estaduais de Fazenda.

Também passou a firmar contratos com fundações ligadas a universidades visando auferir a qualidade dos produtos nas fases anteriores à revenda. As informações levantadas são repassadas a ANP, que desse modo, pode mapear as regiões de maior incidência de fraudes e então focalizar as suas ações nesses locais.

O primeiro convênio foi estabelecido em outubro de 1999 (começando a funcionar no início de 2000), com o Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) da Universidade Regional de Blumenau, em Santa Catarina. Atualmente já são vinte os convênios firmados.

Figura VI – Amostras Analisadas por Ano no Programa de Monitoramento da Qualidade da ANP



*Convênios estabelecidos em 04/03/2005, número de amostras previstas.

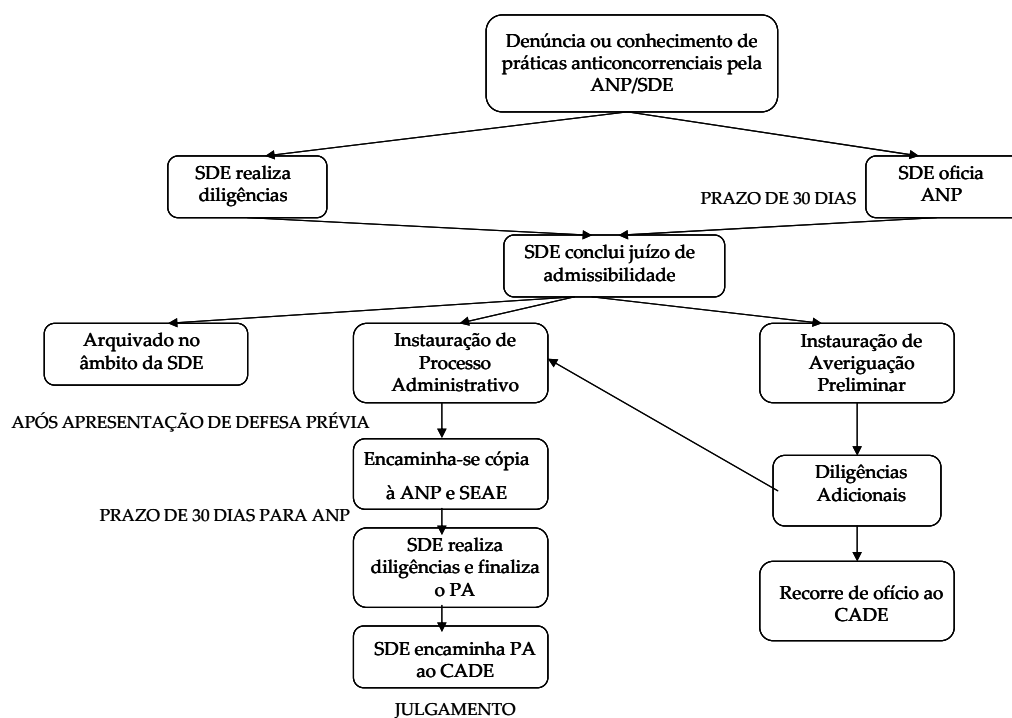
FONTE: Nogueira (2002) e ANP (2005).

Conforme a Figura VI acima, essas instituições avaliam estatisticamente a qualidade da gasolina – regular, aditivada e premium -, diesel e álcool de milhares de amostras por ano, buscando identificar a natureza dos problemas de qualidade e, dessa forma, auxiliar a agência na tomada de atitudes que repreendam as adulterações. Esse convênios com universidades formam o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Combustíveis, e responde pela coleta e análise de mais de 130 mil amostras por ano. A agência também contratou um grupo de especialistas para fazer um levantamento completo do comportamento geral de preços.

Outro instrumento que auxilia a Agência na fiscalização das atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis é o Acordo de Cooperação Técnica estabelecido entre a ANP, a SDE e o CADE, celebrado em 22 de março de 2000. O objetivo desse instrumento é permitir a comunicação efetiva e permanente entre esses órgãos de modo a possibilitar a divulgação de atos, agilizar as questões relativas áreas de interesse comum e, principalmente, atuar de forma a prevenir e reprimir infrações da ordem econômica.

De acordo com esse instrumento, a ANP deve reportar à SDE indícios de práticas que possam vir a restringir a livre concorrência, além de comunicar tais fatos ao CADE. Caso seja instaurado Processo Administrativo envolvendo agentes do setor de combustíveis pela SDE, a ANP terá um prazo de trinta dias para se manifestar bem como para emitir pareceres técnicos, caso também sejam requisitados pela Secretaria (com base no artigo nº 36 da Lei 8.884/94). Os detalhes do trâmite processual em casos de infração à ordem econômica estão demonstrados na Figura VII abaixo.

Figura VII– Infrações contra a Ordem Econômica (trâmite processual)



FONTE: ANP (2001).

A penalidade máxima, de revogação de autorização para exercício da atividade, será aplicada pela Agência apenas nos casos em que a prática de infração da ordem econômica for reconhecida pelo CADE ou por decisão judicial, com base na Lei nº. 10.202/2001, que modificou o artigo nº. 10 da Lei 9.847/99. Essa Lei dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece as seguintes formas possíveis de sanções administrativas, passíveis de serem aplicadas pela ANP:

- a) multa;
- b) apreensão de bens e produtos;
- c) perda de produtos apreendidos;
- d) cancelamento do registro do produto junto à ANP;
- e) suspensão de fornecimento de produtos;
- f) suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;
- g) cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; e
- h) revogação de autorização para o exercício da atividade.

Vale ressaltar, no entanto, que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório²⁵ devem ser observados.

Ainda, outro avanço na fiscalização da qualidade dos combustíveis diz respeito à instituição de obrigação, por parte dos revendedores, a analisar as cargas de combustíveis com o auxílio de equipamentos e procedimentos pré-determinados, decorrente da Portaria ANP nº. 248/2001.

É possível verificar que a Agência não defende o consumidor individualmente, mas estabelece as regras a serem seguidas. Grande parte das medidas que a ANP toma em relação à proteção dos consumidores é meramente preventiva. Ou seja, embora ela possa eventualmente

²⁵ O conceito de “ampla defesa”, juridicamente, significa que todas as partes envolvidas no litígio podem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais se pode enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova (garantia constitucional prevista no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal). O conceito do “contraditório” está ligado ao conceito de ampla defesa e implica no direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos (Almeida, 2002).

punir os responsáveis de uma eventual lesão aos seus direitos (consumidores), não pode, por exemplo, obrigar uma distribuidora a indenizar um consumidor em particular.

Figura VIII – Dimensões que Auxiliam na Defesa dos Interesses dos Consumidores no Setor de Petróleo e Gás Nacional.

CONSUMIDORES		
<u>Defesa da Concorrência</u>	<u>ANP</u>	<u>Legislativo</u>
Acordo Cooperação Técnica	Monitoramentos	CPIs
CADE – ANP - SDE	Portarias Técnicas	
	CRC	

FONTE: Elaboração própria, baseada nas informações recolhidas nas entrevistas realizadas [cf. Anexo 2].

Em resumo, a ANP tem buscado interferir de forma positiva no que concerne à fiscalização dos combustíveis, de modo a defender o interesse dos consumidores, evitando práticas abusivas pelos diversos agentes do mercado. Ao agregar informações periódicas, a agência consegue inibir tais práticas nocivas.

No entanto, o desempenho da ação fiscalizadora da ANP ainda requer melhorias para que possa ser considerado verdadeiramente eficaz. Além de aumentar o quadro de fiscais quantitativa e qualitativamente, deve haver um maior esforço de cooperação com órgãos de defesa da concorrência, que ainda se encontra prematuro.

Espera-se que a adoção e implementação desses e de novos instrumentos, além de ações conjuntas com órgãos de defesa da concorrência e do consumidor, possam promover a reorganização do mercado e a redução das irregularidades existentes.

RESULTADOS e CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras setoriais surgiram em decorrência de mudanças na forma de atuação do Estado, que se adequava a um novo contexto mundial. No caso do Brasil, em particular, tais órgãos foram considerados – quando da sua criação – uma “inovação institucional” e foram a principal consequência de uma modificação do papel desempenhado pelo Estado, de “Estado-empresário” para “Estado-regulador”.

Isso significou uma adequação da postura do governo frente a uma conjuntura de escassez de recursos públicos que fosse capaz de manter o crescimento sustentável do país, principalmente após os dois choques do petróleo (1973 e 1979), que causaram uma restrição considerável dos recursos provenientes do exterior (investimentos externos diretos).

No que concerne ao setor de petróleo e gás nacional, à ANP foram atribuídas diversas funções, dentre as quais a fiscalização. Tal responsabilidade tem suma importância no que se refere à manutenção da garantia dos interesses dos consumidores, buscando evitar que venham a sofrer práticas abusivas por parte dos diversos agentes do setor; especialmente no caso brasileiro, com fortes vestígios de um predomínio de atuação monopolística (Petrobras).

O trabalho se desenvolveu tendo como bases fundamentais referências bibliográficas e dados estatísticos contemporâneos, além de um leque de entrevistas feitas com agentes ligados ao tema abordado. As entrevistas, por sua vez, contemplaram um leque amplo de visões (agentes do governo, sindicato, empresas privadas) e, portanto, muitas opiniões em relação a determinados aspectos divergiram. Porém, foi possível elencar também aspectos-chave em comum que foram considerados, no sentido de se obter uma efetiva melhoria da ação fiscalizadora realizada pela ANP, em conjunto com os demais órgãos de defesa da concorrência relacionados.

Cabe ressaltar que as entrevistas, feitas com especialistas brasileiros de petróleo e gás bem como do setor de defesa da concorrência - com ênfase naqueles que tinham conhecimento sobre fiscalização de combustíveis – se configuraram como metodologia-chave e que tal metodologia permitiu que fossem reunidas informações atuais e obtidas diretamente dos agentes, ou seja, “não-tendenciosas”; contribuindo assim para a reunião de informações concretas e verídicas.

O principal objetivo buscado ao longo do trabalho foi o de realizar uma avaliação detalhada do desempenho da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis em relação a sua real capacidade (técnica e institucional) de fiscalizar o setor nacional de combustíveis contra possíveis fraudes e práticas abusivas em geral.

De um modo geral, a visão do setor quanto a esse aspecto – evitar práticas abusivas contra consumidores – é de que a Agência desempenhou um bom trabalho dentro do possível, ou seja, ela foi capaz de desenvolver meios para reduzir tais práticas lesivas, mesmo sem estar amplamente dotada de instrumentos e não tendo o necessário amparo legal para desenvolvê-lo.

Assim sendo, e considerando-se a meta que se pretendia alcançar, são descritos a seguir os resultados obtidos ao longo do trabalho; que foram assim divididos: (a) entraves/dificuldades e (b) melhorias, no desempenho da Agência quanto à fiscalização.

a) Entraves/ Dificuldades ao desempenho da ANP na fiscalização do setor de combustíveis:

1. Fiscais: O restrito quadro de fiscais se configura como o principal problema. Existem hoje em dia, menos de cinquenta fiscais em exercício, para um número muito elevado de agentes (mais de cem mil), chegando a uma proporção de, aproximadamente, um fiscal para cada 2.100 (dois mil e cem) agentes; isso sem considerar o espaço geográfico do país, com dimensões continentais, o que também dificulta a ação fiscalizadora.

2. Base Legal: Outra questão importante a ser resolvida diz respeito à base legal existente. Setenta por cento dos agentes entrevistados consideram esse aspecto essencial com vistas a permitir que a ANP exerça, em determinadas situações, poder de polícia.

A Lei de Penalidades (8.884/94) é extremamente frágil em relação às práticas abusivas no setor de petróleo e gás nacional, o que gera um sentimento de impunidade no setor. Desse modo, além de não serem fiscalizados do modo e na frequência como deveriam, os agentes fraudadores não se intimidam frente a eventuais represálias, já que, na maior parte das vezes, demoram anos para serem efetivamente penalizados (pagar uma multa, por exemplo).

3. Carga Tributária: a carga tributária incidente nos combustíveis é extremamente elevada. Isso faz com que haja maior interesse em adulterações e fraudes. Caso essa carga não

fosse tão elevada, provavelmente o retorno econômico não seria tão grande, reduzindo assim o incentivo para adoção de tais práticas ilegais. Um bom exemplo dessa questão, é o caso da redução da alíquota do ICMS incidente sobre o álcool ocorrida em São Paulo no final de 2003 - de 25% (vinte e cinco por cento) para 12% (doze por cento) -, com o conseqüente aumento de arrecadação tributária nesse estado²⁶.

b) Melhorias no desempenho da ANP na fiscalização do setor de combustíveis:

1. Convênios: Os convênios com universidades e centros de pesquisa permitiram que se adotasse uma fiscalização mais focada em determinada região, onde os monitoramentos de qualidade e preço apontassem maior probabilidade de práticas ilegais, facilitando assim o trabalho dos fiscais e reduzindo, portanto, o tempo necessário às investigações.

2. Interação com órgãos de defesa da concorrência: partindo do pressuposto que os setores de infraestrutura (como é o caso do setor de petróleo e gás natural) têm íntima relação com a questão da defesa da concorrência, em função de suas características – retornos de escala, estruturas verticalizadas, monopólios, etc -, o estabelecimento de uma maior interação entre regulação e defesa da concorrência é extremamente importante.

O grande conhecimento técnico desse assunto pelos órgãos de defesa da concorrência em conjunto com a atuação do órgão regulador, que atua diretamente no mercado e possui informações sistemáticas sobre ele, tornam o trabalho de fiscalização muito mais efetivo.

No que concerne exclusivamente aos resultados das entrevistas realizadas com agentes a especialistas, uma análise enxuta pode ser verificada na Tabela V abaixo.

²⁶ De acordo com Carlos Orlando Silva, Superintendente Adjunto da Superintendência de Abastecimento e Qualidade da ANP, em entrevista realizada em 10 de dezembro de 2004 [Anexo 2].

Tabela V – Análise das Entrevistas Realizadas

	ENTRAVES			MELHORIAS	
	Quadro de fiscais	Carga Tributária	Base Legal	Convênios	Interação entre Regul. e Def. Concorrência
Agentes de Mercado	X	XX	X	X	X
Agentes de Governo	X	X	X	XX	-
Órgãos de Defesa da Concorrência	-	-	X	-	XX

Fonte: Elaboração própria com base nas entrevistas realizadas.

Enquanto os entraves foram praticamente uma unanimidade, as visões acerca das melhorias - do desempenho da Agência em relação a sua ação fiscalizadora - foram bastante distintas. De qualquer modo, toda e qualquer ação que possa vir a contribuir para a redução de práticas abusivas contra os consumidores deve ser implantada. Quanto mais ações existirem nesse sentido, mais os consumidores terão a ganhar.

Portanto, foi possível verificar que, apesar de ter criado instrumentos para melhor desempenhar seu papel de fiscalização, a Agência continua encontrando diversos entraves à sua plena gestão.

Enfim, sendo fator crucial para o desenvolvimento do setor, principalmente por se caracterizar por um setor que ainda se encontra em processo de transição – já que sua abertura se deu recentemente -, a fiscalização deve ser priorizada não somente para proteger os consumidores finais, mas todos os agentes que anseiam poder participar de tal segmento em condições de igualdade. Somente dessa forma será possível considerar que a abertura do setor nacional de petróleo e gás foi efetivamente benéfica.

Sugere-se, para trabalhos a serem desenvolvidos posteriormente, que seja feita uma análise das modificações decorrentes da implantação (ou não) do Projeto de Lei das Agências bem como

de todas as implantadas ao longo do mandato atual do “governo Lula”; verificando se os instrumentos/entraves aqui mencionados foram adotados/suprimidos. Desse modo, será possível vislumbrar se realmente as ações propostas geraram os benefícios esperados e que medidas ainda devem ser implantadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Publicação eletrônica** [mensagem pessoal], Atendimento Call Center (0800 900 267), pedido n^o. 0328421/2005. “Total de Atendimentos Realizados pelo CRC – julho de 2000 a março de 2005”. Mensagem recebida por <debora.souza@dz-ne.com.br> em 26 abril 2005.

_____ : banco de dados (sobre fiscalização). Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/petro/fiscalizacao.asp>>. Acesso em: 08 mar. 2005.

_____ Defesa da Concorrência e Regulação: a interação entre a autoridade antitruste e os órgãos reguladores. In: Defesa da Concorrência e do Consumidor no Brasil – Nova Legislação e Políticas, 2001, Brasília. **Anais Eletrônicos**. Brasília, Ministério da Justiça, 2001. Disponível em:
<http://www.mj.gov.br/sde/dpde/eventos/legislacao_politicas.htm>. Acesso em: 13 dez. 2004.

_____ PORTARIAS (vários números). Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/leg/legislacao.asp>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

_____ **ANP 2 Anos: 1998-2000**, Séries ANP, Número 1, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/conheca/outros.asp>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

_____ **As Missões de Regulação: lições internacionais e seus desdobramentos para a organização da Agência Nacional do Petróleo**. Rio de Janeiro, Nota Técnica n. 1, mai. 2001. Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/conheca/outros.asp>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

_____ ; SDE. **A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis**: cartilha de orientação. Brasília, 2004. 13 p. Disponível em:
<http://www.mj.gov.br/noticias/2004/maio/cartilha_cartel.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2004.

ALMEIDA, J. E. **Breves Anotações sobre o Princípio da Ampla Defesa**. Jus Navigandi, Teresina, artigo n. 58, ago. 2002. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em 31 jul. 2005.

ARAÚJO JR., J. T. **Decisão do CADE e o seu Contexto Histórico**. SEAE, artigo, fev. 2004. Disponível em:
<http://www.fazenda.gov.br/seae/artigos/DECISAO_CADE.html>. Acesso em: 25 nov. 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO: banco de dados. Disponível em:

< <http://www.abar.org.br>>. Acesso em: 09 set. 2004.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION: banco de dados. Disponível em:

<www.accc.gov.au>. Acesso em 22 nov. 2004.

BACELAR FILHO, R. F. A Natureza Contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público. **Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)**, [200-].

Disponível em:

<<http://www.iabnacional.org.br>>. Acesso em: 24 nov. 2004.

_____ O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. **Mundo Jurídico**, artigo, set. 2004. Disponível em:

< <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto504.htm>>. Acesso em: 10 out. 2004.

BAJAY, S. V. A Regulação na Indústria de Petróleo e Gás Brasileira. In: **IX Congresso Brasileiro de Energia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2003, v. 1, p. 359-362.

ITAÚ (banco). **Economia e Mercado Financeiro: perguntas e respostas**. Análises, São Paulo, 2005. Disponível em:

<<http://analises.itau.com.br/mcminst/itau/RQ/050815/rq050815.asp>>. Acesso em 18 jul. 2005.

BARBOSA, F. H. *et al.* **Aspectos Econômicos das Empresas Estatais no Brasil: telecomunicações, eletricidade e petróleo**. FGV, Rio de Janeiro, ensaio econômico de 1991, dez. 1991. Disponível em:

< <http://epge.fgv.br/portal/pesquisa/producao/3363.html>>. Acesso em: 22 abr. 2005

BERG, S. Developments in Best-Practice Regulation: principles, processes and performance. **The Electricity Journal**, p. 11-18, jul. 2000.

BONATTO, C; MORAES, P. V. **Questões controversas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 239 p.

BRAGA, V. M. **Infra-Estrutura Logística: um desafio à abertura no downstream da indústria brasileira de petróleo**. IE/UFRJ, Rio de Janeiro, out. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização e atualização do texto: Antonio de Paulo. 26. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

BRASIL. **Decreto nº. 83740, de 18 de julho de 1979** [Revogado pelo Decreto nº 5.378, de 2004]. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2004.

BRASIL. **Decreto nº. 2455, de 14 de janeiro de 1998**. Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2004.

BRASIL. **Lei nº. 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 set. 2004

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 02 jun. 2004.

BRASIL. **Lei nº. 8884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 12 set. 2004

BRASIL. **Lei nº. 8987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

BRASIL. **Lei nº. 9008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 23 mar. 2005

BRASIL. **Lei nº. 9074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2004

BRASIL. **Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em:

<<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2004

BRASIL. **Lei nº. 9478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/leg/legislacao.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

BRASIL. **Lei nº. 9847, de 26 de outubro de 1999.** Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/leg/legislacao.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

BRASIL. **Lei nº. 10202, de 20 de fevereiro de 2001.** Altera o art. 10 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e acresce dispositivos ao art. 10 da Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/leg/legislacao.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2005.

BRESSER PEREIRA, L. C. Uma Interpretação da América Latina: a crise do Estado. **CEBRAP**, São Paulo, Novos Estudos n. 37, 1993. Disponível em:

<<http://bresserpereira.org.br/papers/93-UmaInterpretacaoDaAmericaLatina.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: banco de dados. Disponível em:

<www.cade.gov.br>. Acesso em 20 nov. 2004.

CARNEIRO, J. G. P. A Experiência Internacional. In: Quem Controla as Agências Reguladoras de Serviços Públicos?, 2001, Brasília. **Anais de congresso**. Brasília, 2001, p. 112-128.

CARVALHO, C. M. **Agências Reguladoras**. Jus Navigandi, Teresina, artigo n. 54, fev. 2002. Disponível em:

<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654>>. Acesso em: 15 nov. 2004.

CECCHI, J.C. (coord.). **Indústria Brasileira de Gás Natural: regulação atual e desafios futuros**. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

CONSIDERA, C. A Defesa da Concorrência no Brasil. **FAE Business**. Curitiba, n. 4, p. 22-26, dez. 2002. Disponível em:

<http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n4_dezembro_2002/economia2_a_defesa_da_concorrencia_no_brasil.pdf> Acesso em: 25 nov. 2004

_____ ; ALBUQUERQUE, K. **The Relationship between Competition Policy and Regulation in the Brazilian Economy**. In: Competition and Regulation – The Energy Sector in Brazil and in the United Kingdom, University of Oxford. Oxford, Reino Unido: 2001.

COVRE, E. A. **Regulação e Defesa da Concorrência**. In: Agências Reguladoras, Defesa da Concorrência e Direitos do Consumidor. Brasília, ENAP, 2004.

CRAMPES, C.; ESTACHE, A. **Regulatory Tradeoffs in Designing Concession Contracts for Infrastructure Networks**. Economic Development Institute - Worldbank, 1997. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/1997/11/01/000009265_3971229180752/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2004.

CRETELLA Jr, J. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE, 2000. 355 p.

DÍVIDA LÍQUIDA DO BRASIL - saldo anual: gráfico. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/assec/indicador_fiscal/XI_Evolucao_DividaLiquida1.pdf>. Acesso em 22 ago. 2004

FIANI, R. **Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras**. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, Texto para Discussão, n.º. 423, dez.1998.

FREITAS, R. Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência. **SDE/MJ**, Brasília, jul. 2001. Disponível em:

< http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/Presentations/Cartagena/R_Freitas.ppt>. Acesso em: 28 nov. 2004.

GOMES, J.B.B. **Agências Reguladoras - A Metamorfose do Estado e da Democracia: Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. Mundo Jurídico, artigo, jun. 2005.

Disponível em:

< <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>>. Acesso em: 27 jun. 2005.

GUTIERREZ, L.H. Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications Sector. **Utilities Policy**, v. 11, p. 225-240, abr. 2003. Disponível em: < <http://ideas.repec.org/a/eee/juipol/v11y2003i4p225-240.html#provider>>. Acesso em: 04 mar. 2005.

GUTMAN, J.; LEITE, G. S. Regulação dos Gastos de Exploração e Produção na Indústria Petrolífera Brasileira – a importância do modelo adotado pela Agência Nacional do Petróleo. In: **IX Congresso Brasileiro de Energia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2003, v. 1, p. 338-343.

HEIMLER, A. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors. In: Seoul ICN Annual Conference, 2004. **Anais Eletrônicos**. Seoul, 2004.

Disponível em:

< <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/heimler2aers.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2004.

MELO, M. A. A Política da Ação Regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 46, p. 55-68, jun. 2001.

MORAES, P. V. **Código de Defesa do Consumidor – o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96 e 97.

MOTTA FILHO, S. C. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões**, 16ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 968 p.

NOGUEIRA, L. A. H. The Evolution of Fuel Quality in Brazil. In: Rio Oil & Gas Expo 2002, 2002, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Rio de Janeiro, ANP, 2002. Disponível em: < <http://www.anp.gov.br/palestras/evolution.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2005.

OCDE. **Independent Regulators, Political Challenges and Institutional Design**. OCDE, 2003.

OLIVEIRA, G. Agências Reguladoras, Defesa da Concorrência e Direitos do Consumidor. **ENAP**, Brasília, texto para discussão, set. 2004.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO: glossário. Disponível em: < http://www.onip.org.br/main.php?idmain=informacoes&mainpage=mini_glossario.htm#u.>. Acesso em 09 ago. 2005.

PINTO Jr., H. **Institutional Designs and Regulatory reforms in the Energy Industries: an international comparative analysis and lessons for Brazil**. In: Oxford-BP Brasil Research Paper n. 1, University of Oxford. Oxford, Reino Unido: 2001

————— **As Missões de Regulação: Lições Internacionais e seus Desdobramentos para a Organização da Agência Nacional do Petróleo**. Instituto de Economia/UFRJ – Agência Nacional do Petróleo. ANP, Rio de Janeiro, nota técnica nº 001, maio 1998. Disponível em: < http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_001_1998.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2004.

—————; PIRES, M. Assimetria de Informações e Problemas Regulatórios. ANP, Rio de Janeiro, Nota Técnica n. 9, fev. 2000. Disponível em: < http://www.anp.gov.br/conheca/notas_tecnicas.asp>. Acesso em: 16 nov. 2004.

—————; SILVEIRA, J. **A Redução das Barreiras à Entrada e a Possibilidade de Novas Configurações nas Indústrias de Infra-estrutura Energética**. Artigo apresentado no XXVIII Encontro Nacional de Economia da ANPEC, Campinas, nov. 2000.

—————. **A Necessidade de Novos Arranjos Institucionais nas Indústrias de Infra-estrutura: a reestruturação e a regulação da Indústria do Gás Natural**. Artigo apresentado no I Congresso de Regulação Estadual do Setor de Energia, Salvador, junho 2000.

PIRES, J.; PICCININI, M. A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil. BNDES, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2004.

POSTALI, F. A. S. Relações entre Governo e Investidores na Indústria de Petróleo no Brasil: algumas considerações. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 221-236, jun. 2002. Disponível em: < <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1708.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2004.

ROCHA, C. L. A. **Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMUELSON, P.A.; NORDHAUS, W. D. **Economia**. Portugal: Mc Graw-Hill, 1988, cap. 32, p. 864-898.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO: banco de dados. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/seae/>>. Acesso em 13 nov. 2004.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO: banco de dados. Disponível em:
< <http://www.mj.gov.br/sde/>>. Acesso em 20 nov. 2004.

SILVA, V. O. **A Continuidade dos Serviços Públicos Essenciais e a Ilegalidade da sua Suspensão**. In: Trabalhos sobre Direito do Consumidor, PUCCAMP, 2001. Disponível em:
< <http://www.geocities.com/osmarlopes/InterrupServPub.html>>. Acesso em: 28 jan. 2005.

SILVA, C. S.; ALMEIDA, E. **Targets and Challenges of the regulatory reform in Brazilian oil sector**. In: International Conference on Innovation and Maturity in Energy Markets: Experience and Prospects. International Association for Energy Economics, Aberdeen, Escócia, Jun. 2002. Disponível em:
<http://www.ie.ufrj.br/energia/pdf/targets_and_challenges_of_the_regulatory_reform.pdf>.
Acesso em: 20 ago. 2004.

SINDICOM. Sala de Imprensa (notícias diversas). Disponível em:
< http://www.sindicom.com.br/news/main_news.asp?nw=0>. Acesso em: 24 jun. 2004.

SOUZA, D.A. **Uma Análise do Programa Nacional de Desestatização no Processo de Privatização Brasileiro**. 2002. 62 f. Monografia (Bacharel em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

STEWART-SMITH, M. C. Industry Structure and Regulation. **World Bank**, Policy Research Working Paper n. WPS1419, fev. 1995. Disponível em:
<http://econ.worldbank.org/external/default/main?pagePK=64165259&piPK=64165421&menuPK=64166093&theSitePK=469372&entityID=000009265_3970311121444>. Acesso em 18 out. 2004.

SUSLICK, S.B. (org.). **Regulação em Petróleo e Gás Natural**. Campinas: Editora Komedi, 2001. 525 p.

TOURINHO, O. A. F; VIANNA, R. L. Motivação e estruturação do Programa Nacional de Desestatização. IPEA, Rio de Janeiro, texto para discussão n. 324, out.1993.

ZYLBERSZTAJN. D. Papel do Estado nos Agronegócios: mecanismos para Indução na Qualidade dos Alimentos. In: IV Semead – Seminário em Administração FEA-USP, 1999, São Paulo. **Anais Eletrônicos**. São Paulo: USP, 1999. Disponível em:
<<http://www.ead.fea.usp.br/Semead/4semead/artigos/pnee/Zylbersztajn.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2004

ANEXOS

ANEXO 1 – Regulação Setorial e Defesa da Concorrência no Setor de Petróleo Brasileiro

Atividades	Regulação Setorial ANP	Defesa da Concorrência
Exploração/ Desenvolvimento/ Produção	<ul style="list-style-type: none"> - Adequação das barreiras institucionais à entrada - Elaboração de um padrão de contrato de concessão - Regulamentação das participações governamentais - Regulamentação das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, bem como sua análise e avaliação - Organização e promoção de licitações 	Monitoração de práticas anticompetitivas: práticas restritivas horizontais e verticais, colusão, cartel e posição dominante.
Transporte Marítimo e Dutoviário	<ul style="list-style-type: none"> - Estabelecimento de requisitos para o exercício da atividade do transportador - Regulamentação dos procedimentos referentes a autorizações para construção e operação de instalações de transporte - Estabelecimento de regras para o livre acesso de terceiros à instalação de transporte - Definição do modelo de tarifação do transporte - Articulação com a ANEEL a respeito dos critérios para fixação de preços de transporte, quando destinados à geração de energia elétrica 	Petróleo e combustíveis: assegurar as condições de concorrência intermodal Gás natural: livre acesso e práticas anticompetitivas
Refino/ Processamento Gás Natural	<ul style="list-style-type: none"> - Estabelecimento dos requisitos para o exercício da atividade de refinador e produtor de gás natural - Liberação dos preços dos derivados básicos no refino e do gás natural na produção - Consolidação das condições operacionais e econômicas e avaliação dos planos de investimento na modernização tecnológica e na expansão da produtividade para as refinarias privadas existentes quando da publicação da lei 9.478/97 - Estudo do programa de redução dos subsídios concedidos às refinarias privadas 	Monitoração das práticas anticompetitivas: práticas restritivas verticais (discriminação de preços e acordos de preços no mercado downstream) e horizontais (cartel)
Distribuição/ Revenda	<ul style="list-style-type: none"> - Petróleo e combustíveis: regulamentação para o exercício da atividade de distribuição e revenda de combustíveis - Fiscalização do funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis* e cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis*; controle de qualidade dos produtos comercializados pelas distribuidoras e postos revendedores 	Monitoração das práticas anticompetitivas: práticas restritivas verticais (discriminação de preços e acordos de preços no mercado downstream) e horizontais (cartel)

* Conforme Lei nº. 8.176/91.

FONTE: ANP, Maio de 2001.

ANEXO 2 – ENTREVISTAS COM AGENTES DO SETOR

Entrevista com Mercedes Schumacher (3 de dezembro de 2004)

Ex-superintendente da Superintendência de Abastecimento e Qualidade da ANP (2000 – junho 2001). Atual gerente geral da Área de Fiscalização de Operadoras de Saúde da ANS.

Como você descreveria a atuação fiscalizadora da ANP em linhas gerais na época em que fora implantada?

MS: Iniciei minha atuação na ANP como Procuradora-Geral Substituta e, posteriormente, assumi o encargo de Superintendente de Abastecimento. Nessas duas funções, minha relação com a fiscalização da distribuição e revenda de combustíveis sempre foi muito próxima. Por essa razão, poderia afirmar que essa foi uma das áreas em que a Agência enfrentou maior dificuldade de estruturação e isso por diversas razões. Dentre elas, destacaria, de um lado, a existência de uma cultura fiscalizatória, herdada do extinto DNC, que se baseava em conceito diverso daquele que se considera adequado ao exercício do poder de polícia por um órgão regulador e, de outro, a dificuldade de se estabelecer esse conceito de *fiscalização regulatória* no âmbito do mercado de distribuição e revenda de combustíveis em razão das volumosas e graves distorções existentes nesse mercado que demandavam e continuam a demandar mais um tratamento policial do que de fiscalização regulatória.

Acredito que uma das medidas mais eficazes no sentido de contribuir com a mudança da cultura fiscalizatória herdada pela Agência e de viabilizar uma atuação mais inteligente na fiscalização das irregularidades existentes na distribuição e revenda de combustíveis foi a decisão de firmar convênios com fundações vinculadas à pesquisa para monitoramento da qualidade do combustível disponibilizado aos consumidores. Essa medida, de uma forma muito importante, representa, para mim, um excelente exemplo daquilo que entendo como um adequado exercício da função fiscalizadora de um órgão regulador: possibilita produção de conhecimento e desenvolvimento de tecnologias, reduz a assimetria de informações no mercado, fornece elementos para escolha pelo consumidor, e, até contribui com a repressão a condutas irregulares.

Você acredita que uma forma de facilitar o trabalho de fiscalização da ANP seria uma separação das funções relacionadas a petróleo e gás, criando-se, por exemplo, uma Agência Nacional do Gás?

MS: Entendo que a questão referente à criação de uma agência para o gás não deva ser definida em função da fiscalização e sim em razão de se considerar que as diferenças de mercado assim o exigem. O que acho que pode contribuir para a otimização da atuação fiscalizatória da ANP é a definição de um modelo de fiscalização. Ainda não está claro se a agência acredita que deva ter uma área responsável pela fiscalização de todas as atividades por ela reguladas ou se ela deve ter essa fiscalização segmentada por área. Como o âmbito de competência da ANP é muito amplo, acredito que o modelo fiscalizatório a ser adotado dependa muito dessa definição, especialmente agora quando se está iniciando o processo de criação de quadro permanente para as agências reguladoras.

Como você descreveria a atuação do governo Lula em relação às agências em geral?

MS: Como uma relação que vem fazendo progressos no sentido de compreensão recíproca.

E o Projeto de Lei das Agências? Acha que será votado ainda esse ano? Acha que a instauração de uma ouvidoria se configura como interferência demasiada?

MS: Sou sempre favorável a qualquer medida que contribua com a transparência na Administração Pública. Acho que o novo formato conferido ao contrato de gestão aprimora esse instrumento, mas não lhe confere necessariamente eficácia. Quanto ao desenho da ouvidoria, acho que merece reexame, tanto em benefício da autonomia da agência quanto em benefício do próprio instituto. Apesar de minha formação, não acredito que nossos problemas se resolvam com aprimoramento das formulações legais. Acho que precisamos é cumprir efetivamente o que já existe. Vontade política, competência e ética. E, como nos ensinam os filósofos, a ética só pode ser traduzida em ação. Se é formulada, passa a ser moral.

Até que ponto as atividades relacionadas ao setor de petróleo e gás podem ser consideradas como “serviços públicos” (essenciais), como é o caso do fornecimento de energia elétrica?

MS: A questão referente ao que é *serviço público* é extremamente complexa. Mas, como esse não é o foco da sua pesquisa, acho suficiente indicar que as atividades reguladas pela ANP são consideradas, por força do disposto na Lei 9847/99, como sendo de *utilidade pública*, valendo

destacar que, ao contrário da distribuição e da revenda, as atividades de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado são monopólios da União.

Obrigada.

Entrevista com Carlos Orlando Silva (10 de dezembro de 2004)

**Superintendente Adjunto da Superintendência de Abastecimento e Qualidade da ANP
(desde 1999)**

Como você vê atualmente a fiscalização feita pela ANP bem como sua relação com órgãos de defesa da concorrência, como CADE, SDE?

C.O.S: Acredito, sim, que a ação de fiscalização da Agência possa ser melhorada. O quadro de fiscais, de aproximadamente 50 pessoas, é muito pequeno em relação a um universo muito amplo: 33.000 postos de revenda, 75.000 postos (de revenda) de GLP, 75 de combustíveis líquidos, 250 distribuidoras, aproximadamente 500 TRRs – que são agentes que comercializam determinados derivados, com preponderância do óleo diesel, com entrega no domicílio do consumidor/cliente.

No caso dos TRRs, praticamente não há adulteração, já que não comercializam nem gasolina nem álcool, somente diesel e óleo combustível e, até hoje, o índice de adulteração não é relevante.

O que você acha dos convênios que a ANP estabeleceu com outros órgãos, visando melhorar seu desempenho na fiscalização?

C.O.S: A ANP não ficou de “braços cruzados”, esperando que viesse novo concurso público, treinasse o pessoal contratado, etc, isso levaria um tempo considerável. Então, partiu para parcerias, estabelecendo convênios com: Ministério Público (em todo País), Corpos de Bombeiros (alguns estados – funciona muito bem em Minas Gerais, Paraná e Goiás), algumas Secretarias Estaduais de Fazenda, Polícia Federal e outros órgãos.

Como você analisaria a relação das fraudes com a alta carga tributária que incide nos preços dos combustíveis?

C.O.S: Há adulteração quando há estímulo econômico. A redução de tributos, como foi feito em São Paulo, com o ICMS do álcool (25% para 12%), é alternativa interessante, na medida em que, ao reduzi-lo, há menor incentivo para fraudes.

Então você acredita que uma boa forma de se reduzir o número de fraudes no País seria se todos os estados reduzissem a carga tributária incidente nos combustíveis?

C.O.S: Certamente. A estrutura que o fraudador tem que montar, o risco que corre, para obter, digamos, um retorno baixo, não compensa. Porém, há dificuldades para os outros estados

acompanharem São Paulo. Sabe-se que o Paraná está pensando em fazer algo desse tipo em breve e, talvez, Minas Gerais. Mas no caso dos demais estados, eles não estariam dispostos a abrir mão de tal arrecadação, dada a necessidade mais aguda de caixa. Em São Paulo, houve incremento da arrecadação de ICMS.

E em relação ao CADE, qual a relação entre este órgão e a ANP?

C.O.S: A “Lei do Petróleo” tem regulamentação fraca em relação a isso. A Agência, à luz da citada lei, não é órgão repressor de infrações à ordem econômica, diferentemente da ANEEL e ANATEL.

Quando temos em vista alguma suposta prática irregular, por exemplo, indícios de cartelização de preços, a Lei nos atribui a elaboração de nota técnica e seu encaminhamento à SDE do Ministério da Justiça, e partir daí é que o processo tramita.

Quem julga então um caso como esse?

C.O.S: Quem julga não somos nós, mas a SDE e, noutra instância, o CADE. Por exemplo, vamos supor que há indícios de convergência de preços entre postos de uma determinada cidade. A ANP não tem o poder legal de autuar/ fechar aqueles postos por conta disso. Então, encaminhamos nota técnica à SDE que passa a conduzir o processo. Após uma tomada de decisão, a ANP pode ser chamada a atuar na aplicação das penalidades aos infratores. Isso ocorreu em Florianópolis, onde foram fechados oito postos.

Você acha que pelo fato de a ANP ser uma agência reguladora que atua tanto no mercado de petróleo como no de gás, commodities com particularidades diferenciadas, sua atuação é dificultada?

C.O.S: Não. Em geral, hoje, são produtos complementares, subsistindo, obviamente, concorrências localizadas como com o óleo combustível e com o GLP.

Qual sua opinião em relação ao Governo Lula, mais especificamente no que concerne ao Projeto de Lei 3.337 (das agências reguladoras)?

C.O.S: Não tenho uma opinião formada a esse respeito, li o projeto rapidamente. O que penso é que as agências devam ser preservadas de acordo com sua concepção, ou seja, gozarem de autonomia. Mas, obviamente, que as políticas – a serem implementadas pela agência – devam provir do governo (quais políticas devemos executar, quais programas temos que elaborar). Há de

ser melhor definida a fronteira entre órgão de governo e órgão de estado. Preservada a execução de políticas de governo, no mais as agências têm de guardar independência para reduzir, entre outros, o risco regulatório e, como consequência, contribuir para a atração de investimentos.

Você já está na Agência há cinco anos (desde 1999). Acredita que houve uma evolução, mais especificamente na área de abastecimento e fiscalização, nesse tempo?

C.O.S: Sim. A ANP conseguiu suprir falha funcional via parcerias, já que não pôde, até hoje, realizar concurso para aumentar o quadro de fiscais e de técnicos.

Acha então que a primeira coisa a se fazer nesse sentido é promover um concurso público para aumentar o quadro de fiscais?

C.O.S: Sim, porém não só isso. O universo contemplado é imenso, nunca teremos um quadro suficiente. É preciso alterar as leis que regem as penalidades e o rito de processos administrativos: por exemplo, de que adianta autuar um agente, se o pagamento da penalidade se efetivar anos e anos depois e ainda assim, em alguns casos, em valores pífios? Esse quadro gera um sentimento de impunidade. Podemos elencar diversos fatores que devem ser considerados para melhorar a atuação da ANP nesse campo: aumentar o quadro de fiscais, manter as parcerias e, ao mesmo tempo, modificar a legislação de penalidades e de processos administrativos (Lei 9.847). Ou seja, é um conjunto de medidas que deve ser adotado. No caso das leis, suas mudanças obviamente não dependem somente da ANP, que, nesse caso, pode atuar apenas como estimulador. É bom termos presente que a aplicação de penalidades deve necessariamente estar respaldada em lei, não podemos instituí-las por normas infra-legais (portarias, resoluções, por exemplo).

E qual sua opinião acerca do CRC - Centro de Relação com os Consumidores?

C.O.S: Acho que funciona bem. O que não significa dizer que não deva ser aperfeiçoado.

No caso de um consumidor em particular (pessoa física), caso ele queira fazer algum tipo de denúncia, como deve proceder?

C.O.S: Ele deve denunciar formalmente à ANP, pode utilizar-se do CRC, diretamente à área de fiscalização ou a qualquer outra área afim.. Em seguida, será empreendida ação de fiscalização para apuração da denúncia. As ações de fiscalização podem ser motivadas também por outros fatores: a partir de indícios detectados nos monitoramentos de qualidade e de preços que a

Agência vem efetuando já há algum tempo. Estes monitoramentos constituem-se em ferramentas das mais importantes, pois permitem a realização de fiscalizações direcionadas.

No mundo ideal, todos os agentes regulados deveriam, em algum momento, ser objeto de uma fiscalização. Mas a ANP não tem, nem jamais terá, um quadro de fiscais que a permita abranger o universo desses agentes. Deve-se montar, então, um sistema de ações direcionadas, baseado em algum trabalho de “inteligência”, e sempre com o uso de parcerias formais (convênios) com órgãos federais, estaduais e/ ou municipais envolvidos. Vale notar que alguns conveniados recebem treinamento e aportes de recursos da Agência.

Reitero, porém, que isso de nada adiantará se não conseguirmos mudar a legislação de penalidades e a de processos administrativos, dotando-as de multas mais pesadas e da possibilidade da aplicação de ritos processuais sumaríssimos. Sem isso, pode perdurar um sentimento de impunidade, ainda que operacionalmente a fiscalização veja-se fortalecida em um futuro próximo. Naquilo que nos cabia, já fizemos boa parte. Ou seja, enviamos sugestão de projeto de lei para os órgãos competentes, aí inclusa a Câmara dos Deputados

No que diz respeito à relação com órgãos de defesa da concorrência, a Agência mantém algumas diferenças relativamente à ANEEL e à ANATEL. Estas têm o poder de reprimir infrações à ordem econômica; já a ANP, de acordo com a legislação que a rege, a par de indícios, elabora, como já comentei, nota técnica e a encaminha à SDE. Com isso, o trâmite processual demanda tempo considerável, o que finda contribuindo para o sentimento de impunidade

Por último, reafirmo a convicção de que as agências devem ser mantidas com a autonomia que lhes foi concebida, reduzindo, assim, em suma, riscos regulatórios, decorrendo daí cenários propícios à atração de investidores.

Obrigada.

Entrevista com David Zylbersztajn (03 de janeiro de 2005)

Ex-diretor geral da ANP

Ex Secretário de Energia do estado de São Paulo

Como você analisaria a atuação de fiscalização da ANP atualmente em relação à época em que você era diretor geral?

D. Z: Bom, não tenho acompanhado esse assunto muito de perto, mas acredito que, me parece – e isso é algo que tenho que checar – que desativaram uma série de coisas lá, como o monitoramento de qualidade. Na verdade, não é que tenham desativado, deixaram meio de lado, voltaram para aquele tipo de fiscalização com “fiscal de colete”, que acho ser ineficiente, dá margem à corrupção, não há controle. Essa idéia de ficar fechando postos é meio ridícula.

Acho que deve se usar a inteligência, investir mais na fiscalização às distribuidoras, que é de onde sai o combustível e ocorre a maior parte das adulterações. Também acho que poderia tornar mais profundo esse trabalho de levantamento de qualidade e preços e “cruzar” essas informações, fazer um *datamining* dessas informações; tornando mais fácil fiscalizar.

É até algo relativamente simples, mas a mídia não entende, pensam que encher de fiscais é a melhor solução possível. Já na minha opinião, quanto menos fiscais, melhor, e aqui me refiro àquele “fiscal de colete”, sem uma formação adequada, sem autoridade, e que ganham pouco. Deveria sim haver um maior número de fiscais, mas com outra formação e essa fiscalização deveria ser feita em conjunto com a polícia federal e até civil.

Enfim, acho que a fiscalização não avançou muito desde que deixei o cargo na Agência, temos que trabalhar com informática, inteligência e estatística, isso é muito mais eficaz que “fiscais de colete”.

Você acredita que o fato da ANP atuar em dois mercados, do petróleo e gás natural, implica em alguma dificuldade para sua atuação?

D. Z: Não, acho que isso não interfere. São atividades até relativamente complementares em alguns casos, o fato de na exploração, muitas vezes você encontrar gás e petróleo, usar injeção de gás para procurar petróleo, por exemplo, apesar de a utilização ser completamente diferente.

Na minha visão, a divisão forte da agência está entre o upstream e o downstream. Aí poderia até haver, não diria duas agências, mas uma separação mais clara em relação a isso, mas também não é fundamental, há no máximo, um maior trabalho administrativo para organizar isso.

São Paulo reduziu a alíquota de ICMS que incidia sobre o álcool e a arrecadação até aumentou. No seu ponto de vista, você vê isso como uma prática inteligente no sentido de reduzir o incentivo às adulterações e que deveria ser aplicada nos demais estados?

D. Z: A sonegação no álcool era enorme, chegava a 80%. O controle do álcool, por ser muito descentralizado, gera uma sonegação também muito alta. Então faz todo sentido porque, às vezes, sai mais barato você pagar o imposto do que criar estruturas para sonegar, estar sujeito à constante fiscalização da receita estadual ou federal.

Sempre acho que reduzir impostos que incidam nas atividades produtivas é útil em qualquer setor e, no caso especialmente do álcool, o resultado é bom, é um meio muito adequado. E realmente aumentam a arrecadação, o controle e as estatísticas associadas. E quanto menor a sonegação, menor a corrupção, porque andam juntas.

Em linhas gerais, como você a atuação do governo Lula e do PL 3.337/2004?

D. Z: A meu ver, o único aspecto em que há alguma melhoria é na questão da prestação de contas, mais sistemática. O contrato de gestão é absurdo, já está fadado ao fracasso: se não funciona direito nas empresas, quanto mais numa agência que não possui indicadores objetivos, onde o desempenho é altamente subjetivo. Pode sim haver uma comparação de resultados com anos anteriores, mas não há como obrigar que um concessionário, por exemplo, fure um poço e necessariamente ache petróleo, você depende de fatores naturais, ou seja, não há indicadores adequados para se montar um contrato de gestão. Ao contrário, o contrato de gestão pode acabar se tornando uma forma de sujeitar a Agência a pressões políticas.

E esse ouvidor, da forma como está sendo proposto, acaba com qualquer autonomia das agências, é um “enxerido”. O papel tradicional de um ouvidor é o de subsidiar a direção do órgão em relação à qualidade dos serviços prestados, receber da sociedade eventuais queixas contra o funcionamento do órgão e reportá-las formalmente, em um relatório encaminhado à direção para que ela tome as devidas providências. Mas esse relatório não pode ser encaminhado ao Ministério ou a Presidência da república no sentido de uma pessoa (o “ouvidor”) decidir por conta própria. No fundo, isso é ruim para o próprio governo porque as pessoas vão perceber isso. Assim, se o projeto for aprovado da forma como está, certamente a ANP terá sua autonomia reduzida.

Acha que o PL vai ser aprovado em breve, qual sua previsão?

D. Z: Não sei. Estive com o relator do Projeto há uns meses atrás e acho que isso deveria estar na pauta (do Congresso) porque é uma das condições para se atrair investimentos, é dar clareza ao mercado de como aquele agente que, durante o contrato de concessão, irá fazer a gestão. Isso não deve ser feito pelo governo porque eles mudam ao longo do tempo, e a Agência é um órgão puramente técnico. Claro que ela aplica políticas de governo, mas o contrato de gestão perpassa vários governos, portanto deve existir um órgão que tenha neutralidade e autonomia em relação aos governos. Se isso não ocorre, a segurança fica reduzida, conseqüentemente aumenta o risco, o que significa uma redução no nível de investimentos; é uma equação muito simples.

Enfim, do Projeto de Lei 3.337, só manteria uma prestação de contas a Comissão de Infra-Estrutura do Senado, semestral ou anual, publicamente; isso realmente falta. Agora, a sujeição das agências aos ministérios ou ao governo é ruim, é exatamente a antítese do relacionamento que deve ser estabelecido.

Vocês estabeleceram, de acordo com a Lei do Petróleo, um convênio com a SDE e CADE. Como você vê esse relacionamento, é útil?

D. Z: É sim, o convênio deu certo, temos um bom relacionamento. A Lei nos obriga a comunicar aos órgãos de defesa da concorrência indícios de atos contrários à livre concorrência: estabelece-se um trabalho conjunto de comunicar e, ao mesmo tempo, instruir o processo; assim se ganha tempo porque você consegue “queimar” etapas. A SDE é que instrui o CADE no processo e, caso seja encaminhado ao CADE, este julgará o processo em questão.

Já em casos como o de adulteração de combustíveis, por exemplo, a questão fica restrita à ANP, amparada por Lei que, por sinal, é falha. Ela estipula o fechamento da bomba e nem dá a possibilidade de o posto retirar o combustível adulterado e trocá-lo; enfim a Lei é muito frouxa. E para decidir fechar um posto, por exemplo, deve haver critérios corretos e estar muito bem amparado por provas, caso contrário, isso tudo pode se voltar contra a própria agência.

E a relação da ANP com outras agências de infra-estrutura, como ANEEL e ANA? Existe algum tipo de coordenação entre elas?

D. Z: Entre ANA e ANEEL há com certeza. Quando a ANEEL trata de energia hidrelétrica especialmente, se trata diretamente com ANA. Hoje em dia, gerar energia é apenas uma dentre as opções possíveis, existe desde captação de água, agricultura, irrigação, enfim a concorrência pelo uso da água é considerável; a geração de energia não é mais um item isolado.

A relação que existe entre ANP e ANEEL está essencialmente na geração termelétrica. Mas apesar de a Lei prever em um de seus itens que os órgãos deverão manter um tipo de relacionamento/ coordenação não há nada estabelecido formalmente. Há somente uma “norma de compartilhamento de infra-estrutura” entre ANEEL, ANP e ANATEL, mas aí também não há vinculação direta ao serviço prestado por cada um, mas sim ao compartilhamento da infra-estrutura existente.

Obrigada.

Entrevista com Helcio Tokeshi (14 de janeiro de 2005)

Gabinete da Secretaria de Acompanhamento Econômico (M. Fazenda)

Qual o papel desempenhado pela SEAE no setor energético nacional, em linhas gerais?

H.T: Tradicionalmente, todos os reajustes de preços de combustíveis passam, de uma forma ou de outra, pelo Ministério da Fazenda. Nessas discussões, mais ou menos informalmente, a SEAE sempre estava envolvida.

Ela não autoriza formalmente os reajustes, não tem poderes para isso, que é função da Petrobrás, mas informalmente ela sempre acaba sendo ouvida.

Atualmente, o Sistema (Brasileiro) de Defesa da Concorrência vem sofrendo algumas alterações: continua existindo o tribunal independente que é o CADE, a SDE está cada vez mais focada em investigação de conduta, e tem uma parte da SEAE que faz análise dos atos de concentração e tem uma outra parte que é uma assessoria ao Ministro em regulação. Nessa assessoria, várias das grandes decisões que concernem o setor de energia em geral, seja energia elétrica, seja combustíveis, gás e mesmo Proinfa, a Fazenda sempre é ouvida, e a SEAE serve então de assessoria ao ministro nessas questões relacionadas à regulação. Em todas as questões de leilões (de áreas) a SEAE também esta envolvida.

Ou seja, existe uma parte específica de regulação na Secretaria que trabalha junto com o Ministério de Minas e Energia?

H.T: Isso.

Existe alguma relação contratual entre vocês e a ANP, algo “escrito” (formal) que estabeleça que certos assuntos da ANP tenham que passar por vocês, necessariamente?

H.T: Não, mas assim como a relação entre o CADE e a SDE, o relacionamento da SEAE com estes é diferente da que a Secretaria tem com qualquer outro órgão: é quase como se os três fossem entidades dentro de um mesmo departamento, de uma mesma instituição, essa é a forma como estamos tentando construir isso, com uma colaboração muito próxima. Por exemplo, existem análises de atos de concentração que são feitas de forma conjunta, no seguinte sentido: sentam numa mesma sala, técnicos da SDE, técnicos da SEAE para discutir o caso. Existem análises de processo de conduta que começam na SEAE que eu nem acompanho, quem acompanha é o Daniel Goldberg (SDE). E com o CADE, temos uma relação com os Conselheiros, aqueles encarregados de fiscalizar atos de conduta, ou seja, fusão e aquisição. Ou

seja, é até meio complexo de ser explicado, mas não há necessidade de se firmar um convênio; posso conseguir as informações de que preciso pelo telefone facilmente. Caso precise estabelecer algo formalmente, até o fazemos, como uma ata, ou algo.

Agora caso isso aconteça, ocorre da seguinte forma: vamos supor que vai haver uma fusão. O processo então é protocolado na SDE, são feitas cópias para o CADE (para um Conselheiro relator) e para SEAE; e a análise começa na SEAE. Mas, caso haja um caso mais complexo, ele já é identificado de início e podemos combinar de estudá-lo em conjunto.

E qual o setor que você acredita que a SEAE mais atua hoje em dia em geral? E porque?

H.T: Isso é uma escolha de estratégia do Ministério. Como o governo está muito preocupado com o crescimento sustentável, então estamos focados em transporte – estrada, ferrovias, portos – e energia.

Voltando um pouco na questão anterior, a maior parte de denúncias relacionadas à investigação de condutas dentro da SEAE é de cartéis de gasolina, quase toda semana há uma nova. Existe uma área que faz essa investigação, assim como tem na SDE; e o que existe é uma divisão de tarefas entre esses dois órgãos. Mas isso se dá de modo muito informal, visto que são muito próximos, têm um relacionamento estreito. Obviamente que existem certas regras, mas é um processo muito *fluido*, em geral. Então, caso o processo tenha “entrado” pela SEAE, provavelmente a SEAE irá investigar, mas na verdade, isso é arbitrário, é de quem achar que tem mais condições para fazer aquela investigação.

De onde partem as denúncias, pessoa físicas, que mais?

H.T: Pessoas físicas, Ministério Público, isso varia. Por exemplo, recebemos um email sobre alguma denúncia, respondemos pedindo mais informações, uma carta com mais detalhes para termos algo mais formal e então desencadeia-se o processo. No entanto, é preciso ter cuidado, é muito fácil haver paralelismo de preços praticados nesse mercado (combustíveis). Para te dar um exemplo, onde isso acontece mas certamente não é cartelização, eu mesmo trabalhei em estudos sobre o mercado americano, e há sim um grande paralelismo de preços também, a nível nacional. Todo mercado americano flutua para cima e para baixo com um grau de paralelismo considerável em função do preço do barril do petróleo na bolsa de commodities. É impossível que 50.000 postos nos Estados Unidos estejam cartelizados. Então, paralelismo de preços não é evidência suficiente de cartelização.

Então o que mais poderia se configurar como indício de um processo de cartelização?

H.T: Existe o preço da commodity que todo mundo enxerga, assim deve haver uma evidência muito mais concreta de que efetivamente as empresas combinaram e fizeram um acordo, escrito ou não. Todo dono de posto de gasolina pode passar na frente de outro posto e ver quanto ele está cobrando. Aqui no Brasil está faltando um pouco de refinamento, porque as pessoas notam algum paralelismo de preços e dizem que tem que ser cartelização, o que na maioria das vezes não é verdadeiro.

Devem existir então muitas denúncias sem fundamento?

H.T: Certamente. Por isso devemos analisar as denúncias com muita cautela, e assim as pessoas vão ganhando certo *traquejo* para conseguir filtrar, mas a imensa maioria ainda não consegue distinguir.

Agora, voltando a sua pergunta de porque a prioridade da SEAE nesse governo é infraestrutura. A priorização de determinadas políticas não é um processo assim tão organizado em nenhum governo. Há reuniões com Ministros da Área Econômica, e dentro do Ministério da Fazenda, há reuniões de Secretários toda semana. E, de vez em quando, uma mais geral com representantes de estratégia do ministério e olhamos para o contexto do País, analisando onde estão os maiores problemas. Então das conversas dos ministros, vão para programa de governo, e assim por diante. É diferente de, por exemplo, no caso de uma empresa em que define-se determinada diretriz em uma reunião. Esse planejamento é um pouco mais fluido e por muitas vezes, chega a ser meio óbvio, bastando analisar o contexto do país.

Houve alguma mudança institucional ou na estrutura da Secretaria com a entrada do Governo Lula? O papel desempenhado pela SEAE apresentou alguma melhora?

H.T: Pode-se dizer que sim, está havendo certa melhora. Têm acontecido certas mudanças, que tiveram início mesmo antes de eu entrar (julho de 2004). A SEAE era, e ainda é de certo modo, organizada em áreas por indústria / setores econômicos e áreas funcionais. As duas grandes áreas funcionais são: investigação de conduta e atos de concentração. No entanto, havia certa confusão nessa divisão, havia, por exemplo, certas áreas de setores da indústria que também faziam análise de atos de concentração e até, as vezes, de desvios de conduta.

O Secretário anterior já começou a segregar e a deixar muito mais claro: todas as investigações de conduta se dariam somente na área de conduta; quanto aos atos de concentração,

os mais complicados ficavam nas áreas funcionais porque precisavam de um conhecimento específico do setor e os casos mais simples, na área de atos de concentração.

O que eu fiz, foi tornar essa separação ainda mais clara: desvios de conduta têm uma área específica, todos os atos de concentração são analisados aqui no Rio (de Janeiro); e quanto às áreas por setores da economia, fiz uma separação um pouco maior: existem as áreas de energia, transportes, telecom e mídia, agricultura, e acho que é só. Nessas áreas por setores da economia, só focalizamos na regulação. Desse modo, não há mais sobreposição de funções entre a parte de defesa da concorrência, que as pessoas normalmente associam que é ou atos de concentração (fusões e aquisições), ou conduta com a parte de assessoria do ministro em regulação. Agora está, portanto, bem separado.

Assim, agora há uma parte da Secretaria que faz defesa da concorrência tradicional e uma parte que estamos chamando de “promoção da concorrência”, que é a defesa da concorrência ex-ante, ou seja, é garantir que as regras não criam incentivos para que as pessoas venham a cartelizar, venham a fazer fusões sem ganhos de eficiência.

Para finalizar, gostaria de saber quais são as suas perspectivas para os próximos anos, o que poderia ser feito para melhorar, se acha que o caminho é esse mesmo, como você vê isso tudo?

H.T: O sistema de defesa da concorrência está evoluindo, mas existem também existem várias críticas sendo feitas, como em relação aos múltiplos balcões, que os critérios são muito amplos, que o corpo técnico não é suficiente, que análises são feitas após as fusões, e assim por diante.

Em função disso, existe um debate há anos de como reformar o sistema de defesa da concorrência, e finalmente esse ano, vamos mandar ao Congresso um projeto de reforma. Será então criado um novo CADE, que será uma autarquia independente, que abrigará o tribunal e a promotoria de instrução dos casos dentro do mesmo órgão. Eles terão separações administrativas e o tribunal continua sendo totalmente independente da parte da promotoria, da parte que faz as instruções. Essa área de instrução terá os dois grandes blocos de defesa da concorrência: uma área de fusões e aquisições e uma área de investigação de conduta. Isso será uma autarquia independente “embaixo” do Ministério da Justiça.

Uma parte da SDE vai migrar para o “novo” CADE, assim como uma parte da SEAE, e a SDE ficará somente com a parte de defesa do consumidor, dentro do Ministério da Justiça, e a SEAE ficará só com essa parte de promoção da concorrência.

Obrigada.

Questionário Entrevista com César Guimarães (Gerente de Informações Setoriais) e Luiz Emílio Freire (Gerente de Regulamentação) – 18 de janeiro de 2005.

Sindicom – Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes

Como as empresas distribuidoras vêem a atuação da ANP em linhas gerais na área de fiscalização?

C.G e L.F: A ANP tem um problema que ela mesma admite, que é a quantidade de fiscais. A capacidade de fiscalização dela é reduzida: considerando os aproximadamente 50 fiscais existentes, - segundo o antigo chefe de fiscalização havia nos informado – alguns estão em licença, uns estão doentes, outros afastados por problemas internos; então eles realmente têm uma capacidade reduzida de fiscalização. Isso é sentido a todo o momento, não somos só nós que sentimos, a própria sociedade percebe isso. E eles admitem isso, não é segredo, tanto que estão abrindo concurso agora.

Além de um número restrito, também há o problema da baixa qualificação desses técnicos?

C.G e L.F: Em parte. Inclusive, muitos foram realocados, vieram de outros lugares, os salários também são relativamente baixos, o que é desmotivante. Portanto, acho que não podemos dizer que a fiscalização (da ANP) é eficiente, na medida em que não há nem um quadro suficiente.

Mas melhoraram muito nos últimos anos, fazendo uma fiscalização mais inteligente, estabelecendo convênios, e até fazendo operações com inteligência: indo a um determinado mercado e fazendo ali um levantamento ao invés de ir de posto em posto. Ou seja, se tivessem recursos humanos adequados, poderiam usar melhor as informações que obtêm pelos monitoramentos de qualidade e de preços. Essas informações são básicas para se fazer um excelente trabalho. Claro que entendemos que também não adianta colocar 2.000, 5.000 funcionários / fiscais, é inviável, mas também um número de 50 é muito baixo. O que sentimos é que realmente estes fiscais não têm a estrutura adequada, e isso é admitido pela própria Agência.

Em compensação eles têm feito muitos convênios, não somente com universidades, mas com secretarias de fazenda, bombeiros, e outros...

C.G e L.F: Exatamente. Tem alguns convênios com Procons Estaduais, secretarias de Fazenda Estaduais e com a Polícia Federal em alguns locais.

Mas me parece que só em um ou outro estado é que funcionam bem, não nos demais, porque ou o estado não tem incentivo ou acham que não vale à pena...

C.G e L.F: Parece que é isso. Mas, a idéia está se disseminando bastante, a de estabelecer convênios com outros órgãos. Mas, de fato, é como você falou: em alguns estados a gente percebe que isso funciona, mas não em todos.

Então, resumindo, o que vocês acham que deve ser feito para melhorar a fiscalização é aumentar o quadro de fiscais, trabalhar com inteligência, enfim se utilizar desses dois em conjunto?

C.G e L.F: Exato, e usar também as indicações fornecidas pelos monitoramentos (qualidade e preço) para focar melhor. Inclusive, o DIPOL – Departamento de Inteligência da Polícia Estatal, em São Paulo, fez um levantamento no final do ano (outubro/novembro), e encontrou quase 70% dos postos com produto adulterado, contendo marcador de solventes. Ou seja, em sabendo onde está o problema, se tiverem a estrutura adequada para fazer tal fiscalização, eles terão êxito.

Existe alguma relação do Sindicom com órgãos de defesa da concorrência, SDE, SEAE, CADE? Existe ou deveria existir algum tipo de relação, como há no caso da ANP?

C.G e L.F: Não, nós não temos nenhuma relação oficial com tais órgãos. Quando temos conhecimento de alguma irregularidade, o órgão para o qual nós informamos a irregularidade é a ANP, e ela tomará as devidas providências, já que, pela Lei do petróleo, ela tem obrigação de informar aos órgãos de defesa da concorrência as irregularidades.

Pelo que vimos aqui, o maior índice de fraudes estaria na qualidade?

C.G e L.F: Exato. Em especial, Na gasolina e no álcool, já que a alta carga tributária gera um incentivo econômico à sonegação.

São Paulo apresenta o maior número de sonegação em termos absolutos, o que é óbvio, pela concentração de veículos. Mas também em termos relativos, isso se deve a que motivo?

C.G e L.F: Existem mais agentes lá, assim como muitas unidades produtoras. Aproximadamente 40% das 250 distribuidoras autorizadas estão lá, a maior refinaria do país também está lá, muitas usinas de álcool, etc. Já no Nordeste, por exemplo, há usinas, mas apenas uma refinaria (na Bahia).

Existe uma grande concentração de distribuidoras “novas” (após abertura do mercado) no estado de São Paulo, o que explica em grande parte esse alto índice de irregularidades. Vale lembrar que o mercado de São Paulo responde por cerca de 30% do volume de combustíveis.

E quanto à redução da carga tributária, até que ponto vocês acreditam que isso é válido no sentido de reduzir o incentivo econômico às fraudes? Vale a pena reduzir o ICMS, mesmo no caso dos estados mais pobres, por exemplo?

C.G e L.F: O Sindicom defende que a carga tributária para um mesmo combustível seja homogênea em todo País, e que os produtos similares à gasolina tenham o mesmo nível de carga tributária, ou seja, os solventes que podem, eventualmente, ser usados numa adulteração devem ter uma carga tributária equivalente.

A Reforma Tributária coloca que haverá cinco níveis de ICMS, isto é, cinco alíquotas. A idéia é que se coloque numa mesma categoria, numa mesma faixa, os combustíveis como gasolina e seus solventes.

E qual seria seu ponto de vista em relação ao governo Lula? Açam que teve alguma mudança no que concerne à fiscalização? Que o governo tem tomado alguma atitude visando melhorar esse aspecto? Qual a visão geral que vocês têm?

C.G e L.F: Percebemos que há uma conscientização maior a respeito dos problemas do setor. Existe uma sensação de que a Polícia, Ministério Público e Polícia Federal, estão trabalhando mais, sendo mais efetivos do que eram antes, mas ainda há muito que fazer.

E em termos de regulamentação, da base legal, algo mudou? O que deve vir de mudança é a partir da Reforma Tributária?

C.G e L.F: Isso. Não se viu nenhuma mudança mais profunda, a não ser a introdução do biodiesel na matriz energética. Mas a ação da Ministra Dilma Rousseff (Ministra de Minas e Energia) em relação aos formuladores foi positiva. Ela agiu fortemente e impediu que mais formuladores fossem autorizados, tendo em vista, o potencial de fraudes, em função da atual estrutura tributária. Na verdade, havia três autorizações em curso e apenas uma se concretizou e acabou sendo fechada.

Pensando como uma empresa distribuidora de combustíveis, se vocês pudessem imaginar um mundo utópico, o que deveria ser feito para reduzir sonegação, gerar um bom nível de competitividade, e outros fatores de melhoria?

C.G e L.F: Além de a própria fiscalização ser mais intensa, o que ajudaria, seria uma melhoria do processo de punição. A Lei de Penalidades é muito fraca, então teria que haver penalidades mais fortes e que pudessem ser executadas num prazo menor para que aquele que praticasse alguma irregularidade sentisse efetivamente os efeitos disso. Inclusive quando se apreende uma carga adulterada hoje em dia, a autoridade a devolve ao proprietário para reprocessá-la, o que é um absurdo. O Sindicom tem sugerido que se dê o perdimento da carga, nesses casos. Ele já existe para alguns casos como, por exemplo, no caso de contrabando. O ideal – e sabemos que não é uma tarefa fácil para os juristas - seria haver uma base legal para que haja efetivamente o perdimento da carga. Não podemos desconsiderar, também, a correção dos aspectos tributários já mencionados.

Obrigada.

Entrevista com José Cesário Cecchi e Lúcia Bicalho (18 de janeiro de 2005)

Superintendente de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus derivados e Gás Natural.

Como você descreveria a atuação da ANP no que concerne ao gás natural?

C.C: Diferentemente do caso dos combustíveis líquidos, na indústria de gás natural a atribuição pela concessão da atividade de distribuição e a proteção dos consumidores está no âmbito dos estados da federação (de acordo com o artigo 25 da Constituição Federal). . A União é responsável pela regulação da produção, processamento e transporte do gás natural até o *city-gate* [estação de medição que pode dispor de regulação de pressão, na qual uma rede de distribuição recebe gás de uma companhia transportadora ou de um sistema de transmissão. Refere-se ao ponto de entrega ou transferência, no qual o gás passa de uma linha principal de transmissão para um sistema de distribuição local, sem troca de propriedade necessariamente (GasBrasil)].

E em relação à qualidade do gás, como a agência atua?

C.C: Existe uma norma da ANP (Portaria ANP nº. 104/2002) que estabelece as especificações para o gás natural, como o mínimo de propano, metano, nitrogênio, etc., bem como a exigência de odorização na etapa de distribuição de gás; além de estabelecer limites máximos de poluentes (enxofre, particulados, etc.). Além disso, o gás natural é um produto muito mais difícil de ser adulterado, quando comparado a combustíveis líquidos. Na verdade, não existe adulteração.

Acrescente-se a isso o fato de que as especificidades mudam de acordo com a região de origem do gás, já que sua natureza é diversa. E o tipo de uso que será feito também exigirá diferentes especificações, por exemplo, o gás utilizado em térmicas terá especificação diferente do GNV.

Desta forma, não existe uma má intenção em adulterar o combustível ao nível do consumo final. Uma companhia de gás, por exemplo, não tem interesse em denegrir sua imagem, pois caso seja notada alguma intenção de má-fé o agente pode perder a concessão.

E em termos conceituais: energia elétrica e água, por exemplo, são tidos como serviço público, porém o mesmo não se dá no caso do petróleo e seus derivados. O gás natural se enquadraria onde?

C.C.: Os combustíveis, diferentemente da água e da energia elétrica, não são bens essenciais. Todavia, os contratos de concessão de distribuição de gás canalizado apresentam a atividade

como serviço público. Cabe destacar, entretanto, que nem a Constituição Federal, nem a Lei 9478/97 definem desta forma.

E quanto a Lei do Gás, alguma opinião ou observação?

C.C: Existem alguns projetos sobre este tema sendo desenvolvidos. A ANP contratou uma consultoria cujo produto final é a geração de subsídios para a elaboração de um projeto de lei para o gás natural. O produto final dos estudos realizados pela consultoria está em vias de conclusão. Alguns dos documentos produzidos pela mesma já estão disponíveis no portal eletrônico da ANP [ver link: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp]. Entretanto, o projeto de lei é uma decisão política, que não depende da ANP. De fato, conforme estabelece a Lei de criação da Agência, não cabe à ANP a elaboração de políticas, e sim a implementação das políticas formuladas pelo Ministério de Minas e Energia. Esse foi o debate que prevaleceu no início desse governo, ou seja, questionou-se se o CNPE seria o órgão responsável pela definição de políticas. No entanto, o trabalho do CNPE é pontual, aprova o que é pedido pela Ministra.

A parte operacional é que fica com a ANP, que pode “alimentar” as propostas a serem consideradas quando das decisões políticas.

Vale dizer que o único país que tem uma agência reguladora de petróleo é o Brasil. O gás é que é matéria de regulação. Normalmente, quem faz política relacionada ao petróleo é o Executivo, Ministério de Minas e Energia, como na Argentina, Estados Unidos, Espanha. Mas órgãos reguladores foram criados para regular monopólios naturais, como é o caso das indústrias de gás natural e de energia elétrica.

Mas no caso do Brasil, apesar da abertura do mercado, ainda há um monopólio de fato exercido pela Petrobrás, que é a grande detentora da infra-estrutura, etc. Daí uma necessidade de haver uma agência reguladora para o petróleo no Brasil....

C.C: Exato, e eu ainda acrescentaria mais uma informação. Nos outros países, quando houve uma reforma institucional, ou seja, quebrou-se o monopólio do Estado, as empresas que eram monopolistas foram segmentadas e privatizadas. No caso do Brasil, isso não se deu, e a Petrobras, então, atua de duas formas: perante a ANP é uma concessionária e perante o governo federal é um instrumento de implementação de suas políticas. Assim, o governo federal implementa suas políticas no setor de forma muito mais efetiva pela Petrobras, que tem mais verbas para investir e construir do que a ANP.

Em função desta dicotomia da empresa, alguns agentes vêem a ANP como uma inibidora dos investimentos da Petrobras. A Agência, a fim de cumprir com suas atribuições estabelecidas em lei, fica atenta às condutas e aos atos praticados pela Petrobras, a fim de averiguar se a empresa continua atuando como monopolista. E continua, já que o monopólio nunca foi quebrado; a Petrobras era monopolista de direito e continua sendo monopolista de fato.

Então, caso se queira desenvolver o mercado de gás natural no país, o que seria mais necessário?

C.C: Existem aí duas leituras. Na corrente política mais voltada para a esquerda, algumas pessoas argumentam que só será criada uma indústria madura de gás natural de forma verticalizada, isto é, “do poço ao posto”. No caso do gás, isso significa ter contrato de exploração e produção, e possuir participação no transporte e na distribuição.

Já em uma outra leitura, acredita-se que se houvesse um marco regulatório estável, e o transporte de gás fosse uma concessão, seria possível criar um ambiente regulatório suficientemente estável para atrair capitais e, assim, promover esse desenvolvimento.

De qualquer modo, a logística do gás é muito complexa, e é necessário que se crie um mercado. Tudo parte da concessionária. No entanto, o apelo político é sempre muito forte e pode ser que uma empresa estatal “rica” acabe sendo obrigada a fazer certos investimentos em projetos completamente antieconômicos, ou seja, investimentos podem ser feitos para atender meramente a interesses políticos. Há muita influência política nessas decisões.

Enfim, é possível distinguir três razões para o desenvolvimento do mercado. Razão geopolítica seria quando, mesmo que não houvesse uma racionalidade econômica no projeto, este funcionasse como “eixo de desenvolvimento”. Neste caso, seria possível agregar valor ao produto final e desenvolver a região por onde passa o gasoduto. Esse foi o caso, por exemplo, do Gasoduto Bolívia-Brasil, cuja idéia era promover uma integração.

Outra visão é a de negócios, ou seja, existe uma térmica num ponto vazio, mas esta justifica a construção de um gasoduto que ligue o ponto A ao ponto B; é o caso de Térmica de Cuiabá.

E a outra visão é política, na qual não existe fundamento econômico, mas um determinado empreendimento é realizado em função de questões meramente políticas.

E quanto ao projeto de Lei das Agências, alguma opinião a respeito?

L.B: Li a parte que fortalece as relações das agências com os órgãos de defesa da concorrência, onde constam coisas que até a ANP já antecipou, como o estabelecimento de convênios, mas que se torna uma lei geral para todas as agências. Ou seja, as demais agências terão que estabelecer convênios, ter uma relação mais estreita com esses órgãos.

C.C: Existem dois pontos que foram alvos de críticas. O primeiro foi em relação à coincidência de mandatos. Está claro que, para a manutenção da autonomia da Agência não deve haver coincidência de mandatos entre diretores e entre estes e o governo federal. E o segundo ponto é a figura do ouvidor. Nesses dois pontos é que a oposição foi mais enfática nas críticas.

Além desses dois aspectos, a questão do contrato de gestão também merece destaque, já que em uma agência de petróleo e gás é possível, no máximo, estabelecer indicadores de sua atuação, uma vez que não há como garantir que um resultado X seja alcançado. Assim, caso haja, por exemplo, um contingenciamento de recursos, será necessário que a Agência se adapte ao montante de recursos disponíveis. Deveria haver, portanto, uma autonomia financeira, sem ligação com qualquer política.

L.B: Vale ressaltar que o fórum de debate agora é o Congresso Nacional e que o Projeto de Lei ainda pode sofrer muitas alterações, como ocorreu no caso das PPPs [Parcerias Público-Privadas]. A ANP possui assessores parlamentares em Brasília que fazem *lobby* das agências.

E o que ficar decidido em Lei, afeta vocês de que maneira?

C.C: Nada. Na verdade, só afeta ao nível de diretoria, mas ao nível de superintendência, das coordenadorias não muda em nada nosso dia-a-dia.

No que diz respeito à defesa da concorrência, qual a relação que existe da ANP com esses órgãos?

L.B: Hoje temos um convênio com a SDE, e analisamos atos de concentração e as práticas anticompetitivas. Há diversos órgãos, não apenas a SDE, que nos encaminham processos para análise. Com a SEAE temos uma relação institucional boa, mas sem um convênio.

Obrigada.

Entrevista com Adriano Pires (18 de janeiro de 2005)

Fundador do Centro Brasileiro de Infra-Estrutura (CBIE)

Ex-Assessor do Diretor-Geral da ANP e Superintendente das áreas de Importação e Exportação e Abastecimento

Como você vê o papel desempenhado atualmente pelas agências reguladoras, particularmente ANP?

A.P: Primeiramente, acho que é importante contar um pouco da história. As agências reguladoras foram criadas num contexto onde o governo, na época, queria que o Estado brasileiro fosse mais fiscalizador, mais legislador do que empreendedor; genuinamente essa que era a tese. Então foram criadas agências reguladoras para determinados setores da economia onde existem características bem definidas, como o monopólio natural. No caso da ANP, é um pouco diferente.

Se formos olhar para o petróleo ou combustíveis líquidos em geral, não haveria necessidade de uma agência reguladora porque petróleo é uma commodity, há concorrência entre vários produtores, distribuidores, revendedores. Então, em tese, não é preciso haver uma agência reguladora para o petróleo, mas somente uma agência de defesa da concorrência, como no caso de qualquer outro produto na economia. Ela difere do gás e energia elétrica.

Porém, no Brasil, teve que se criar a ANP porque existe uma empresa estatal – Petrobrás – que detêm quase 100% do mercado nos diversos segmentos da indústria de petróleo: infraestrutura, produção, distribuição, revenda. Dessa forma, houve necessidade de criação de uma agência para tratar com a Petrobrás de modo que se incentive, crie um tratamento isonômico da Petrobrás para com outros agentes privados interessados em entrar num setor e de modo que essas empresas (privadas) se sintam minimamente protegidas para fazer investimentos. Se isso fosse deixado unicamente no âmbito do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC), isso seria algo muito “pesado”. Poderia até se criar um grande departamento dentro do SBDC para isso, mas o governo achou melhor criar a ANP para tentar incentivar esse tipo de entrada de capital privado.

A partir da criação da ANP dá-se início a toda uma trajetória: o mercado começa a ser aberto pelo upstream, com leilões de áreas, posteriormente, em janeiro de 2002 o segmento de combustíveis (downstream). Este foi aberto num momento muito complicado, de mudança de governo. E o governo que assumiu discorda daquela premissa básica que havia dito anteriormente, ou seja, ele não acha que o Estado deva, prioritariamente, fiscalizar e legislar e deixar de ser empreendedor, ao contrário, acha que o Estado deve ser empreendedor. Ao pensar assim,

automaticamente, ele esvazia o papel da agência reguladora; porque a partir do momento que ele fortalece a figura da empresa estatal outra vez, e no caso do petróleo é pior ainda, porque está fortalecendo alguém que já é “gigante” no mercado.

E o CNPE, desempenhou algum papel concreto?

A.P: O CNPE nunca funcionou, nem no governo Lula nem no Fernando Henrique. Então, pra piorar a situação da ANP, na transição do governo o diretor-geral foi substituído e a agência reguladora tem muito a ver com o perfil do diretor-geral porque ele faz com que o órgão seja mais dinâmico, seja mais forte ou menos forte. E o Embaixador Rego Barros, apesar de ser uma figura ótima, não era uma pessoa conhecida no mercado como um entendedor de petróleo, tecnicamente falando.

Assim, além de já ter promovido o esvaziamento institucional da agência, ainda havia na agência uma pessoa que não tinha respeitabilidade no mundo técnico do petróleo, o que piorou ainda mais a situação.

E posso inclusive dizer que ela foi até mais esvaziada no segmento de upstream que no de downstream. Isso porque: no upstream, o poder de concessão voltou para o Ministério, que interferiu em todos os processos de licitação, nos últimos leilões nota-se que a Petrobrás dominou até mais do que já vinha dominando; e no downstream (distribuição e revenda) o Ministério não se “intrometeu” tanto.

Na verdade, a Agência Nacional do Petróleo, no governo Lula, ficou muito parecida com o que era o DNC (Departamento Nacional de Combustíveis), que cuidava somente da distribuição e revenda. Já os outros dois segmentos, de transporte e de refino, basicamente não mudaram, desde de a abertura em 1997/1998. Nesse caso, nem o governo Fernando Henrique conseguiu introduzir a mínima concorrência no transporte e no refino, e o governo Lula muito menos, nem está interessado nisso.

Na distribuição, o grande desafio, que vem desde a época do David (David Zylbersztajn, ex-presidente da Agência Nacional de Petróleo), está em disciplinar esse mercado em relação às liminares judiciais e adulteração de combustíveis. E isso melhorou, até mesmo no governo Lula. Hoje não há nenhuma distribuidora que eu conheça com liminar judicial. Adulteração existe ainda, até porque há uma relação quase direta entre adulteração e liminar judicial: quando uma aumenta, a outra cai. Hoje, então, o grande problema no downstream, no qual é preciso continuar trabalhando, é a questão da adulteração de combustível.

Portanto, o grande problema do downstream é a questão da concorrência. E aqui devemos falar em dois planos. Na questão do refino e produção, não há concorrência, mas sim o monopólio da Petrobrás. No governo Lula – no do Fernando Henrique nem deu para sentir muito porque a abertura ocorreu em janeiro de 2002, seu último ano de governo – está claro, desde janeiro de 2003, que a política de preços da Petrobrás não tem nenhuma correlação com o mercado internacional de petróleo. Tirando gasolina, diesel e gás de cozinha, o resto até que tem a ver um pouco com o mercado internacional de petróleo, a Petrobrás costuma reajustar em função do câmbio e do mercado internacional.

Agora, dos três derivados – sendo que gasolina e diesel são responsáveis por mais de 50% do mercado da Petrobrás -, a política de preços adotada não tem nenhuma relação com a do mercado internacional. Em 2003, quando o preço do petróleo andou mais baixo, a Petrobrás botou mais alto aqui dentro. É curioso analisar uma curva de custos das empresas internacionais e da Petrobrás: quando o preço do petróleo sobe, todas as empresas ganham mais dinheiro, no caso da Petrobrás é o contrário, quando o preço do petróleo sobe, ela perde dinheiro; e o oposto ocorre se o preço cai.

Então, se você analisar o ano de 2003, a Petrobrás ganhou muito dinheiro e em 2004 se deu o contrário, ela vendeu sempre abaixo; então, o que ela ganhou em 2003, ela perdeu em 2004. E, de novembro pra cá, ela voltou a ganhar. Enfim, o que quero dizer é que existe um problema de preços aí. Por isso que nenhum refinador privado quer entrar no Brasil, porque apesar da abertura do mercado ter sido “consagrada” a partir de janeiro de 2002, na prática ela não existe. E aí você não tem atuação de defesa da concorrência, o que é um problema sério. Por exemplo, em 2003, o grande prejudicado foi o consumidor e o grande beneficiário, o acionista da Petrobrás.

Portanto percebe-se que ela usou poder de monopólio para vender ações no mercado, porque, caso ela não tivesse esse poder, naquilo que ela vende acima do preço de mercado, muita gente iria importar. E isso não ocorre porque toda infra-estrutura está nas mãos da Petrobrás, o que se constitui numa verdadeira barreira. Ou seja, há a barreira da infra-estrutura e do preço, porque mesmo que alguém decida importar, se o governo decide baixar o preço, o agente terá prejuízo. Há portanto duas barreiras à entrada. Em 2004, ocorreu o oposto, o acionista foi o maior prejudicado. Imagine se isso ocorresse em outro setor da economia... Ou seja, na verdade, o sistema de defesa da concorrência no Brasil não tem a menor ingerência na Petrobrás: alguém sabe qual a lógica da sua política de preços? Não, a gente procura saber mas não entende.

Acredito que a Petrobrás, como empresa monopolista de fato na produção de derivados, deveria ser obrigada, pelos órgãos de defesa da concorrência a ter uma transparência na política de preços. Mas ela faz uma política como se o mercado fosse concorrencial, e não é.

Isso acarreta problemas no resto da cadeia. Por exemplo, os distribuidores são obrigados a comprar na Petrobrás porque não têm de quem comprar; e mesmo que importem, será um volume ínfimo, não suficiente. E qual a transparência que existe nos contratos entre as distribuidoras e a Petrobrás? Nenhuma. Será que a Petrobrás vende mais barato para uma distribuidora de maior porte? Não sei. Aparentemente não, porque as pequenas distribuidoras conseguem vender ao mesmo preço das maiores, mas enfim, não há nenhuma transparência.

Somente do distribuidor para o revendedor é que começa a haver certa concorrência porque o universo de agentes é bem mais amplo, o revendedor pode comprar de diversos distribuidores; e nós, consumidores, podemos comprar de um universo ainda maior, aproximadamente 28.000 postos.

Há uma lógica, de certa maneira , perversa, porque criou-se concorrência na distribuição via liminares e via adulteração. Se isso não ocorresse, garanto que haveria apenas umas cinco distribuidoras e o preço, ao invés de ser R\$ 2,29 / litro na bomba, estaria por volta de R\$ 4,00, tranqüilamente. É lógico que não defendo a adulteração, mas para o consumidor houve um ganho nesse sentido. Por exemplo, o estado que tem o preço mais baixo da gasolina no País é São Paulo porque há maior competição, 90% das distribuidoras pequenas está lá. Na Bahia, por sua vez, é mais caro, porque lá não existem distribuidoras pequenas, assim como em Brasília, por exemplo.

O grande desafio é conseguir montar um negócio no qual se consiga eliminar essa concorrência perversa – que hoje já diminuiu em parte, no que concerne às liminares – mas tem que haver certo cuidado para que não acabe com a concorrência existente hoje em dia na distribuição e volte a oligopolizar o setor.

Em se tratando desse aspecto de adulteração, quais seriam os principais fatores críticos da fiscalização feita pela ANP?

A.P: Acho que é um conjunto de fatores. Existem poucos fiscais, sim, mas mesmo que tivesse milhares deles, o problema não seria resolvido. Então, acho que tem poucos fiscais, falta uma maior inteligência, com sistemas mais inteligentes e sofisticados, monitoramento. Também a política tributária tem que ser revista. Qual a vantagem de se colocar solvente na gasolina? Por ser mais barato. Por exemplo, em 2004, o índice de adulteração com solventes na gasolina caiu porque enquanto a Petrobrás reajustava os solventes, como QAV, todo mês; ela não reajustava a

gasolina, pois o governo congelou seu preço. Com o álcool ocorre o mesmo: o álcool hidratado hoje tem alta carga tributária. Essa carga deveria ser reduzida para então ficar economicamente inviável “molhar” o anidro.

Resumindo, citaria três fatores necessários para pôr fim à adulteração: mais fiscais, mais inteligência, com monitoramento cada vez mais sofisticado, e tem que se rever a questão tributária. Nesse último caso, se valesse o que o Ministro Palocci vem propondo, de se estabelecer um mesmo nível de ICMS no Brasil todo, já haveria uma grande melhora.

Outro problema sério no Brasil é que a legislação, juridicamente falando, é muito frágil na questão da punição. Seria importante que houvesse uma legislação mais forte, que punisse de maneira mais enfática o adulterador. Caso ele seja punido exemplarmente, isso inibiria que um próximo agente tentasse fazer o mesmo.

A partir disso, você acredita que os órgãos são quão importantes na atração de investimentos?

A.P: São fundamentais. Se não existem órgãos fortes fica muito difícil atrair investimentos, principalmente nos setores que exigem um grande nível de investimentos. Deve haver segurança, principalmente regulatória. No caso da distribuição e revenda, nem tanto, já que o volume de investimentos não é tão elevado, mas no upstream sim. No downstream, o mais importante é ter controle, fiscalização, política tributária adequada...

Então que vai construir uma refinaria no País?

A.P: Ninguém.

A Petrobrás não é obrigada a fazê-lo caso o governo demande?

A.P: Em tese, é obrigada, mas não deveria ser porque é uma empresa de capital aberto.

E quanto ao Projeto de Lei das Agências, qual sua opinião? Quando acredita que deva ser aprovado?

A.P: Acredito que deva ser modificado se o governo quer atrair capital privado. O projeto tira autonomia das agências. Deve ser mudado quanto à questão do ouvidor, do contrato de gestão, dos mandatos coincidentes, etc. Mas acredito que até ser aprovado, ainda sofrerá alterações. Mas, quanto a prazo de aprovação, acho que não será votado até o final desse ano. Porém, enquanto isso, ocorrerão mudanças nas agências reguladoras.

Sou contra qualquer político como diretor de agência, independente do partido. O governo tem que entender, se ele quer um setor minimamente organizado, que atraia capital privado, que tenha boas regras, que a agência reguladora é um órgão técnico, e não uma entidade política. O Ministério sim é entidade política. Isso enfraquece muito a agência.

Finalmente, quais seriam suas perspectivas para os próximos anos da ANP?

A.P: Acho que quando fora criada, ela tinha um horizonte que foi mudado no governo Lula. Acredito que, mesmo que o PL não seja aprovado do modo como está atualmente, as agências, no governo PT não devem voltar a ter um retorno daquele conceito original para o qual foram criadas as agências. Elas ficarão mais fracas do que foram no governo de Fernando Henrique.

Se fossemos retomar efetivamente o conceito de agência reguladora, só deveria haver diretores e superintendentes técnicos e nenhum deles deveriam ser políticos. E a fiscalização deveria ser do Legislativo – principalmente Congresso - e do Judiciário, e não do Executivo como está sendo agora.

Enfim, a gestão do setor acaba sendo muito política e não técnica. Óbvio que nunca será 100% técnica, mas que fosse ao menos 80% técnica e 20% política, digamos; e não o contrário.

Obrigada.

Questionário Reinaldo Belotti (Respondido em 22 de janeiro de 2005)
Diretor da BR Distribuidora - Diretoria da Rede de Postos de Serviço

Como a BR Distribuidora vê a atuação da ANP em linhas gerais?

R.B: Como órgão regulador a ANP vem estabelecendo novas regras para o mercado de *downstream*, utilizando, para tanto, consultas e audiências públicas, oportunidade de manifestação dos agentes. Contudo, quando da elaboração das referidas normas reguladoras, a motivação técnica e os fundamentos utilizados pelo órgão regulador deveriam ser específicos, claros e aperfeiçoados.

Como agente fiscalizador a ANP ainda não atua de forma efetiva no mercado, coibindo práticas ilegais como a adulteração de combustíveis (o número de fiscais em atuação ainda não é suficiente).

Quais as práticas e medidas restritivas adotadas pela BR no sentido de limitar /reduzir fraudes?

R.B: A BR se preocupa, sobremaneira, com a qualidade e excelência dos produtos e serviços prestados aos consumidores e, por isso, desenvolveu e implantou o maior e melhor programa de garantia de qualidade de produtos e serviços, em postos de serviço, no Brasil, o programa “De olho no combustível”. Além disso, a BR participa e ou patrocina outras ações/eventos com diferentes agentes (Sindicom, Secretaria de Fazenda, Ministério Público, ANP, entre outros) visando evitar as irregularidades de mercado.

O que poderia ser feito, pela ANP (e pelo Sindicom), para melhorar a fiscalização no setor de combustíveis?

R.B: A ANP está realizando concurso público para aumentar seu quadro de funcionários e se aparelhar para atender melhor ao trabalho de fiscalização.

O Sindicom atua junto aos diversos poderes – legislativo, executivo e judiciário- e com a ANP a fim de evitar a concorrência desleal, como por exemplo: a elaboração de campanhas e eventos para a conscientização dos agentes do mercado.

Como você descreveria a atuação dos órgãos de defesa da concorrência, como CADE, SDE (M. Justiça) e SEAE (M. Fazenda) na cooperação com a ANP para evitar práticas anti-competitivas, como cartéis? Acredita que contribuem de alguma forma para uma melhor fiscalização do setor de combustíveis?

R.B: Foi elaborada uma cartilha em conjunto pela ANP e os órgãos da defesa da concorrência sobre as práticas de mercado de combustíveis.

O art. 10 da Lei 9478/97 dispõe que quando a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao CADE e a SDE.

Além disso, o CADE deve comunicar à ANP o teor da decisão que aplicar por infração à ordem econômica cometida por empresas relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis. Ademais, existem diversos processos na SDE que averiguam práticas anti-competitivas no mercado de combustíveis, já existindo condenação de cartel no âmbito da revenda.

Como você vê a hipótese de redução do ICMS incidente sobre o álcool como meio de reduzir o estímulo econômico e assim evitar fraudes? Acredita que todos os estados, mesmo os mais pobres, podem vir a adotar tal medida?

R.B: A redução das alíquotas de ICMS incidentes sobre o álcool hidratado traz como consequência, sem dúvida, a redução do incentivo à sonegação deste tributo, tanto por parte das destilarias produtoras, como por parte das companhias distribuidoras. Como exemplo, no final de 2003, o Estado de São Paulo reduziu o ICMS de 25% para 12% e viu sua arrecadação aumentar em 7%.

Entretanto, essa medida, isoladamente, não é suficiente para eliminar integralmente as fraudes na comercialização do álcool, pelos seguintes motivos:

1. É prática usual no mercado a aquisição de álcool hidratado como sendo álcool anidro, cujo ICMS é diferido para a aquisição de gasolina pura junto aos produtores, evitando-se o recolhimento do ICMS. Essa operação é conhecida como "Álcool Pelicano".
2. Também é possível, embora ocorra em menor escala, a aquisição regular de álcool anidro por parte da distribuidora e posteriormente a sua hidratação, com o objetivo de comercializar o álcool hidratado sem o recolhimento do ICMS. Essa operação é conhecida no mercado como "Álcool Molhado".

3. Uma outra forma de fraude fiscal no comércio de álcool hidratado é a venda do produto como se fosse destinado a outros usos, que não o combustível. Nesse caso, a carga tributária sobre o produto fica menor.

4. Há ainda a possibilidade de fraude decorrente da simulação de operações interestaduais, normalmente tributadas por alíquotas menores, cujo produto acaba, na prática, sendo comercializado no estado de origem.

5. Finalmente, permanece ainda a fraude decorrente pura e simplesmente da adulteração do produto com a adição de água, difícil de ser percebida pelo consumidor final.

A redução da alíquota do ICMS sobre o álcool hidratado pode ter forte impacto na arrecadação de estados produtores que têm a indústria sucroalcooleira como um dos seus principais contribuintes. Tal situação é mais relevante, por exemplo, nos estados produtores da região nordeste, Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte, os quais, em virtude desse fato, são contrários à redução da alíquota do ICMS do álcool.

Vale registrar também o efeito dessa redução no mercado de combustíveis do ciclo Otto (gasolina, álcool hidratado e GNV). Tal redução acarreta maior competitividade para o álcool hidratado, estimulando seu consumo em detrimento do consumo de gasolina e GNV. Essa ação tem como consequência a dificuldade de planejamento da produção, tanto para os derivados do petróleo como para o álcool. Porém, os maiores riscos são para o álcool, uma vez que o mercado internacional de derivados do petróleo tem liquidez suficiente para absorver eventuais excedentes ou suprir faltas do produto, o mesmo não ocorrendo para o caso do álcool.

Além disso, o estímulo ao consumo do álcool, ao deslocar a demanda de gasolina, irá afetar também a arrecadação dos tributos incidentes sobre esse produto, como a CIDE, o PIS/COFINS e o próprio ICMS.

Deve-se, portanto, considerar a redução dos tributos sobre os combustíveis alternativos, aí incluído o biodiesel, não somente sob o ponto de vista da redução das fraudes, mas também sob o ponto de vista do adequado enquadramento desses combustíveis na matriz energética brasileira e do equilíbrio fiscal das contas dos governos estaduais, federais e municipais.

Em linhas gerais, o que deve ser feito para reduzir ao máximo as adulterações/fraudes?

R.B: Aumento da fiscalização por parte da ANP e dos fiscais da Secretaria de Fazenda.

Como você descreveria a atuação do Governo Lula em relação às agências reguladoras, mais especificamente ANP? E o Projeto de Lei das agências, tem alguma crítica/ sugestão?

R.B: Apesar da ampla discussão entre as Agências e o Governo, o Projeto de Lei das Agências Reguladoras (PL 3337/2003) é uma boa tentativa para uniformizar os procedimentos a serem observados pelas Agências, o que atualmente é feito de maneira esparsa (várias leis). A obrigatoriedade da existência de uma Ouvidoria em cada Agência reforça a intenção do Governo em aproximar as Agências da sociedade e do mercado, o que poderá acarretar melhoria nos serviços prestados pelas Agências e por via reflexa em benefício para a sociedade.

Questionário Entrevista com Daniel K. Goldberg (24 de fevereiro de 2005)
Secretário de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça

Qual o papel desempenhado pela SDE no setor energético nacional?

D.G: Setor energético é um conceito muito amplo. Mas no caso de petróleo e gás, mais especificamente, temos um convênio há algum tempo com a ANP, que é bastante operativo. Por meio deste convênio é que a ANP, dentro da sua atividade de monitorar os preços dos combustíveis em cada uma das regiões, notifica a SDE quando acredita que encontrou indícios de infração contra a ordem econômica.

Em linhas gerais, a SDE tem sido bastante requisitada, sobretudo na questão dos cartéis ou supostos cartéis. Fizemos ano passado uma cartilha com a ANP até para auxiliar as pessoas que denunciavam os cartéis a entenderem o que se configura efetivamente como um cartel. Ainda hoje, a maioria das denúncias não tem fundamento. Isso porque: a teoria econômica coloca que em um setor onde os preços são transparentes, os produtos são homogêneos, a tecnologia é madura, e não há grandes barreiras à entrada, que é a natureza dos postos de gasolina, os preços tendem a convergir. As firmas só alteram seus preços a partir do momento em que isso é lucrativo, caso contrário, não vale a pena. Portanto, do ponto de vista de preços, há equilíbrios oligopolísticos nos postos de gasolina, que não necessariamente são cartéis. É muito comum nesse setor haver equilíbrio de preços, em que os preços convergem para um mesmo patamar, e não é necessariamente um cartel.

Ou seja, em qualquer setor onde os preços são transparentes, onde um competidor consegue monitorar os preços dos outros, eles conseguem encontrar equilíbrios oligopolísticos muito facilmente. Eles aprendem rapidamente quais são as estratégias que valem à pena e as que não valem, acham o equilíbrio tácito.

Mas o consumidor, ao analisar os preços praticados por postos em alguma região, vê isso como um cartel. Essa foi a idéia de se criar a cartilha: ajudar as pessoas a identificar os indícios. Não basta a convergência de preços; deve-se saber, por exemplo, se a variação ocorreu num mesmo momento, se houve anúncio antecipado, enfim, existem vários “truques” para que se possa diferenciar um equilíbrio de preços (com preços convergindo), do cartel propriamente dito. Esse é um primeiro aspecto de nossa atuação em petróleo e gás.

Em segundo lugar, começamos a olhar um pouco mais de perto o problema do gás natural. Recentemente pedimos ao CADE uma recomendação em relação ao Artigo 7º da Lei (8.884/94), que diz que o CADE pode expedir recomendações a entes da federação quando, no seu entender,

eles não estão seguindo os ditames da Lei de Concorrência. Caso isso ocorra, não é possível multá-los, porque por um princípio federativo da Constituição, um órgão federal não pode multar um ente estadual.

Mas, recentemente, foram analisadas diversas concessões, sobretudo no Maranhão e Rio Grande Norte – e alguma coisa no Rio de Janeiro também – e os termos em que as concessões foram feitas, e emitidos relatórios, tentando conversar com esses agentes, quando há situações que impossibilitam ou dificultam a competição em um ou mais segmentos.

Enfim, no setor de petróleo e gás esses dois são os maiores focos da Secretaria. Hoje temos mais de 170 denúncias de cartel de postos de gasolina. Apesar de algumas denúncias serem enviadas para a ANP, a maioria vem diretamente para a SDE.

Um terceiro aspecto que tem crescido é a investigação em relação ao GLP. Aqui, assim como no caso da gasolina, há denúncias de cartelização. Algumas dessas investigações estão sendo feitas em caráter confidencial pela SDE, e outras estão sendo levadas adiante publicamente; e neste último caso existem processos administrativos sendo instaurados contra distribuidoras e revendedoras. As investigações de GLP são somente no que concerne a preços.

E um assunto que tem sido sempre abordado pela SDE e ANP é de como fomentar a concorrência via regulação, sem prejudicar a segurança dos consumidores. Por exemplo, quando o envasador pode botar gás de qualquer uma das distribuidoras, o consumidor acaba não sabendo qual a origem do GLP; é uma questão muito similar à das bandeiras nos postos de gasolina. Quanto ao GLP, existem regiões mais problemáticas que outras. Na região sudeste, hoje em dia, há mais de uma investigação em curso, ao contrário das outras regiões. Mas aí não é possível saber se há menos infrações, se as pessoas não denunciaram tanto, ou se é porque a densidade populacional é menor, e portanto, não vale a pena fazer cartel. De qualquer maneira, ainda não temos base para imputar uma acusação. Diferentemente do que ocorre com a gasolina, no caso do GLP, o convênio com a ANP não tem contemplado esse trabalho.

E poucos insumos são tão importantes no país quanto o GLP, que tem grande impacto na inflação, já que atende à população de menor poder aquisitivo. Por isso, essa análise da SDE, decorre inclusive de uma prioridade a pedido do Ministro da Fazenda.

Existe alguma interação entre o DPDC e DPDE?

D.G: Sim. Inclusive uma das coisas que eu tenho tentado incrementar é a relação entre esses dois departamentos. Acontece muito de chegar uma denúncia no DPDE e mandarmos para o DPDC, por exemplo, porque não se trata de uma questão de defesa da concorrência, mas sim do

consumidor. O que ocorre é que existe, de fato, uma enorme interação entre defesa da concorrência e defesa do consumidor. Muitas vezes há normas editadas para proteger o consumidor, mas que, na prática, acabam se constituindo em barreiras à entrada de novos competidores.

Isso é um “truque” muito velho: erguer barreiras à entrada via normas protetivas do consumidor. E como a maioria das entidades de defesa do consumidor se encontra dentro de um órgão que é um regulador antitruste, como a SDE, é muito fácil para eles adotarem esse discurso e acabarem servindo aos interesses das empresas dominantes. Um exemplo claro disso é da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), que na hora de ditar normas / especificações procede da seguinte maneira: todas as empresas de determinado setor são convocadas e, visando a proteção do consumidor, chegam a um consenso de o que seria o ideal e, posteriormente, isso se torna uma norma técnica. O perigo está nas empresas que não participaram desse “evento” e que podem ser prejudicadas dependendo de como for especificada uma determinada norma técnica. Então, hoje, ao se analisar as normas técnicas, é fácil encontrar normas que protegem o consumidor em detrimento da concorrência.

Em resumo: há um grande objetivo, que é a eficiência dos mercados, e que supostamente tende a beneficiar o consumidor. Do ponto de vista da eficiência dos mercados existe, de forma ex-ante, a regulação, que deve fomentar a concorrência. A regulação dos mercados então tenta evitar falhas de mercado e corrigir as falhas ex-ante. Porém, nenhum regulador é capaz de pensar em todas as possibilidades de falhas de mercado. Portanto, mesmo com uma regulação eficiente, existirão falhas de mercado ex-post. E é aí que entra o direito da concorrência propriamente dito. Este atua exatamente sobre os mesmo objetivos da regulação, só que ex-post.

Mas tanto em relação ao direito da concorrência quanto em relação à regulação, determinados requisitos devem estar presentes: informações devem estar disponíveis, as assimetrias precisam ser mitigadas e as fraudes combatidas.

O direito da concorrência só funciona como complemento ao direito do consumidor ex-post. Ou seja, só é possível analisar uma integração vertical, manutenção dos preços de revenda, etc, se você assume que o consumidor pode escolher entre pacotes públicos que ele considera mais vantajosos, e isso depende do direito do consumidor. Não existe uma infração no direito da concorrência que é “não dar informação ao consumidor”; quem faz isso é o direito do consumidor, e sem informações, não há direito da concorrência.

Qual sua relação com os órgãos de defesa da concorrência, como CADE e SEAE?

D.G: O CADE é o tribunal e a SDE o promotor, por assim dizer. Então, o CADE julga e eu investigo e processo. Quando a SDE arquiva algum processo, ele é enviado ao CADE e ele concorda comigo ou não, mas ao arquivá-lo eu agi como julgador. Porém, se eu condeno (recomendo a condenação), não posso julgar; eu apenas investigo o processo, não posso investigar, condenar e julgar.

Mas o CADE não tem nada a ver com o consumidor. Quando há algum indício de prejudicar a defesa do consumidor, o DPDC investiga e processa e eu (o Secretário) sou a instância julgadora.

No que concerne a SEAE, eu tenho tentado estabelecer um sistema em que eu, Hércio (Secretário de Acompanhamento Econômico) e Beth (presidente do CADE) fazemos uma reunião semanal na qual trocamos muitas tarefas por vocação. Mas, do ponto de vista da investigação do setor de petróleo e gás, não é bem assim.

A SEAE não pode processar ninguém, mesmo que tenha mais informações a respeito porque não tem poder jurídico para isso e nem possui os instrumentos investigativos que nós dispusemos. Ela não tem poder para tal porque surgiu na lei como sendo um órgão auxiliar. Assim, a SEAE só interfere quando convidada pela SDE como órgão opinativo. Mesmo tendo conseguido ampliar alguns poderes através de certas emendas à Lei 8.884, a SEAE nunca conseguiu adquirir poder para que pudesse processar. Quando a SEAE investiga algum setor que acredita estar cometendo alguma infração, ela denuncia tal setor à SDE.

Qual o setor em que a SDE mais atua? Pq?

D.G: Atuar mais em determinado setor é uma questão de política pública. A maior demanda certamente está relacionada aos postos de gasolina, que se configuram por ser o maior número de denúncias que recebemos de longe.

Mas em relação a prioridade de atuação, a SDE atua em dois campos primordialmente: construção civil e infra-estrutura.

Acredita que a Secretaria tem melhorado seu desempenho desde que fora criada? Quais seriam suas sugestões para melhorar ainda mais? E quais são suas principais críticas?

D.G: Bom, atualmente estou encaminhando ao Congresso um projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Em certa medida, minha análise é um pouco o

reflexo deste projeto de lei: basicamente estou fundindo SDE e CADE. Continuará havendo um departamento investigativo processando e um tribunal, mas dentro do mesmo órgão. A SEAE pára completamente de fazer análises antitruste, porque acaba perdendo a chance de alocar recursos preciosos ao tema da regulação.

Acredito que o SBDC está no seu melhor momento até hoje. Porém, a despeito disso, acho necessário se fazer uma reforma institucional, porque os órgãos estão alcançando seus limites, sua fronteiras de continuidade de melhora.

Houve alguma mudança institucional ou estrutural na SDE com o governo Lula?

D.G: A mudança institucional é esta que estamos encaminhando ao Congresso, o projeto de lei. Mas, obviamente, que nenhum governo tenta fazer algo para errar, o que se busca é tentar melhorar o que for possível a partir do que já foi feito pelos outros governos.

Finalmente, quais são suas perspectivas para a SDE nos próximos anos?

D.G: Espera-se que o projeto de lei seja aprovado e, com ele, venham as mudanças necessárias. Claro que a possibilidade de ele ser aprovado diferentemente do que está sendo enviado sempre existe.

Obrigada.

ANEXO 3 – Artigos da Constituição Federal Brasileira de 1988 Relacionados ao Tema Abordado

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

ANEXO 4 – Política de Qualidade de Produtos da ANP

As diretrizes da Política da Qualidade de Produtos da ANP são (ANP, 2005):

1. Proteger os interesses do consumidor, garantindo derivados de petróleo, gás natural e álcool combustível adequados ao uso.
2. Proteger os interesse da sociedade, tendo em mente a qualidade de vida e as questões ambientais na especificação da qualidade dos produtos.
3. Preservar os interesses nacionais, definindo a qualidade dos derivados de petróleo, do gás natural e do álcool combustível, em conformidade com a realidade brasileira.
4. Estimular o desenvolvimento, por intermédio de especificações que induzam à evolução tecnológica.
5. Promover a livre concorrência por intermédio das especificações dos produtos, evitando reservas de mercado.
6. Conferir credibilidade à qualidade dos produtos consumidos no País.