

A IMPLEMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DO SETOR DO PETRÓLEO: QUESTÕES POLÊMICAS

Arthur Rodrigues¹ (FGV/UERJ), Juliana Lima² (IBP/UERJ),

¹arthur_rodrigues@yahoo.com

²ju7lima@terra.com.br

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação entre regulação e concorrência, bem como a repercussão desse tema no setor do petróleo.

O fim da regulação é substituir os mecanismos de concorrência diante das falhas de mercado, tais quais monopólios naturais, assimetria de informações. O ordenamento jurídico brasileiro, ao instituir as agências reguladoras, definiu dentre as competências dessas entidades a proteção à livre concorrência. Como, então, poderíamos conciliar a regulação com a proteção à livre concorrência?

No setor do petróleo, esse tema apresenta algumas peculiaridades, seja pela quebra do monopólio da Petrobrás com a emenda constitucional 09/95; seja porque o tema tem de ser analisado de acordo com as divisões de atividades do setor – *upstream* e *downstream*.

No *upstream*, temos dentre as questões mais atuais em matéria de concorrência: a cláusula limitativa de oferta da oitava rodada de licitações da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e também a arguição de inconstitucionalidade do art. 22, da lei 9.478/97 através da ADIN 3596. Esta ADIN ainda está em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 22 estabelece que “o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras é também considerado parte integrante dos recursos petrolíferos nacionais, cabendo à ANP sua coleta, manutenção e administração”.

Este trabalho analisará os possíveis impactos da cláusula limitativa de ofertas da oitava rodada e também os efeitos, em matéria de concorrência, da declaração de inconstitucionalidade do art. 22.

Já no *downstream*, a questão mais polêmica, no âmbito da concorrência perpassa pelo monopólio da Petrobrás na atividade de refino, inclusive após a aquisição da Ipiranga. Contudo, o trabalho focará no setor do *upstream*, analisando as questões já enumeradas, buscando soluções para cada uma das hipóteses..

Regulação, concorrência, ANP, CADE, aquisição Ipiranga, limitação ofertas, Brazil-Rounds

1. INTRODUÇÃO

A abertura comercial no setor de petróleo trouxe inovações práticas em diversos setores: não só permitiu uma maior atuação do particular nos campos antes de responsabilidade da Petrobrás, como a exploração, mas também em outras áreas já parcialmente abertas à concorrência como no *downstream*. Este processo foi, porém, mais adiante que o fim do monopólio na extração de petróleo: controle do preços, diversificação de fornecedores e grandes *taking overs* marcaram o cenário pós-90.

Acompanhando a liberação destes segmentos, houve a implementação de mecanismos de regulação e o aprofundamento dos de concorrência. Ambos, porém, não se confundem e em algumas hipóteses pode-se dizer que seriam inconciliáveis em razão dos seguintes diferentes paradigmas:

- a) a concorrência se preocupa, principalmente, com a alocação eficiente dos recursos escassos, buscando a interação dos agentes no mercado. Já a regulação possui um espectro maior de interesses, dentre eles, as metas de universalização de serviços, a fixação tarifária;
- b) a concorrência atua como um controle a *posteriori* e pontual, com o objetivo de corrigir as disfunções do mercado. Ao passo que a regulação implica, precipuamente, na conformação estruturante do setor;
- c) as autoridades da defesa de concorrência, quando disciplinam os mercados, preferem os remédios estruturais. Por seu turno, as autoridades reguladoras preferem soluções comportamentais. (1)

Por outro lado, como veremos, algumas das leis que instituíram as agências reguladoras determinam dentre seus objetivos a proteção da livre-concorrência ou sua co-responsabilidade sobre o tema, criando-se assim zonas em que há algum tipo de contato entre a legislação sobre concorrência e regulação. Pode-se, entender, portanto, que não há propriamente um regime delimitando as fronteiras entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o sistema de regulação no país, variando a amplitude de cada setor, como eletricidade, petróleo, telecomunicação de acordo com o desenvolvimento de cada um.

2. O HISTÓRICO DO PETRÓLEO NO BRASIL: CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

As questões relativas à criação da ANP e às mudanças constitucionais desde 1995 já são bem conhecidas pelos estudiosos, porém alguns aspectos específicos da formação do preço precisam ser esclarecidos para um aprofundamento no tema. Até essa época, a Lei nº 2.004/53 instituiu não só a Petrobrás como empresa, mas também todo o monopólio da União sobre as atividades de exploração, produção, refino, importação e transporte de petróleo e derivados. As demais atividades do *downstream* continuavam liberalizadas, porém sob forte controle governamental.

Com o processo de liberalização da economia dos anos 90, o setor foi gradativamente sofrendo menos intervenção direta: em março de 1996, foram editadas as Portarias do Ministério da Fazenda nº 59 e 60 que, respectivamente, tornaram os preços livres, porém instituindo um teto. No mês de dezembro daquele ano, através da Portaria nº 292, também do Ministério da Fazenda, fretes e margens de distribuição e revenda tiveram suas restrições levantadas.

A lei de criação da ANP (lei 9.478/97) determinou ainda a transferência para o ente regulador das demais atividades de controle antes exercidas pelo governo. Apesar disso, foi apenas com a edição da Portaria nº 29, dos Ministérios da Fazenda e das Minas e Energia, que houve a liberação dos preços da gasolina. Assim, a perspectiva passou de um controle de preços *stricto sensu* para uma regulação do mercado em termos gerais, definindo as condições técnicas e financeiras para sua participação, tais como inspeções das quantidades de álcool na gasolina, integralização de capital mínimo aos distribuidores, conteúdo local, dentre outros.

Duas conclusões podem ser tomadas destas modificações recentes: não há mais regulação de preços no mercado do *downstream*, tornando não-factível o argumento de, em razão da forte presença governamental, ser impossível o controle da concorrência, através da lei nº 8.884/94. Isto porque os preços deixaram de ser impostos verticalmente para serem livremente definidos de acordo com as condições mercadológicas, passando também a sofrer das suas vicissitudes.

Sem controle governamental direto sobre os preços, houve também erros nas percepções dos consumidores. Estes não compreenderiam, em razão de um mercado que passou de regulamentado a livre, que a competição não se daria de forma predatória e sim que, naturalmente, passaria por um processo de acomodação dos preços. Deste modo, em mercados semelhantes, com custos semelhantes, os preços finais tenderiam também a serem semelhantes. Os consumidores enxergariam aí um acordo de concorrentes. (2)

3. A REGULAÇÃO

Concomitante ao processo de liberalização da economia foi o de sua regulação. O entendimento nos anos 90 foi de que o mercado apesar de precisar de certa liberdade para sua atuação, precisava não só de um ambiente estável, isto é, com regras claras e de longa duração, mas também de meios de controle supostamente técnicos, garantindo assim qualidade, disponibilidade, preço justo, dentre outros aspectos.

No setor do petróleo é a ANP, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a responsável pela regulação do setor. Instituída pela lei nº 9.478/97 com o propósito de atender tanto os setores de *up* e *downstream*. Assim, cabe à Agência, de acordo com as políticas definidas pelo Conselho Nacional de Política Energética, toda a regulação do setor, desde a promoção de licitações de novas áreas exploratórias, até a definição dos requisitos de funcionamento indispensáveis aos revendedores.

4. A CONCORRÊNCIA

O sistema brasileiro de defesa concorrência (SBDC) é composto por três instituições: SDE, SEAE e CADE. A normativa fundamental do setor é a Lei nº 8.884/94, que delimitou a esfera de competência de cada um dos integrantes do SBDC, suas finalidades e poderes. Resumir-se-á, rapidamente, a função de cada um:

- a) SDE (Secretaria de Direito Econômico), vinculado diretamente ao Ministério da Justiça, não possui autonomia, nem é dotado de personalidade jurídica. Possui competência investigativa e opinativa sobre a existência de qualquer infração à ordem econômica e pode proferir parecer quanto à possibilidade de aprovação de atos de concentração.
- b) SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), órgão integrante do Ministério da Fazenda, cabe a emissão de pareceres técnicos, que deverão ser apresentados opcionalmente antes de encerramento do processo administrativo.
- c) CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), órgão de maior importância de todo o sistema, é uma autarquia independente, vinculada ao ministério da Justiça. Dentre as diversas competências do CADE, estão a de decidir sobre a existência ou não de infrações à ordem econômica, aplicando as penalidades cabíveis, requisitar informações para esclarecimento de questões relativas à concorrência, requerer ao Judiciário a

aplicação de suas medidas, dentre outras. Então, apesar da SDE decidir quem investigar, cabe a ele ainda decidir sobre a sanção, sua medida e aplicação, tratando-se, portanto, do principal ente responsável pela concorrência.

5. LIMITES ENTRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Como visto inicialmente, os institutos de regulação e concorrência seriam inconciliáveis. No entanto, quais seriam os arranjos possíveis entre ambos para pudessem conviver com harmonia ou a manutenção de um sistema que fosse organizado? OLIVEIRA (2001) define quatro arranjos principais:

- a) 'isenção antitruste' - as agências reguladoras aplicam a legislação sobre concorrência, porém, havendo divergência, prevalecem as regras regulatórias;
- b) 'competências concorrentes' - tanto as agências reguladoras como as autoridades concorrenciais aplicam às normas antitruste indistintamente;
- c) 'ausência de controle regulatório' ou regulação antitruste - a tutela dos mercados se dá unicamente com a aplicação de normas antitruste pelas autoridades de defesa da concorrência;
- d) Complementaridade entre as agências e as autoridades de defesa da concorrência. (3)

Diversas são as legislações e cada uma se adapta de acordo com tais matizes. Defende-se que no Brasil, no caso do petróleo, dá-se a quarta hipótese, qual seja, a complementaridade ou coordenação entre as agências e as autoridades de defesa da concorrência. Duas correntes podem auxiliar na tarefa de compreender a questão, que são a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

A *State Action Doctrine* estabelece dois critérios para a aplicação do direito antitruste. O primeiro critério é que a decisão tomada tenha sua fundamentação em uma política clara de substituição da concorrência pela regulamentação. O segundo é que haja supervisão permanente do cumprimento das obrigações impostas pelos entes regulatórios.

A *Pervasive Power Doctrine*, por seu turno, parte do princípio que, para a identificação da competência de cada setor requer que a observância de dois fatores: se a competência indicada à agência foi pensada em substituir a autoridade antitruste, ou seja, verifica-se a extensão dos poderes dos entes regulatórios e, em segundo lugar, se as normas instituidoras das agências já tratavam da aplicação do direito da concorrência, em outras palavras, investiga-se a profundidade da competência das agências. (4)

O caso brasileiro traz algumas idéias específicas a respeito do tópico, pois cada um dos setores admitiu a presença mista entre autoridades de concorrência e regulação. No caso do petróleo é ainda mais presente essa questão: só o segmento de distribuição e revenda de combustíveis, representa em torno de 20% dos casos de conduta analisados no momento pelo SBDC. Grande parte conta, por seu lado, de denúncias a respeito de formação de cartéis envolvendo postos de revenda de combustíveis. (5)

6. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

6.1 A compra da Ipiranga pela Petrobrás

O grupo Ipiranga, fundado em 1933 em Uruguaiana, é um dos mais antigos atuantes no setor de Petróleo e Gás no Brasil. Tem presença marcante na revenda de combustíveis, mas também se encontra na área de refino e distribuição. Sua receita no ano de 2006 foi de 30 bilhões e lucro líquido de 500 milhões de reais. Em 19 de Março de 2007, as empresas Petrobrás, Grupo Ultra e Braskem anunciaram as conversações para a compra do grupo, operação que alcançaria os US\$ 4 bilhões.

Em razão de medida proposta pelo SDE, tal união, entretanto, não foi sujeita diretamente à aprovação do ente regulador, pelos compradores. O conselheiro do CADE, Luís Fernando Rigato Vasconcelos, determinou medida cautelar ordenando a suspensão das negociações relativas à compra da Ipiranga. Em resumo, ele buscava impedir que os princípios da reversibilidade da operação fossem desfigurados. Tal medida evitava, assim, que houvesse a pulverização da companhia.

Originalmente, relativo à área de distribuição de combustíveis, coube à Petrobrás as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e à Ultra as Sul e Sudeste. A decisão do Conselheiro foi da proibição da participação em qualquer "deliberação, negociação, discussão e reunião, a qualquer pretexto, que tratem de aspectos comerciais e estratégicos relacionados ao negócio de distribuição de combustíveis adquirido", aceitando a argumentação conjunta dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, os quais entendiam que nas regiões Sul e Sudeste, as empresas Ultra e Petrobras dividiriam interesses no setor de distribuição, mesmo sendo concorrentes, podendo prejudicar o consumidor.

Dentro do setor petroquímico, foi vedado, após a liminar, que a Petrobras e a Braskem detivessem participação em "deliberação, negociação ou reunião que tratem de aspectos comerciais" e estratégicos da

Companhia Petroquímica do Sul (Copesul), nem mesmo ter acesso a qualquer documento ou informação sobre o assunto.

A razão desta restrição é que a Copesul incluía entre seus maiores acionistas o grupo Ipiranga e a Braskem, além de participação da Petrobras, causando uma concentração inaceitável. Com respeito aos ativos petroquímicos da Ipiranga, estes deveriam permanecer em unidade juridicamente independente, incluindo a manutenção da linha de produtos, marca e rede de distribuição.

A resposta dos compradores foi uma série de documentos e um novo pedido de análise com respeito à querela. Deste pedido, o CADE decidiu dividir a compra do grupo em três setores: um associado aos ativos de primeira geração da petroquímica, outro aos ativos de segunda geração, e um terceiro envolvendo o setor de distribuição. O entendimento do CADE é que através de uma gestão que preserve as características do anterior, isto é, como se concorrente fosse, preservaria o ambiente de livre-iniciativa nos setores abrangidos.

Dentre outros detalhes da decisão, o CADE passou a admitir a manutenção da participação minoritária da Petrobras na Central Petroquímica do Sul (Copesul), após a aquisição, mas deu prazo de dez dias para que os compradores apresentem ao órgão um modelo alternativo de administração empresarial que preservasse a concorrência do setor.

Ainda pelas regras do Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro), assinado no âmbito do CADE, a Petrobras se comprometeria a não interferir na gestão dos ativos da Ipiranga nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. E nas regiões Sul e Sudeste, os ativos comprados, que seriam de responsabilidade da Ultrapar, também ficariam sob responsabilidade de um terceiro. Em ambos os casos eram as regiões específicas requeridas pelas compradoras como visto acima.

Todas essas decisões objetivaram manter a integralidade da empresa para a análise pormenorizada do CADE, isto é, de mérito. Por outro lado, o CADE buscando a flexibilização de sua medida inicial, muito mais rígida, tem o fim de permitir a continuidade dos entendimentos entre os sócios. Ou seja, a meta é que seja dada manutenção ao grupo Ipiranga como ele é, mesmo estando sob controle de outro grupo empresarial. (6)

6.2 Limitação de ofertas na 8ª Rodada

A 8ª Rodada de Licitações da ANP foi cancelada através de uma liminar emitida pela 9ª Vara Federal de Brasília. Tratou-se de uma ação popular que visava modificar o critério de participação da agência, o qual determinava um máximo de ofertas por setor. De acordo com o Item 4.5 do Edital, estes eram os máximos:

TABELA 13 - Restrições ao número de ofertas vencedoras

Bacia	Setor	Número máximo de ofertas vencedoras por Operador
Barreirinhas	SBAR-AR2	4
	SBAR-AP1	3
	SBAR-AP2	3
Espírito Santo	SES-AR2 (Elevado Potencial)	4
	SES- AR2 (Nova Fronteira)	2
	SES-AP2 (Nova Fronteira)	3
	SES-AP2 (Elevado Potencial)	3
Pará-Maranhão	SPAMA-AP1	3
	SPAMA-AP2	3
Pelotas	SP-AP3	3
Santos	SS-AR2 (Nova fronteira)	6
	SS-AR2 (Elevado potencial)	6
	SS-AP2	5
	SS-AP3 (Nova fronteira)	3
	SS-AP3 (Elevado potencial)	3
Sergipe-Alagoas	SSEAL-T2	4
	SSEAL-AP1	3
Tucano-Sul	STUC-S	4

Como se depreende da tabela, a limitação era bastante rigorosa, em razão do número de cada Bacia, sendo os setores de elevado potencial obtendo maiores restrições e os de menor, menores. Os autores da AP entendiam que, na realidade, isso mascarava restrições de fato à Petrobrás, historicamente a que maior número de ofertas propunha, impedia uma majoração na arrecadação, visto que ofertas de maior valor seriam desprezadas de

pronto, distorcia a concorrência, já que um número reduzido de *players* iria apresentar ofertas, em um setor já prejudicado pelas grandes somas de investimento para sua participação, isto tudo causando um prejuízo ao erário e à sociedade.

Em defesa da ANP, por sua vez, pode-se argumentar uma teoria econômica chamada de "maldição do vencedor". Há uma constatação de fato, como veremos a seguir, que é a cautela excessiva que dos investidores que não a Petrobrás de se inserirem com grande investimentos nos leilões da ANP. A Petrobrás, em mais da metade das rodadas, conquistou mais de 50% do total dos blocos arrematados. A idéia da teoria é de que cada empresa possui uma perspectiva diferente em relação ao campo leiloadado, tendendo os lances a ser bem diferentes entre si. Desta maneira, em tese, os vencedores levariam os blocos por um valor menor do que realmente valem, já que com conhecimentos sobre os setores são escassos.

Petróleo e gás				
Licitações de campos para exploração				
Rodadas	Total de blocos licitados ⁽¹⁾	Total de blocos arrematados ⁽²⁾	Blocos com particip. da Petrobras na proposta vencedora ⁽³⁾	Participação da Petrobras no total arrematado ^{(4)=(3)/(2)}
1ª	27	12	5	41,6%
2ª	23	21	8	38%
3ª	53	34	20	58,8%
4ª	54	21	8	38%
5ª	908	101	85	84,1%
6ª	913	154	117	76%
7ª	1134	251	96	38,2%
8ª	58 ^(*)	38	20	52,6%

*: 9 total de blocos que foram ser licitados na 8ª Rodada, no de 24h

Além disso, em função das ofertas serem seladas, os investidores não dispõem de sinalizações a respeito do verdadeiro valor dos campos, sob uma suposta situação de um *player* que tivesse maior conhecimento do potencial da região. MATTOS (2007) acrescenta ainda:

"Este problema é exacerbado no caso em tela, pois há grande assimetria de informação da Petrobras em relação aos outros players. Simplesmente, a empresa, operando sozinha desde a década de 50, naturalmente possui informações mais precisas do que qualquer outro sobre o potencial de cada campo. Mesmo a empresa tendo sido obrigada a repassar informações geológicas dos campos licitados, seria ingênuo acreditar que o fez de forma plena." (8)

Obviamente a ANP pode modificar o leilão de forma a alterar a sua formatação, seja para acrescentar novos aspectos, quanto para um modelo menos controverso. Poderia criar-se, e.g., uma modalidade de leilão com mais de um turno, já que a falta de informações dos jogadores diminui apenas pela observação do comportamento dos demais, o que o tornaria ainda mais competitivo. De qualquer modo, pode-se entender que a atuação da agência, atuando como agente em defesa da concorrência, foi salutar, objetivando uma maior competitividade e participação no setor, mesmo que restringindo, inicialmente, as possibilidades de concorrência em uma das muitas fases do processo de *upstream* no país.

7. CONCLUSÃO

A estreita definição do que é responsabilidade do agente de regulação e de concorrência não parece ser a mais adequada para o tratamento dos questões oferecidas pelo mercado. Por outro lado, a indefinição da área de atuação de cada um destes agentes apresenta um problema de graves conseqüências para o mercado de petróleo e gás no Brasil. Do mesmo modo, impedir que tais entes não possam atuar com liberdade e estabilidade é fadar o mercado à estagnação e à condições sub-ótimas, em que os agentes não dispõem de quaisquer meios de planejamento e informações para suas decisões em conformidade com seus interesses.

A concepção de que ambos devem atuar em coordenação uns com os outros, de acordo com suas possibilidades de infra-estrutura e especialidade tende também a fazer com que estes agentes de regulação e concorrência possuam maiores condições de cumprir com suas tarefas e atuem de maneira mais efetiva. No entanto, sem autonomia, tal atividade apenas serviria de cumprir com os interesses do grupo dominante no momento, não cumprindo com qualquer objetivo de longo prazo para o desenvolvimento do país.

8. REFERÊNCIAS

(1) OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

- (2) RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: Uma Agenda para Investigações. Brasília: SEAE/MF, Documento de Trabalho nº 49, (Dez) 2006.
- (3) OLIVEIRA, Gesner. *Op cit.*, p. 64.
- (4) SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 138 e 139.
- (5) RAGAZZO; SILVA. *Op. cit*, p. 4.
- (6) OLIVEIRA, Nielmar de. Cade adaptará medida cautela que congelava venda do Ipiranga. Brasília: Radiobrás, 28 de abril de 2007.
- (7) MATTOS, César. Licitações da ANP, Petrobras e a maldição do vencedor. Brasília: Valor Econômico, 23 de janeiro de 2007.
- (8) MATTOS, César. *Op cit*.

THE IMPLEMENTATION OF THE COMPETITION IN THE OIL & GAS SECTOR: CONTROVERSIAL QUESTIONS

The goal of this paper is to analyse the relation between regulation and competition rules, as well as the repercussion of this theme on the oil & gas area.

The aims of regulation are to substitute the competition rules mechanisms when it comes to market failures, such as the natural monopolies and information asymmetry. Brazilian law created the regulatory agencies, among their competencies there is the protection of a free competitiveness environment. How will it be possible to conciliate both institutes?

In the oil sector, this theme presents some peculiarities: it appoints to the rupture of Petrobrás monopoly after the constitutional amendment 09/95 and creates the necessity of analysing the theme according to the sectorial divisions: *upstream* and *downstream*.

When it comes to the *upstream*, we have among the most recent questions concerning competition the clause restricting the number of offers at the eighth bid round of the Brazilian Agency of Oil (ANP) as well as the unconstitutionality action against the art. 22, of the law nº 9.478/97 through the ADIN 3596. This ADIN is still under appreciation by the Brazilian Supreme Court. Art 22 determines that "The technical assets, formed by data and information on the Brazilian sedimentary basins, are also considered an integral part of the national petroleum resources, to be collected, maintained and administered by the ANP".

This work will analyse the possible impacts of the limitative clause of offers in the eighth round and the effects in the competition area of the unconstitutionality declaration of the art. 22.

In the *downstream* sector, the most controversial point of the competition area is the monopoly of refine activities by Petrobrás, specially after acquiring Ipiranga. However, this study will be focused on the *upstream* sector, analysing the proposed questions, seeking solutions for each hypothesis.

Regulation, competition, ANP, CADE, Ipiranga acquisition, offer limitation, Brazil-Rounds

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo deste artigo.