

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2015.

Ao

**Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo -
SINDIGÁS**

Rua da Assembléia nº 10, sala 3720

Rio de Janeiro, RJ.

CEP: 20011-901

Att. Dr. Sérgio Bandeira de Mello

Ref. Distribuição e Revenda de GLP.

Prezados Senhores,

A presente *legal opinion* trata da consulta formulada pelo Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – SINDIGÁS sobre os termos das Audiências Públicas ns. 5 e 6/2015, promovidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, especificamente sobre a proibição da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores finais.

A análise do tema será dividida em três partes, de forma a abordar as razões que poderiam, legalmente, justificar a proibição da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores finais e os seus efeitos jurídicos.

A primeira parte do texto versará sobre os dispositivos da Lei do Petróleo que tratam das atividades de distribuição e revenda de combustíveis. A segunda parte tratará de questões de natureza concorrencial abordadas nos documentos arrolados nas Audiências Públicas ns. 5 e 6/2015. A terceira parte avaliará o impacto jurídico da injustificada restrição ao exercício de atividade econômica, face ao princípio da livre iniciativa.

1 – A LEI DO PETRÓLEO E AS ATIVIDADES DE DISTRIBUIÇÃO E DE REVENDA DE GLP:

Inicialmente, vale mencionar que as leis que criaram as agências reguladoras outorgam competência a elas para prover a regulação de setores específicos da economia. Tais leis não tratam de situações concretas, mas trazem os valores e objetivos estabelecidos pelo legislador que devem pautar a atuação dos órgãos reguladores. De fato, determinados setores da cadeia de petróleo e gás possuem peculiaridades técnicas de difícil identificação prévia pelo legislador.

Assim sendo, as agências receberam do Poder Legislativo a delegação para regular determinadas atividades econômicas através de normas infra legais, tendo o legislador, entretanto, fixado os objetivos fundamentais de tal regulação.

O art. 6º da Lei do Petróleo traz em seus incisos XX e XXI as definições das atividades de distribuição e revenda de GLP:

“Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

XX - Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

XXI - Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis; (...)”
(grifos nossos)

Os dispositivos legais acima transcritos são meras definições que não trazem qualquer regra sobre o exercício das atividades de distribuição e revenda.

Na verdade, qualquer interpretação que se faça do texto acima transscrito, nos obriga a concluir que ele se limita a conceituar as atividades de distribuição e revenda de GLP, inexistindo qualquer vedação ao exercício simultâneo de tais atividades por parte das distribuidoras.

E não há espaço para outra interpretação, porque os próprios incisos XX e XXI do art. 6º da Lei do Petróleo, após trazerem as respectivas definições de “distribuição” e “revenda”, determinam que tais atividades serão exercidas *na forma das leis e regulamentos aplicáveis*.

Enfim, não há dúvida de que inexistem qualquer dispositivo na Lei do Petróleo que proíba o exercício da atividade de revenda pelos distribuidores de GLP.

A própria Procuradoria-Geral da ANP compartilha deste entendimento, como se depreende do Parecer n. 073/2014/PF-ANP/PGF/AGU:

“Quanto à fundamentação jurídica da restrição no inciso XX do art. 6º da Lei n. 9.478/97, que por sua vez, se presta apenas à apresentar uma definição conceitual da atividade, não há no dispositivo mencionado qualquer recomendação para implementação da referida intervenção no domínio econômico e na livre iniciativa.” (grifo nosso)

Por tal razão, desde sempre a legislação brasileira permite que as distribuidoras realizem a venda de GLP envasado para consumidores¹, nunca tendo sido identificado pelos órgãos de defesa da concorrência - ou mesmo pela ANP - qualquer efeito danoso aos consumidores. Ao contrário, os consumidores têm se

¹ A Resolução ANP n. 15/2005, atualmente em vigor, dispõe:

Art. 22 – O recipiente transportável cheio poderá ser comercializado diretamente pelo distribuidor ao consumidor ou através de revendedor de GLP autorizado pela ANP.

Parágrafo único – Quando da comercialização direta ao consumidor, o estabelecimento do distribuidor deverá estar previamente autorizado pela ANP ao exercício da atividade de revenda de GLP, de acordo com a legislação vigente.

beneficiado da eficiente e complexa operação que é realizada por distribuidoras e revendedores em todo o país.

Feitas estas ponderações iniciais, sendo incontestável que a Lei do Petróleo não veda o exercício da atividade de revenda por parte das distribuidoras, passaremos a avaliar as questões de natureza concorrencial.

2 – AS QUESTÕES DE NATUREZA CONCORRENCEIAL NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NS. 5 E 6 DE 2015:

2.1 – MINUTA DE RESOLUÇÃO E NOTA TÉCNICA n. 151/SAB: UMA CONTRADIÇÃO?

Inicialmente, faz-se necessário mencionar que a minuta de resolução referente a atividade de distribuição de GLP – arrolada entre os documentos da Audiência Pública n. 06/2015 – não proíbe que as distribuidoras realizem vendas diretas de GLP envasado para consumidores.

O art. 22 da referida minuta de resolução é claro:

“Art. 22. O distribuidor somente poderá comercializar GLP:

I – na modalidade envasado, considerando recipientes transportáveis de capacidade de até 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:

- (a) revendedor varejista de GLP vinculado autorizado pela ANP;
- (b) revendedor varejista de GLP independente autorizado pela ANP; e/ou
- (c) **consumidor final.**

II – na modalidade a granel, considerando recipientes transportáveis de capacidade superior a 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:

- (a) outro distribuidor de GLP, autorizado pela ANP; e/ou
- (b) consumidor final que possua Central de GLP, observada a legislação pertinente.” (...) (grifo nosso)

No entanto, a Nota Técnica n. 151/SAB, arrolada dentre os documentos apresentados pela Agência no chamamento para as Audiências Públicas n. 05 e 06 de 2015 - em momento posterior à aprovação da referida minuta de resolução pela Diretoria da ANP - propõe a proibição do comércio de GLP envasado pelas distribuidoras para consumidores.

Na medida em que o objetivo da ANP ao promover a consulta pública é *obter subsídios e informações adicionais **sobre a minuta de resolução** que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de GLP e a sua regulamentação*, poderíamos concluir que a Agência não pretende vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores finais.

E, no mesmo sentido, considerando que a minuta da resolução é aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP, enquanto a Nota Técnica é aprovada pelo Superintendente da SAB, poderíamos supor que os comentários que a Agência pretende receber nesta Consulta Pública deve se ater ao texto da minuta de resolução.

Interessante notar que a Nota Técnica n. 12/SAB, de 16 de janeiro do corrente ano, em razão das pertinentes considerações apresentadas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP (as quais serão comentadas no tópico seguinte deste texto), previa em seu Item 3.1.7 a manutenção da possibilidade das distribuidoras realizarem vendas de GLP envasado a consumidores.

No entanto, como mencionado, em 18 de maio do corrente ano, através da Nota Técnica n. 151/SAB, antes mesmo de receber formalmente as sugestões dos agentes regulados, nos parece que a SAB mudou o seu entendimento sobre a proposta de regulamentação do setor de distribuição de GLP e passou a propor a proibição da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores.

Assim, passou a existir um flagrante descompasso entre a minuta da resolução aprovada pela Diretoria da ANP (submetida a consulta pública) e a Nota Técnica n. 151/SAB.

O que de fato está sob consulta? A ANP pretende ou não vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores?

Ora, na medida em que as notas técnicas existem para justificar as alterações que se pretende realizar nas normas - assim como as exposições de motivos subsidiam os projetos de lei - nos parece haver um evidente equívoco neste processo de consulta pública.

Trata-se de situação *sui generis* que deveria ser desde logo esclarecida pela ANP, especialmente para evitar que agentes menos atentos sejam induzidos a erro e se detenham apenas aos termos da minuta de resolução, deixando de perceber a (eventual) intenção da Agência de realizar esta significativa alteração no mercado de distribuição e revenda de GLP.

Ocorre que para os efeitos da consulta que nos foi formulada pelo SINDIGÁS, devemos considerar a hipótese de que a ANP tem a intenção de proibir o comércio de GLP envasado pelas distribuidoras para consumidores - sobre a qual não se tem certeza, vale insistir.

Assim, ficando consignada essa aparente contradição, passaremos a avaliar as razões de natureza concorrencial apresentadas na Nota Técnica n. 151/SAB.

2.2 – A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA RESTRINGIR A VENDA DE GLP ENVASADO PELAS DISTRIBUIDORAS PARA OS CONSUMIDORES:

A Nota Técnica n. 151/SAB, de forma correta e prudente, foi precedida de consultas encaminhadas à Coordenadoria de Defesa da Concorrência - CDC da ANP, que é o órgão competente para avaliar questões de natureza concorrencial no âmbito da Agência.

Em 22 de outubro de 2014, a CDC apresentou a Nota Técnica n. 068/CDC/2014, que abordou conceitos de defesa da concorrência e trouxe considerações importantes, como: (i) o fato das revendas detidas pelas distribuidoras apresentarem-se dispersas, mesmo em nível municipal, não existindo indícios da adoção de estratégias pelas distribuidoras para atuação pulverizada; (ii) não se observou estratégias direcionadas à elevação de participação das distribuidoras na revenda varejista; (iii) as vendas aos consumidores realizadas pelas distribuidoras não representavam parcela significativa do volume total comercializado no país e, portanto, eram insuficientes para caracterizar efeito nocivo sob o ponto de vista concorrencial; e (iv) que sob a ótica concorrencial não há elementos que justifiquem a vedação da participação das distribuidoras no mercado de revenda varejista de GLP, pois neste caso a integração vertical não traz prejuízos ao ambiente concorrencial.

A conclusão da referida Nota Técnica é bastante objetiva e merece ser transcrita:

“Conforme mencionado na seção anterior, a análise **sob a ótica estritamente concorrencial não identificou indícios da adoção de estratégias, pelas distribuidoras, de atuação pulverizada nas atividades de revenda de botijões de GLP, bem como não foram identificadas estratégias direcionadas à elevação da participação das distribuidoras na revenda direta de vasilhames ao consumidor final. O exame da localização e do perfil das revendas próprias parece indicar que a motivação econômica para a atuação vertical dos agentes distribuidores baseia-se no aproveitamento da infraestrutura (pátio, equipamentos, caminhões) e base de clientes já existentes para as instalações de distribuição.**

Adicionalmente, a observação do quantitativo de postos de revenda de propriedade de empresas distribuidoras sugere que, na maior parte dos mercados, a atuação das empresas de distribuição no segmento de

revenda não é significativa o suficiente para gerar efeito permanente e duradouro nos mercados relevantes de GLP.

A partir das informações disponíveis e das análises efetuadas por esta Coordenadoria, portanto, não é possível afirmar que o atual arcabouço regulatório do mercado de GLP, em particular no que se refere à possibilidade de atuação de empresas distribuidoras diretamente no segmento de revenda de GLP, reflita condições estruturais de mercado prejudiciais à concorrência.

Em tese, a atual estrutura de mercado e os arranjos entre os segmentos de distribuição e revenda de GLP resultam do exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos e, principalmente, parecem estar orientados pela busca de ganhos de eficiência e aproveitamento de ativos já existentes. Não há elementos que indiquem a possibilidade de que a atuação direta do distribuidor na atividade de revenda varejista de botijões de GLP (nos termos da regulamentação em vigente da ANP) traga prejuízos ao processo competitivo.” (...)
(grifo nosso)

A simples leitura das conclusões acima transcritas nos leva a concluir que a CDC se manifestou de forma contrária a alteração das normas em vigor, ou melhor, manifestou-se de forma contundente contra as razões de natureza concorrencial apresentadas pela SAB para vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores.

Posteriormente, em 14 de novembro de 2014, a SAB encaminhou um pedido de complementação da Nota Técnica acima mencionada, solicitando a análise dos aspectos concorrências referentes a integração vertical para os seguintes segmentos de comercialização de GLP: vasilhames com capacidade de até 13 Kg e vasilhames com capacidade entre 13 Kg e 90 Kg.

Em reposta a esta demanda da SAB, a CDC concluiu que:

“O exame realizado também demonstrou que a venda no varejo é realizada majoritariamente por agentes revendedores de GLP. Assim, mesmo considerando a análise por segmento de vasilhames, nos termos da presente Nota, não se pode afirmar que o atual arcabouço regulatório do mercado de GLP, em particular no que se refere à possibilidade de atuação de empresas distribuidoras diretamente no segmento de revenda de GLP, reflita condições estruturais de mercado prejudiciais à concorrência. Nesse sentido, não há elementos, sob a ótica estritamente concorrencial, que justifiquem a adoção de vedação à participação das distribuidoras no mercado de revenda de GLP.” (...)

(grifo nosso)

E sendo assim, a CDC ressaltou, expressamente, o que já havia afirmado na Nota Técnica n. 068/CDC/2014, no sentido de que a **“atual estrutura de mercado e os arranjos entre os segmentos de distribuição e revenda de GLP resultam do exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos e, principalmente, parecem estar orientados pela busca de ganhos de eficiência e aproveitamento de ativos já existentes.”** (grifo nosso)

Face às conclusões trazidas pela CDC nas Notas Técnicas acima citadas, em 16 de janeiro do corrente ano, a SAB produziu a Nota Técnica n. 12/SAB, mantendo a permissão de verticalização das distribuidoras no mercado de revenda.²

Entretanto, como mencionado no tópico anterior, posteriormente a SAB alterou o seu entendimento através da Nota Técnica n. 151/SAB, desconsiderando as conclusões apresentadas pela CDC e passando a propor a vedação da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores.

² Vide Item 3.1.7 da Nota Técnica n. 12/SAB, de 15 de janeiro de 2015.

O posicionamento da SAB na referida Nota Técnica pode ser consolidado nos três argumentos abaixo comentados:

1. A SAB argumenta que a Nota Técnica n. 068/CDC/2014 considerou apenas as vendas de GLP no varejo, desconsiderando as vendas para agentes “não regulados”, razão pela qual a participação das distribuidoras na comercialização de botijões de 20Kg e 45Kg seria de 27,44% ao invés de 2,09% como apontado pela CDC. Assim, a SAB argumenta que as distribuidoras detêm “posição dominante” por conta do disposto no art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

Tal equívoco no cálculo realizado pela CDC não é determinante, pois a própria Nota Técnica n. 068/CDC/2014 explica que *“a lei antitruste não objetiva combater o poder de mercado, em si, mas o uso abusivo desse poder, normalmente operacionalizado através da adoção de condutas anticoncorrenciais”*. E a própria Nota Técnica, independentemente dos percentuais apontados, é conclusiva no sentido de que não foram identificadas condutas das distribuidoras capazes de afetar negativamente a concorrência.

Isto porque tal conclusão da CDC não é lastreada apenas nos percentuais de participação das distribuidoras e dos revendedores, mas em outros vetores como: (i) menos de 0,5% dos postos de revenda de GLP pertencem às distribuidoras; (ii) a comercialização dos botijões de 13Kg pelas distribuidoras para consumidores representa apenas 2,44% em relação a todo o mercado de GLP; (iii) não há indícios da atuação pulverizada das distribuidoras na atividade de revenda de GLP envasado e de elevação da participação das distribuidoras na revenda varejista; (iv) a motivação econômica das distribuidoras para atuar na revenda é baseada no aproveitamento da infraestrutura existente e base de clientes; (v) na maior parte dos mercados a atuação das distribuidoras não é significativa o suficiente para gerar efeito permanente nos mercados de revenda de GLP; (v) a participação das distribuidoras em percentual superior a 20% se dá tão somente na comercialização de recipientes P-20 e P-45 – que representam 8,8% das vendas de recipientes GLP no Brasil no 1º semestre

de 2014, segundo dados da própria SAB – e ainda assim, somente em parte dos Estados.

Fundamentalmente, pela leitura das Notas Técnicas da CDC, depreende-se que o fato das distribuidoras possuírem em alguns estados - e somente em relação aos recipientes P-20 e P-45 - parcela de mercado superior a 20% não é decorrente de atos de concentração, mas de ganhos de eficiência.

E nesse sentido que se impõe a menção ao que é disposto no art. 36, §1º, da Lei 12.529/2011, segundo o qual não constitui infração à ordem econômica “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores.”

Ademais, a integração vertical, por si só, não é capaz de produzir efeitos danosos, como afirma JOSÉ TAVARES DE ARAUJO Jr.³:

“Um ponto estabelecido na literatura econômica, e ratificado em mais de um século de jurisprudência internacional, é o de que a integração vertical só constitui uma questão antitruste quando um monopolista nacional vende seu produto a empresas não integradas verticalmente num mercado a jusante, onde aquele monopolista também opera. Neste caso, o monopolista é estimulado a abusar de sua posição dominante, a fim de prejudicar e/ou eliminar seus concorrentes no mercado a jusante (Economides, 1998; Beard e outros, 2001; Rey e Tirole, 2006). Ora, esta situação não se aplica, nem remotamente, ao setor de GLP. Por um lado, a competição é intensa entre as distribuidoras, e nenhuma delas teria poder para impor unilateralmente condutas oportunistas no setor de revenda, onde atuam cerca de 60 mil firmas. Por outro lado, devido à complexidade da logística de distribuição – onde o produto é engarrafado em 52 localidades e vendido em 5.560 municípios – seria antieconômico integrar

³ “O Atual Marco Regulatório do Setor de GLP: Uma avaliação.”, novembro de 2014, pág.11.

verticalmente as atividades de distribuição e revenda numa única empresa. Assim, a estratégia empresarial mais conveniente para uma distribuidora é a de estabelecer uma rede nacional de revendedores. Entretanto, em circunstâncias excepcionais, como, por exemplo, em locais próximos às unidades de engarrafamento, a venda direta ao consumidor final pode ser mais eficiente. Isto não significa, obviamente, que o mercado de revenda seja um foco relevante para estas empresas. Atualmente, tais operações representam menos de 5% do consumo de GLP no país. Vedar esta prática seria irracional.”

Em contraponto a tudo que é acima citado, vale destacar que o posicionamento da SAB na Nota Técnica n. 151/SAB é vago e imprestável para qualquer avaliação de natureza concorrencial, como quando, por exemplo, afirma que:

“Em suma, os distribuidores apresentaram parcela significativa (igual ou superior a 20%) na comercialização direta de recipientes transportáveis de 20Kg e 45Kg ao consumidor em 17 dos 27 Estados do Brasil, sendo que esses Estados possuíram participação relevante no volume desses recipientes no cenário nacional (84,37%). Dessa forma, permite-se inferir que a atuação vertical dos distribuidores, em nível nacional, pode se mostrar significativa o suficiente para gerar eventuais efeitos prejudiciais no mercado de revenda de GLP”. (grifo nosso)

Enfim, resta evidente que o erro de cálculo da CDC pertinente à participação das distribuidoras nas vendas de GLP envasado em botijões de 20Kg e 45Kg para consumidores não altera a avaliação por ela realizada, como se depreende da simples leitura dos inconclusivos argumentos trazidos pela SAB.

Finalmente, resta consignar que é incompreensível a intenção da SAB de vedar a comercialização dos botijões de 13Kg - devendo tratar-se de mero equívoco - pois a participação das distribuidoras na venda deste combustível para consumidores, segundo cálculo da própria SAB, é de 2,44% em relação a todo o mercado de GLP,

motivo pelo qual este combustível não se enquadra em qualquer das pretensas justificativas apresentadas na Nota Técnica n. 151/SAB.

2. O segundo argumento da SAB para tentar justificar a restrição ora avaliada nos parece ainda mais frágil: *a dificuldade de segregação das atividades de distribuição e revenda de GLP quando a análise da movimentação do distribuidor.*

Em resumo, o argumento é baseado na idéia de que a autorização para o exercício da atividade de revenda outorgada a distribuidora (que pode vender diretamente para o consumidor) perde a sua função regulatória, dificultando o monitoramento dos agentes pela ANP.

Evidentemente, existe solução muito menos gravosa para o mercado, não sendo razoável vedar por este motivo a atividade de venda de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores, que há décadas vem se mostrando eficiente para os consumidores brasileiros.

Mais uma vez recorreremos a Nota Técnica n. 068/CDC/2014, que resolve a questão de forma simples e objetiva, sugerindo que a distribuidora que queira *“operar no segmento de revenda de botijões deveria constituir CNPJ próprio para este fim, mesmo que na condição de filial”*. E segue: *“tal medida mostraria-se menos gravosa para os agentes econômicos e igualmente eficaz para o fim a que se propõe (i.e. identificar, do ponto de vista fiscal e regulatório, a existência de duas pessoas jurídicas distintas, atuando em etapas distintas da cadeia produtiva de GLP)”*.

Cabe apenas um reparo a tal recomendação da CDC: sob o ponto de vista fiscal é irrelevante a segregação das atividades de distribuição e de revenda, na medida em que o produtor e o importador de GLP são substitutos tributários e comercializam o combustível já com o ICMS retido.

Assim, não se faz necessário tecer maiores comentários sobre este argumento, não devendo ser reconhecido como uma justificativa apta a lastrear a grave restrição que se pretende impor às distribuidoras de GLP.

3. Por fim, a Nota Técnica n. 151/SAB recomenda a adoção de modelo semelhante ao setor de combustíveis líquidos, conforme a Resolução ANP n. 58/2014 e a Resolução ANP n. 41/2013, vedando a participação de distribuidor de GLP no quadro societário de revendedor de GLP autorizado pela ANP.

Tal argumento é absolutamente desprovido de qualquer tecnicidade sob o ponto de vista concorrencial, na medida em que estamos diante de mercados completamente distintos - GLP e combustíveis automotivos líquidos.

A Nota Técnica n. 068/CDC/2014 também abordou este tema e, mais uma vez, foi suficientemente objetiva:

“Na cadeia de GLP, a interdependência observada entre os segmentos de distribuição e revenda é menor do que aquela observada em outros ramos da indústria de petróleo (notadamente a cadeia de combustíveis líquidos automotivos). Isto ocorre por dois motivos. Em primeiro lugar, porque ao contrário dos combustíveis líquidos, no GLP não há a obrigatoriedade de comercialização de um único produto caso o revendedor varejista opte por ostentar a marca comercial de um distribuidor. Em segundo lugar, porque o investimento inicial necessário para a atividade de revenda de GLP é significativamente inferior àquele observado para a atividade de revenda de combustíveis líquidos (o que torna o revendedor menos dependente de financiamento e equipamentos provenientes do distribuidor para iniciar suas atividades).”

Face ao exposto, somos obrigados a concluir que a SAB não logrou êxito em justificar a citada alteração nas normas pertinentes às atividades de distribuição e revenda de GLP. Por sua vez, os argumentos trazidos pela CDC nas Notas Técnicas acima citadas são contundentes.

Aliás, a ausência de justificativa apta a restringir a concentração vertical no setor de distribuição e revenda de GLP é também reconhecida pela Procuradoria-Geral da ANP, que assim se manifestou no Parecer n. 73/2014/PF-ANP/PGF/AGU:

“Ainda que a medida restritiva de concentração vertical tenha sido fundamentada na Nota Técnica 212/SAB (fl.77), a questão foi apenas superficialmente enfrentada, carecendo de adequada fundamentação. Observa-se que não está demonstrado nos autos (i) quais são as alegadas vantagens comparativas injustificáveis que se pretende evitar, (ii) em que medida a concorrência é reduzida na atual sistemática e qual garantia que a proposta em análise não causará justamente o que se pretende evitar, (iii) quais preços são alterados e quem são os beneficiados e prejudicados com a suposta alteração, (iv) se existe confusão entre distribuidor (credor) e revendedor (devedor), quem seriam os prejudicados e beneficiados com essa situação.” (grifo nosso)

Interessante notar que o Parecer da Procuradoria-Geral não apenas aborda a ausência de fundamentação na Nota Técnica n. 212/SAB, mas alerta sobre o risco de alterar-se as regras de um mercado que não apresenta distorções – vide trecho transscrito grifado por nós.

Em relação a possibilidade de reduzir-se a concorrência e prejudicar-se os consumidores, como alertado no Parecer da PROGE acima transscrito, vale citar

trabalho de autoria da “LCA Consultores” sobre o setor de comercialização de GLP no Brasil⁴, que afirma:

“Restrições à comercialização, por outro lado, podem reduzir a rivalidade entre os agentes ao criar reserva de mercado sem nenhuma contrapartida positiva para a sociedade. Ao contrário, é possível que isto gere menor eficiência no abastecimento, com a construção de arranjos alternativos de suprimento, e restrições à competição. Os dois efeitos tendem a gerar pressão positiva sobre o preço, prejudicando o consumidor final.”

Ora, se é fato que *a atual estrutura do mercado e os arranjos entre os segmentos de distribuição e revenda de GLP resultam do exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos e, principalmente, parecem estar orientados pela busca de ganhos de eficiência e aproveitamento de ativos existentes* – como afirmado na Nota Técnica n. 068/CDC/2014 – é evidente que o desmonte desta estrutura pode causar uma perda de eficiência e, consequentemente, prejuízos aos consumidores.

Vale lembrar que a ANP tem como atribuição legal proteger os interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

De acordo com dados publicados pelo SINDIGÁS⁵, o GLP abastece 53 milhões de lares – ou 95% do total de famílias – do Norte ao Sul do Brasil, em 100% dos municípios. Tais dados nos fazem concluir que a cadeia de distribuição e revenda de GLP é eficiente, permitindo que a quase totalidade dos brasileiros tenham acesso a este combustível. Assim, podemos afirmar que a ANP vem dando absoluto cumprimento a sua atribuição legal de garantir o suprimento do GLP em todo o território nacional.

⁴ “Lógica Econômica e Efeitos Esperados de Distintos Arranjos para a Comercialização de GLP Envasado no Brasil”, dezembro de 2014, pág. 22.

⁵ “Gás LP – O Gás do Brasil”, pág. 07.

Enfim, (i) considerando que as distribuidoras operam em parceria com revendedores de forma eficiente; (ii) considerando que tal parceria vem provendo grande capilaridade no fornecimento de GLP em todo o território brasileiro; e, finalmente, (iii) considerando que a ANP desenvolveu mecanismos inteligentes de controle, como a sistematização do fluxo de informações sobre os volumes de GLP comercializados pelos diversos agentes da cadeia de distribuição e revenda, o que permite identificar eventuais condutas prejudiciais à livre concorrência; não há justificativa que autorize a ANP a implementar as alterações normativas ora avaliadas, seja sob o ponto de vista legal, seja sob o ponto de vista concorrencial, seja sob o ponto de vista regulatório.

Isto posto, passaremos a avaliar as consequências jurídicas da imposição da restrição ora comentada sem a devida justificativa.

3 – A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA:

A livre iniciativa, prevista pelo art. 1º, IV, da Constituição, como um dos fundamentos da República, foi tratada, de igual modo, como base da ordem econômica nacional, pelo art. 170, abaixo transcrito.

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país". (grifo nosso)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

A livre iniciativa pode manifestar-se concretamente por duas vertentes. Por um lado, consiste na liberdade de iniciar uma atividade econômica e, por outro, na liberdade de planejamento e gestão do negócio.

Em sua vertente de liberdade de gestão, a liberdade de iniciativa abrange o direito de escolha daqueles com os quais se pretende contratar a venda ou prestação de um serviço, sendo certo que tal direito pode ser limitado ou restringido, mediante intervenção estatal, em razão de eventual necessidade de proteção de bem jurídico mais relevante: o interesse público.

No exercício de sua função regulatória, o Estado deve atuar de modo a possibilitar a concretização harmônica dos princípios da ordem econômica, haja vista a possibilidade de colisão entre os mesmos em casos concretos do cotidiano.

Em tais situações, o Estado deve recorrer, como meio de solução do conflito, à técnica da ponderação, por meio da qual aferirá aquele que possui, no caso concreto, maior peso valorativo. O principal critério a ser empregado para sua realização é a análise escalonada – sob a ótica da proporcionalidade – da medida tida como lesiva a determinado princípio e favorecedora de outro.

Dessa forma, no tocante à intervenção do Estado no domínio econômico, seria necessário analisar, em etapas, o seguinte:

A restrição promovida pela medida estatal a determinado princípio é adequada para a realização do objetivo social buscado? Em outras palavras, o meio é adequado para o atingimento do fim? Há outro meio menos restritivo ao princípio

lesado para atingir a finalidade almejada? A restrição imposta pela medida é compatível com o benefício social visado? Ou trará mais prejuízos que benefícios?

No caso em exame, propõe a SAB, em sua Nota Técnica nº 151, como meio de promoção do princípio da livre concorrência, seja vedada a possibilidade de comercialização direta com consumidores por parte das distribuidoras de GLP. Para fundamentar seu posicionamento, aduz – com base em dados do 1º semestre de 2014 – que em relação ao mercado de comercialização de recipientes P-20 e P-45, as distribuidoras possuem, em 17 Estados da federação, parcela de mercado superior a 20%, o que representaria prejuízo ao ambiente concorrencial, à luz do disposto no art. 36, §2º, da Lei n. 12.529/2011, dentre outros motivos de natureza regulatória acima comentados.

Alega, assim, que poderia haver conflito entre princípios tidos como igualmente relevantes para a Ordem Econômica.

No tocante à alegação feita pela SAB, de que a possibilidade de venda direta aos consumidores pelas distribuidoras representa risco de lesão à concorrência, cumpre-nos salientar, de início, o fato de que a participação das distribuidoras em percentual superior a 20% se dá tão somente na comercialização de recipientes P-20 e P-45 – que representam 8,8% das vendas de recipientes GLP no Brasil no 1º semestre de 2014, segundo dados da própria SAB – e ainda assim, somente em parte dos Estados. Em que pese só este fato já ser suficiente para responder às questões utilizadas como critérios de aferição da proporcionalidade da medida intervintiva estatal, prossegue-se com a análise.

Como mencionado no tópico anterior, a busca da eficiência não pode ser penalizada e, inclusive, é protegida pelo art. 36, §1º, da Lei 12.529/2011, que determina não ser infração à ordem econômica “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores.”

Ademais, é imprescindível considerar que o fato de distribuidoras possuírem maior parcela de mercado em determinados estados quanto à comercialização de recipientes transportáveis P20 e P45, não significa, por si só, prejuízo ao ambiente concorrencial. Isto porque para que tal prejuízo possa de fato se concretizar é necessário, além da participação no mercado em patamar superior a 20%, a possibilidade de abuso do poder de mercado, o que, na prática, só aconteceria no improvável cenário de empresas francamente concorrentes se unirem para formação de cartel.

O entendimento acima esposado encontra respaldo na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Com efeito, no julgamento do Proc. n. 08012.003998/2005-90, o órgão entendeu que apesar de determinada sociedade empresária ter passado a possuir parcela superior a 20% do mercado por ato de concentração, não detinha poderes para controlá-lo individualmente.

Pelo que se vê, a quebra da verticalização no caso em tela configuraria medida desproporcional e, por tanto, ilegítima por parte da administração, uma vez que restringiria injustificadamente o princípio da liberdade de iniciativa.

Como exaustivamente afirmado, cabe a ANP zelar pelo interesse público no que diz respeito a proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Em nenhum dos documentos apresentados nas Consultas Públicas ora comentadas identificou-se qualquer prejuízo a concorrência e, consequentemente, aos consumidores.

Ao contrário, os interesses dos consumidores estão preservados. Como vimos no tópico anterior deste texto, a ANP vem desempenhando o seu papel de órgão regulador de forma correta e eficiente, pois os consumidores brasileiros dispõem de ampla oferta de GLP, a preços livres e competitivos, como menciona a CDC nas Notas Técnicas anteriormente comentadas.

Por fim, devemos concluir que a eventual adoção de regra pela ANP que venha a proibir a verticalização no mercado de distribuição e revenda de GLP será desprovida de qualquer justificativa apta a sustentá-la, ferindo o princípio constitucional da livre iniciativa e ensejando o seu reparo pelo Poder Judiciário.

4 – CONCLUSÃO:

Face ao exposto, faz-se necessário concluir que a atual estrutura do mercado de distribuição e revenda de GLP não deve ser alterada para proibir-se a comercialização deste combustível envasado pelas distribuidoras para os consumidores, devendo prevalecer as opiniões técnicas e bem fundamentadas da Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP.

É o que submetemos a apreciação de V.Sas.

GUILHERME BARBOSA VINHAS

JOÃO PAULO RIBEIRO NAEGELE