



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 211/COGEN/COGCR/SEAE/MF

Brasília, 04 de agosto de 2015.

Assunto: Consulta Pública nº 6/2015, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que visa à obtenção de subsídios e informações sobre a minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP).

Acesso: Público.

1. Introdução

1. Em sintonia com os princípios da eficiência e da publicidade que regem a administração pública, a ANP publicou o Aviso de Consulta Pública nº 6/2015, que visa à obtenção de subsídios e informações sobre a minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP).

2. Nos termos de suas atribuições legais definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 7.696, de 06 de março de 2012, modificado pelo Decreto nº 8.391, de 16 de janeiro de 2015, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF) apresenta, por meio deste parecer, suas considerações e sugestões de aperfeiçoamento do objeto da citada consulta pública.

2. Identificação do Problema, Objetivo da Norma e Agentes Afetados

3. A Consulta Pública nº 6/2015 disponibilizou para o conhecimento dos interessados os seguintes documentos: (i) Nota Técnica nº 068/CDC/2014, de 22 de outubro de 2014; (ii) Nota Técnica nº 084/CDC/2014, de 29 de dezembro de 2014; (iii) Minuta de Resolução (Atividade de Distribuição GLP), de 15 de janeiro de 2015; (iv) Nota Técnica nº 12/SAB, de 16 de janeiro de 2015; e (v) Nota Técnica nº 151/SAB, de 18 de maio de 2015.

4. Nesse ponto, adverte-se sobre o fato de a ANP não ter disponibilizado para análise os documentos que motivaram a decisão da agência, documentos esses reputados fundamentais para a contextualização e a clareza na identificação do objeto da consulta. São eles: (i) Propostas de Ação nº 987 e 988, ambas de 2014, acompanhados dos respectivos pareceres da lavra da Procuradoria Federal junto à ANP (Pareceres nº 73/2014/PF-ANP/PGF/AGU e nº 75/2014/PF/ANP/PGF/AGU, ambos de 2014); (ii) Minuta de Resolução que transcreve a posição da SAB/ANP sobre a vedação à integração vertical do mercado de GLP (distribuição e revenda); e (iii) Notas Técnicas nº 211/2014 e nº 212/2014, contidas nos Processos nº 48610.006853/2014-15 e nº 48610.008961/2014-14, respectivamente.

5. De uma forma geral, as notas técnicas buscaram analisar o mercado de GLP sob a ótica concorrencial, a partir de divergência, encetada no âmbito da própria ANP, alusiva à participação das distribuidoras no segmento de revenda.

6. A Superintendência de Abastecimento da ANP (SAB) propõe vedar o exercício da atividade de revenda varejista de GLP aos distribuidores, à semelhança do que ocorre no mercado de combustíveis líquidos. Por sua vez, a Coordenação de Defesa da Concorrência (CDC) da agência não vislumbra motivo, sob o ponto de vista concorrencial, que justifique a vedação à integração vertical nos mercados de distribuição e revenda de GLP.

7. Dos documentos disponibilizados pela ANP, apenas a Nota Técnica nº 12/SAB, de 16 de janeiro de 2015, ocupou-se de traçar e explicar as demais alterações que permeiam o normativo objeto da consulta pública.

8. A despeito de se extrair da leitura das notas técnicas o objeto e a finalidade do ato normativo, tem-se claramente que a agência não identificou especificadamente os benefícios esperados.

9. Os distribuidores, os postos de revenda e os consumidores finais de GLP são os agentes impactados pelo ato normativo proposto.

3. Embasamento Legal

10. As notas técnicas que subsidiam a consulta pública sob análise apontam como fundamento legal para a implementação do regulamento proposto a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e o Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, além da Resolução do CNPE nº 1, de 8 de março de 2005 e de diversos atos infralegais editados pela ANP.

4. Análise de Impacto Regulatório (AIR)

11. Diante dos instrumentos de análise disponíveis para avaliação de um ato normativo posto em audiência ou consulta pública por uma agência reguladora, destaca-se a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que tem o objetivo de subsidiar o processo de decisão, a partir do exame prospectivo da ação regulatória, buscando identificar os possíveis resultados e impactos da regulamentação proposta.

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

13. Na presente consulta, a ANP julga necessário revisar a regulamentação que trata da atividade de distribuição de GLP.

14. Ressalta-se, porém, que, diferentemente do que fez na Consulta Pública nº 04/2015, a agência não procedeu, desta vez à AIR. Tal análise seria importante para o cotejo da medida proposta frente às alternativas de regulamentação disponíveis e aprofundamento da análise dos potenciais impactos econômicos da proposta.

5. Análise da Seae/MF

15. A estimação dos custos e dos benefícios que decorrem da ação governamental e avaliação das alternativas à medida proposta afiguram-se condição necessária, mas não exclusivas, para aferição da eficiência da regulação proposta. Nas hipóteses em que o custo da coleta de dados quantitativos for elevado ou quando não houver consenso em como valorar os

benefícios, a sugestão é que o regulador proceda a uma avaliação qualitativa que, ao menos, demonstre a possibilidade de os benefícios da proposta superarem os custos envolvidos.

5.1. Impactos à Concorrência

16. Embora a ANP tenha realizado análises com dados disponíveis, os documentos elaborados pelas áreas técnicas prescindem da identificação especificada dos eventuais custos e benefícios envolvidos na análise. Limitam-se tão somente a afirmar que podem ou não gerar prejuízos à concorrência, sem considerações sobre os efeitos líquidos resultantes da aplicação do regulamento.

17. A partir da leitura dos documentos que instruem a consulta pública, constata-se que ao menos duas exigências contidas na minuta de resolução proposta pela ANP têm o potencial de gerar impactos anticoncorrenciais. São elas: (i) exigência de título de propriedade do terreno para instalação de base da distribuidora e (ii) base de armazenagem em conformidade com os fluxos logísticos.

18. Em que pese a minuta de regulamentação proposta ter mantido a permissão para a integração vertical nos mercados de distribuição e revenda de GLP, os documentos que subsidiam a consulta pública abordam as posições divergentes da SAB e da CDC em relação ao tema.

19. A SAB procura estabelecer a vedação total ao exercício da atividade de revenda varejista de GLP por distribuidores, à semelhança do que ocorre no mercado de combustíveis líquidos. Por sua vez, a CDC não vê elementos, sob o ponto de vista concorrencial, que justifiquem a vedação à integração vertical nos mercados de distribuição e revenda de GLP.

20. Na seção seguinte, a Seae/MF apresentará suas considerações em relação a cada uma das exigências acima indicadas.

5.1. Vedação à Integração Vertical nos Mercados de Distribuição e Revenda de GLP

21. A posição manifesta da SAB sobre a vedação total à verticalização no mercado de GLP (distribuição e revenda) foi descrita em notas técnicas, nem todas disponibilizadas pela ANP na consulta pública em comento (parágrafo 4 deste Parecer). Desta forma, toma-se conhecimento de partes importantes da manifestação da SAB a partir da transcrição dos trechos contidos nos documentos que sucederam a Nota Técnica nº 068/CDC/2014, da lavra da CDC.

22. A Procuradoria Federal junto à ANP solicitou à CDC manifestação expressa sobre os aspectos concorrenciais que envolvem a proposta da SAB destinada a vedar a atuação das distribuidoras no mercado de revenda de botijões de GLP.

23. Em resposta à solicitação da Procuradoria, a CDC emitiu a Nota Técnica nº 068/CDC/2014 que se presta à tarefa de avaliar, sob a ótica concorrencial, a proposta de vedação total à integração vertical no mercado de GLP (distribuição e revenda).

24. Nesse contexto, a CDC assentou a pretensão da SAB nos seguintes termos:

“[...] a SAB procura estabelecer vedação total do exercício da atividade de revenda varejista de GLP por distribuidores do produto, incluindo proibição (i) de atuação direta na comercialização no varejo de botijões até 90 Kg e (ii) de participação de agente detentor de autorização para exercício da atividade de distribuição no quadro societário de qualquer agente autorizado para o exercício de revenda varejista de GLP”.

25. Naquela mesma nota técnica, a CDC reproduz trecho da Nota Técnica nº 212/2014, de autoria da SAB, em que esta Superintendência enumera *“diversas implicações regulatórias e jurídico-fiscais”*, que decorreriam da atuação das distribuidoras no mercado de revenda de GLP: *“(i) criação de vantagens comparativas injustificáveis; (ii) redução da concorrência; (iii) alteração dos preços repassados aos consumidores finais em razão do salto na cadeia de recolhimento do ICMS; e (iv) confusão entre distribuidor (credor) e revendedor”.*

26. No que tange às implicações (iii) e (iv) apontadas pela SAB, a CDC sugere, a título de correção, medida menos gravosa consubstanciada na *“exigência de criação de pessoa jurídica específica para a atividade de revenda de GLP”.*

27. Persistia, no entanto, a complexa tarefa de buscar os argumentos que confirmem suporte às implicações anticoncorrenciais apontadas pela SAB, de modo que justifiquem a drástica intervenção, por ela pretendida, no mercado de GLP.

28. A partir da Nota Técnica nº 068/CDC/2014, iniciou-se uma discussão qualificada (antes, no campo da mera suposição), fundada em dados e em argumentos técnicos destinados a conferir suporte válido a eventual intervenção da ANP no mercado de GLP.

29. Preliminarmente, a referida nota técnica ressaltou a existência de aproximadamente 57 mil postos de revenda autorizados a operar GLP no país, sendo apenas

233 (0,5% do total) vinculados a agentes autorizados ao exercício da atividade de distribuição - mesmo Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

30. Em relação ao número de distribuidoras, a CDC afirma, na Nota Técnica nº 068/CDC, de 2014, existirem 22 (vinte e duas) distribuidoras autorizadas pela ANP. Dentre elas, quatro pares de empresas pertencem ao mesmo grupo econômico (Ultrazul e Bahiana; Nacional Gás Butano e Paragás; SHV Gás Brasil e Minasgás; e Consigaz e Gasball).

31. Por sua vez, a SAB aduz, na Nota Técnica nº 151/SAB, de 2015, serem 21 (vinte e uma) as distribuidoras de GLP autorizadas pela ANP, sendo que apenas treze delas atuam no mercado de revenda direta a consumidores finais.

32. Após traçar um panorama do mercado de GLP no Brasil, a CDC analisou o mercado de GLP com base nos dados produzidos pela própria ANP (Sistema de Informações de Movimentação de Produtos – SIMP). Para tanto, a análise engendrada pela CDC centrou-se nas embalagens de até 13 kg e acima de 13 kg até 45 kg (P20 e P45).

33. Na ocasião, a comercialização em embalagens superiores a 45 kg não foi analisada por terem sido consideradas marginais. Também foi excluída da análise a rubrica “outras vendas”¹, por entender a CDC que não seria possível estabelecer se essas vendas seriam realizadas nos mercados varejista.

34. De sua análise, a CDC concluiu que:

“(i) menos de 0,5% dos postos de revenda de GLP do país pertencia a agentes distribuidores; (ii) não havia indícios, sob o ponto de vista concorrencial, de atuação pulverizada das distribuidoras na atividade de revenda de GLP em vasilhames e de elevação da participação das distribuidoras na revenda varejista direta; (iii) a motivação econômica para a atuação vertical dos agentes distribuidores parecia se basear no aproveitamento da infraestrutura (pátio, equipamentos, caminhões) e base de clientes já existentes para as instalações de distribuição; e (iv) na maior parte dos mercados, a atuação das empresas de distribuição o segmento de revenda não era significativa o suficiente para gerar efeito permanente e duradouro nos mercados de revenda de GLP”.

¹ Trata-se de item representativo das vendas realizadas pelas distribuidoras aos grandes consumidores.

35. A conclusão da CDC divergiu das implicações suscitadas pela SAB que antevira aspectos anticoncorrenciais (redução da concorrência e a criação de vantagens comparativas injustificáveis) na atuação das distribuidoras no mercado de revenda.

36. Com vistas a amadurecer o debate em torno do tema, a SAB remeteu à CDC o Memorando nº 453/SAB, de 14 de novembro de 2014, no qual solicitou à CDC análise complementar, dessa vez, quanto aos aspectos concorrenciais da integração vertical para os seguintes segmentos de comercialização de GLP: embalagens de até 13 kg (P13), embalagens acima de 13 kg e até 90 kg (P20, P45 e P90) e embalagens de 45kg (P45).

37. Em resposta, a CDC emitiu a Nota Técnica nº 084/CDC/2014, de 29 de dezembro de 2014, em que estabeleceu como *proxy* da parcela de mercado a divisão do item “*venda a varejo (consumidor final)*” pelo total de GLP comercializado em cada segmento analisado.

38. Com base na análise dos dados acumulados no primeiro semestre de 2014, a CDC concluiu o seguinte:

A) Comercialização em vasilhames de até 13 Kg (P13)

a.1) A comercialização de GLP em vasilhames de até 13 kg, no mercado varejista, representa 96% do total de GLP comercializado no país (considerando vasilhames de até 90 Kg).

a.2) A parcela de mercado de GLP em vasilhames de até 13 Kg atendida pelas distribuidoras corresponde a 2,21% do total de vendas no varejo.

a.3) A comercialização de GLP em vasilhames de até 13 kg, na maioria dos estados da federação, representa parcela superior a 90% das vendas totais de GLP no mercado varejista (considerando vasilhames de até 90 kg), à exceção dos estados da região Sul (RS, SC e PR) e do estado de São Paulo, onde a comercialização situa-se entre 80% e 90%.

a.4) A parcela de vendas diretamente realizadas pelas distribuidoras nos mercados varejistas é igual ou inferior a 6% na maioria dos estados da federação, exceção feita aos estados de Sergipe (11,64%) e Roraima (21,57%).

a.5) As vendas de GLP, com vasilhames de até 13 kg, realizadas pelo estado de Roraima representam 0,12% das vendas nacionais de vasilhames com a mesma característica.

B) Comercialização em vasilhames acima de 13 kg e até 90 kg (P20, P45 e P90)

b.1) As vendas de GLP de vasilhames com essas características no mercado varejista representaram 3,8% do total de GLP envasado no país (vasilhames de até 90 Kg).

b.2) A parcela desse mercado atendida pelas distribuidoras correspondeu a 7,44% do total comercializado em nível nacional.

b.3) A proporção de GLP comercializado é, na maioria dos estados, inferior a 10% do total do produto envasado (até 90 kg) e vendido no varejo de cada um dos estados, excetuando-se os estados da região Sul (RS, SC e PR) e do estado de São Paulo, onde a comercialização varia entre 11% e 18%.

b.4) A parcela das distribuidoras na revenda varejista, em relação ao segmento analisado, é igual ou inferior a 10% na maioria dos estados da federação (21 estados), os quais representam 88% das vendas de GLP.

b.5) Os estados com parcela de mercado superior a 20%, nesse segmento, são: Amazonas (23,27%), Sergipe (27,04%) e Roraima (78,70%) que representam 0,38%, 0,21% e 0,15%, respectivamente, das vendas totais nacionais de vasilhames acima de 13 kg até 90 kg, atingindo no acumulado dos três estados 0,74% do total de vasilhames, com essas características, comercializado no país.

b.6) As vendas das distribuidoras (acima de 13 kg até 90 kg) ao consumidor final nos estados do Amazonas, de Sergipe e de Roraima representam 1,80%, 1,43% e 4,7%, respectivamente, do total da venda de GLP realizada em cada um dos estados.

C) Comercialização em vasilhames de 45 kg (P45)

c.1) As vendas de GLP no mercado varejista representaram 2,7% do total de GLP envasado comercializado no país.

c.2) A parcela do mercado varejista atendida pelas distribuidoras em nível nacional é de 7,3%.

c.3) A parcela comercializada de GLP é inferior a 5% na maioria dos estados da federação, à exceção dos estados da região Sul (RS, SC e PR) e do estado de São Paulo, com percentuais situados entre 7% e 13%.

c.4) A parcela de vendas das distribuidoras no mercado varejista é inferior a 10% em 21 (vinte e um) estados da federação, correspondente a 77,37% do total

comercializado de vasilhames com a mesma característica (45 kg) em âmbito nacional, sendo que apenas os estados do Amazonas (26,99%), de Sergipe (26,96%) e de Roraima (78,53%) registraram parcela de mercado das distribuidoras superior a 20%.

c.5) Os estados do Amazonas, de Sergipe e de Roraima, respectivamente, representam 0,33%, 0,20% e 0,19% das vendas totais nacionais de vasilhames de 45 kg, atingindo no acumulado dos três estados 0,72% do total de vasilhames de 45 kg comercializados no país.

c.6) As vendas das distribuidoras (P45), no mercado varejista, nos estados do Amazonas, de Sergipe e de Roraima representam 1,10%, 0,99% e 4,24%, respectivamente, do total de vendas de GLP realizadas em cada um dos estados.

D) Comercialização em vasilhames de até 90 kg

A parcela de venda no varejo das distribuidoras é pouco representativa, sendo inferior a 6,5% na maioria dos estados da federação, à exceção dos estados de Sergipe (11,86%) e de Roraima (24,25%), ambos correspondendo a 0,67% do total das vendas a varejo de GLP no mercado nacional.

39. Diante desse cenário, a CDC entendeu que, sob o ponto de vista concorrencial, não há elementos *“que justifiquem a adoção de vedação à participação das distribuidoras no mercado de revenda varejista de GLP, uma vez que a atuação vertical das distribuidoras parece não apresentar risco ao ambiente competitivo”*.

40. Na sequência, a SAB emitiu a Nota Técnica nº 151/SAB, de 18 de maio de 2015, com o objetivo declarado de ampliar o escopo do estudo realizado pela CDC.

41. A SAB entende que os estudos conduzidos pela CDC, consubstanciados nas Notas Técnicas nº 068/CDC/2014 e nº 084/CDC/2014, são limitados por não terem considerados na análise a rubrica *“outras vendas”*.

42. De acordo com a SAB, a participação das vendas diretas das distribuidoras ao consumidor final, no mesmo período de apuração dos estudos da CDC, passaria, com a inclusão da rubrica *“outras vendas”*, para 2,45% (P13) e 27,44% (P20 e P45). Relativamente aos estudos empreendidos pela CDC, haveria um aumento apenas marginal para o P13 mas um suposto acréscimo substancial da participação das distribuidoras no mercado de revenda de vasilhames P20 e P45 (27,44%, contra 2,09% aferido pela CDC)².

² Conforme mostra a Tabela 4 da Nota Técnica nº 151/SAB/2015, a participação, aferida pela CDC, referente à comercialização de vasilhames acima de 13 kg e até 45kg é de 7,12% e não 2,09% como afirma a SAB.

43. Na análise empreendida por estado, a SAB verificou que a participação direta das distribuidoras na comercialização de recipientes de até 13 kg é pouco representativa. Por sua vez, a SAB observa que a participação das distribuidoras na venda de vasilhames P20 e P45 é igual ou superior a 20% em 17 dos 27 estados da federação, com destaque para o estado de São Paulo, que comercializa 36,62% dos vasilhames com aquelas características em todo o país e ostenta a participação de 29% da distribuição na venda direta de GLP (P20 e P45) ao consumidor final.

44. De posse das discrepâncias encontradas, a SAB concluiu pela alteração do modelo regulatório vigente em face da “*extraordinária participação significativa de mercado*” das distribuidoras na revenda de GLP, e sugere modelo regulatório semelhante ao do setor de combustíveis líquidos, no qual se veda a participação de distribuidores nos quadros societários de revenda.

45. Convém ressaltar, contudo, que a proposta da SAB não foi incorporada à minuta de regulamento apresentada na consulta pública em análise, dando a entender que prevalece o prognóstico formulado pela CDC.

46. Descrito o panorama da consulta pública em apreço, analisa-se, a seguir a questão, sob os aspectos metodológico e concorrencial.

47. A ANP revela a existência de aproximadamente 57 mil postos de revenda autorizados a operar GLP no país, sendo apenas 233 (0,5% do total) vinculados a agentes autorizados ao exercício da atividade de distribuição (mesmo CNPJ). Esses vínculos, segundo a CDC, integram a esfera da livre iniciativa dos agentes econômicos, sendo apresentados, alguns deles, sob a forma de arranjos que se aproximam de uma integração vertical, como, por exemplo, quando há acordo de exclusividade e contratos de franquia.

48. No estudo apresentado pela SAB, por meio da Nota Técnica nº 151, de 2015, a Superintendência aduz que dos 233 (duzentos e trinta e três) agentes de revenda vinculados a distribuidoras, 190 (cento e noventa) se apresentam como revenda própria do distribuidor (82% do total da revenda vinculada), estando 43 (quarenta e três) dos agentes de revenda sob um daqueles arranjos verticais.

49. No segmento de distribuição, conforme anteriormente mencionado, das 21 ou 22 distribuidoras de GLP, apenas 13 vendem diretamente aos consumidores finais.

50. As informações apresentadas não parecem permitir a conclusão de que a estrutura atual esteja conduzindo a práticas anticoncorrenciais. A elevada capilaridade da revenda e o fato de algumas empresas de distribuição não optarem pela participação marginal

nesse mercado, parece, em tese, refletir estratégia negocial, sem evidências que comprovem exercício do poder de mercado.

51. Na Nota Técnica nº 151/2015, a SAB entende que, para uma análise mais completa do mercado de GLP, deve ser considerada a rubrica “*Venda para Agentes Não Regulados*”, referente às vendas realizadas diretamente ao consumidor final, com emissão de nota fiscal, identificando-se CNPJ ou Cadastro da Pessoa Física (CPF).

52. Com a inclusão da rubrica, os distribuidores de GLP passariam a possuir uma parcela de 27,44% na comercialização de recipientes de 20Kg (P20) e 45Kg (P40), frente a parcela de 2,45% aferida pela CDC em sua análise. Com base na constatação relativa aos segmentos P20 e P45, a SAB sugere vedar a verticalização no mercado de GLP como um todo, independentemente de ter verificado uma baixa participação das distribuidoras na revenda de P13.

53. Ao que parece, há uma contradição entre a constatação da SAB e sua ressalva metodológica transcrita nos seguintes termos:

“Quando do levantamento dos dados de movimentação dos distribuidores de GLP declarados por meio do DPMP/SIMP, para a elaboração da presente Nota Técnica, foi identificada a impossibilidade de distinção do exercício das atividades de distribuição e de revenda por estabelecimentos filiais de distribuidores que possuem ambas as autorizações, não sendo possível, dessa forma, a separação da movimentação por tipo de atividade”.

54. Como visto, a SAB afirma ser impossível distinguir o exercício das atividades de revenda e distribuição. Logo, não se poderia concluir que “*todas as comercializações ocorrem pelo distribuidor*”. Com a aglutinação da revenda e da distribuição em uma única rubrica, a participação de mercado dos postos de revenda pertencentes às distribuidoras ficou superestimada.

55. A própria SAB reconhece que a conformação atual do mercado de GLP “*impossibilita o monitoramento, por parte da ANP [...] podendo ocasionar erros de análises, cenários mascarados e/ou estatísticas errôneas*”. Portanto, questiona-se se não seria possível que sua própria análise esteja prejudicada pela deficiência dos dados disponíveis.

56. Na Nota Técnica nº 084/2014, a CDC utiliza o §2º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2010) como “*critério de corte para seleção e exame mais detalhados de eventuais mercados estaduais de comercialização de GLP*”. O referido

dispositivo impõe presunção legal de posição dominante, “*sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante...*”³.

57. Nesse ponto, a Seae/MF entende que a CDC pretendeu, ao citar o dispositivo legal, adotá-lo apenas como referência para sua análise. Como a própria CDC reconhece, a metodologia de aferição da posição dominante, não dispensa análise detida do mercado relevante nas dimensões geográfica e de produto, conjugada com a análise estrutural do mercado (barreiras à entrada, aumento arbitrário de lucros, restrições verticais e o próprio abuso de posição dominante), o que não se processou no caso em tela.

58. É importante destacar que a dominação de mercado relevante não constitui ilícito concorrencial *per se*, pois pode originar-se de processo justificado pela eficiência econômica do agente, não implicando, necessariamente, exercício do poder de mercado. Logo, a presunção legal é relativa, posta abaixo caso não se comprove que a aquisição de parcela de mercado ocorreu com infração ao ambiente concorrencial. É o que decorre do §1º do art. 36 da Lei nº 12.529/2010, que assim dispõe:

“Art. 36 [...]

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

59. Conclui-se, portanto, que a posição dominante é condição necessária para se excluir um concorrente do mercado, mas não é suficiente para que essa exclusão se concretize no plano fático. Ainda que a participação de mercado das distribuidoras seja superior a 20% em 17 estados da federação, daí não se pode concluir que a verticalização no mercado de GLP (distribuição e revenda)⁴ esteja impactando o ambiente concorrencial.

³ De acordo com o art. 36, da Lei nº 12.529/2010:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

⁴ Embora se deva sublinhar que, inclusive na análise expandida pela SAB, a participação das distribuidoras no segmento de P13 é irrisória.

60. A identificação de eventual impacto da verticalização sobre o ambiente concorrencial deve ser precedida de análise criteriosa, com a definição do mercado relevante, em suas respectivas dimensões, aliado à análise estruturante do mercado de GLP.

61. Em relação à apuração dos percentuais de participação das distribuidoras no segmento de revenda, não são apresentados elementos que permitam concluir pela inexistência de concorrência entre os postos de revenda.

62. A SAB busca demonstrar a suficiência da intervenção pelo número de revenda própria das distribuidoras no que ela designou como “*Estados mais relevantes na comercialização de recipientes transportáveis de 20 kg e 45 kg*” (MG, PR, RJ, RS e SP). Assim, tem-se, com base nos dados trabalhados pela SAB, o seguinte quadro em relação o número de vendas próprias do distribuidor se apresenta:

- Postos de revenda próprios dos distribuidores de GLP: MG: 20; PR: 15; RJ: 15; RS: 18; e SP: 51.
- Número de vendas próprias dos distribuidores corresponde às seguintes participações do distribuidor na venda direta de GLP ao consumidor final: MG: 32%; PR: 20%; RJ: 25%; RS: 22%; e SP: 29%.

63. Com isso, a SAB pretende vedar a atuação das distribuidoras no mercado de revenda de GLP, por entender que as participações são expressivas, acima de 20%. Contudo, não está claro se os postos de revenda pertencem a apenas uma das distribuidoras ou se estão vinculadas a distribuidoras que competem entre si.

64. Ademais, a presunção legal de posição dominante deve ser extraída de empresas ou grupos de empresas, sob o mesmo controle societário, tomadas individualmente e não de empresas que concorrem entre si.

65. Tomando-se como exemplo o estado de São Paulo, onde atuam 51 postos de revenda vinculados às distribuidoras com participação de 29% no mercado total de revenda, mesmo que, eventualmente, apenas uma distribuidora detenha a titularidade de todos eles (o que não parece ser o caso, haja vista a atuação de mais de uma distribuidora naquele mercado), não se pode afirmar a existência de prejuízo à concorrência *per se*, uma vez que a conquista de mercado poderia ter-se dado pela eficiência econômica, como visto anteriormente.

66. É importante destacar que intervenções estatais, a pretexto de corrigir falhas de mercado, podem gerar, a depender do caso, ineficiências econômicas, ocasionando resultados diversos do que aqueles que se pretendia atingir.

67. Outro aspecto associado à verticalização foi descrito no Parecer Analítico Sobre Regras Regulatórias nº 110/COGUN/COGEN/SEAE/MF, de 14 de maio de 2013⁵, no qual a Seae/MF indica as consequências de vedar a integração vertical, estando ausentes considerações sobre possíveis restrições verticais.

68. Na ausência de vedação a restrições verticais, as distribuidoras podem firmar diversos tipos de contratos com rede de revendedores exclusivos, cujas cláusulas referem-se a uso da marca da distribuidora, investimentos nos postos de revenda, oferta de serviços correlatos, quantidades mínimas de compra junto à distribuidora, prazos de entrega e pagamentos, dentre outros aspectos. Nesse caso, distribuidor e revendedor atuam, na prática, como empresa verticalmente integrada, com vistas a minimizar o risco da relação agente-principal e a operar o varejo de forma a maximizar o seus lucros (Junior *et al.* 2008)⁶.

69. Conforme demonstra Viscusi, Vernon & Harrington Jr (2005)⁷, as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes aos gerados pela integração vertical, sobretudo no que tange ao aspecto concorrencial. Com isso, eventual vedação à integração vertical pode-se mostrar ineficaz, sem o consequente tratamento explícito das restrições verticais. Portanto, permanecendo os arranjos verticais, os agentes podem estabelecer práticas comerciais que geram os resultados que se tenta impedir com a exclusiva medida de vedação à integração vertical. Nesse caso, a proibição em questão apenas gera custo de transação, não atingindo o objetivo almejado, com a elevada probabilidade de repasse desses custos ao consumidor final.

70. É preciso ressaltar que as restrições verticais são consideradas anticompetitivas quando visam à exclusão dos rivais, em dado mercado, concretizando-se pelo aumento de barreiras à entrada, pela elevação dos custos dos concorrentes ou, ainda, pelo aumento da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado de parte dos ofertantes. Nesse caso, constata-se que haverá efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar social. Mas, para a concretização de efetivo prejuízo à concorrência, o agente deve ser detentor de poder de mercado, exercido visando ao seu fechamento.

⁵ Parecer expedido em decorrência da Consulta Pública nº 8, da ANP, que estabeleceu os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁶ JUNIOR *et. all* (2008). **Lucratividade, Forma Contratual e Características do Varejo de Gasolina Brasileiro**. Universidade Federal de Juiz de Fora – Programa de Pós-Graduação em Economia Aplicada. Juiz de Fora – Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/TD-004-Luciano.pdf>. Acesso em 10/05/2013.

⁷ VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON Jr., J. E. **Economics of regulation and antitrust**. 4ª Ed., MIT Press: Cambridge, 2005.

71. Um dos principais fatores que justificam a verticalização de atividades produtivas decorre das economias de custos de transação. De acordo com Williamson⁸, estruturas verticalizadas permitem a redução de custos associados à aquisição de ativos ou insumos específicos a determinada empresa. Quanto maior a especificidade desses ativos, a frequência das transações, bem como a incerteza envolvida na aquisição desses ativos, mais significativos seriam esses custos de transação. Nesse sentido, estruturas verticalizadas teriam uma maior vantagem competitiva. No caso do setor de GLP, observa-se que as distribuidoras utilizam-se de arranjos produtivos alternativos que viabilizam a verticalização, seja por meio da realização direta das vendas aos consumidores, seja pela propriedade de ativos de revenda ou, caso mais comum, por meio de contratos de exclusividade com rede revendedora que ostenta sua marca comercial – bandeira. Em princípio, esses arranjos produtivos podem ser interpretados como instrumentos para redução da incerteza, na medida em que o controle de uma rede capilarizada possibilite o acesso ao mercado consumidor. Nesse sentido, medidas que restrinjam as formas de constituição desses arranjos produtivos podem trazer ineficiências ao mercado de GLP, na medida em que se limita as opções de tecnologia e gestão à disposição dos agentes.

72. Em particular, considerando-se a predominância de acordos de exclusividade entre distribuidores e revendedores, bem como o histórico de entrada no setor, em que se observa uma maior presença de distribuidoras rivais justamente na modalidade granel e outras embalagens (em que se insere os vasilhames P-45 e P-90), a restrição à verticalização poderia trazer impactos negativos à eficiência, por dois motivos: (i) restrição a tecnologias mais eficientes que poupem elos/atividades produtivas; (ii) redução da contestabilidade do mercado, por meio do crescimento de barreiras à entrada, impondo-se ao potencial entrante os custos para a constituição de uma rede de revendedores associada para o escoamento de seu produto.

73. Conforme os dados apresentados pela ANP, não se observa uma realidade de mercado homogênea quanto à verticalização (à exceção dos contratos de exclusividade) que justifique uma restrição normativa *per se* à flexibilidade e à busca por soluções tecnológicas mais eficientes.

74. Conquanto se reconheça que algumas restrições verticais possam afetar negativamente a concorrência, também poderão elas gerar eficiências econômicas associadas à redução dos custos de transação.

⁸ WILLIAMSON, Oliver E. (1985) *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press.

75. Dessa forma, os efeitos competitivos líquidos das restrições verticais devem ser ponderados pelo cotejo entre eventuais ganhos de eficiência econômica e os possíveis efeitos anticompetitivos. Sob esse prisma, a análise da CDC aponta para algumas das eficiências decorrentes das estratégias definidas pelas distribuidoras no varejo.

76. Considerando que as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes aos gerados pela integração vertical, é importante atentar para a possibilidade de eventual vedação à atuação vertical das empresas não produzir o efeito desejado pela agência, carreando, por conseguinte, prejuízos desnecessários aos agentes e aos consumidores.

5.2. Exigência de título de propriedade do terreno para instalação de base da distribuidora

77. À similaridade do que foi apresentado na Consulta Pública ANP nº 07/2013, que discutiu os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, a ANP propõe a exigência da propriedade do terreno para instalação de base da distribuidora em local compatível com os fluxos logísticos, como requisito necessário à autorização para exercício da atividade de distribuição de GLP. Para a ANP, a inclusão da referida exigência tem por objetivo inibir comportamentos oportunistas de agentes que causam instabilidade no mercado de GLP.

78. De acordo com o Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 122/COGEN/SEAE/MF, de 24 de maio de 2013, encaminhado à agência na ocasião da referida consulta pública, tal exigência pode reduzir a flexibilidade de gestão da distribuidora, podendo se traduzir em ineficiência, desnecessária barreira à entrada e, inclusive, aumento nos preços aos consumidores finais.

79. Ademais, observa-se que, pela minuta de resolução em consulta, a agência reguladora impõe um custo adicional (a compra do terreno) a todos os distribuidores atuantes no mercado de GLP no Brasil, como medida destinada a desestimular a ação de agentes oportunistas que cancelam os contratos de arrendamentos após conseguirem as autorizações. Entende-se que a fiscalização mais eficiente por parte da agência e a fixação de penalidades mais severas poderiam mitigar o problema sem incorrer em custos adicionais aos agentes do setor.

80. É oportuno ponderar que a agência já propõe, na própria minuta de resolução, medidas de combate à atuação de “*aventureiros*”: (i) exigência de instalação de armazenagem própria por parte das distribuidoras, com capacidade mínima de 60 (sessenta) toneladas, e (ii)

pela comprovação de capital social integralizado mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), caso o distribuidor pretenda distribuir GLP somente a granel, ou de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), caso o distribuidor pretenda distribuir GLP envasado e a granel. Tais medidas propostas pela ANP têm o condão de mitigar possíveis práticas oportunistas. Caso não sejam suficientes, recomenda-se que a agência avalie a adoção de medidas adicionais, sempre sopesando os custos e benefícios de suas implementações.

5.3. Exigência de base de armazenagem em conformidade com fluxos logísticos

81. A partir do teor da Nota Técnica ANP nº 12/SAB, de 16 de janeiro de 2015, verifica-se que a justificativa para incluir a solicitação dos fluxos logísticos de distribuição está relacionada, dentre outros motivos, à análise da compatibilização da localização geográfica da instalação de armazenamento com o seu mercado consumidor, como meio de garantir o suprimento em todo território nacional.

82. Verifica-se que a referida exigência replica o objetivo traçado pela Resolução ANP nº 5, de 19 de janeiro de 2015, de assegurar o abastecimento nacional por meio da obrigatoriedade de formação de estoque de GLP pelos distribuidores.

83. Conforme exposto no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 122/COGEN/SEAE/MF, de 24 de maio de 2013, a partir do momento em que a agência reguladora define onde as distribuidoras devem ter suas bases de distribuição, podem ser criadas barreiras à entrada, com a possibilidade de ampliação do poder de mercado dos incumbentes. Além disso, essa medida equivale a transformar a autorização para a atividade de distribuição, hoje única, em autorização por áreas definidas pela ANP. Nesse contexto, não está claro se a distribuidora deveria ter uma autorização para cada área geográfica de sua atuação ou se apenas uma, identificando suas diversas áreas de atuação.

84. Do ponto de vista das distribuidoras, é de se esperar que as empresas definam efetivamente suas bases de distribuição a partir dos mercados em que almejam atuar e, à medida que houver um aumento da atuação, elas próprias devem avaliar a necessidade de construir bases mais próximas dos revendedores para os quais fornecem seu produto.

85. Ademais, tendo em vista que o GLP é um produto homogêneo, em que o preço é a principal variável na decisão de compra do consumidor, não se vislumbra, em princípio, qual seria o incentivo econômico que uma distribuidora teria em não compatibilizar sua base de armazenagem com sua atuação geográfica, haja vista que, possivelmente, a não

compatibilização implicaria o oferecimento de um produto mais caro e a perda de participação no mercado.

86. Considerando que já há exigência de formação de estoques semanais e sua aplicação configura uma possível barreira à entrada, questiona-se se a fixação de tal exigência é realmente necessária para o objetivo a que se pretende atingir. Dessa forma, é fundamental que a agência proceda à análise de impacto regulatório, identificando os custos e benefícios da medida, para que não impute aos distribuidores custos adicionais.

3 – Conclusão

87. Ante o exposto, constata-se a legítima preocupação da ANP em aperfeiçoar os requisitos para o exercício da atividade de distribuição de GLP com vistas a aumentar o comprometimento de longo prazo dos agentes com o setor e a mitigar eventuais riscos de desabastecimento.

88. Na certeza de que a ANP busca atingir tal objetivo de forma a minimizar eventuais custos, inclusive sob a ótica concorrencial, a Seae concorda com a ausência de vedação ao *unbundling* na minuta de resolução posta em consulta sem que se tenha elementos adicionais que comprovem o impacto concorrencial da estrutura de integração vertical atual.

89. A Seae também sugere à agência que avalie:

- i. A remoção da exigência de propriedade do terreno para instalação de uma base da distribuidora, visto que esta medida imputa custo desnecessário aos agentes, com reflexos na redução a flexibilidade de gestão da distribuidora, podendo se traduzir em ineficiência e em barreira à entrada na atividade de distribuição;
- ii. Se a exigência de base de armazenagem em conformidade com os fluxos logísticos é realmente necessária para o objetivo que se pretende alcançar, uma vez que já existem medidas voltadas ao propósito que se quer atingir.
- iii. Se a outorga de autorização processar-se-á para cada área geográfica de sua atuação ou se haverá apenas uma autorização identificando diversas áreas de atuação.
- iv. Por meio de estudos específicos, a viabilidade de concretização da proposta da CDC quanto à “*criação de pessoa jurídica específica para a*

atividade de revenda de GLP” prestada pelos distribuidores, a fim de evitar o salto na cadeia de recolhimento do ICMS e a confusão patrimonial entre distribuidor e revendedor apontados pela SAB.

À consideração superior.

JORGE HENRIQUE DE SAULES NOGUEIRA	ALEXANDRE DE OLIVEIRA LIMA LOYO
Gerente	Gerente

JOSSIFRAM ALMEIDA SOARES
Coordenador-Geral de Energia

RICARDO KALIL MORAES
Coordenador-Geral de Advocacia da
Concorrência em Setores Regulados

De acordo,

PABLO FONSECA PEREIRA DOS SANTOS
Subsecretário de Regulação e Infraestrutura

LEONARDO LIMA CHAGAS
Subsecretário de Análise Econômica e
Advocacia da Concorrência