

CAMPOS FIALHO  
CANABRAVA  
BORJA ANDRADE  
SALLES

ADVOGADOS

## MEMORANDO

**PARA:** ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE SINDICATOS E EMPRESÁRIOS REVENDEDORES DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO – FENG

**DE:** CAMPOS, FIALHO, CANABRAVA, BORJA, ANDRADE, SALLES ADVOGADOS

**REF.:** Avaliação dos impactos concorrenciais da verticalização no mercado brasileiro de GLP.

**DATA:** 4 de agosto de 2015

1/26

### São Paulo

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461- 12º andar  
São Paulo SP Brasil CEP 01452.921  
Tel +55 11 4064 7001 +55 11 3094 7810

### Rio de Janeiro

Rua Lauro Müller, 116 sala 506  
Rio de Janeiro RJ Brasil CEP 22290.160  
Tel +55 21 3527 6500

### Belo Horizonte

Av. Getúlio Vargas, 447 3º, 6º, 7º e 8º andares  
Belo Horizonte MG Brasil CEP 30112.020  
Tel +55 31 4501 7797

[www.camposfialho.com.br](http://www.camposfialho.com.br)

## Sumário

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Consulta e <i>Disclaimer</i> .....                                                                 | 3  |
| 2. Sumário executivo do memorando e Recomendações.....                                                | 3  |
| 3. Introdução .....                                                                                   | 4  |
| 4. Propostas de modificação da regulamentação do setor de GLP pela ANP.....                           | 5  |
| a) Histórico .....                                                                                    | 5  |
| b) Nota Técnica nº 068/CDC/2014 .....                                                                 | 6  |
| c) Nota Técnica 084/CDC/2014 .....                                                                    | 8  |
| d) Nota Técnica 151/SAB.....                                                                          | 9  |
| 5. Discussões sobre a verticalização.....                                                             | 11 |
| a) A verticalização na Teoria Econômica .....                                                         | 11 |
| b) A verticalização no mercado de combustíveis – Experiência Internacional .....                      | 13 |
| c) Mercado brasileiro de GLP .....                                                                    | 16 |
| i) Caso de Cartel no Triângulo Mineiro.....                                                           | 16 |
| ii) Caso de Cartel no Estado do Pará: .....                                                           | 18 |
| iii) Caso de Convite à Cartelização no Mercado de Distribuição de GLP-13 no Estado de São Paulo:..... | 20 |
| iv) Caso de Cartel em Porto Alegre e Canoas:.....                                                     | 20 |
| v) Considerações relativas aos casos: .....                                                           | 21 |
| 6. O Papel da ANP na proteção à concorrência .....                                                    | 22 |
| a) A experiência brasileira de vedação à verticalização no mercado de combustíveis líquidos .....     | 23 |
| b) Necessidade de correção de falhas estruturais no mercado de GLP .....                              | 25 |
| 7. Conclusão .....                                                                                    | 26 |

## MEMORANDO

**PARA:** ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE SINDICATOS E EMPRESÁRIOS REVENDEDORES DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO – FENG

**REF.:** Avaliação dos impactos concorrenciais da verticalização no mercado brasileiro de GLP.

### 1. CONSULTA E *DISCLAIMER*

Fomos consultados por V.Sa. – por ocasião da publicação, pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), das Consultas Públicas nº 05/2015 e nº 06/2015, que propõem nova regulamentação, respectivamente, das atividades de revenda e de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) – para elaboração de sugestões relativas às minutas das resoluções objeto das Consultas Públicas nº 05 e nº 06 da ANP (“Resoluções”), em particular no que se refere ao debate sobre a verticalização entre os mercados de distribuição e revenda de GLP.

Este Memorando se dedica à discussão acerca da necessidade de se vedar expressamente a verticalização, ou seja, a possibilidade de atuação, direta ou indireta, das distribuidoras no setor de revenda de GLP.

Para a elaboração das considerações ora apresentadas, foram analisados os autos das Propostas de Ação nº 987/2014 e nº 988/2014 da Superintendência de Abastecimento – SAB da ANP, Notas Técnicas emitidas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência – CDC vinculada à ANP e pela SAB, além de estudos nacionais e internacionais a respeito do tema.

O presente Memorando acompanha os formulários submetidos pela Consultante no âmbito das Consultas Públicas nº 05/2015 e 06/2015 da ANP, como subsídio para as sugestões por ela apresentadas em relação aos textos das Resoluções.

As conclusões deste Memorando estão sintetizadas no Sumário Executivo constante da seção 2 abaixo. Nas seções seguintes, são abordados de modo mais detalhado os fatos e fundamentos jurídicos que lastrearam tais conclusões.

### 2. SUMÁRIO EXECUTIVO DO MEMORANDO

(i) Na Nota Técnica 151/SAB, a SAB pontuou claramente que há elevados índices de concentração e de poder mercado das distribuidoras no mercado de GLP, especialmente nos

3/26

grandes centros do país. Em contraposição ao parecer exarado pela CDC nas Notas Técnicas 68/CDC/2014 e 84/CDC/2014, a SAB considerou ser *“necessário e salutar o estabelecimento, pela ANP, de novo modelo regulatório para o setor de GLP mediante permissão do distribuidor comercializar recipientes transportáveis somente com revendedor de GLP autorizado pela ANP, bem como GLP a granel com consumidor final que disponha de Central de GLP (...), vedando a participação de distribuidor de GLP no quadro societário de revendedor de GLP autorizado pela ANP (...)”*;

(ii) A verticalização em mercados concentrados, tais como o de GLP, a despeito de eventuais eficiências, pode potencializar o exercício abusivo de poder de mercado por parte do oligopólio (distribuidoras), aumentar barreiras à entrada, elevar artificialmente o preço dos concorrentes e provocar fechamento de mercado;

(iii) A experiência internacional indica que a participação de distribuidoras no segmento de revendas de combustíveis gera problemas de ordem concorrencial, tais como a manipulação de preços e prática de preços predatórios;

(iv) O próprio CADE já reconheceu que (i) o mercado de distribuição de GLP é altamente concentrado, apresentando estrutura de oligopólio, na mesma linha seguida pela SAB; (ii) há uma relação de dependência das revendedoras perante as distribuidoras; e (iii) práticas restritivas verticais são perpetradas pelas distribuidoras de GLP em desfavor das revendedoras, como forma de manutenção e fortalecimento do poder de mercado das distribuidoras, em prejuízo da coletividade;

(v) A ANP, no exercício de sua função preventiva, deve atuar de forma ativa e contínua, no sentido de evitar arranjos estruturais prejudiciais ao processo concorrencial.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que a vedação da verticalização entre os segmentos de distribuição e revenda de GLP deve ser implementada pela ANP, tal como no mercado de combustíveis líquidos, como forma de garantir a competitividade do setor, a concorrência e a proteção dos interesses dos consumidores.

### 3. INTRODUÇÃO

A comercialização de GLP, considerada atividade de utilidade pública, sempre foi objeto de intensa regulação estatal, muito em virtude de sua elevada relevância social – cerca de 96% dos domicílios brasileiros utilizam o produto – e da necessidade de se preservar a segurança

pública, uma vez que o seu manuseio envolve riscos significativos e exige rígida observância de normas de segurança.

As atividades relacionadas à comercialização do GLP devem ser desenvolvidas em observância aos Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional inscritos na Lei nº 9.478/1997, cabendo à ANP a sua regulamentação.

Atualmente, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de GLP e sua regulamentação são disciplinados pela Resolução ANP nº 15/2005, ao passo que os requisitos e a regulamentação pertinentes à atividade de revenda encontram-se na Portaria ANP nº 297/2003. Nos termos do marco regulatório vigente, as distribuidoras podem, desde que devidamente autorizadas pela ANP, operar no varejo, em competição com as revendedoras.

#### **4. PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO SETOR DE GLP PELA ANP**

##### **a) HISTÓRICO**

Com a finalidade de atualizar o arcabouço regulatório referente aos requisitos necessários à autorização para o exercício das atividades de distribuição e de revenda de GLP, a SAB encaminhou à CDC, em 26 de agosto de 2014, as Propostas de Ação nº 987/2014 e nº 988/2014, que objetivavam, respectivamente, a alteração da regulamentação dos segmentos de distribuição e de revenda de GLP.

As Propostas de Ação foram precedidas de Consulta Prévia pela ANP, entre 11 de outubro de 2013 a 02 de dezembro de 2013, que teve por principal finalidade obter, junto aos agentes de mercado e demais interessados, subsídios e outras informações relevantes para a elaboração das novas propostas de regulamentação, objeto das Propostas de Ação.

Nos autos das referidas Propostas de Ação, manifestaram-se representantes tanto do segmento de revenda quanto do segmento de distribuição de GLP, bem como órgãos públicos com interesse no tema, tais como a Advocacia Geral da União – AGU.

Um dos aspectos discutidos na nova regulamentação diz respeito à proposta inicial da SAB<sup>1</sup> de inserir no texto das resoluções vedação expressa à participação direta ou indireta das

---

<sup>1</sup> Para mais detalhes, ver Notas Técnicas SAB nº 211/2014 e nº 212/2014.

distribuidoras nas atividades de revenda de vasilhames de GLP até 90 kg, isto é, proibir a verticalização entre os mercados de distribuição e revenda de GLP:

*“(...) embora próximas, as atividades de distribuição e de revenda não podem ser exercidas pela mesma sociedade, isso porque a definição legal da atividade pressupõe a comercialização entre o agente distribuidor e o agente revendedor. Permitir àquele exercer atividade de revenda cria diversas implicações regulatórias e jurídico-fiscais: (i) criação de vantagens regulatórias 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 (devedor).”<sup>2</sup>*

Para tanto, a SAB solicitou à CDC que ela se manifestasse expressamente acerca da existência ou não de justificativas concorrenciais suficientes a embasar a pretensão de proibir a integração vertical no mercado de GLP. Em resposta, a CDC apresentou à SAB a Nota Técnica nº 068/CDC/2014, de 22 de outubro de 2014, complementada pela Nota Técnica nº 084/CDC/2014, de 29 de dezembro de 2014, por meio das quais se posicionou favoravelmente à verticalização. Conforme será adiante discutido, a opinião da CDC foi baseada em uma premissa incorreta, fruto de uma informação incompleta recebida por aquela respeitável Coordenadoria, que a levou à conclusão – igualmente inexata – de ausência de poder de mercado das distribuidoras no segmento de varejo.

Na sequência, em 02 de abril de 2015, a ANP publicou os avisos de Consulta e Audiência Públicas nº 05 e nº 06 com o objetivo de obter subsídios e informações adicionais sobre as minutas de resolução que estabelecem, respectivamente, os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista e de distribuição de GLP e sua regulamentação.

Em 18 de maio de 2015, a SAB, discordando das conclusões apresentadas pela CDC em suas Notas Técnicas, apresentou a Nota Técnica nº 151/SAB, manifestando-se favoravelmente à vedação da verticalização. Tendo em vista que tais documentos podem auxiliar a discussão que se fará neste trabalho acerca da verticalização, seus fundamentos são expostos mais detalhadamente nos tópicos seguintes.

#### **b) NOTA TÉCNICA Nº 068/CDC/2014**

---

<sup>2</sup> CDC/ANP. Nota Técnica 068/CDC/2014, de 22 de outubro de 2014.

Na Nota Técnica em questão, a CDC traçou um panorama do arcabouço regulatório e dos mercados de distribuição e de revenda de GLP no Brasil, focando na avaliação das preocupações concorrenciais oriundas da verticalização suscitadas pela SAB, a saber: (i) criação de vantagens regulatórias comparativas injustificáveis em favor dos distribuidores; e (ii) redução da concorrência.

No que diz respeito ao mercado de distribuição, a referida Nota Técnica pontuou que tal mercado é composto por 22 distribuidoras, das quais somente 5 foram, em agosto de 2014, responsáveis por cerca de 93% das vendas totais de GLP.<sup>3</sup> Quanto ao mercado de revenda, consignou-se que há cerca de 57.000 revendedores autorizados ao exercício da atividade.

Abaixo, seguem em síntese as ponderações da CDC:

- Segundo a CDC, dos 57.000 revendedores autorizados de GLP no país, 233 estariam vinculados a agentes autorizados ao exercício da atividade de distribuição, sendo que quase 80% desse número é detido pelas 5 maiores distribuidoras de GLP do país. Desse modo, a atuação das empresas de distribuição no segmento de revenda não seria significativa o suficiente para gerar efeito duradouro e permanente nos mercados relevantes de revenda de GLP;
- A interdependência vertical no mercado de GLP seria menor do que no mercado de combustíveis líquidos, pois: (i) ao contrário do caso dos combustíveis líquidos, não há obrigatoriedade de comercialização de uma única marca, caso o varejista opte por ostentar a marca;<sup>4</sup> e (ii) o investimento inicial seria supostamente inferior à revenda de combustíveis líquidos;
- Os postos revendedores detidos por empresas distribuidoras são geograficamente dispersos. *“Assim, sob a ótica concorrencial, não se observa (sic) indícios da adoção de estratégias, pelas distribuidoras, de atuação pulverizada na atividade de revenda de botijões de GLP, bem como não se identifica (sic) estratégias direcionadas a elevação da participação das distribuidoras na revenda direta de vasilhames ao consumidor final. Ao contrário, a análise da localização e do perfil das vendas próprias indica que a motivação econômica para a atuação vertical dos agentes*

<sup>3</sup> As cinco distribuidoras referenciadas são as seguintes: Grupo Ultragas, Liquigás, Grupo Supergasbrás, Grupo Nacional e Copagaz.

<sup>4</sup> Aqui, vale ressaltar que a proposta de resolução para o mercado de revenda de GLP prevê o conceito de revendedor independente, tal como praticado no mercado de combustíveis líquidos, o que desconstrói, em certa medida, o argumento apresentado pela CDC.

*distribuidores baseia-se no aproveitamento de infraestrutura (pátio, equipamentos, caminhões) e base de clientes já existentes para as instalações de distribuição.”<sup>5</sup>;*

- Analisando dados extraídos do sistema SIMP da ANP relativos ao volume de vendas de GLP em vasilhames de até 45 kg para agentes regulados e para o consumidor final (excluindo, portanto, as vendas de vasilhames superiores a 45 kg e “outras vendas”), concluiu que as participações de mercado das distribuidoras oriundas de sua atuação vertical no setor de revenda seriam insuficientes para gerar potenciais efeitos nocivos à concorrência em tal mercado;
- Pontuou ainda que os dados analisados indicariam uma estrutura de mercado em que o consumidor final de GLP é atendido majoritariamente pelos postos revendedores, que responderiam por 98% do mercado de GLP até 45 kg.

Com base em tais ponderações, a CDC concluiu que “[e]m tese, a atual estrutura do mercado e os arranjos entre os segmentos de distribuição e de 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 estabelecidos na regulamentação em vigor (sic) da ANP) traga prejuízos ao processo competitivo”.<sup>6</sup>

#### **c) NOTA TÉCNICA 084/CDC/2014**

Não satisfeita com a análise realizada pela CDC, a SAB encaminhou o Memorando nº 453/SAB solicitando complementação à Nota Técnica nº 68, objetivando a análise relativa aos aspectos concorrenciais específicos de diferentes grupos de vasilhames: vasilhames de GLP até 13 kg e entre 13 kg e 90 kg, com atenção aos de 45 kg.

Assim, a CDC, seguindo a mesma metodologia adotada na Nota Técnica anterior, chegou às seguintes conclusões:

- No que diz respeito à comercialização de vasilhames até 13 kg, a CDC apontou que a parcela das vendas realizadas pelas distribuidoras no mercado varejista seria bastante reduzida na grande maioria dos estados da federação, sendo igual ou inferior a 6%, à exceção dos estados de Sergipe e Roraima, em que tal participação representaria 11,64% e 21,57%, respectivamente;

<sup>5</sup> CDC/ANP - Nota Técnica 068/CDC/2014, de 22 de outubro de 2014.

<sup>6</sup> *Id.*

- Em relação à comercialização de vasilhames acima de 13 kg e até 90 kg, a CDC apontou que a parcela das vendas realizadas pelas distribuidoras no mercado varejista seria, na maioria dos estados, inferior a 10% do total de GLP envasado vendido no varejo em cada estado, com exceção dos estados da Região Sul e do estado de São Paulo, que apresentaram percentuais entre 11% e 18%;
- Quanto à comercialização de vasilhames de 45 kg, apontou que a parcela das vendas realizadas pelas distribuidoras no mercado varejista seria, na maioria dos estados, inferior a 10% em 21 estados, à exceção dos estados do Amazonas, Sergipe e Roraima, que apresentaram percentuais equivalentes a 26,99%, 26,96% e 78,53%, respectivamente;
- Por fim, analisando o mercado de comercialização de GLP até 90 kg como um todo, apontou que a parcela de participação das distribuidoras nas vendas no varejo seria inferior a 6,5% em todos os estados, à exceção de Sergipe e Roraima, em que tal participação equivaleria a 11,86% e 24,25% respectivamente.

Assim, entendeu que a atuação vertical das distribuidoras, **em nível nacional**, na comercialização de vasilhames até 13 kg, de 13 kg a 90 kg e de 45 kg não teria o condão de gerar efeitos danosos à concorrência, por ausência de posição dominante, de modo que não haveria elementos, com base na estrutura de mercado de revenda de GLP, a justificar a adoção de vedação à atuação das distribuidoras em tal mercado.

#### **d) NOTA TÉCNICA 151/SAB**

Apesar do posicionamento relativamente favorável da CDC à manutenção da verticalização, a SAB posicionou-se a favor da vedação à verticalização, por meio da Nota Técnica nº 151/SAB, emitida em 18 de maio de 2015, em análise aparentemente mais precisa com relação aos dados estatísticos obtidos junto ao SIMP.

A referida Nota Técnica teve por objetivo ampliar o escopo do estudo realizado pela CDC, nas Notas Técnicas nº 068/CDC/2014 e nº 084/CDC/2014, tendo em vista que, segundo a SAB, a *“análise mais completa do mercado não se deve restringir apenas às operações de ‘Venda GLP na (sic) Varejo’ B”*<sup>7</sup>, como havia considerado a CDC. Para a SAB, mas também deveriam ser levadas em conta as operações classificadas como *“Venda para Agente Não Regulado C”*,<sup>8</sup> que

---

<sup>7</sup> Segundo a SAB, são as operações que envolvem a comercialização de GLP diretamente ao consumidor final, pessoa física.

<sup>8</sup> Segundo a SAB, são as operações que envolvem a comercialização de GLP, pelo distribuidor, diretamente ao consumidor final, em geral pequenos comércios e indústria.

envolvem a comercialização de recipientes transportáveis de 20 kg (*i.e.* para uso em empilhadeiras por indústrias e armazéns) e de 45 kg (*i.e.* para uso por indústrias ou comércios).

Isto é, no entendimento da SAB, a CDC ignorou no cálculo da parcela de participação de mercado das distribuidoras no segmento de comercialização, por parte das distribuidoras, de vasilhames destinados ao uso industrial, em especial P-20 e P-45.

Ao incorporar em sua avaliação os dados de comercialização preteridos pela CDC, a SAB apontou que, em relação ao mercado de P-20 e P-45 como um todo, os distribuidores apresentaram participação de 27,44%, percentual bem superior àquele indicado pela CDC na Nota Técnica nº 068/CDC/2014 (2,09%), **ensejando a presunção de posição dominante das distribuidoras, nos termos do art. 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011.**

Resultado semelhante **em relação ao mercado de P-20 e P-45 foi obtido em 17 dos 27 estados, nos quais se verificou parcela igual ou superior a 20% na comercialização de tais vasilhames.** Conforme apontado pela SAB, tais estados, que representam grandes centros de comercialização de GLP, possuem participação equivalente a 84,37% no volume nacional comercializado desses recipientes, **além de sediarem 82% das revendas próprias dos distribuidores (190 dos 233 estabelecimentos).** Ou seja, diferentemente do que apontara a CDC, a SAB chegou à conclusão de que as distribuidoras, nos principais mercados de P-20 e P-45, teriam posição dominante.

Uma outra questão relevante apontada pela SAB em sua Nota Técnica diz respeito à impossibilidade de “distinção do exercício das atividades de distribuição e de revenda por estabelecimentos filiais de distribuidores que possuem ambas as autorizações”, o que acaba por inviabilizar a separação da movimentação por tipo de atividade. Ressalta que essa dupla atuação dificultaria ou mesmo inviabilizaria o monitoramento realizado pela ANP.

Nesse sentido, concluiu a SAB:

*“Ante todo o quadro descrito, em especial com relação à participação elevada dos distribuidores na comercialização de recipientes transportáveis de 20 kg e 45 kg a nível nacional e estadual, dotando-os de extraordinária participação significativa de mercado, delineia-se necessário e salutar o estabelecimento, pela ANP, de novo modelo regulatório para o setor de GLP mediante permissão do distribuidor comercializar recipientes transportáveis somente com revendedor de GLP autorizado pela ANP, bem como GLP a granel com consumidor final que disponha de Central de GLP.*

*Por fim, sugere-se que seja adotado modelo regulatório semelhante ao setor de combustíveis líquidos conforme Resolução ANP nº 58, 17/10/2014 (Distribuição de Combustíveis Líquidos) e Resolução ANP nº 41, 05/11/13 (Revenda de Combustíveis Automotivos), vedando a participação de distribuidor de GLP no quadro societário de revendedor de GLP autorizado pela ANP (...)"<sup>9</sup>*

Conforme se mostrará adiante, a literatura nacional e estrangeira, bem como os casos de conduta analisados pelo CADE envolvendo o setor de distribuição de GLP, corroboram o entendimento da SAB, no sentido de que a verticalização tem o potencial de criar vantagens comparativas regulatórias injustificáveis em favor dos distribuidores, além de reduzir a concorrência.

## 5. DISCUSSÕES SOBRE A VERTICALIZAÇÃO

### a) A VERTICALIZAÇÃO NA TEORIA ECONÔMICA

As operações de verticalização – também entendida como integração vertical – podem ser consideradas como aquelas que ocorrem entre agentes que operam em níveis ou estágios distintos de uma mesma indústria, mantendo entre si um relacionamento comercial, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço.<sup>10</sup>

Sendo considerada um dos pontos mais controvertidos no âmbito da análise econômica e antitruste, o tema “verticalização” encontra, na doutrina, defensores e opositores. Aqueles que se posicionam favoravelmente à verticalização, como os filiados à Escola Neoclássica de Chicago, tendem a identificar na verticalização arranjos que representam normalmente ganhos de eficiência diante das imperfeições de mercado, tais como a externalidade e o efeito carona.<sup>11</sup> Há, no entanto, aqueles que entendem – especialmente a Escola Pós-Chicago – que as integrações verticais são danosas à ordem antitruste, principalmente por ensejarem a criação de dificuldades ao funcionamento do concorrente.

<sup>9</sup> SAB/ANP. Nota Técnica 151/SAB, de 18 de maio de 2015.

<sup>10</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores. 2013, p. 324.

<sup>11</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08012.005205/1999-68. Cons. Rel. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Requerentes São Juliano Participações Ltda. E CASIL S/A Carbureto de Silício. Por unanimidade, aprovado sem restrições. Data de julgamento: 01 de junho de 2005. p. 10.

O Guia de Orientações para a Avaliação das Concentrações Não Horizontais da União Europeia elenca algumas possíveis vantagens decorrentes da verticalização<sup>12</sup>, dentre as quais se pode citar:

- Economias de escopo ou tecnológicas: uma das características das concentrações verticais consiste no fato de as atividades e/ou produtos das empresas envolvidas serem complementares entre si, o que pode levar a ganhos de eficiência;
- Diminuição de custos de transação: a verticalização permitiria a diminuição dos custos de transação ao evitar a dependência do agente integrado de fontes externas de fornecimento de insumo ou serviço, facilitando a coordenação em termos de concepção dos produtos, de organização do processo de produção e das modalidades de venda dos produtos; e
- Melhoria de qualidade do produto: uma empresa integrada tem incentivos para melhorar o serviço ou reforçar a inovação com a finalidade de aumentar as vendas a um determinado nível da cadeia de abastecimento.

Por outro lado, em que pesem as vantagens competitivas apontadas, a verticalização pode se mostrar desvantajosa ao processo concorrencial, ocasionando prejuízos graves aos concorrentes e aos consumidores, especialmente quando ela envolve mercados já horizontalmente concentrados. Dentre tais desvantagens, a doutrina e os tribunais comumente destacam:

- Exercício abusivo do poder de mercado (reprodução de estrutura oligopolista): um elevado nível de verticalização entre o setor de distribuição e de revenda pode vir a incentivar práticas concertadas no mercado a montante, dada a maior facilidade de monitoramento de preços no mercado a jusante, o que potencializa a prática coordenada de preços. Essa situação se intensifica especialmente se o mercado a montante se mostrar suscetível a práticas de coordenação,<sup>13</sup> como no caso do mercado brasileiro de distribuição de GLP;

<sup>12</sup> União Europeia. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. 18 de Outubro de 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:pt:PDF>. Último acesso em 31 de julho de 2015.

<sup>13</sup> RIORDAN, Michael H. *Competitive Effects of Vertical Integration*. Discussion Papers 0506-11, Columbia University. 2005, p. 29. Disponível em: [http://www.columbia.edu/~mhr21/papers/Competitive\\_Vert\\_Int.pdf](http://www.columbia.edu/~mhr21/papers/Competitive_Vert_Int.pdf). Último acesso em: 31 de julho de 2015.

- Aumento das barreiras à entrada: a integração vertical pode elevar as barreiras à entrada, eliminando ou dificultando a possibilidade de agentes não integrados entrarem no mercado.
- Elevação artificial do preço do concorrente (*price squeeze*): ocorre nas situações em que o agente dominante verticalmente integrado pratica com seus concorrentes no mercado a jusante preços elevados, até mesmo superiores àqueles cobrados diretamente do consumidor, ocasionando o aumento artificial dos custos dos rivais. Ou seja, o agente dominante manipula os preços de revenda praticados no atacado e no varejo, minando a possibilidade de competir de seus concorrentes.<sup>14</sup>
- Fechamento de mercado: a concentração restringe ou impede o acesso dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento (*input foreclosure*) ou aos mercados (*customer foreclosure*), reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem.<sup>15</sup>

Percebe-se, assim, que o acolhimento de um ou outro argumento dependerá da análise dos efeitos da verticalização em dado mercado, consideradas concretamente suas características. Roberto Pfeiffer, em seu voto no Ato de Concentração nº 08012.005205/1999-68, assinala que “(...) diversos instrumentos e pontos de vista compõem a análise de arranjos verticais por parte dos órgãos antitruste, sendo a conjugação deles a melhor forma de avaliar os impactos positivos e negativos de uma verticalização, para então concluir o seu resultado líquido”.<sup>16</sup>

Conforme se demonstrará a seguir, a realidade do mercado brasileiro de GLP revela que as desvantagens decorrentes da verticalização entre os segmentos de distribuição e revenda tendem a ser maiores do que as vantagens, de forma que a vedação à verticalização se mostra adequada como política preventiva regulatória.

#### **b) A VERTICALIZAÇÃO NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS – EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL**

Antes de tratarmos especificamente dos impactos concorrenciais da verticalização no mercado brasileiro de GLP, é útil que se valha da experiência internacional relativa à verticalização no mercado de combustíveis. Embora não se trate de mercados idênticos, elementos das discussões travadas a respeito da verticalização no mercado de combustíveis podem ser

<sup>14</sup> PERA, Alberto. *International Antitrust Law & Policy*. Fordham Competition Law Institute (org.), Chapter 3, 2008, p. 34.

<sup>15</sup> União Europeia. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*, ob. cit. e

<sup>16</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08012.005205/1999-68, caso cit., p. 11.

aproveitados para subsidiar os debates relativos à verticalização no mercado brasileiro de GLP, já que há semelhanças entre os mercados.

Nos Estados Unidos, a discussão a respeito da verticalização no mercado de combustíveis teve início no fim da década de 1970, época em que houve inúmeras propostas, tanto em nível federal como estadual, no sentido de promover a separação entre os mercados de distribuição e de revenda de gasolina, política a que se deu o nome de “*divorcement*”. Assim, 6 estados norte-americanos<sup>17</sup> e o Distrito de Columbia implementaram, em diferentes graus e arranjos, o *divorcement*, separando o mercado de revenda de gasolina do mercado de distribuição.

Em linhas gerais, o *divorcement* consiste na proibição da operação direta de postos de revenda de gasolina por parte de distribuidoras. Tal proibição estava originalmente atrelada a uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas, especialmente em função do alto nível de concentração de mercado das distribuidoras.

No Distrito de Columbia, o *divorcement* vigorou até o ano de 2007, quando foi aprovada legislação revogando a vedação até então vigente.<sup>18</sup> Na prática, transcorridos 5 anos após aprovação na nova legislação, verificou-se que a intensificação da verticalização reduziu a competição no mercado de gasolina, acarretando o aumento do preço do produto, em prejuízo aos consumidores.

Nesse sentido, David Balto, ex-membro da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) e ex-diretor da Federal Trade Commission (FTC), publicou artigo em defesa ao retorno do *divorcement* no Distrito de Columbia, em vista dos graves problemas de preço e de competição que tal mercado vinha experimentando.

Em síntese, pontuou que, apesar das possíveis vantagens da integração vertical indicadas na teoria econômica – notadamente a promoção de eficiências e a redução de *mark-ups* – a realidade na prática do mercado revelou que a integração vertical reduziu a competição em razão do aumento das barreiras à entrada e do aumento abusivo dos custos de rivais.

*“É verdade que em alguns mercados esses tipos de aquisições podem gerar mais eficiências, especialmente nas situações em que a aquisição possibilita ao agente o aprimoramento do serviço ou a redução de custos, resultando na diminuição de preços aos consumidores. No presente caso, no entanto, as integrações não*

<sup>17</sup> Maryland, Connecticut, Delaware, Hawaii, Virginia e Nevada.

<sup>18</sup> BALTO, David. *Testimony of David A. Balto before the DC City Council in support of proposed legislation B19-299*. 17 de junho de 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.dcantitrustlaw.com/assets/content/documents/testimony/balto.divorcementtestimony.final.pdf>. Último acesso em: 31 de julho de 2015.

*beneficiaram os consumidores em nenhum grau. (...) A atual estrutura de mercado de D.C., em que duas distribuidoras têm uma imensa participação tanto no mercado de distribuição quanto no mercado de revenda, claramente produz problemas anticompetitivos significativos. A aprovação de uma nova legislação estabelecendo o divorcement eliminará o controle vertical que essas duas distribuidoras dominantes possuem.”<sup>19</sup>*

Estudos mostram que os impactos prejudiciais à competição ocasionados pela participação de distribuidoras de combustíveis no mercado de revenda são percebidos também em outras jurisdições:

*“As relações entre as refinadoras e os revendedores são controvertidas em diversas jurisdições. (...) Revendedores independentes de gasolina tendem a queixar-se da elevação artificial de preços ou da prática de preços predatórios por parte das revendedoras verticalmente integradas, que se utilizam de tais meios para se apropriar dos investimentos dos revendedores independentes em melhores serviços e nas relações com o consumidor. Não é raro que organizações de revendedores mobilizem-se em favor da adoção de legislações que restrinjam o poder de influência das refinarias no comportamento das revendedoras de gasolina. Dentre tais políticas legislativas, há uma que determina o desinvestimento dos pontos de revenda de gasolina de propriedade das refinarias.”<sup>20</sup>*

Na Austrália, a *Independet Petroleum Marketers Association of Australia* (PMAA) apresentou, em 2002, uma manifestação ao Senado, na qual asseverou que:

*“A indústria de revenda de petróleo é singular no sentido de que ela é a única indústria em que agentes de pequeno porte devem competir diretamente com seus próprios fornecedores. (...) Como resultado, a manipulação e o comportamento predatório são uma realidade nessa indústria.”*

Borenstein e Bushnell, em estudo realizado para a Comissão de Energia da Califórnia, assinalaram:

*“O controle vertical não é necessariamente sempre em prol do consumidor. Analisando-se os últimos 20 anos, tem se tornado cada vez mais claro que a*

<sup>19</sup> BALTO, David. *The D.C. Broken Gasoline Market*. 16 de Janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.sanders.senate.gov/newsroom/must-read/the-broken-dc-gasoline-market>,. Último acesso em 31 de julho de 2015.

<sup>20</sup> OCDE. Policy Roundtables: Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing. 2008, p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/43040511.pdf>. Último acesso em: 31 de julho de 2015.

*integração vertical ou o fechamento de controle podem ser usados em algumas circunstâncias para elevar barreira à entrada e reduzir a competição. No exemplos mais conhecidos, e que são amplamente aceitos na análise antitruste, o controle vertical pode ser utilizado para privar um competidor de acesso a determinado insumo fundamental.”<sup>21</sup>*

De todo o exposto, percebe-se que, diferentemente do posicionamento da CDC, a verticalização no setor de GLP não se mostra recomendável à concorrência, sobretudo se considerado que muitos dos problemas identificados acima podem ser encontrados nos casos de conduta analisados pelo CADE envolvendo o mercado de distribuição de GLP, conforme se passa a abordar.

### **c) MERCADO BRASILEIRO DE GLP**

As preocupações concorrenciais oriundas da verticalização no mercado de GLP são intensificadas quando levadas em conta as especificidades do mercado brasileiro, que agrupa no segmento de distribuição um oligopólio com elevado grau de concentração, pouco competitivo e tendente à cartelização.

Tais constatações são corroboradas em decisões recentes do Tribunal do CADE em processos administrativos instaurados contra distribuidoras de GLP por práticas anticompetitivas. Há, inclusive, exemplos claros na jurisprudência do CADE de como a presença das distribuidoras no mercado de revenda tende a fortalecer a sua posição de mercado em detrimento das revendedoras, facilitando práticas concertadas em patente prejuízo à concorrência e, por consequência, aos consumidores.

Nesse sentido, vale mencionar os seguintes casos perante o CADE: (i) cartel no Triângulo Mineiro - MG; (ii) cartel no Estado do Pará; (iii) convite à cartelização no Estado de São Paulo; (iv) cartel em Porto Alegre e Canoas – RS; e (v) cartel em Campina Grande - PB.

#### **i) CASO DE CARTEL NO TRIÂNGULO MINEIRO**

Em 09 de setembro de 2002, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) vinculada ao Ministério da Justiça instaurou o Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11, em desfavor de oito empresas distribuidoras de GLP atuantes na região do Triângulo Mineiro e sete de seus

<sup>21</sup> Borenstein, S. et Bushnell, J. *Retail Polices and Competition in the Gasoline Industry*. California Energy Commission, Report nº CEC-600-2005-018, disponível em: <http://www.energy.ca.gov/2005publications/CEC-600-2005-018/CEC-600-2005-018.PDF>, p. 26.

prepostos, para averiguar a ocorrência de infrações à ordem econômica consistentes em **práticas de combinação de preços entre concorrentes e fixação de preços de revenda para GLP em botijões de 13 kg**, nos municípios de Uberaba, Uberlândia e Araguari, em Minas Gerais. Em seu parecer, a SDE opinou pela condenação das distribuidoras.

Seguindo o entendimento da SDE, o Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, embora tenha absolvido três dos representados, condenou as demais distribuidoras e seus prepostos, pontuando que:

***“Há elementos nos autos que indicam que as distribuidoras tinham capacidade de influir fortemente nos preços de revenda, visto que as representadas detinham poder de mercado sobre a atividade de distribuição e poderiam exercer e influenciar diretamente a atividade de revenda.***

*(...)*

***Portanto, é possível uma colusão horizontal para a imposição, inclusive, de restrições verticais.***

*Ou seja, estão presentes as condições de mercado que viabilizavam o exercício coordenado do poder de mercado, em razão da existência de (i) **elevada concentração do mercado de distribuição**, ii) ausência de substitutos próximos ao GLP vendido em botijões de 13Kg, (iii) **dependência das revendedoras em relação à atividade de distribuição**, (iv) homogeneidade do produto comercializado, (v) **pequeno número de firmas (estrutura de oligopólio)**, (vi) elevados investimentos em instalações e equipamentos, (vii) uniformidade dos custos de produção (dado o peso do insumo básico, cujo preço é único para todas as distribuidoras), (viii) tecnologia madura e similar entre os agentes econômicos e (ix) estabilidade nas participações de mercado (imposição de quotas de GLP).”<sup>22</sup> (g.n.)*

Por fim, consignou:

***“(...) As provas juntadas aos autos subsidiam a conclusão de que as distribuidoras, à exceção da Shellgas, conjuntamente com os prepostos representados, à exceção do Sr. José Duarte de Almeida e do Sr. João Gomes de Sousa, participaram de***

<sup>22</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11. Representante: Antônio Jader Lopes. Representados: Agip do Brasil S/A, Cia Ultragas S/A, Copagaz Distribuidora de Gás Ltda., Minasgás S/A Distribuidora de Gás, Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., Onogas S/A Comércio e Indústria, Shell Gás, Supergasbrás Distribuidora de Gás Ltda., Carlos José Dantas, Caetano Guimarães Silva, Pedro Paulo Martins, Antenor Gomes de Moraes Filho, João Carlos Nicolau, João Gomes de Sousa e José Duarte de Almeida. Cons. Rel. Luiz Carlos Delorme Prado. Foram condenados todos os representados, à exceção de Shell Gás, José Duarte de Almeida e João Gomes de Souza. Data de julgamento: 10 de julho de 2008, voto do Cons. Rel., p. 36-37.

***acordos de preços e/ou buscaram impor preços de revenda nos municípios de Uberlândia, Uberaba e Araguari”.***<sup>23</sup> (g.n.)

## **ii) CASO DE CARTEL NO ESTADO DO PARÁ:**

O caso em apreço é atualmente objeto de investigação no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, instaurado em 20 de abril de 2005 pela SDE com o objetivo de apurar indícios de infração à ordem econômica no mercado de distribuição de GLP no estado do Pará. Os indícios consistem na aplicação, por três empresas distribuidoras de GLP, de restrições verticais a empresas atuantes no segmento de revenda, por intermédio das seguintes condutas, todas elas vedadas pela Lei nº 12.529/2011: (i) imposição de acordos de exclusividade a revendedores de GLP; (ii) recusa injustificada de venda para revendedores originalmente credenciados junto a outra distribuidora; (iii) fixação de preços de revenda de GLP; e (iv) criação artificial e ilegal de barreira à entrada, mediante a organização de um esquema em colusão de venda de GLP para revendedores clandestinos.

Não obstante a inexistência de decisão final em relação ao presente caso, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE – ProCADE e o Ministério Público Federal – MPF manifestaram-se favoravelmente à condenação das distribuidoras representadas. Além disso, foram celebrados dois Termos de Compromisso de Cessação (TCC) no âmbito do referido processo.

A ProCADE, no Parecer nº 445/2012/PROCADE/PGF/AGU datado de 30 de novembro de 2012, apontou que há fatores que favorecem o exercício de práticas colusivas no setor de distribuição, com efeitos no mercado de revenda de GLP, a saber: (i) a homogeneização do produto; (ii) estrutura de custos semelhantes; (iii) disponibilidade de informações a respeito de preços; (iv) histórico de tabelamento de preços; (v) existência de barreiras à entrada; (vi) baixa substituíbilidade; e (vii) atomização do mercado consumidor.<sup>24</sup>

Ademais, segundo a ProCADE, apurou-se que *“essa prática de determinação de preços era imposta pelas distribuidoras às revendedoras, que a ela deveriam se submeter sob pena de*

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 64.

<sup>24</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF. Representados: Paragás Distribuidora Ltda., SHV Gás Brasil Ltda. (atual denominação da Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.) e Tropigás – Liquigás Distribuidora S/A. Parecer ProCADE nº 445/2012/PROCADE/AGU, p. 22-23.

severas retaliações, o que denota que a fixação de preço de revenda funcionava como estratégia de manutenção do provável cartel na etapa anterior – distribuição – da cadeia de comercialização do GLP no Estado do Pará.”<sup>25</sup>

Destaca-se, ainda, que:

*“Não há como deixar de se reconhecer que o engajamento das Representadas em formarem acordo para atuação coordenada, cujos interesses comuns tinham por objetivo eliminar a concorrência, foi causador de imensuráveis prejuízos para a ordem econômica da região e para a sociedade paraense como um todo.”<sup>26</sup>*

Esse caso é especialmente relevante à discussão, tendo em vista os indícios de práticas restritivas verticais perpetradas pelas distribuidoras em desfavor das revendedoras, como forma de manutenção e fortalecimento do poder de mercado das distribuidoras. O excerto abaixo, extraído do Parecer da ProCADE, é ilustrativo quanto à ocorrência de tais práticas:

*“Por meio de imposição de restrições verticais, o mercado era dividido entre as distribuidoras Representadas que detinham 98% do mercado, de modo que cada uma realizada o fornecimento exclusivo de GLP a um grupo de revendedores previamente determinado.*

***O concerto entre as Representadas impedia que qualquer delas atendesse ao pedido de compra feito por revendedora de outra, mesmo após a edição da Portaria ANP nº 297/2003 que permitiu a existência de revendedores multibandeira.***

*Juntamente com o acordo de exclusividade e a recusa injustificada de venda para as revendedoras que não lhe eram credenciadas antes da citada portaria, as Representadas fixavam o preço de revenda como forma de garantir o cartel na etapa anterior (distribuição).*

*A manutenção desse sistema era garantido através de atos de retaliação encetados pelas Representadas contra as revendedoras recalcitrantes em se submeter ao modelo de cartel e cujo principal instrumento de represália era o fornecimento de GLP, a preço mais baixo, diretamente ao consumidor ou a revendedores clandestinos na região de atuação da revendedora.*

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 31.

*Esse sistema muito bem engendrado garantiu, por muitos anos, a dominação do mercado de GLP no Estado do Pará pelas Representadas, em evidente prejuízo à ordem econômica e social daquela região.”<sup>27</sup> (g.n.)*

Observe-se que há evidências de que as distribuidoras se valeram de sua posição no segmento de revenda direta ao consumidor como mecanismo de retaliação e opressão aos revendedores que não aceitassem as práticas de restrições verticais:

*“As empresas revendedoras de GLP que foram oficiadas durante a instrução promovida pela SEAE foram uníssonas em afirmar a existência de retaliações por parte das distribuidoras Representadas, principalmente através da realização de vendas paralelas, diretamente ou por meio de clandestinos.”<sup>28</sup>*

### **iii) CASO DE CONVITE À CARTELIZAÇÃO NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE GLP-13 NO ESTADO DE SÃO PAULO:**

O caso em questão refere-se ao Processo Administrativo nº 08012.001286/2012-65<sup>29</sup>, instaurado *ex officio* pelo CADE, em 17 de outubro de 2012, com a finalidade de apurar suposta influência de conduta comercial uniforme no mercado de distribuição de botijões de GLP de 13 kg no estado de São Paulo.

A Superintendência-Geral do CADE – SG, por meio da Nota Técnica nº 27/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE de 16 de abril de 2015, entendeu que a representada, Copagaz Distribuidora de Gás S.A., engajou-se no convite à cartelização no setor de comercialização de GLP P-13, ao reiteradamente sugerir aos seus principais concorrentes, via notificações extrajudiciais, a prática de uma margem mínima de revenda para os botijões e **de preço mínimo de revenda**.

O caso foi remetido pela SG ao Tribunal Administrativo do CADE para julgamento, com recomendação de condenação da representada.

### **iv) CASO DE CARTEL EM PORTO ALEGRE E CANOAS:**

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 31-32.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>29</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.001286/2012-65. Representante: CADE *ex officio*. Representada: Copagaz Distribuidora de Gás S.A. Nota Técnica nº 27/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE, Coordenação-Geral de Análise Antitruste, 16 de abril de 2015.

A SDE instaurou, em 19 de julho de 2001, o Processo Administrativo nº 08000.009354/1997-82<sup>30</sup>, com a finalidade de apurar a existência de um acordo de divisão de mercado entre as companhias distribuidoras de GLP nos municípios de Porto Alegre e Canoas, no Rio Grande do Sul, que, *inter alia*, inviabilizaria a abertura de novos postos revendedores, tendo em vista a recusa de fornecimento por parte das distribuidoras.

*In casu*, o CADE condenou as empresas representadas por entender que houve conluio no processo de distribuição do produto para os postos de revenda, em razão de acordo de divisão de mercado entre as distribuidoras.

#### **v) CASO DE CARTEL EM CAMPINA GRANDE - PB**

Trata-se de Inquérito Administrativo nº 08700.003067/2009-67 perante o CADE, com base em representação da ANP, em que se apura caso de cartel nos mercados de distribuição e de revenda de GLP em Campina Grande.

Embora ainda esteja em curso, tendo sido prorrogado recentemente, no referido Inquérito Administrativo foram coletados indícios de combinação de preços entre distribuidoras, com a finalidade de “aumentar [o] preço dos revendedores e [do] consumidor final”,<sup>31</sup> por meio de reuniões entre seus diretores.

#### **vi) CONSIDERAÇÕES RELATIVAS AOS CASOS:**

Como se verifica, os casos analisados guardam algumas características comuns peculiares. Na maior parte deles, (i) havia uma elevada concentração no mercado de distribuição; (ii) havia uma relação de dependência das revendedoras face às distribuidoras; (iii) as distribuidoras buscavam impor preços de revenda; e (iv) por atuarem, também, no mercado de revenda, as

<sup>30</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08000.009354/1997-82. Representante: SDE *ex officio*. Representados: AgipLiquigás do Brasil S/A (sucideda por Liquigás Distribuidora S.A.), Supergasbrás Distribuidora de Gás S/A (sucideda por SHV Gás Brasil Ltda.), Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. E Minasgás S/A Distribuidora de Gás Combustível (sucideda por SHV Gás Brasil Ltda.). Cons. Rel. Eduardo Pontual Ribeiro. Por unanimidade, foram condenados. Data de julgamento: 12 de março de 2014.

<sup>31</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67. Representante: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Representados: Distribuidores e Revendedores de GLP de Campina Grande/PB. Nota Técnica nº 21/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. 01 de abril de 2015.

distribuidoras tinham um mecanismo à disposição para retaliar revendedores que se recusassem a aceitar suas práticas concertadas.

Assim, da análise conjunta dos elementos fáticos dos casos ilustrados, pode-se inferir que a possibilidade de atuação das distribuidoras no mercado de revenda de GLP é, em última análise, prejudicial à concorrência, na medida em que facilita às distribuidoras o exercício abusivo e ilícito de seu poder mercado frente aos revendedores. Estes, em geral, não dispõem de mecanismos e estrutura suficientes para fazer frente aos mandos e desmandos de seus fornecedores, sendo punidos quando não se submetem às práticas ilícitas por elas perpetradas.

Ademais, embora os casos analisados tenham ocorrido em localidades distintas (Triângulo Mineiro – MG, Estado de São Paulo, Estado do Pará, Porto Alegre e Canoas – RS, Campina Grande – PB e Distrito Federal<sup>32</sup>), eles representam casos de cartelização por parte de distribuidoras de GLP ocorridos em cada uma das regiões do Brasil. Isso é um forte indício de que os problemas da verticalização no mercado de GLP brasileiro não são isolados, mas sim sistêmicos, inerentes à própria estrutura desse mercado.

A situação se mostra ainda mais grave quando se verifica que as representadas nos casos elencados acima são as maiores distribuidoras de GLP atuantes no mercado. Essa realidade demonstra que os problemas gerados pela verticalização reclamam a intervenção *a priori* da Agência, no seu papel preventivo. O papel da ANP nesse contexto regulatório e a proibição da verticalização como medida apropriada para sanar as falhas observadas no mercado de GLP serão abordadas na próxima seção.

## 6. O PAPEL DA ANP NA PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA

A ANP foi instituída pela Lei nº 9.478/1997, com o propósito de atuar como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. Em sua esfera de atribuições, está contemplada a consecução dos princípios e objetivos da Política Energética Nacional, também estabelecidos na Lei nº 9.478/1997, dentre os quais se pode destacar a proteção dos interesses do consumidor no que diz respeito a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1º, III), bem como **a promoção da livre concorrência** (art. 1º, IX).

---

<sup>32</sup> Trata-se de Inquérito Administrativo nº 08012.006043/2008-37 perante o CADE, instaurado com base em representação da SDE *ex officio*, em que se apuram indícios de suposto cartel no mercado de distribuição e revenda de GLP no Distrito Federal e em outras localidades.

A proteção da concorrência representa, além de objetivo da Política Energética Nacional, princípio constitucional, inscrito no art. 170, IV da Constituição da República, que deve nortear a ação do Estado como ente regulador. No caso da ANP, o Decreto nº 2.455/1998, que implanta e regulamenta a ANP, dispõe, ainda, em seu art. 3º, IV, Anexo I, que a ANP deverá promover uma “*regulação pautada na livre concorrência*”.

Nesse sentido, no que diz respeito à defesa concorrência, é de se ressaltar que, *a priori*, não há incompatibilidade entre o papel desempenhado pela ANP e aquele desempenhado pelo CADE, na medida em que ambos integram o arcabouço de políticas públicas voltadas à garantia de condições de eficiência nos mercados, como meio de promoção de bem-estar social e geração de riquezas. De um lado, ANP atua de forma *contínua* e *ativa* no que diz respeito ao controle, a fiscalização e a regulação – técnica e econômica – de atividades sob sua tutela; e de outro lado, o CADE intervém no mercado de forma *pontual* e *reativa*, somente nos casos em que as disfunções nele existentes acarretem ou possam acarretar prejuízo para o processo concorrencial.

Pode-se dizer que a atuação da ANP na defesa da concorrência se dá em duas frentes principais: (i) **tanto preventivamente, no sentido de evitar arranjos estruturais prejudiciais ao processo concorrencial**, (ii) como repressivamente, mediante a identificação de indícios de práticas lesivas à concorrência, sendo-lhe inclusive obrigatória, em tais hipóteses, a comunicação dos fatos ao CADE (art. 10 da Lei nº 9.478/1997).<sup>33</sup>

Nesse sentido, mostra-se legítimo o controle da verticalização pela ANP como medida preventiva de controle estrutural, necessária para evitar prejuízos à concorrência e ao consumidor.

Recorde-se que essa atuação mais incisiva da ANP em relação à mitigação do elevado controle exercido pelas distribuidoras no mercado de combustíveis não é inédita, tendo sido aplicada, com sucesso, no mercado de combustíveis líquidos.

#### **a) A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE VEDAÇÃO À VERTICALIZAÇÃO NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS**

<sup>33</sup> ANP. Coordenadoria de Defesa da Concorrência. BORGES, Heloisa. *Principais Práticas Anticompetitivas nos Segmentos de Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos*. p. 4. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?dw=56551>. Último acesso em 30 de julho de 2015.

Um exemplo contundente e exitoso do exercício de controle preventivo pela ANP – no sentido de evitar o surgimento de estruturas de mercado prejudiciais à concorrência – é o caso da vedação à verticalização no mercado de combustíveis líquidos.

Segundo Ragazzo, tal proibição se justificaria em função dos seguintes fatores: (i) a proposta de evitar (ou reduzir, quando possível) o risco de fechamento de mercado (por exemplo, aumento dos custos dos rivais); (ii) evitar que se facilite a prática de condutas coordenadas (uma vez que seria mais fácil para as distribuidoras identificar agentes que estariam desviando-se de um acordo colusivo); e (iii) evitar a criação de dificuldades para a entrada no mercado (a ponto de, por exemplo, somente viabilizar a entrada quando simultânea na revenda e distribuição).<sup>34</sup>

Constatou-se que *“a integração, qualquer a sua forma, entre os segmentos de distribuição e de revenda de derivados de petróleo, poderia trazer efeitos concorrenciais negativos à livre concorrência no mercado de derivados de petróleo, [de forma que a ANP] concluiu por proibi-la liminarmente, vedando aos distribuidores e varejistas a celebração de negócio jurídico de que resulte a verticalização entre esses agentes econômicos”*.<sup>35</sup>

Em que pese o caráter restritivo da Portaria, vale ressaltar que cabe à ANP, no exercício de sua função preventiva, vedar ou condicionar a concentração do poder econômico de dois ou mais agentes atuantes nos mercados sob sua jurisdição, quando constatado que a prevenção do abuso do poder econômico que possa resultar de tal concentração se mostre indispensável à defesa da livre concorrência, como no caso dos combustíveis líquidos e como é de fato o caso do mercado de GLP. Esse entendimento é corroborado por Calixto Salomão, que aduz:

*“A diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. **A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva,** controlando formação de estruturas e sancionando condutas. (...).*

***Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa,** que não se restrinja ao controle, mas preocupa-se com a verdadeira criação da*

<sup>34</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16. Representante: Procon do Município de Blumenau (SC) e Comissão Parlamentar Externa da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Representado: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Blumenau – Sinpib e outros. Cons. Rel. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Por unanimidade, votaram pelo arquivamento. Data de Julgamento: 28 de abril de 2010, p. 35.

<sup>35</sup> DUTRA, Pedro. *Concorrência em Mercado Regulado: a ação da ANP*. Revista de Direito Administrativo, v. 229, Rio de Janeiro, Jul/Set. 2002, p. 356.

**utilidade pública através da regulação. A utilidade pública nos setores reguláveis consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência**.<sup>36</sup>

**b) NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE FALHAS ESTRUTURAIS NO MERCADO DE GLP**

No que diz respeito ao mercado de GLP, a postura da ANP não deve ser diferente, no sentido de vedar a verticalização entre os setores de distribuição e revenda. Isso porque, como bem ilustram os casos citados, o elevado poder de mercado das distribuidoras, alinhado à sua participação direta no mercado de revenda, contribuem para o surgimento de distorções no processo concorrencial no mercado de GLP como um todo. Assim, faz-se necessária a intervenção ativa da Agência, no sentido de garantir a defesa da concorrência por meio da restrição à verticalização.

No presente caso, são facilmente verificáveis os problemas indicados por Ragazzo como possíveis justificativas para a proibição da verticalização implementada no setor de combustíveis líquidos:

- (i) há o risco de fechamento de mercado, uma vez que existem indícios de que as distribuidoras praticam preços com os revendedores superiores ao preço praticado diretamente com os consumidores por meio de suas vendas;
- (ii) há indícios de prática reiterada e sistemática de condutas colusivas por parte das distribuidoras, inclusive com condenações pelo CADE; e
- (iii) existência de dificuldades para a entrada no mercado.

Tais problemas, somados às constatações do próprio CADE nos casos de conduta envolvendo distribuidoras de GLP (*i.e.* existência de oligopólio, setor inclinado à cartelização, aplicação de retaliação a revendedores, entre outras), indicam que a atuação da ANP no sentido de vedar a verticalização mostra-se necessária para salvaguardar os próprios revendedores, que não têm poder e estrutura para fazer frente às distribuidoras, bem como para proteger a livre concorrência e os consumidores.

Para concluir, é bastante esclarecedora a lição de Calixto Salomão:

***“A concentração vertical em estruturas oligopolizadas causa, ainda, outro tipo de preocupação, diretamente ligada ao interesse do consumidor. Ainda que a***

<sup>36</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

*concentração não leve a um processo generalizado de integração e – talvez se possa dizer – sobretudo se isso não ocorrer, é muito provável que essa concentração represente forma de eliminar uma barreira à cartelização do mercado. A razão para isso é bastante simples. Como já foi visto ao se analisar a teoria do countervailing power, muitas vezes o poder no mercado do comprador pode impedir o exercício do poder monopolista por parte do vendedor. Nesse caso é possível que o vendedor ou grupo de vendedores se interesse em adquirir o comprador para eliminar o empecilho ao exercício do seu poder e diminuir os custos das transações. Assim sendo, a concentração vertical é tanto mais perigosa quanto mais indícios existam de acordo (expresso ou tácito) entre os vendedores sobre preço ou quantidade produzida.”<sup>37</sup>*

## 7. CONCLUSÃO

As conclusões deste memorando estão sintetizadas no item 2, Sumário Executivo, ao qual nos reportamos.

Esse o nosso entendimento,

À consideração da Consulente.

Leonardo Canabrava Turra  
OAB/MG 57.887

Lucas E. F. A. Spadano  
OAB/MG 96.714  
OAB/SP 310.310

Bruno Alves Delpupo  
OAB/MG 161.583

---

<sup>37</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Ob. cit.*, p. 335.