

Rio de Janeiro, 14 de março de 2019

PRES/SBM/043/2019

Ao Senhor,
Bruno Conde Caselli
Superintendente de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
Av. Rio Branco, 65 – Centro
Rio de Janeiro - RJ

Assunto: Encaminhamento de Formulário de Comentários e Sugestões Sindigás relativo à Consulta Pública ANP nº 04/2019

Prezados Senhores,

O SINDIGÁS, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo, como entidade de classe que congrega diversas Distribuidoras de GLP do país, encaminha a título de colaboração o documento em anexo, no espírito contributivo que caracteriza as ações da entidade, contendo propostas a serem analisadas pela ilustre Agência para Consulta Pública ANP nº 04/2019 que busca *“Obter subsídios e informações adicionais sobre a minuta de Resolução que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo e biocombustíveis por produtores, importadores e distribuidores e dá outras providências”*.

Aproveito o ensejo para renovar nossos mais sinceros votos de altíssima estima e consideração, colocando-nos à disposição para o que se fizer necessário.

Cordialmente,


Sergio Bandeira de Mello
Presidente

Anexo I – Formulário de Comentários e Sugestões Sindigás – Consulta Pública ANP nº 04/2019



ANEXO I



FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES

CONSULTA PÚBLICA Nº 04/2019 - DE 18/02/2019 a 14/03/2019



NOME: **SINDIGÁS – SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GLP**

☐ agente econômico ☐ consumidor ou usuário	☒ representante órgão de classe ou associação ☐ representante de instituição governamental ☐ representante de órgãos de defesa do consumidor	
Consulta Pública sobre a proposta da Resolução que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo, gás natural e biocombustíveis e dá outras providências.		
ARTIGO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Minuta de Resolução	Considerações Iniciais	O Sindigás parabeniza a Agência pela iniciativa de Consulta e Audiência Públicas sobre tema tão importante para todo o setor de combustíveis dispondo sobre a obrigatoriedade de apresentação de dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo e biocombustíveis por produtores, importadores e distribuidores, todavia, conforme manifestações apresentadas na CP e AP 20/2018, destacamos que existem diversos riscos quando alterações regulatórias interferem de tal maneira no livre mercado, com potencial de criar anomalias e prejuízos concorrenciais. Nesse sentido o Sindigás sempre busca apresentar a relevância de AIRs específicas sobre os temas em discussão, não só para identificação do problema a ser debatido, mas para buscar o melhor resultado para o mercado e sociedade, com fundamentos técnicos estruturados, vez que a regulação deve ser adequada garantindo-se o bom funcionamento do mercado em prol do abastecimento nacional. Assim, no espírito colaborativo que sempre norteia as ações do Sindigás, apresentamos abaixo algumas considerações iniciais, além de preocupações sobre a minuta em consulta pública.

1. Inicialmente, destacamos que no texto da minuta de resolução existe uma certa confusão dos conceitos de concentração e rivalidade, que são alguns dos objetos da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Acaba havendo a não adequada interpretação dos conceitos que demonstra fragilidade de conhecimento da dinâmica do mercado e da teoria econômica adotada pelo Cade.

Sob esse prisma, surpreendeu-nos que a minuta em consulta manteve no inciso I do art. 2º, um percentual de 20% como critério para definição de “agente dominante”.

Contudo, como já apresentado pelo Sindigás anteriormente, o percentual se respalda na Lei 12.529/11 (ref. art. 36, §2º), sendo que a Lei estabelece, em verdade uma **presunção** de posição dominante quando: uma empresa ou grupo econômico “...*controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante*”, sendo que este **percentual pode ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia**”.

Resta evidente que a Lei deixou ao Cade a discricionariedade para fixação do percentual de concentração, pois é evidente que existem setores onde percentuais mais elevados fazem mais sentido para possibilitar escala necessária à viabilidade do empreendimento, por exemplo.

Logo, eventualmente para empreendimentos que exigem elevados investimentos, é possível que percentuais de concentração superiores a 20% não prejudiquem a rivalidade, pelo contrário, se justifiquem na medida em que não tornam as empresas capazes de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

Nesse sentido, o Sindigás contratou dois trabalhos para melhor entendimento da minuta de Resolução em Consulta Pública: Trabalho Econômico constante no Anexo I¹ e Anexo II² tratando dos aspectos jurídicos/concorrenciais.

¹ José Tavares de Araujo Jr. Transparência na Formação de Preços e Incentivos à Colusão. Março de 2019

² Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Março 2019.

		Com base nos trabalhos supramencionados, nos parece que, sem a necessária Análise de impacto regulatório (melhor explanação item III.1 do Legal Opinion Anexo - I) e com a fixação do percentual de 20%, taxativamente, como critério para definir "agente dominante", a ANP estaria em verdade criando norma inibidora de investimentos e em descompasso com os critérios adotados pelo Cade, na medida em que poderá comprometer o retorno esperado pelos investidores, sobretudo quando se trata de empreendimentos em distribuição e logística de combustíveis, além de criação de potenciais distorções de ordem concorrencial. 2. No entender do Sindigás, a ANP somente poderia estabelecer o percentual de 20% na minuta como critério único para definição de "agente dominante" para conter o agente monopolista atuante no mercado brasileiro, contudo o critério se demonstra equivocado, conforme demonstrado nos materiais em anexo, pois há fundado receio de que o critério resulte na inibição de novos investimentos e contribuindo para um cenário de insegurança regulatória aos possíveis investidores e aos agentes regulados. Assim, o Sindigás não concorda com o texto proposto na minuta de Resolução e apresentará comentários em tópico abaixo. 3. Ainda, se mantido o inciso I, torna-se relevante compreender adequadamente o termo "macrorregião política" apontado no texto da minuta de Resolução proposta pela ANP. Como a Agência adota definição subjetiva do IBGE, podendo-se interpretar que trata das 05 regiões geopolíticas brasileiras – Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste, cumpre frisar que tal conceituação de mercado relevante na dimensão geográfica se quer é àquela adotada pelo Cade. Assim, o Sindigás entende que a metodologia escolhida pela ANP resta completamente inadequada e merece ser revista. Alerta-se, ainda, que a definição de mercado relevante na dimensão geográfica a partir do conceito estatístico de "macrorregião política", está em descompasso com os critérios do Cade, instaurando insegurança regulatória para todos os agentes regulados e com potencial de danos incalculáveis ao mercado e à sociedade. 4. Relevante pontuar sobre: a criação de um novo e indefinido parâmetro de homologação prévia de contratos com "ênfase na promoção da livre concorrência". Considerando que os contratos já são homologados pela ANP, o Sindigás defende posição exposta no <i>Legal Opinion</i> (anexo II),
--	--	--

tratando que “a criação de uma homologação prévia seria uma infração ao princípio da legalidade e separação dos poderes da minuta, uma vez que o artigo 8º da Lei nº 9.478/1997 não lista, entre as competências da ANP, o poder de examinar previamente contratos sob a ótica da defesa da concorrência”³. Assim abertura de novos requisitos para homologação devem ser avaliados com razoabilidade e precaução para evitar alto grau de intervenção sem a adequada motivação, vez que já existem mecanismos de mediação de conflitos que podem ser aprimorados pela ANP, sem elevação do nível de intervenção.

5. Por fim, concordamos com a exposição do jurista Eric Jasper (anexo II), no seguinte sentido: O mecanismo de solução de conflitos está disposto no artigo 20 da Lei n. 9.478/1997 e no artigo 19 do Regimento Interno da ANP. De acordo com esses dispositivos, a ANP tem o poder-dever de “dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entres estes e os consumidores” e “resolver conflitos decorrentes da ação de regulação, contratação e fiscalização”. Logo, diante de caso concreto em que um agente com poder de mercado e outro ente da cadeia produtiva (com ou sem poder de mercado) estejam em conflito, a ANP tem os poderes e a consequente obrigação de atuar para a solução regulatória do problema. Bastando apenas à agência reguladora aprimorar, em âmbito infralegal, os seus mecanismos de arbitragem e mediação.

Caso o conflito contenha elementos que fogem à competência da ANP (i.e., análise de condutas anticompetitivas, inclusive com relação a preços de derivados de petróleo), a Lei n. 9.478/1997 também determina a forma de ação da ANP. De acordo com o artigo 10 da referida lei, “[q]uando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica [...] para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.” Logo, não caberia à ANP buscar inserir no arcabouço jurídico pátrio conceito novo de “agente dominante” se a própria lei que rege a sua atuação determina que em tais situações, é o CADE o ente estatal competente para atuar. (itens 34 e 35 – pág. 11 – anexo II)

³ Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Pág. 11-12.

		Para o Sindigás fica claro que a minuta de resolução busca resolver a obscuridade da precificação do atual agente dominante no mercado brasileiro, visando possibilitar a clareza quanto à composição dos preços, vez que essa falta de transparência nas políticas de precificação impactam diretamente a dinâmica competitiva dos mercados de combustíveis. O ideal seria que essas distorções fossem mitigadas com a publicação da minuta de resolução em comento, entretanto destaca-se que medidas interventivas devem ser avaliadas com cautela para não causar retrocessos, distorções, tabelamentos e inibições de investimentos, consequências que sabe-se que a ANP visa evitar. Deste modo, o Sindigás considera crucial que a ANP calibre com racionalidade e proporcionalidade a busca premente pela "Transparência", uma vez que existe um "agente dominante" atuando no mercado, e a necessidade de preservação de informações sigilosas visto que o mercado é regido pela livre concorrência. Por conseguinte, reiteramos que a definição de "agente dominante" constitui-se um desafio para a ANP, na medida em que será, a partir deste critério, necessário equalizar os seguintes elementos: concentração de mercado, rivalidade entre competidores e atração de novos investidores. Por fim, sugerimos que a ilustre Agência busque de outras maneiras que não por regulação interventiva aprimoramento da transparência, que pode se dar por melhoria nos procedimentos de mediação de conflitos – arbitragens e mediações entre os agentes e inclusive consumidores. Isso porque com a primazia do livre mercado desde 2002 o mais adequado é que as intervenções nos agentes regulados sejam de maneira que não engessem o mercado e eventuais práticas anticompetitivas sejam reportadas ao Cade, conforme argumentos apresentados a seguir.
Art. 2º Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições: I - agente dominante: agente ou grupo econômico que tenha	Exclusão do inciso I – conceito de agente dominante	Conforme exposto nas considerações iniciais, o critério de 20% do mercado relevante para definição de agente dominante poderá inibir investimentos e sua fixação resulta, respeitosamente, da confusão nos conceitos de concentração e rivalidade, além da interpretação incorreta do delimitado na Lei 12.529/2011.

participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);	O Sindigás contratou dois trabalhos sobre a presente Consulta Pública e cumpre frisar que o <i>Legal Opinion</i> do jurista Eric Jasper conclui como sendo ideal a supressão do conceito, sendo o inciso I do art. 2º excluído da minuta. Sob o prisma econômico o <i>Paper</i> do economista José Tavares aponta que a minuta de Resolução deveria ser arquivada em sua totalidade, pois:	“...o patamar de 20% é referido no capítulo de infrações à ordem econômica, como a formação de cartel, o abuso de posição dominante e outras condutas que prejudicam a livre concorrência. A lei é explícita quanto à norma de que um grau de concentração elevado do mercado não constitui, por si só, qualquer delito, conforme atesta o primeiro parágrafo do Art. 36: “A conquista do 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.”⁴	<u>Assim, reforçamos que mencionar o grau de concentração sem descrever as condições de concorrência vigentes no mercado é um recurso insuficiente sob a ótica antitruste, que também não faz sentido à luz da teoria econômica⁵.</u>	Ainda, nesse contexto, relevante consignar exposição do mesmo economista⁶, tratando especificamente da CP ANP 04/2019:	“...sob a ótica dos princípios antitruste, uma firma ocupa uma posição dominante quando tem poder de mercado suficiente para elevar seus preços independentemente das eventuais reações de seus concorrentes, consumidores e fornecedores (Posner e Landes, 1980; Schmalensee, 1987). Este é o critério usado nas leis antitruste contemporâneas das principais economias do mundo. Com base nele, a autoridade define, em cada caso concreto, a dimensão do mercado relevante sob a ótica do produto e de sua extensão territorial, e, a partir daí, estuda o padrão de competição vigente naquele mercado.	Assim, é incorreto, como pretende a ANP, definir a priori, de forma rígida, um agente dominante a partir de sua parcela de mercado (a menos que se trate de um monopolista) sem conhecer o tamanho de seus concorrentes; bem como estabelecer uma dimensão geográfica inalterável de seu mercado relevante, que pode mudar a qualquer momento em virtude de inúmeros fatores, como progresso
---	---	--	---	--	---	---

⁴ José Tavares de Araujo Jr. Integração Vertical e Competição no Setor de GLP: Anatomia de um falso debate. Julho 2015.

⁵ Idem.

⁶ José Tavares de Araujo Jr. Transparência na Formação de Preços e Incentivos à Colusão. Março de 2019. Pág. 6-7.

técnico, crescimento econômico, abertura ou fechamento da economia, etc. No caso da distribuição de GLP no Brasil, por exemplo, nenhuma das quatro firmas líderes ocupa uma posição dominante. Se uma delas tentar aumentar arbitrariamente seus preços, irá enfrentar a reação imediata de seus rivais e de sua rede de revendedores. Além disso, o mercado relevante está circunscrito no âmbito estadual...”

E continua:

- i. A proposta de tornar obrigatória a divulgação das listas de preços praticados pelos produtores e importadores de derivados de petróleo ignora a pertinente advertência feita pelo CADE sobre os riscos de condutas anticompetitivas que seriam advindas de normas deste tipo. Como vimos na seção 4, tal advertência está baseada em princípios solidamente estabelecidos na teoria econômica, e recorrentemente confirmados por evidências empíricas.
- ii. Em contraposição, os argumentos apresentados pela ANP sobre os benefícios que seriam gerados pela ampliação da transparência dos preços são inspirados em teorias que não se aplicam ao caso de oligopólios homogêneos, que será a configuração industrial mais provável que resultará da venda das refinarias da Petrobras⁷.

Não obstante, importante apresentar as conclusões retiradas do Legal Opinion que analisou a minuta de Resolução em apreço sob o aspecto concorrencial, constante no anexo II, pontuando que:

“(i) Diante da ausência de AIR e de decisão específica e motivada da Diretoria da ANP determinando a urgência da presente medida, entende-se que seria essencial que a ANP recebesse as críticas, comentários e sugestões em consulta pública e audiência pública e, na sequência, apresentasse à sociedade análise sobre o problema regulatório e concorrencial que busca resolver, incluindo todos os fatores essenciais descritos nos parágrafos anteriores. Após a apresentação da AIR, seria necessário que a ANP, caso ainda entenda que há problema concorrencial e regulatório a ser resolvido, abra novamente prazo para apresentação de comentários e sugestões da sociedade.

		(ii) A Minuta cria conceito absolutamente novo no arcabouço jurídico relativo às atividades da ANP e, portanto, ofende diretamente os princípios constitucionais da legalidade e separação dos poderes. Tal fato é demonstrado, entre outros, pela inspiração da Minuta em dispositivo previsto na Lei n. 12.529/2011 (norma que, por óbvio, não se aplica à ANP) e não em norma infralegal do CADE. (iii) Além de configurar infração ao princípio da legalidade e à separação dos poderes, o conceito de "agente dominante" deve ser completamente excluído da Minuta pelas seguintes razões: (a) a Minuta não leva em consideração o contexto da Lei n. 12.529/2011, pois a referida lei contém conceito de "presunção de posição dominante" em capítulo dedicado exclusivamente às infrações concorrenciais, ou seja, a análise ex-post de condutas anticompetitivas. A Minuta busca inserir o conceito de "agente dominante" em situações de fiscalização ex-ante da estrutura de preços de mercado. Situações incomparáveis e absolutamente diferentes. (b) a Lei n. 12.529/2011 criou uma presunção relativa de posição dominante e que, portanto, admite prova em contrário. No presente caso, a Minuta simplesmente estabelece que o agente ou grupo econômico que detiver mais de 20% da produção de qualquer derivado de petróleo específico em qualquer macrorregião do país será considerado "agente dominante". (c) a Lei n. 12.529/2011 contém duas formas alternativas de se determinar se é possível estabelecer uma presunção de posição dominante e a primeira forma não é o critério formalista e objetivo de 20% de participação em mercado relevante. A lei de defesa da concorrência estabelece que a primeira forma de se analisar se um agente pode ser presumido dominante é por meio da análise se "uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar
--	--	---

		unilateral ou coordenadamente as condições de mercado". Não há qualquer previsão similar na Minuta. (d) a lei de defesa da concorrência utiliza o conceito da literatura econômica e jurídica de "mercado relevante" enquanto a Minuta propõe o uso dos parâmetros de "cada derivado de petróleo" (em substituição ao estabelecido conceito econômico e jurídico de "mercado relevante, em dimensão produto") e "em cada macrorregião política do país, conforme definição do IBGE" (em substituição ao critério de "mercado relevante, dimensão geográfica"). (iv) No tocante ao novo critério de "ênfase na promoção da livre concorrência", entende-se que se trata, mais uma vez, de infração aos princípios constitucionais da legalidade e separação dos poderes. Mas caso a ANP decida manter a criação desse novo critério, sugere-se que a autarquia apresente urgente detalhamento sobre os critérios que nortearão a análise com "ênfase na promoção da livre concorrência", sob pena de gerar grave insegurança jurídica no processo de homologação prévia de contratos."⁸ Portanto, o Sindigás retificando sua manifestação anterior, após avaliar a matéria e pelos fundamentos apontados nos trabalhos anexos a esse formulário, entende que extrapola a capacidade regulatória da ANP a definição do "agente dominante", mormente com base no critério escolhido (20% de participação de mercado), inclusive em dissenso da discricionariedade atribuída pela Lei 12.529/11. Isso porque, como amplamente demonstrado, o CADE utiliza o percentual de 20% como uma presunção de posição dominante, e não como uma certeza, como pretende a ANP na minuta em comento. Ademais, o próprio CADE entende que esse percentual é variável para setores específicos da economia. Portanto, reitera-se que a ANP caracteriza o termo "agente dominante" em aceção divergente daquela utilizada pelo Cade. Assim a manutenção do critério
--	--	--

⁸ Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Pág. 13- 15.

		estático do inciso I, do Art. 2º na minuta de Resolução não se demonstra adequada e nem é coerente com o contexto da preservação do Direito Concorrencial. Assim, como a fixação dos 20% pela ANP restringe em absoluto as atividades e, respectivamente, não há qualquer argumento razoável que possa sustentar esse critério, em verdade, somente resultaria em distorções graves no mercado. Adicionalmente, se mantido o inciso I, relevante compreender adequadamente o termo “macrorregião política” apontado pela ANP, que segue definição incerta do IBGE, podendo se referir as 05 regiões geopolíticas brasileiras – Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste. Contudo, cumpre frisar que tal conceituação não é a adotada pelo Cade e o Sindigás entende que a metodologia escolhida pela ANP resta completamente inadequada, necessitando ser revista, por instaurar insegurança regulatória para todos os agentes regulados, com consequências incalculáveis. Por todo exposto, o Sindigás solicita que a ANP reavalie o disposto no inciso I, do artigo 2º da minuta e apresente AIR sobre o tema da obrigatoriedade de apresentação de dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo e biocombustíveis por produtores, importadores e distribuidores, para que não criem-se anomalias/distorções no mercado ou instaure-se cenário de insegurança não só aos agentes regulados, mas para própria ANP e consequentemente à sociedade.
Art. 3º Os agentes dominantes deverão publicar os preços de lista atuais, bem como os vigentes nos últimos doze meses, com descrição das modalidades de venda, no sítio eletrônico da empresa, para cada um dos seguintes produtos: (...)	Adequação	Em relação ao artigo 3 da Minuta que prevê a obrigação de produtores, importadores e distribuidores de derivados de petróleo e biocombustíveis considerados “agentes dominantes” de publicarem seus preços de lista, atuais e dos últimos 12 meses, na página da empresa na internet, o Sindigás entende que não há definição na Minuta do termo “preços atuais”. Deste modo sugere-se que a Minuta traga especificação sobre o que a ANP entende por “preços atuais”.
Art. 9º O envio das informações de valor unitário do produto e de modalidade de frete,	Adequação	Sobre o disposto no artigo 9º da Minuta que prevê a obrigação de todos os produtores, importadores e distribuidores, independentemente de serem “agentes

correspondentes às informações constantes nas notas fiscais eletrônicas, para as operações de venda de derivados de petróleo e biocombustíveis, por parte de produtores, importadores e distribuidores, deve atender o estabelecido na Resolução ANP nº 729, de 11 de maio de 2018.		dominantes” ou não, de enviarem à ANP informações de valor unitário do produto e de modalidade de frete. De acordo com o artigo 12 da Minuta, “[o]s dados referentes a preços praticados pelos agentes econômicos regulados obtidos pela ANP poderão estar sujeitos a agregação estatística, quando da sua publicação, bem como incluir defasagem temporal, de modo a preservar informações abrangidas por sigilo legal ou minimizar possíveis efeitos anticoncorreciais.” (g.n.). <i>Diferentemente do que ocorre com o CADE, que dedicou toda uma seção sobre sigilo e acesso restrito a documentos e informações no seu Regimento Interno, o Regimento Interno da ANP (Portaria n. 69/2011) não possui tal regramento</i>¹⁰. Desta maneira o Sindigás sugere, conforme demonstrado no Legal Opinion (anexo II) desse formulário que a Minuta deveria estabelecer claramente as regras de sigilo e confidencialidade, incluindo os direitos e deveres dos administrados.
--	--	---

Este formulário deverá ser encaminhado à ANP para o endereço eletrônico: transparencia_precos@anp.gov.br, fax (21) 2112-8129, ou diretamente em um dos protocolos da ANP indicado no item 2.1 do Aviso dessa Consulta Pública.

¹⁰ Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019 – pg. 12.

ANEXO I

Paper

Transparência na Formação de preços e Incentivos à Colusão

José Tavares de Araújo Jr.

Ecostrat Consultores

Março 2019

Transparência na Formação de Preços e Incentivos à Colusão

José Tavares de Araujo Jr.¹

Março de 2019

1. Introdução

Em 15.02.19, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) editou o Aviso de Consulta Pública nº 4/2019 sobre a minuta de Resolução que torna obrigatória a divulgação na internet das listas de preços praticados por produtores e importadores de derivados de petróleo e biocombustíveis. Este parecer avalia o impacto potencial desta norma com base em dois parâmetros: o padrão de competição vigente no setor de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) desde 2005, e a literatura econômica sobre a formação de cartéis em oligopólios homogêneos. Uma das principais contribuições desta literatura é a demonstração de que a ampliação da transparência das estratégias comerciais das firmas que atuam neste tipo de oligopólio promove o alinhamento dos preços.

Outro tema aqui abordado é o de que a minuta de Resolução não atende aos critérios básicos usualmente aplicados nas análises de impacto regulatório (AIR), a saber:

- i. *Qual a natureza do problema a ser corrigido através da regra proposta?* Como veremos na seção 2, a evolução recente dos preços de GLP não indica qualquer desvio em relação ao padrão de competição estabelecido neste mercado desde maio de 2005, quando foi promulgada a Resolução ANP nº 15. Logo, não há um problema novo a ser resolvido.
- ii. *A solução encontrada pelo órgão regulador é a mais eficaz?* Não. Conforme discutirá a seção 3, o papel da autoridade reguladora é o de assegurar apenas a **transparência das condições de concorrência**, preservando o sigilo comercial das estratégias adotadas pelos entes regulados.
- iii. *Do ponto de vista da sociedade, qual o resultado líquido dos custos e benefícios advindos da nova regra?* Nulo. Segundo os argumentos a serem apresentados na seção 4, a minuta de Resolução em análise irá promover, após a venda das refinarias da Petrobras, o alinhamento dos preços praticados pelos produtores de derivados de petróleo. Na prática, os atuais preços monopolistas serão mantidos.

¹ Doutor em economia pela Universidade de Londres e sócio da Ecostrat Consultores. Este trabalho foi solicitado pelo Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – SINDIGÁS. Os argumentos aqui apresentados são, entretanto, da exclusiva responsabilidade do autor.

2. A evolução recente dos preços de GLP

O comportamento dos preços do botijão de gás de 13kg (P-13) nos últimos quatro anos oferece evidências úteis para o estudo das consequências que provavelmente resultariam uma eventual publicidade obrigatória das listas de preços dos produtores e importadores de derivados de petróleo, conforme previsto no Art. 3º da minuta de Resolução proposta pela ANP. Atualmente, 100% do abastecimento primário de GLP no mercado brasileiro é realizado pela Petrobras, cujos preços são divulgados mensalmente, desde janeiro de 2001, através da planilha “*Preços ao consumidor consolidado – GLP*”, disponível no site da ANP.² Logo, no curto prazo, a medida seria inócua, porque tal informação já é de conhecimento público.

Contudo, as mudanças introduzidas na gestão da Petrobras durante o governo Temer – tanto na política de preços quanto no programa de desinvestimentos – poderão gerar, no médio prazo, novas condições de concorrência em toda a cadeia de abastecimento de derivados de petróleo, conforme ilustra o caso do GLP. A extinção do monopólio na primeira etapa da cadeia, advinda da venda de refinarias, tenderá a ser substituída por um oligopólio homogêneo, dadas as elevadas economias de escala e escopo inerentes a esta atividade. Seguindo o padrão vigente em outros países, como Austrália, Canadá e Estados Unidos, por exemplo, algumas refinarias poderão ser adquiridas por distribuidoras de GLP, que se tornarão integradas verticalmente, atuando na produção e no comércio exterior de GLP e outros derivados de petróleo.

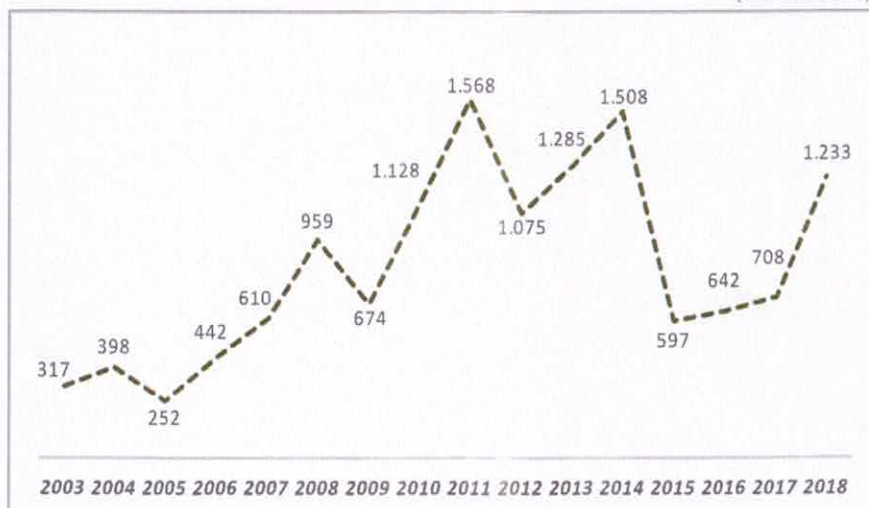
Após a realização dos leilões das refinarias, os novos integrantes do oligopólio formado na etapa da produção também passarão a competir com a Petrobras na área de comércio exterior. No caso de GLP, as exportações têm sido irrelevantes até o presente, mas o volume de importações, ainda que volátil, têm superado o patamar de US\$ 1 bilhão em diversos anos da década atual, como mostra o Gráfico 1. Além disso, nos últimos cinco anos, o coeficiente de penetração de importações no setor de GLP tem sido da ordem de 30% (Gráfico 2). Trata-se, portanto, de um nicho operacional que irá integrar, necessariamente, as estratégias de mercado das firmas entrantes no setor de refino de petróleo.

Na escala de prioridades normativas da teoria econômica, oligopólios sempre são preferíveis a monopólios, sobretudo quando é possível assegurar uma rivalidade intensa entre as firmas oligopolistas. Como veremos ao longo deste parecer, para alcançar tal resultado, cabe ao órgão regulador duas atribuições principais: promover a transparência das condições de concorrência e evitar a edição de regras que gerem ineficiência econômica. A história do setor de GLP após a introdução do regime de liberdade de preços oferece um exemplo eloquente do papel desempenhado por estas duas funções, bem como de seus respectivos conteúdos.

² (www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-ao-consumidor).

Gráfico 1
Importações Brasileiras de GLP

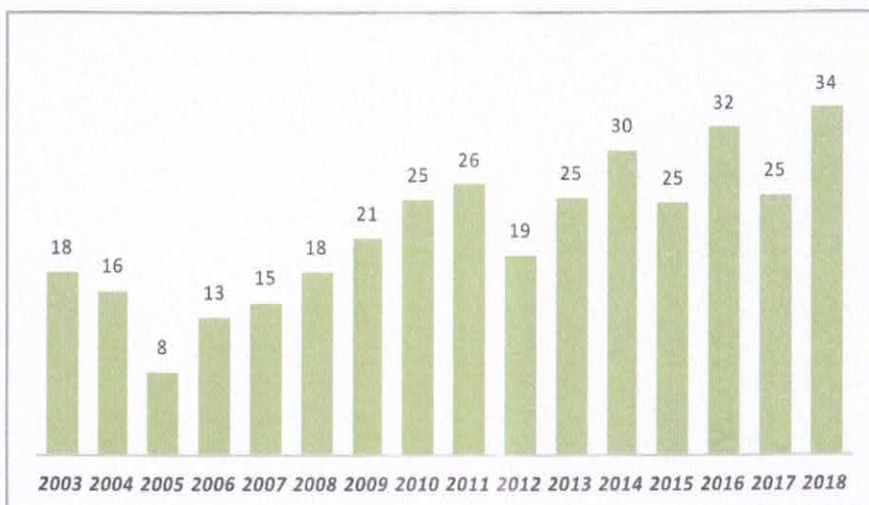
(US\$ Milhões)



Fonte: ANP

Gráfico 2
Coefficiente de Penetração de Importações no Setor de GLP

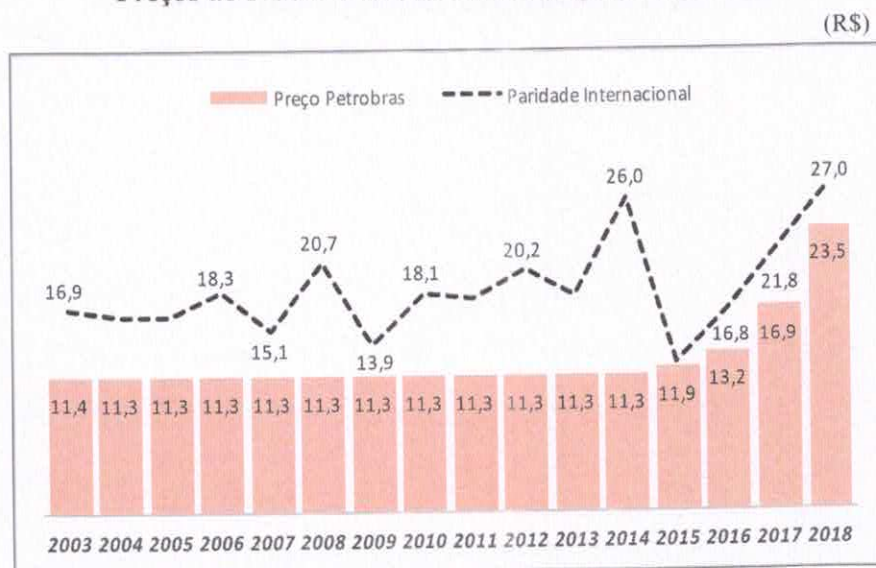
(%)



Fonte: ANP

Em agosto de 2015, a Petrobras decidiu abandonar sua política de preços em relação ao P-13, cuja cotação em valores correntes havia sido congelada desde janeiro de 2003 em torno de R\$ 11,30 (Gráfico 3). Dado que a inflação acumulada entre 2003 e 2015 foi de 108%, segundo o IPCA, o preço real do P-13 em 2015 foi, de fato, inferior à metade daquele vigente em 2003. Considerando-se a diferença entre o preço fixado em 2003 e o nível de paridade do produto importado, e que naquele período foram vendidos, em média, 380 milhões de botijões por ano, aquela política de preços gerou, até 2015, um prejuízo acumulado à Petrobras da ordem de R\$ 30 bilhões, a preços correntes anuais.

Gráfico 3
Preços de P-13: Petrobras e Paridade Internacional

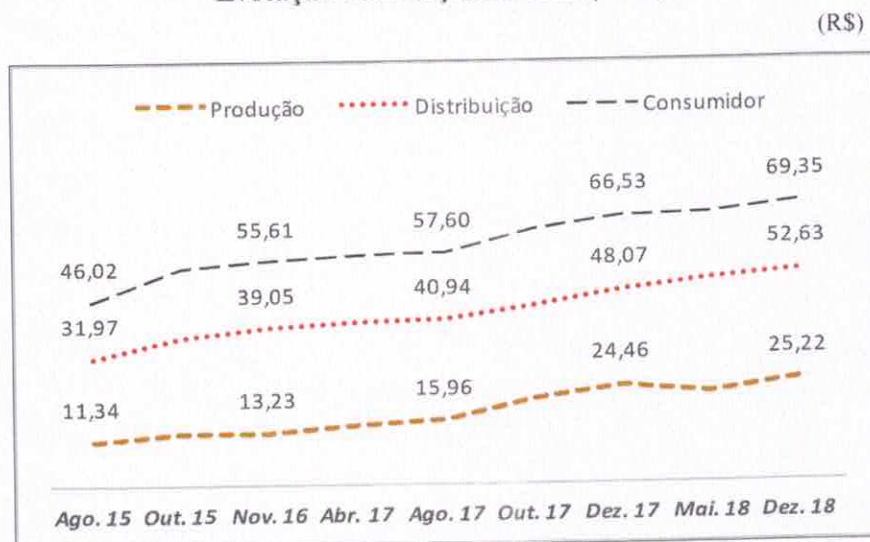


Fonte: ANP, Sindigás.

A razão para o subsídio implícito nos preços do P-13 seria a de amparar as famílias com renda mensal de até um salário mínimo, embora tal objetivo jamais tenha sido explicitado como uma política governamental. A rigor, o único ensaio de explicação para aqueles preços foi feito em novembro de 2015, de forma enviesada, pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) através da Resolução CNPE nº 4/05, cujo Art. 1º reconhece “*como de interesse para a política energética nacional*” a comercialização do P-13 a preços inferiores aos das demais embalagens. Porém, aquela resolução não indica os fundamentos deste suposto vínculo entre o preço do botijão de gás e as prioridades da política energética. Além disso, com base na Pesquisa Nacional de por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE, é possível demonstrar que 75% dos recursos gerados por aquele subsídio foram absorvidos por consumidores que não precisavam de auxílio.

O Gráfico 4 descreve a evolução mensal das médias nacionais dos preços do P-13 entre agosto de 2015 e dezembro de 2018. Neste período, o valor cobrado pela Petrobras às firmas distribuidoras subiu de R\$ 11,34 para R\$ 25,22, ou seja, 122%. Na etapa seguinte, o impacto da nova política de preços gerou um impacto de 65% nos preços de distribuição, que passaram de R\$ 31,97 para R\$ 52,63. Na fase final, os preços pagos pelos consumidores subiram 51% (de R\$ 46,02 para R\$ 69,35). Não obstante tais mudanças, é importante registrar que, em janeiro de 2019, o preço do botijão de gás correspondeu a cerca de 7% do salário mínimo vigente no país (R\$ 998,00). Além disso, nos últimos três anos, as médias anuais dos preços praticados pela Petrobras continuaram abaixo da paridade internacional (Gráfico 3).

Gráfico 4
Evolução dos Preços de GLP (P-13)



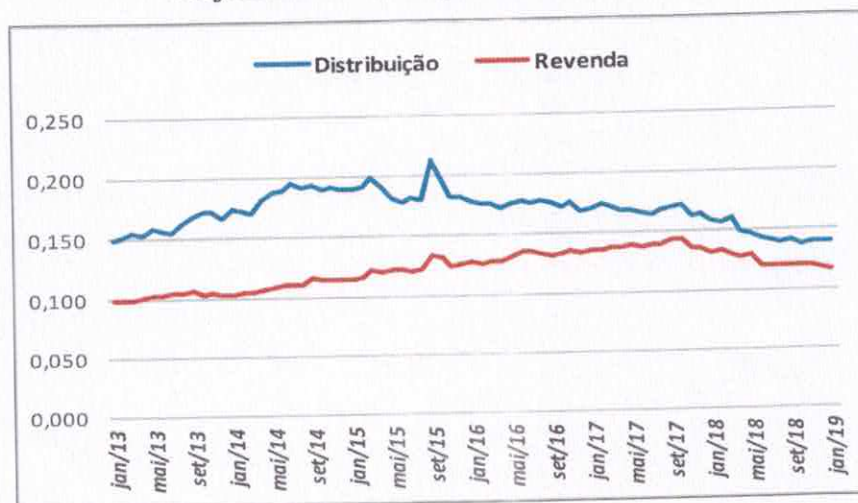
Fonte: ANP

Outro aspecto relevante do cenário atual no setor de GLP é que as pressões competitivas continuaram intensas, como registra o Gráfico 5. Desde 2001, a ANP analisa regularmente o comportamento dos preços em 555 municípios, com o objetivo de identificar eventuais condutas concertadas.³ A metodologia usada consiste em calcular, a cada semana, os coeficientes de variação dos preços nos municípios da amostra.⁴ Se o coeficiente de um determinado município estiver abaixo de 0,010 por um período significativo, de pelo menos 24 semanas, isto revelará um alinhamento de preços.

³ A partir de 2017, a pesquisa passou a incluir apenas 459 localidades, embora a qualidade dos resultados tenha sido mantida.

⁴ O coeficiente de variação de uma série é uma medida de dispersão que é obtida dividindo-se o desvio-padrão pela média.

Gráfico 5
Coeficientes de Variação de Preços de GLP



Fonte: ANP

O Gráfico 5 indica o comportamento mensal dos coeficientes de variação de preços de distribuição e revenda de GLP entre janeiro de 2013 e janeiro de 2019, relativo ao conjunto de municípios pesquisados pela ANP. Os valores oscilaram entre um patamar mínimo de 0,098, registrado no setor de revenda em fevereiro de 2013, e o máximo de 0,212, em setembro de 2015 no setor de distribuição. Ou seja, um intervalo da ordem de 10 a 20 vezes superior ao patamar de referência da ANP. Não obstante a elevada concentração do setor de distribuição e a pulverização do setor de revenda, os índices de dispersão de preços – que medem a rivalidade entre as firmas do mercado – foram sistematicamente maiores no primeiro setor. Este aparente paradoxo decorre do padrão de competição vigente no setor de distribuição, discutido a seguir.

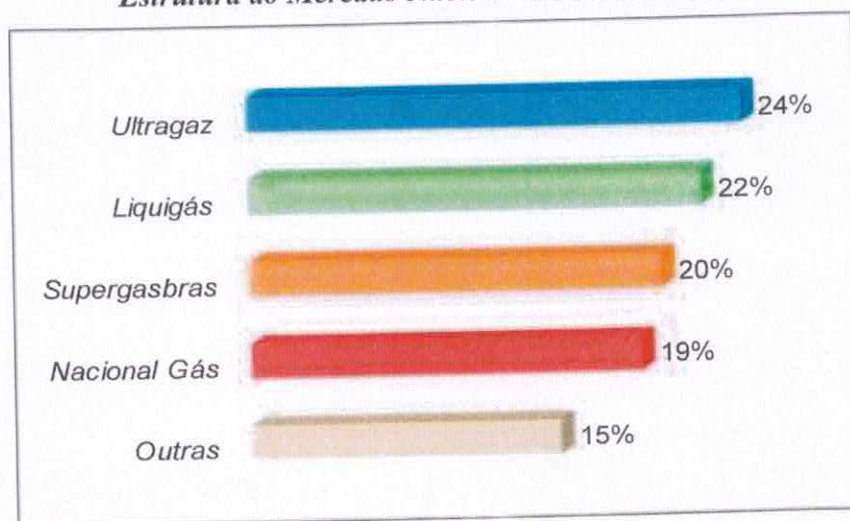
3. Os fundamentos da competição entre as distribuidoras de GLP

Desde 2005, o padrão de competição vigente entre os distribuidores de GLP resulta de três vetores principais: [i] as economias de escala inerentes à atividade de engarrafamento e à logística de distribuição; [ii] a visibilidade da marca e a qualidade dos serviços prestados ao consumidor final; [iii] a transparência do mercado promovida pela ANP.

Apesar do relativo equilíbrio entre parcelas do mercado nacional controladas pelas quatro firmas líderes, que, em conjunto, foram responsáveis por 85% das transações do setor em 2017 (Gráfico 6), as configurações do mercado no âmbito estadual são muito heterogêneas, porque dependem do tamanho relativo e da dispersão das unidades de engarrafamento de cada distribuidora no território nacional. Por este motivo, sob a ótica antitruste, o mercado relevante do setor de distribuição de GLP está circunscrito ao âmbito estadual. Uma demonstração deste ponto pode ser feita, por exemplo, calculando-se a correlação entre a hierarquia das posições

de mercado daquelas firmas e os tamanhos relativos de suas bases de distribuição nos 11 principais estados consumidores de GLP, que corresponderam a 82% do mercado nacional em 2017.⁵ O coeficiente registrado naquele ano foi de 0,73 (Tavares, 2018). Este resultado atesta que as economias de escala das unidades de engarrafamento constituem a principal fonte do bom desempenho de uma distribuidora. Mas, como a correlação não é perfeita, torna-se necessário identificar as demais variáveis geradoras de competitividade.

Gráfico 6
Estrutura do Mercado Nacional de GLP em 2017



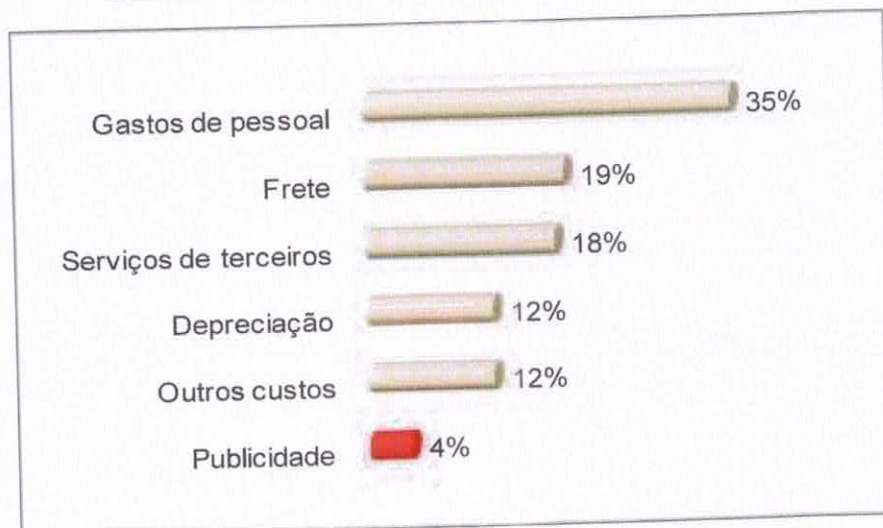
Fonte: ANP

O Gráfico 7 lista os principais itens da estrutura de custos do setor de distribuição de GLP. Por um lado, as elevadas parcelas relativas a frete e serviços de terceiros, que correspondem a 37% dos custos totais, comprovam a importância estratégica da logística de transporte neste setor. Por outro lado, a parcela de gastos com publicidade (4%) – que incluem despesas de comunicação, mídia e padronização da rede de distribuidores – não é modesta para um setor que oferece um bem homogêneo. Ela representa o esforço realizado pelas distribuidoras para manter a visibilidade de suas marcas.

O Gráfico 8 indica um dos resultados deste esforço. Em 2018, foram comercializados 413 milhões de botijões de gás nos 5.570 municípios brasileiros. Como uma parcela dos consumidores mudou de fornecedor ao longo do ano, e as distribuidoras só podem envasilhar recipientes de terceiros quando autorizadas pelo detentor da marca, gerou-se a necessidade de que 127 milhões de botijões fossem destrocados no ano passado.

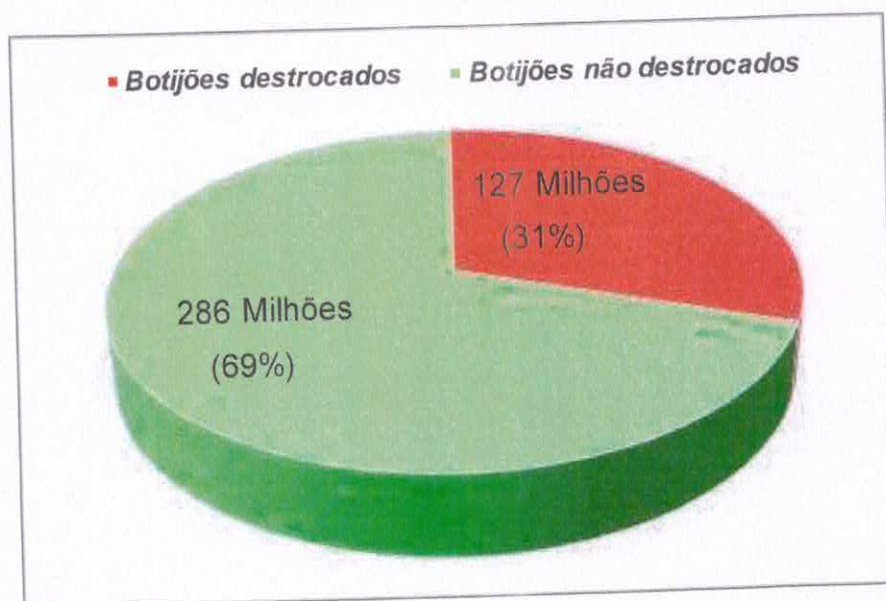
⁵ Em 2017, estes estados foram os seguintes: Bahia, Ceará, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

Gráfico 7
Estrutura de Custos do Setor de Distribuição de GLP



Fonte: Sindigás

Gráfico 8
Destroca de Botijões em 2018



Fontes: ANP, Sindigás.

Todavia, em contraste com a parcela de 31% de botijões destrocados, 286 milhões foram devolvidos diretamente às distribuidoras por consumidores que não mudaram de marca, o que implica um grau de fidelidade da ordem de 70%. Num mercado de um produto homogêneo, onde o cliente insatisfeito com seu provedor usual pode trocar de marca sem custo (basta ligar para outro revendedor), a lealdade à marca no setor de GLP é excepcionalmente alta. A explicação mais plausível para este fato reside nas rotinas mantidas pelas distribuidoras visando promover suas marcas. Tais ações vão além de investimentos em publicidade, e incluem o monitoramento constante da qualidade dos serviços prestados ao consumidor, sobretudo nos aspectos relativos à segurança no manuseio dos botijões.

3.1. O papel da ANP

Além das peculiaridades da geografia econômica e do papel da marca, comentados na primeira parte desta seção, o terceiro vetor que explica o padrão de competição entre as firmas distribuidoras de GLP é a disciplina imposta pela ANP, garantindo a transparência do mercado. Este papel compreende a divulgação regular de quatro conjuntos de dados. O primeiro é a já referida planilha de “*Preços ao consumidor consolidado – GLP*” que registra mensalmente – por estados da federação – a composição dos custos ao longo da cadeia de abastecimento, incluindo: [a] o preço pago pelas distribuidoras à Petrobras; [b] os impostos federais e estaduais; [c] as margens de distribuição e revenda; [d] o preço final ao consumidor. Esta planilha fornece indicadores que auxiliam o estudo das disparidades dos preços do botijão de gás nas diferentes regiões do país, bem como sua evolução.

O segundo conjunto de dados, também já mencionado aqui, é a pesquisa semanal de comportamento dos preços, que inclui todas as capitais e os principais municípios de todos os estados. Além de permitir análises em diferentes níveis de agregação (municipal, estadual, regional e nacional) do mercado de GLP, esta pesquisa cumpre uma função normativa crucial, que é a de manter as firmas que operam neste ramo sempre alertas para o fato de que qualquer tentativa de formação de cartel será imediatamente percebida pelas autoridades.⁶

O terceiro conjunto é planilha que mantém atualizados os dados sobre a localização e o tamanho das bases de distribuição de GLP. Como vimos anteriormente, esta planilha é útil não só para delimitar a dimensão espacial do processo de competição entre as firmas distribuidoras,

⁶ Conforme alertou recentemente o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), através da Nota Técnica N° 16/2018/DEE/CADE, de 09.05.18, há um pequeno detalhe nesta pesquisa que precisa ser corrigido, em virtude de seus eventuais efeitos anticompetitivos. Trata-se do fato de que, nos 459 municípios da amostra atual, é possível identificar os preços praticados individualmente pelas firmas distribuidoras e seus respectivos revendedores. Este problema só ocorre no âmbito municipal, porque aquela informação desaparece quando os resultados da pesquisa são divulgados de forma mais agregada (estados, regiões, mercado nacional). A sugestão do DEE é a de que o nome da distribuidora e o endereço do revendedor sejam suprimidos das planilhas de preços municipais.

mas, sobretudo, para destacar a importância das economias de escala inerentes às atividades de engarrafamento e à logística de distribuição. A rigor, sem esta planilha, seria inviável realizar estudos quantitativos sobre a geografia econômica deste setor.

O quarto conjunto de dados é a planilha “*Consumo Aparente de GLP*”, que indica as quantidades mensais consumidas em cada estado, desagregadas em dois grupos de embalagem (*P-13 e Granel/Outros recipientes*), informando também as respectivas parcelas de mercado das distribuidoras. Porém, em setembro de 2018, a ANP interrompeu – sem fornecer as devidas justificativas – a divulgação dos dados sobre o desempenho das distribuidoras, e retirou do seu site os números relativos ao período 2017/2018. Esta providência implicou um preocupante retrocesso no papel da Agência em relação à garantia de transparência no mercado de GLP. De fato, se essa medida não for revertida, continuará sendo possível inferir as parcelas de mercado das distribuidoras por estados, usando-se os indicadores indiretos contidos na planilha sobre as bases de distribuição e na série histórica das parcelas de mercado entre janeiro de 2007 e dezembro de 2016, ainda disponível no site. Mas, evidentemente, a qualidade destas estimativas será inferior àquela oferecida por dados primários oficiais.

Por fim, os resultados do modelo de regulação implantado no setor de GLP desde 2005 elucidam uma questão central a respeito dos instrumentos que promovem a competição em oligopólios homogêneos. Como vimos nos parágrafos anteriores, exceto quanto ao recente deslize em relação à estrutura do mercado no âmbito estadual, a atuação na ANP tem sido impecável ao tornar a distribuição de GLP uma das atividades mais transparentes da economia brasileira. Entretanto, as bases de dados divulgadas pela Agência se limitam a descrever as *condições de concorrência em vigor*, preservando, em grande medida, o sigilo comercial dos entes regulados. Os indicadores sobre preços, por exemplo, revelam apenas os valores médios e seus respectivos graus de dispersão.⁷ Se os preços praticados pelas firmas líderes deste setor também fossem de amplo conhecimento público, os incentivos à competição usados pela ANP teriam sido inúteis, em virtude de efeitos adversos estudados pela teoria econômica há longa data, e apontados brevemente na próxima seção.

4. Incentivos à colusão em oligopólios homogêneos

O célebre artigo de George Stigler (1964) “*A Theory of Oligopoly*” deu origem a um dos consensos mais sólidos já estabelecidos na história do pensamento econômico, que diz respeito aos incentivos à colusão em oligopólios homogêneos, que se tornam mais intensos quando a demanda é estável e o ritmo de progresso tecnológico é moderado (Green e Porter, 1984; Harrington, 2008 e 2012; Ivaldi e outros, 2003; Friederiszick e Maier-Rigaud (2007);

⁷ De fato, como advertiu oportunamente a Nota Técnica N° 16/2018/DEE/CADE, o sigilo dos preços não tem sido preservado em 8,2% dos municípios do território nacional, e esta falha precisa ser corrigida.

Marshall e Marx, 2012; Tirole, 1988). A literatura sobre este tema costuma distinguir dois tipos de conduta: a *colusão tácita*, quando não há troca direta de informações entre as firmas e, portanto, não é ilegal; e a *colusão explícita*, que é passível de punição pela autoridade antitruste em todas as jurisdições, porque constitui um crime definido como formação de cartel.

Em ambos os tipos de colusão, o obstáculo central que os oligopolistas enfrentam é o de obter informações confiáveis e tempestivas sobre as estratégias de preços dos rivais. No caso da colusão tácita, este desafio requer um esforço persistente que nem sempre gera resultados sustentáveis, a despeito das previsões teóricas oriundas do chamado "*Folk Theorem*". Como notaram Marshall e Marx (2012):

"[The] Folk Theorem characterizes the set of equilibria of a repeated oligopoly game and shows that for sufficiently patient firms (or for sufficiently short delay between repetitions of the game), the set of equilibria includes strategy profiles that generate the monopoly outcome. The Folk Theorem itself does not address whether firms would choose to play the strategies that generate the monopoly outcome nor how firms might coordinate on those strategies." (p. 9)

Na mesma linha, Ivaldi e outros (2003) advertem que:

"More frequent price adjustments give firms the physical possibility to quickly retaliate when one market participant undercuts the others. But such deviation must first be identified by the other participants. As a result, collusion can be difficult to sustain when individual prices are not readily observable and cannot be easily inferred from readily available market data. This, in turn, supposes that some uncertainty affects the market: otherwise any deviation would be detected by the rivals, who would perceive a reduction in their market share." (p. 22.)

No caso de carteis, devido à sua ilegalidade, a troca direta de informações entre as firmas requer a implantação de um complexo aparato secreto, cuja administração costuma ser cara, arriscada e ineficiente. Dado que apenas um número restrito de dirigentes e funcionários de cada firma têm ciência da conspiração e a maior parte dos dados sensíveis é intercambiada informalmente, torna-se difícil conferir sua veracidade e monitorar o cumprimento das metas acordadas. Em virtude destas limitações, diversas tentativas de formação de cartel fracassam, embora venham a ser punidas posteriormente, como mostram a jurisprudência brasileira e de outros países.

Portanto, se a partir do momento em que as refinarias da Petrobras forem vendidas estiver em vigor a proposta da ANP de tornar obrigatória a publicidade dos preços praticados pelos produtores e importadores de derivados de petróleo, o resultado provável será um rápido alinhamento de preços. À luz da literatura econômica acima referida, a função dessa norma será a de resolver o problema cognitivo do oligopólio que surgirá neste setor. Após a superação deste obstáculo, terá início um processo de colusão tácita que não poderá ser punido pelo CADE.

Este argumento é convergente com a Nota Técnica Nº 16/2018/DEE/CADE:

*“Do ponto de vista da oferta, (...), ao aumentar a informação sobre o preço dos produtos, é possível que, em teoria, os agentes venham a utilizar a sinalização do mercado como um ponto focal (colusão tácita), situação na qual o preço se eleva mesmo que os agentes do mercado não conversem entre si ou combinem qualquer estratégia ilícita. Além disso, a formação de um cartel (colusão expressa), em que, ilicitamente agentes combinam estratégias de preços, passa a ser mais provável, porque o custo de monitoramento da conduta entre os agentes do mercado passa a ser menor e a ameaça de punição aos desviantes passa a ser mais crível à medida em que são descobertas as traições ao cartel com maior facilidade e com menor custo. Ou seja, o aumento da publicidade em preços também gera uma **pressão de preços para cima**, considerando o maior risco de colusão”.* (p. 7) (Grifo no original)

Esta nota do DEE apresenta uma resenha exhaustiva da literatura teórica e empírica sobre os impactos concorrenciais advindos da divulgação de preços, tanto sob a ótica da conduta do fornecedor quanto dos benefícios para o consumidor. Alguns temas abordados nesta resenha – que contém referências valiosas para o debate que está sendo promovido pelo Aviso de Consulta Pública ANP nº 4/2019 – foram incluídos no texto elaborado pela Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica (SDR) da ANP (Nota Técnica SDR/ANP nº 068/2018, de 02.08.18).

Entretanto, a nota da SDR preferiu conferir maior destaque aos estudos que tratam do bem-estar do consumidor, em detrimento da literatura que discute o comportamento da oferta. A provável razão desta escolha é a seguinte:

“A falta de transparência nos preços dos produtos para os consumidores seria uma falha de mercado relacionada com “custos de procura”, que representam a dificuldade de comparação de preços entre estabelecimentos e/ou entre produtos”.

“Uma intervenção regulatória no sentido de aumentar o nível de publicidade e de comparabilidade entre preços, reduzindo os “custos de procura”, permitiria aos consumidores tomarem decisões mais conscientes e geraria, em teoria, uma força concorrencial benéfica, ou seja, uma pressão de preços para baixo, porque mais consumidores teriam acesso ao agente com menor preço”. (p. 4)

Uma enorme quantidade de estudos empíricos sobre custos de procura foi publicada nas últimas quatro décadas, sob a influência do inovador modelo teórico formulado por Varian (1980), que procurou explicar a dispersão de preços de produtos similares nas vendas de varejo em regiões metropolitanas, fenômeno que havia sido marcante na economia americana durante o século passado. Varian distingue dois tipos de dispersão de preços: a “espacial” e a “temporal”.

A dispersão espacial ocorre quando, num determinado momento, diversas lojas de uma grande cidade vendem produtos idênticos com preços distintos. Seguindo um critério já usado anteriormente por Salop e Stiglitz (1977), Varian examina a conduta de dois tipos de consumidores: os bem informados e os desinformados. Dados os recursos tecnológicos disponíveis naquela época, o primeiro tipo de consumidor, antes de tomar sua decisão, entrava em contato – pessoalmente ou por telefone – com todas as lojas da cidade, e escolhia aquela que oferecesse o menor preço. Por outro lado, o consumidor desinformado ia à loja mais próxima de sua residência, e pagava um preço randômico.

Já a dispersão temporal requer uma explicação mais elaborada:

“In a market exhibiting temporal price dispersion, we would see each store varying its price over time. At any moment, a cross section of of the market would exhibit price dispersion; but because of the intentional fluctuations in price, consumers cannot learn by experience about stores that consistently have low prices, and hence price dispersion may be expected to persist”. (Varian, 1980, p. 651)

Com base nos elementos acima referidos, Varian constrói um modelo que descreve a dispersão dos preços no varejo a partir da interação entre as estratégias de vendas adotadas pelas lojas e os tamanhos relativos dos dois grupos de consumidores. Um resultado interessante do modelo é o de mostrar a influência dos custos de procura na dispersão dos preços no varejo.

Apesar do brilho conceitual do modelo de Varian, sua relevância empírica foi cadente ao longo das três décadas seguintes à sua publicação, em virtude da revolução nas tecnologias de informação ocorrida neste período. Em 1980, para um habitante de uma grande cidade, uma pesquisa minuciosa sobre os preços de varejo de um certo produto demandava tempo e custos significativos, que incluíam o transporte entre os pontos de venda, custos de telefonia (que eram muito mais altos do que nos dias atuais), a leitura de anúncios na imprensa, a atenção à propaganda divulgada no rádio e na televisão, a consulta a amigos e vizinhos, etc. Agora, o cidadão pode realizar a mesma pesquisa em poucos minutos, usando os aplicativos disponíveis no seu celular.

Além disso, a literatura empírica inspirada no modelo de Varian serve para explicar mercados de varejo, mas não é aplicável à análise dos padrões de competição vigentes em oligopólios homogêneos, pelos motivos discutidos anteriormente. Porém, o Art. 3º da minuta de Resolução em análise revela que a ANP ignorou as advertências do CADE sobre os riscos de colusão oriundos da transparência dos preços de produtos de derivados de petróleo. A única justificativa plausível para esta atitude é a de que, aparentemente, os técnicos da ANP acreditam que a literatura sobre custos de procura oferece critérios relevantes para a regulação deste setor.

4.1. Sobre o conceito de posição dominante

Outro ponto polêmico da minuta de Resolução da ANP é sua definição de posição dominante:

“Agente dominante: agente ou grupo econômico que tenha participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”. (Art. 2º, Inciso I)

Ora, sob a ótica dos princípios antitruste, uma firma ocupa uma posição dominante quando tem poder de mercado suficiente para elevar seus preços independentemente das eventuais reações de seus concorrentes, consumidores e fornecedores (Posner e Landes, 1980; Schmalensee, 1987). Este é o critério usado nas leis antitruste contemporâneas das principais economias do mundo. Com base nele, a autoridade define, em cada caso concreto, a dimensão do mercado relevante sob a ótica do produto e de sua extensão territorial, e, a partir daí, estuda o padrão de competição vigente naquele mercado.

Assim, é incorreto, como pretende a ANP, definir a priori, de forma rígida, um agente dominante a partir de sua parcela de mercado (a menos que se trate de um monopolista) sem conhecer o tamanho de seus concorrentes; bem como estabelecer uma dimensão geográfica inalterável de seu mercado relevante, que pode mudar a qualquer momento em virtude de inúmeros fatores, como progresso técnico, crescimento econômico, abertura ou fechamento da economia, etc. No caso da distribuição de GLP no Brasil, por exemplo, nenhuma das quatro firmas líderes ocupa uma posição dominante. Se uma delas tentar aumentar arbitrariamente seus preços, irá enfrentar a reação imediata de seus rivais e de sua rede de revendedores. Além disso, o mercado relevante está circunscrito ao âmbito estadual, como vimos na seção 3.

Nos 25 anos de jurisprudência antitruste no Brasil, o CADE sempre aplicou a lei conforme as melhores práticas internacionais contemporâneas, e ignorou o patamar de 20% como indicador de presunção de posição dominante. A antiga Lei Nº 8.884/94 já continha esta imperfeição, que, infelizmente, foi mantida na atual Lei Nº 12.529/11, embora de forma anódina. De fato, uma leitura atenta do Art. 36, §2º revela que a primeira parte do parágrafo contém uma definição correta de posição dominante – que é aquela usada pelo CADE na prática – enquanto que a segunda parte faz uma referência supérflua ao patamar de 20%, que nunca foi usado como critério analítico:

“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”.

5. Conclusão

Em síntese, este parecer procurou mostrar que a minuta de Resolução que é objeto do Aviso de Consulta Pública nº 4/2019 merece ser arquivada por dois motivos principais:

- i. A proposta de tornar obrigatória a divulgação das listas de preços praticados pelos produtores e importadores de derivados de petróleo ignora a pertinente advertência feita pelo CADE sobre os riscos de condutas anticompetitivas que seriam advindas de normas deste tipo. Como vimos na seção 4, tal advertência está baseada em princípios solidamente estabelecidos na teoria econômica, e recorrentemente confirmados por evidências empíricas.
- ii. Em contraposição, os argumentos apresentados pela ANP sobre os benefícios que seriam gerados pela ampliação da transparência dos preços são inspirados em teorias que não se aplicam ao caso de oligopólios homogêneos, que será a configuração industrial mais provável que resultará da venda das refinarias da Petrobras.

Referências

- Friederiszick, H., e F. Maier-Rigaud. 2007. "The Role of Economics in Cartel Detection in Europe", in D. Schmidtchen, M. Albert e S. Voigt, **The More Economic Approach to European Competition Law**, Mohr Siebeck, Tubigen.
- Green, E., e R. Porter. 1984. "Noncooperative Collusion Under Imperfect Price Information", **Econometrica**, Vol. 52, No. 1, pp. 87–100.
- Harrington, J. 2008. "Detecting Cartels", in P. Buccirossi (ed), **Handbook of Antitrust Economics**, The MIT Press, Cambridge, Mass.
- Harrington, J. 2012. "A Theory of Tacit Collusion", Working Paper 588, Johns Hopkins University.
- Ivaldi, M., B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, e J. Tirole. 2003. "The Economics of Tacit Collusion", IDEI, Toulouse, Final Report for DG Competition, European Commission.
- Marshall, R., e L. Marx. 2012. **The Economics of Collusion**, The MIT Press, Cambridge, Mass.
- Posner, R., e W. Landes. 1980. "Market Power in Antitrust Cases", **Harvard Law Review**, Vol. 94, No. 5, pp. 937–96.
- Salop, S., e J. Stiglitz. 1977. "Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion", **Review of Economic Studies**, Vol. 44, No. 3, pp. 493–510.

- Schmalensee, R. 1987. "*Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?*", in D. Hay e J. Vickers (eds.), **The Economics of Market Dominance**, Basil Blackwell, Oxford.
- Stigler, G. 1964. "*The Theory of Oligopoly*", **Journal of Political Economy**, Vol. 74, pp. 44–61.
- Tavares de Araujo, J. 2018. "*A competição no setor de GLP: o papel da marca e da logística de distribuição*", Ecostrat Consultores, Rio de Janeiro.
- Tirole, J. 1988. **The Theory of Industrial Organization**.
- Varian, H. 1980. "*A Model of Sales*", **The American Economic Review**, September, pp. 651–9.

ANEXO II

Legal Opinion

**Análise concorrencial da Consulta
Pública ANP n. 4/2019**

Eric Hadmann Jasper

Gico, Hadmann & Dutra Advogados

Março 2019



Gico, Hadmann & Dutra
ADVOGADOS

Brasília, 12 de março de 2019.

Sr. Sergio Bandeira de Mello Filho

Presidente

Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de

Gás Liquefeito de Petróleo

Rua da Assembleia 10, Sala 3720, Centro

Rio de Janeiro – RJ

20011-901

Via e-mail

Ref.: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019

I. INTRODUÇÃO

1. O Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo (“Sindigás”) solicita avaliação, sob a ótica do direito da concorrência, da Consulta Pública n. 4/2019 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”). A Consulta Pública n. 4/2019 (“Consulta”) se refere à minuta de resolução da ANP que instituirá a obrigatoriedade de apresentação de dados de preços de comercialização de derivados de petróleo e biocombustíveis por produtores, importadores e distribuidores, entre outras medidas (“Minuta”).

2. A presente opinião está dividida em quatro seções, incluindo esta primeira. A segunda descreve as alterações propostas pela ANP na Minuta e Consulta. A terceira se subdivide em preliminares relativas à ofensa ao princípio da legalidade e ausência de análise de impacto regulatório e modificações e correções necessárias ao texto da Minuta, caso a ANP decida continuar com a Consulta. A última seção sintetiza as conclusões.

II. DESCRIÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA N. 4/2019

3. Como visto acima, a Diretoria da ANP, em 14 de fevereiro de 2019, determinou a realização de consulta pública e posterior audiência pública para (i) “[d]ivulgar a minuta de Resolução que dispõe a obrigatoriedade de apresentação de



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

dados de preços relativos à comercialização de derivados de petróleo e biocombustíveis por produtores, importadores e distribuidores e dá outras providências”, (ii) “[i]dentificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da Audiência Pública” e (iii) “[d]ar publicidade, transparência e legitimidade às ações da ANP”.

4. De acordo com a ANP, o objetivo da medida é “[...] ampliar a transparência na formação de preços, especificamente nas etapas de produção, importação e distribuição [...]”. Os principais tópicos abordados pela Minuta foram sintetizados abaixo.

(i) Criação de conceito inédito denominado “agente dominante”, segundo o qual agente dominante será “[...] agente ou grupo econômico que tenha participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);”.

(ii) Obrigação de produtores, importadores e distribuidores de derivados de petróleo e biocombustíveis considerados “agentes dominantes” de publicarem seus preços de lista (atuais e dos últimos 12 meses) na página da empresa na internet.

(iii) Obrigação de inclusão em contratos celebrados entre produtores/importadores e distribuidores considerados “agentes dominantes” de cláusula que descreva o “preço parametrizado”, sob pena de o contrato não ser homologado pela ANP.

(iv) Criação de novo parâmetro de homologação de contratos entre produtores/importadores e distribuidores, *i.e.*, “ênfase na promoção da livre concorrência”.

(v) Obrigação de todos os produtores, importadores e distribuidores, independentemente de serem “agentes dominantes” ou não, de



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

enviarem à ANP informações de valor unitário do produto e de modalidade de frete. De acordo com o artigo 12 da Minuta, “[o]s dados referentes a preços praticados pelos agentes econômicos regulados obtidos pela ANP poderão estar sujeitos a agregação estatística, quando da sua publicação, bem como incluir defasagem temporal, de modo a preservar informações abrangidas por sigilo legal ou minimizar possíveis efeitos anticoncorrenciais.” (g.n.)

(vi) Obrigação de todos os produtores, importadores e distribuidores, independentemente de serem “agentes dominantes” ou não, de enviarem à ANP “informações adicionais referentes aos preços praticados na comercialização, incluindo seus componentes ou seu processo de formação”.

5. Diante da síntese apresentada acima, necessário passar ao exame das novas obrigações que a ANP pretende instituir com a minuta de resolução, particularmente sob o ângulo do direito concorrencial.

III. ANÁLISE CONCORRENCIAL DA CONSULTA PÚBLICA N. 4/2019

III.1. Preliminar de ausência de análise de impacto regulatório

6. Preambularmente, é necessário destacar que não foi possível localizar, no âmbito dos documentos publicamente disponíveis do Processo Administrativo n. 48610.008326/2018-61 (processo que deu origem à Consulta), indicação de que a ANP realizou análise de impacto regulatório (“AIR”), conforme determina o artigo 12, inciso XXI, e o artigo 30-A, inciso IX, do Regimento Interno da ANP.

7. A Nota Técnica SDR/ANP n. 142/2018 faz brevíssima menção ao tema apenas para desconsiderá-lo ao afirmar que “[...] a necessidade de realização de Análise de Impactos Regulatórios (AIR) deve ser sopesada com a urgência da ação regulatória requerida e que diversos elementos de AIR foram considerados nesta análise e na Nota Técnica nº 068/2018/SDR.” (vide parágrafo 104 da referida nota técnica).

8. Antes de aprofundar a análise do tema, é preciso destacar os documentos denominados Diretrizes Gerais (“Diretrizes”) e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (“Guia”) editados pela Casa Civil da



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

Presidência da República, em junho de 2018. Os referidos documentos foram resultado de amplo trabalho de um grupo técnico governamental constituído em janeiro de 2017 e que continha representante da ANP, de outras agências reguladoras, dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Inmetro. De acordo com os textos, a finalidade do trabalho foi apresentar “padrões gerais mínimos para a efetiva implementação de AIR” (g.n.) pelos órgãos da Administração Pública.

9. Neste sentido, o item 1.4 das Diretrizes determina que “[a] AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado. [...]”.

10. Além de tratar a realização de AIR como um dever da agência reguladora, o item 1.4 das Diretrizes estabelece que “[a] realização da AIR poderá ser dispensada, mediante decisão justificada do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada da Agência Reguladora ou da(s) Autoridade(s) Decisória(s) do órgão ou entidade da administração pública, nos seguintes casos: I – urgência [...]” (g.n.). No presente caso, não se tem notícia de decisão da Diretoria da ANP que tenha considerado a matéria objeto da presente consulta pública como urgente e não há aprofundamento sobre as razões para tratar tal tema dessa forma.

11. Admitindo-se, por hipótese, que a ausência de decisão específica da Diretoria da ANP sobre a urgência da matéria em análise não seria razão suficiente para interromper o processo imediatamente e realizar a AIR, importante lembrar que as Diretrizes estabelecem que o primeiro passo de uma AIR é a devida identificação do problema regulatório que a agência buscar resolver.

12. Ainda de acordo com as Diretrizes, “[u]ma boa definição de problema deve responder, de forma clara e objetiva, às seguintes questões: (i) Qual o contexto no qual o problema se insere? Isto é, quais as circunstâncias a partir das quais se considera o problema? Qual o ambiente no qual ele está inserido? (ii) Qual a natureza do problema e suas consequências? (iii) Quais são as causas ou indutores do problema? (iv) Qual a extensão ou magnitude do problema, isto é, onde ele ocorre (localmente, regionalmente, nacionalmente), com que frequência, qual a extensão



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

dos grupos afetados? (v) Qual a evolução esperada do problema no futuro caso nada seja feito?" No presente caso, não se observa profunda delimitação do problema, como exigem as Diretrizes de AIR do Governo Federal. Não há descrição e análise sobre o problema técnico, econômico, regulatório ou concorrencial nos documentos disponibilizados ao público.

13. Para além da completa ausência de (i) justificativa para a suposta urgência e (ii) delimitação de um problema regulatório (*i.e.*, a falta de contextualização, análise da natureza, das consequências e da extensão do problema), o que se observa é não se encontra disponível ao público eventual nota técnica ou parecer que tenha analisado outros fatores descritos nas Diretrizes como essenciais para uma devida AIR. Não há, por exemplo, (i) a identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório identificado; (ii) a definição dos objetivos que se pretende alcançar; (iii) a descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado; ou (iv) a exposição dos possíveis impactos (e não das "vantagens") das alternativas identificadas; entre outros.

14. Pelas razões expostas acima, entende-se que seria essencial que a ANP recebesse as críticas, comentários e sugestões em consulta pública e audiência pública e, na sequência, apresentasse à sociedade análise sobre o problema regulatório e concorrencial que busca resolver, incluindo todos os fatores essenciais descritos nos parágrafos anteriores. Após a apresentação da AIR, seria necessário que a ANP, caso ainda entenda que há problema concorrencial e regulatório a ser resolvido, abra novamente prazo para apresentação de comentários e sugestões da sociedade.

III.2. Preliminar de infração ao princípio da legalidade

15. Como visto na seção II acima, a Minuta traz uma série de inovações jurídicas, em particular a criação de um conceito absolutamente novo de direito material denominado "agente dominante". De acordo com diversos documentos que fundamentam a Consulta, o conceito foi inspirado na presunção de posição dominante contida no artigo 36, parágrafo 2, da Lei n. 12.529/2011 e sofreu diversas (e equivocadas) adaptações que serão objeto de análise posterior.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

16. Antes, contudo, de tratar do transplante jurídico e das (equivocadas) adaptações, necessário demonstrar como a importação parcial de conceito jurídico previsto em lei não relacionada à ANP configura nítida infração ao princípio da legalidade.

17. Neste sentido, o primeiro limite ao poder normativo das agências reguladoras é o poder-dever imposto pela lei que criou a agência e determinou o escopo da sua atuação. Isso decorre do princípio constitucional da legalidade (artigo 5, inciso, II; artigo 37, *caput*; e artigo 49, inciso XI), abaixo reafirmado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, *in verbis*:

“A competência atribuída à agência não é privativa, porquanto, nos termos do art. 200, *caput*, da Constituição Federal, é exercida nos termos da lei. Noutras palavras, a concretização da proteção à saúde é feita pelo poder legislativo. A constituição de agência própria para realizar as atribuições controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador, ou, como prefere parcela expressiva da doutrina nacional, a legitimidade da atuação regulatória deve ser exercida *intra legem*.” (g.n.) (STF - ADI 5501 DF - Distrito Federal 0052747-76.2016.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 16/05/2016, data de publicação: dje-103 20/05/2016)

18. A competência normativa das agências reguladoras decorre das leis que as instituíram e, portanto, cabe às agências reguladoras editar normas que complementem, dissequem, especifiquem e deem cumprimento aos *standards* gerais e abstratos previstos na lei. O que as agências reguladoras não podem, por falta de fundamento constitucional, é inovar na ordem jurídica, substituindo-se ao legislador.

19. No presente caso, a Nota Técnica SDR/ANP n. 142/2018 defende que a fundamentação legal para a minuta de resolução seria o artigo 8, inciso I, da Lei n. 9.478/1997, segundo o qual é competência da ANP “implementar [...] a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis [...], com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos” (g.n.). O Anexo I do



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

Decreto 2.455/1998 (Estrutura Regimental da ANP) traz dispositivo idêntico ao transcrito acima.

20. Ocorre que não há no artigo mencionado acima ou em qualquer outro dispositivo da Lei n. 9.478/1997 atribuição de competência para a ANP criar um novo conceito jurídico de direito material denominado “agente dominante”. Apesar de inspirado no conceito de presunção de posição dominante da Lei n. 12.529/2011, basta observar abaixo as diferenças na redação para perceber a novidade do conceito jurídico proposto na Minuta:

Lei n. 12.529/2011	Minuta
Art. 36 [...] § 2. 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.	Art. 2 [...] I - agente dominante: agente ou grupo econômico que tenha participação de mercado na etapa de fornecimento primário, via produção ou importação, superior a vinte por cento (20%), contabilizada em termos de volume de produto comercializado no ano anterior, para cada derivado de petróleo, em cada macrorregião política do país, conforme definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

21. Como é possível observar, a Lei n. 12.529/2011 (i) instituiu uma presunção legal que admite prova em contrário (algo não previsto na Minuta); (ii) utilizou-se do conceito de “empresa ou grupo de empresas” (a Minuta fala genericamente de “agente”, conceito jurídico novo e indeterminado); (iii) trata o patamar de 20% como uma segunda alternativa ao critério de que posição dominante ocorre quando “empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado” (a Minuta é formalista e traz apenas o critério objetivo de 20%). Para além dessas diferenças, a Minuta escolhe não importar do direito da concorrência o conceito de mercado relevante, mas criar, mais uma vez, um novo critério de volume de produção separado por cada derivado de petróleo em macrorregiões políticas, conforme o IBGE.

22. Não restam dúvidas, portanto, que a Minuta inova no mundo jurídico sem expressa autorização legal. Mesmo a presunção de posição dominante foi, em um dado momento, conceito jurídico novo. Não por outra razão, o legislador brasileiro somente o inseriu a presunção de posição dominante no mundo jurídico



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

do direito da concorrência (*i.e.*, na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica) por meio de lei federal. Não pode, por óbvio, a ANP utilizar norma infralegal para criar seu próprio conceito de “agente dominante”, a autarquia deve analisar caso-a-caso e decidir, com a devida motivação e fundamentação, se um agente tem ou não poder de mercado.

III.3. Da necessidade de correções e alterações na minuta de resolução

III.3.1 Críticas relativas ao conceito de “agente dominante”

23. Como visto acima, a inovação jurídica denominada “agente dominante” trazida pela Minuta configura infração ao princípio da legalidade e à separação dos poderes. Além disso, a referida inovação deve ser excluída da Minuta pelas razões expostas abaixo.

24. Primeiro a Minuta não leva em consideração contexto da Lei n. 12.529/2011. Como visto, o conceito de “agente dominante” que a Minuta busca introduzir no arcabouço jurídico pátrio é inspirado no conceito de presunção de posição dominante do artigo 36, parágrafo 2, da Lei n. 12.529/2011. Ocorre que o referido dispositivo legal se encontra no capítulo II da referida lei, dedicado exclusivamente às infrações concorrenciais, ou seja, a análise *ex-post* de condutas anticompetitivas.

25. A Minuta em análise, por sua vez, tem a finalidade de instituir obrigações de apresentação de informações ao ente regulador, em outras palavras, a ANP busca realizar fiscalização *ex-ante* da estrutura de preços do mercado, algo muito distinto da análise de condutas infrativas conduzida pelo CADE com o auxílio da presunção de posição dominante. Logo, torna-se absolutamente incoerente importar para a regulação preventiva dos derivados de petróleo um conceito utilizado pelo CADE em situações de condutas infrativas, ou seja, na análise *ex-post* dos comportamentos dos agentes econômicos.

26. Apenas para reforçar a incongruência da importação de conceito externo à regulação de derivados de petróleo, é importante destacar que nem mesmo o CADE utiliza uma presunção formalista de posição dominante em suas análises *ex-ante*. Nesses casos, o CADE utiliza o procedimento previsto no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia”). De acordo com o Guia, existem,



ao menos, três passos para se concluir que uma combinação de empresas resultará em posição dominante: (i) definição de mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração do mercado (*i.e.*, a possibilidade de exercício de poder de mercado); e (iii) análise da potencialidade de entradas e rivalidade no mercado (*i.e.*, a probabilidade do exercício de poder de mercado). Não há, portanto, análise formalista quando o tema é preventivo.

27. Mais uma razão que justifica a exclusão do conceito de “agente dominante” é o fato de que a Lei n. 12.529/2011 criou uma presunção relativa de posição dominante e que, portanto, admite prova em contrário. No presente caso, a Minuta simplesmente estabelece que o agente ou grupo econômico que detiver mais de 20% da produção de qualquer derivado de petróleo específico em qualquer macrorregião do país será considerado “agente dominante”. Não há qualquer espaço na Minuta para prova em contrário. Trata-se, portanto, de inovação jurídica com alto potencial de se tornar danosa ao ambiente regulatório dos derivados do petróleo.

28. Outra importante diferença entre a Minuta e a Lei n. 12.529/2011 que justifica a completa exclusão do conceito de “agente dominante” se refere ao fato de que a Lei n. 12.529/2011 contém duas formas alternativas de se determinar se é possível estabelecer uma presunção de posição dominante e a primeira forma não é o critério formalista e objetivo de 20% de participação em mercado relevante. A lei de defesa da concorrência estabelece que a primeira forma de se analisar se um agente pode ser presumido dominante é por meio da análise se “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado”. Não há qualquer previsão similar na Minuta.

29. Ademais, a lei de defesa da concorrência utiliza o conceito da literatura econômica e jurídica de “mercado relevante” enquanto a Minuta propõe o uso dos parâmetros de “cada derivado de petróleo” (em substituição ao estabelecido conceito econômico e jurídico de “mercado relevante, em dimensão produto”) e “em cada macrorregião política do país, conforme definição do IBGE” (em substituição ao critério de “mercado relevante, dimensão geográfica”).

30. Os parâmetros propostos pela Minuta certamente gerarão distorções, ou seja, os parâmetros poderão indicar a presença de poder de mercado onde não há e ausência de poder de mercado onde ele existe. No tocante ao primeiro novo parâmetro e apenas para citar um exemplo simples, a regra criada pela Minuta



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

separará derivados de petróleo que, em diversas ocasiões, o CADE definiu de forma técnica e com fundamentos econômicos como um mercado agregado de “revenda de combustíveis no varejo” (i.e., a reunião da gasolina, etanol, diesel e GNV em um mesmo mercado).¹ Trata-se da primeira distorção que será produzida pela Minuta.

31. Sobre o segundo novo parâmetro de “macrorregião política do país, conforme definição do IBGE”, é importante informar que os mapas geopolíticos preparados pelo IBGE não levam em consideração as peculiaridades da cadeia de produção de derivados de petróleo, seus custos (e.g., logísticos, de produção e de distribuição) e os preços praticados pelos agentes de mercado. A divisão regional do Brasil, na verdade, reflete aspectos políticos, institucionais e sociais que não servem à finalidade pretendida pela Minuta. Tal fato resultará, necessariamente, na utilização da ferramenta inadequada para o trabalho regulatório.

32. O critério utilizado pelo CADE de definição de mercado relevante é, portanto, substancialmente mais técnico. Leva em consideração, entre outros conceitos conhecidos da ciência econômica, o que se convencionou denominar “teste do monopolista hipotético”. Trata-se de instrumento analítico que avalia a reação do consumidor a um hipotético aumento de preços (um *Small But Significant Non Transitory Increase in Price* ou um SSNIP, como é mais conhecido). A medida que o consumidor, diante de um aumento de preços, amplia sequencialmente o conjunto de produtos (mercado relevante do produto) e as localidades (mercado relevante geográfico) que está disposto a comprar, o CADE determina o mercado relevante objeto da análise. Por estas razões, sugere-se a completa exclusão do novo conceito de “agente dominante”.

33. Por fim, entende-se que além de infringir os princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes e de conter incoerências e incongruências que certamente resultarão em distorções e prejuízos ao segmento de derivados de petróleo, a proposta de alteração normativa não leva em consideração o fato de que a ANP já possui mecanismos previstos na Lei n. 9.478/1997 que podem resolver eventuais conflitos no setor econômico e dirimir preocupações concorrenciais.

¹ Vide página 20 do documento “Cadernos do CADE: varejo de combustíveis”, disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/cadernos-do-cade-varejo-de-gasolina.pdf>. Acesso em 8.3.2019.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

34. O mecanismo de solução de conflitos está disposto no artigo 20 da Lei n. 9.478/1997 e no artigo 19 do Regimento Interno da ANP. De acordo com esses dispositivos, a ANP tem o poder-dever de “dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores” e “resolver conflitos decorrentes da ação de regulação, contratação e fiscalização”. Logo, diante de caso concreto em que um agente com poder de mercado e outro ente da cadeia produtiva (com ou sem poder de mercado) estejam em conflito, a ANP tem os poderes e a consequente obrigação de atuar para a solução regulatória do problema. Bastando apenas à agência reguladora aprimorar, em âmbito infralegal, os seus mecanismos de arbitragem e mediação.

35. Caso o conflito contenha elementos que fogem à competência da ANP (i.e., análise de condutas anticompetitivas, inclusive com relação a preços de derivados de petróleo), a Lei n. 9.478/1997 também determina a forma de ação da ANP. De acordo com o artigo 10 da referida lei, “[q]uando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica [...] para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.” Logo, não caberia à ANP buscar inserir no arcabouço jurídico pátrio conceito novo de “agente dominante” se a própria lei que rege a sua atuação determina que em tais situações, é o CADE o ente estatal competente para atuar.

III.3.2 Críticas e sugestões relativas ao critério de “ênfase na promoção da livre concorrência”

36. O capítulo III da Minuta apresenta diversas alterações a resoluções atualmente em vigor nos mercados de asfalto, combustível de aviação, combustíveis líquidos e GLP (vide Anexo I para maiores detalhes). Uma das alterações merece destaque: a criação de um novo e indefinido parâmetro de homologação prévia de contratos entre produtores/importadores e distribuidores denominado “ênfase na promoção da livre concorrência”.

37. Primeiro, a inserção do critério de “ênfase na promoção da livre concorrência” é, nos moldes do disposto na seção III.2 acima, mais uma infração ao princípio da legalidade e da separação dos poderes da Minuta, uma vez que o artigo



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

8 da Lei n. 9.478/1997 não lista, entre as competências da ANP, o poder de examinar previamente contratos sob a ótica da defesa da concorrência.

38. De acordo com a Lei n. 9.478/1997, apenas o Conselho Nacional de Políticas Energéticas tem competência para propor ao Presidente da República a referida política energética do país que, por sua vez, poderá levar em consideração a promoção da livre concorrência (vide artigo 1, inciso IX, da Lei n. 9.478/1997). O artigo 8 da mesma lei, ao listar as competências da ANP, não trata da promoção da livre concorrência. Muito pelo contrário, o artigo 10 da Lei n. 9.478/1997 determina que, diante de “[...] fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica” a ANP deverá comunicar imediatamente ao CADE para a tomada de providências pelo órgão competente.

39. Caso a ANP entenda que não há infração constitucional, é preciso que a autarquia apresente urgente detalhamento sobre os critérios que nortearão a análise com “ênfase na promoção da livre concorrência”, sob pena de gerar grave insegurança jurídica no processo de homologação prévia de contratos. Isso porque os critérios utilizados atualmente pela ANP são exclusivamente vinculados à segurança e qualidade da produção/importação/distribuição dos derivados de petróleo em questão, bem como na garantia de abastecimento da população. A inserção de um novo e indefinido critério sem a devida justificação e detalhamento certamente trará insegurança jurídica.

III.3.3 Críticas e sugestões finais

40. Para além dos grandes temas tratados acima, observa-se a necessidade de apresentar brevemente críticas a pontos específicos que merecem alteração. Abaixo listados.

(i) O artigo 3 da Minuta prevê a obrigação de produtores, importadores e distribuidores de derivados de petróleo e biocombustíveis considerados “agentes dominantes” de publicarem seus preços de lista, atuais e dos últimos 12 meses, na página da empresa na internet. Não há definição na Minuta do termo “preços atuais”. Sugere-se que a Minuta traga especificação sobre o que a ANP entende por “preços atuais”.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

(ii) O artigo 9 da Minuta prevê a obrigação de todos os produtores, importadores e distribuidores, independentemente de serem “agentes dominantes” ou não, de enviarem à ANP informações de valor unitário do produto e de modalidade de frete. De acordo com o artigo 12 da Minuta, “[o]s dados referentes a preços praticados pelos agentes econômicos regulados obtidos pela ANP poderão estar sujeitos a agregação estatística, quando da sua publicação, bem como incluir defasagem temporal, de modo a preservar informações abrangidas por sigilo legal ou minimizar possíveis efeitos anticoncorrenciais.” (g.n.). Diferentemente do que ocorre com o CADE, que dedicou toda uma seção sobre sigilo e acesso restrito a documentos e informações no seu Regimento Interno, o Regimento Interno da ANP (Portaria n. 69/2011) não possui tal regramento. Sugere-se que a Minuta estabeleça claramente as regras de sigilo e confidencialidade, incluindo os direitos e deveres dos administrados.

IV. CONCLUSÃO

41. Diante do exposto, é possível concluir que:

(i) Diante da ausência de AIR e de decisão específica e motivada da Diretoria da ANP determinando a urgência da presente medida, entende-se que seria essencial que a ANP recebesse as críticas, comentários e sugestões em consulta pública e audiência pública e, na sequência, apresentasse à sociedade análise sobre o problema regulatório e concorrencial que busca resolver, incluindo todos os fatores essenciais descritos nos parágrafos anteriores. Após a apresentação da AIR, seria necessário que a ANP, caso ainda entenda que há problema concorrencial e regulatório a ser resolvido, abra novamente prazo para apresentação de comentários e sugestões da sociedade.

(ii) A Minuta cria conceito absolutamente novo no arcabouço jurídico relativo às atividades da ANP e, portanto, ofende diretamente os princípios constitucionais da legalidade e separação dos poderes.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

Tal fato é demonstrado, entre outros, pela inspiração da Minuta em dispositivo previsto na Lei n. 12.529/2011 (norma que, por óbvio, não se aplica à ANP) e não em norma infralegal do CADE.

(iii) Além de configurar infração ao princípio da legalidade e à separação dos poderes, o conceito de “agente dominante” deve ser completamente excluído da Minuta pelas seguintes razões:

(a) a Minuta não leva em consideração o contexto da Lei n. 12.529/2011, pois a referida lei contém conceito de “presunção de posição dominante” em capítulo dedicado exclusivamente às infrações concorrenciais, ou seja, a análise ex-post de condutas anticompetitivas. A Minuta busca inserir o conceito de “agente dominante” em situações de fiscalização ex-ante da estrutura de preços de mercado. Situações incomparáveis e absolutamente diferentes.

(b) a Lei n. 12.529/2011 criou uma presunção relativa de posição dominante e que, portanto, admite prova em contrário. No presente caso, a Minuta simplesmente estabelece que o agente ou grupo econômico que detiver mais de 20% da produção de qualquer derivado de petróleo específico em qualquer macrorregião do país será considerado “agente dominante”.

(c) a Lei n. 12.529/2011 contém duas formas alternativas de se determinar se é possível estabelecer uma presunção de posição dominante e a primeira forma não é o critério formalista e objetivo de 20% de participação em mercado relevante. A lei de defesa da concorrência estabelece que a primeira forma de se analisar se um agente pode ser presumido dominante é por meio da análise se “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado”. Não há qualquer previsão similar na Minuta.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

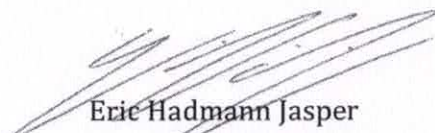
(d) a lei de defesa da concorrência utiliza o conceito da literatura econômica e jurídica de “mercado relevante” enquanto a Minuta propõe o uso dos parâmetros de “cada derivado de petróleo” (em substituição ao estabelecido conceito econômico e jurídico de “mercado relevante, em dimensão produto”) e “em cada macrorregião política do país, conforme definição do IBGE” (em substituição ao critério de “mercado relevante, dimensão geográfica”).

(iv) No tocante ao novo critério de “ênfase na promoção da livre concorrência”, entende-se que se trata, mais uma vez, de infração aos princípios constitucionais da legalidade e separação dos poderes. Mas caso a ANP decida manter a criação desse novo critério, sugere-se que a autarquia apresente urgente detalhamento sobre os critérios que nortearão a análise com “ênfase na promoção da livre concorrência”, sob pena de gerar grave insegurança jurídica no processo de homologação prévia de contratos.

(v) Por fim, sugere-se que a Minuta (a) traga especificação sobre o que se entende por “preços atuais”, de acordo com o previsto no artigo 3 da Minuta; e (b) estabeleça claramente as regras de sigilo e confidencialidade, incluindo os direitos e deveres dos administrados.

Coloco-me à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,



Eric Hadmann Jasper
OAB/DF 21.949



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

ANEXO I

Normas atuais	Minuta proposta
Resolução 2/2005 (mercado de asfalto) Art. 16. [...] § 1º Os contratos celebrados entre produtor e distribuidor serão objeto de homologação pela ANP, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, devendo ser encaminhada cópia autenticada do extrato do instrumento contratual, do qual constem a quantidade mensal contratada por unidade produtora, local de entrega e o modal de transporte utilizado, para homologação. § 2º Quando da homologação de que trata o parágrafo anterior será avaliada: i) a infraestrutura de entrega de produto pelo produtor; ii) a compatibilidade entre o local de entrega do produto e a localização geográfica de suas bases próprias ou de outro distribuidor de asfaltos, desde que atendido o estabelecido no art. 18 desta Resolução; e iii) o volume a ser adquirido com a capacidade de tancagem operacional própria ou de outro distribuidor de asfaltos, desde que atendido o estabelecido no art. 18 desta Resolução.	Resolução 2/2005 (mercado de asfalto) Art. 16. [...] § 1º O contrato celebrado entre produtor e distribuidor será objeto de homologação pela ANP, devendo ser encaminhada cópia do instrumento contratual, do qual conste a quantidade mensal contratada por unidade produtora, local de entrega e o modal de transporte utilizado, no mínimo 60 (sessenta) dias antes do início de sua vigência. § 1º-A O processo de homologação do contrato terá como ênfase a promoção da livre concorrência e a garantia do suprimento e será analisado pela ANP em até 30 (trinta) dias após o recebimento da cópia do contrato.
Resolução 17/2006 (mercado de combustíveis de aviação) Art. 16. [...] § 1º O contrato de compra e venda de combustíveis de aviação celebrado entre produtor e distribuidor será objeto de prévia homologação pela ANP, devendo ser encaminhada cópia autenticada de seu extrato até 30 (trinta) dias antes do início da entrega desses produtos, do qual constem a quantidade mensal contratada, por unidade produtora, local de entrega e o modal de transporte utilizado. § 2º O produtor não poderá dar início ao fornecimento de combustíveis de aviação antes da homologação de que trata o § 1º deste artigo. § 3º Em caso de conflito entre produtor e distribuidor, relacionado com aspectos regulatórios e operacionais do fornecimento de	Resolução 17/2006 (mercado de combustíveis de aviação) “Art. 16. [...] § 1º O contrato de compra e venda de combustíveis de aviação celebrado entre produtor e distribuidor será objeto de prévia homologação pela ANP, devendo ser encaminhada pelo produtor, no mínimo 60 (sessenta) dias antes do início de sua vigência, cópia do instrumento contratual contendo a quantidade mensal contratada por unidade produtora, o local de entrega, o modal de transporte utilizado. § 1º-A O processo de homologação do contrato terá como ênfase a promoção da livre concorrência e a garantia do suprimento e será analisado pela ANP em até 30 (trinta) dias após o recebimento da cópia do contrato.



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

combustíveis de aviação, caberá à ANP mediá-lo e, se necessário, adotar providências com vistas à sua solução.	
Resolução 58/2014 (mercado de combustíveis líquidos) Art. 24. Os contratos de fornecimento de gasolina A, de óleo diesel A, de óleo diesel marítimo e de OCTE celebrados entre o produtor de derivados de petróleo e o distribuidor, e suas alterações, deverão ser encaminhados pelo produtor à ANP, com vistas à homologação, no mínimo 30 (trinta) dias antes do início de vigência do mesmo. § 1º O contrato de fornecimento deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: (a) volume anual contratado, por tipo de produto; (b) local(is) de entrega do produto pelo produtor ao distribuidor; (c) condições de carregamento, incluindo, o modo de transporte utilizado; (d) condições de serviço de entrega de combustíveis líquidos pelo produtor ao distribuidor, por produto e por local de entrega, incluindo o tempo de ressuprimento; e (e) prazo de vigência. § 2º O produtor não poderá dar início ao fornecimento de gasolina A, de óleo diesel A, de óleo diesel marítimo e de OCTE antes da homologação de que trata o caput deste artigo.	Resolução 58/2014 (mercado de combustíveis líquidos) Art. 24. O contrato de fornecimento de gasolina A, de óleo diesel A, de óleo diesel marítimo e de OCTE celebrado entre o produtor de derivados de petróleo e o distribuidor, e suas alterações, deverão ser encaminhados pelo produtor à ANP, com vistas à homologação, no mínimo 60 (sessenta) dias antes do início de sua vigência. [...] §2º-A O processo de homologação do contrato terá como ênfase a promoção da livre concorrência e a garantia do suprimento e será analisado pela ANP em até 30 (trinta) dias após o recebimento da cópia do contrato.
Resolução 49/2016 (mercado de GLP) Art. 19. A aquisição de GLP pelo distribuidor, junto ao produtor de GLP, deverá ser realizada sob o regime de contrato de fornecimento. § 1º O contrato de fornecimento de GLP celebrado entre produtor e distribuidor de GLP será objeto de prévia homologação pela ANP, devendo ser encaminhado até 30 (trinta) dias antes do início de vigência do contrato, contendo prazo de vigência e informações sobre a quantidade contratada, o(s) local(is) de entrega, o(s) modo(s) de transporte utilizado(s), e as condições de serviço de entrega de GLP pelo produtor ao distribuidor, por local de entrega, incluindo o intervalo de ressuprimento. § 2º Quando da homologação do contrato de	Resolução 49/2016 (mercado de GLP) Art. 19 [...] § 1º O contrato de fornecimento de GLP celebrado entre produtor e distribuidor de GLP será objeto de prévia homologação pela ANP, devendo ser encaminhado até 60 (sessenta) dias antes do início da sua vigência e deverá conter, no mínimo: I - o prazo de vigência; II - a quantidade contratada; III - o(s) local(is) de entrega; IV - o(s) modo(s) de transporte utilizado(s); V - as condições do serviço de entrega de GLP pelo produtor ao distribuidor, por local de entrega, incluindo o intervalo de ressuprimento; e VI - no caso de agente dominante, o preço parametrizado pactuado entre os contratantes, por produto e por ponto



Gico, Hadmann & Dutra

ADVOGADOS

que trata o parágrafo anterior, pela ANP, serão avaliados os seguintes aspectos: a) compatibilidade entre o local e modo de entrega de GLP pelo produtor e a localização geográfica da(s) base(s) própria(s) ou de terceiros de distribuidor de GLP autorizado pela ANP, observado o disposto no art. 21 desta Resolução; e b) oferta e a demanda nacional de GLP

[...]

§ 4º O produtor de GLP não poderá dar início ao fornecimento de GLP antes da prévia homologação de que trata o § 1º deste artigo.

de entrega, formado por parâmetros fixos ou variáveis exógenas, que seja claro, objetivo e passível de cálculo prévio pelos contratantes e pela ANP.

[...]

§ 4º O produtor de GLP não poderá dar início ao fornecimento de GLP antes da prévia homologação de que trata o § 1º deste artigo, exceto no caso previsto no § 4º-B.

§ 4º-A O processo de homologação do contrato terá como ênfase a promoção da livre concorrência e a garantia do suprimento e será analisado pela ANP em até 30 (trinta) dias após o recebimento da cópia do contrato.