FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES

CONSULTA PÚBLICA N° 04/2019\_\_ - DE 18/02/2019 a **14/03/2019**

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

|  |  |
| --- | --- |
|  ( ) agente econômico  ( ) consumidor ou usuário |  (x) 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 I[[1]](#footnote-1) e Anexo II[[2]](#footnote-2) tratando dos aspectos jurídicos/concorrenciais.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.1. 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.
2. 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.
3. 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 *Legal Opinion* (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]](#footnote-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.
4. 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)*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 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); | **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.O Sindigás contratou dois trabalhos sobre a presente Consulta Pública e cumpre frisar que o *Legal Opinion* 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 *Paper* 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 explicita 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]](#footnote-4)*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 econômica[[5]](#footnote-5).*Ainda, nesse contexto, relevante consignar exposição do mesmo economista[[6]](#footnote-6), 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 casa 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 no âmbito estadual...”*E continua:1. *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.*
2. *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[[7]](#footnote-7).*

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]](#footnote-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 da 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 acepção divergente daquela utilizada pelo Cade. Assim a manutenção do critério 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, respeitosamente, 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 dozes 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”[[9]](#footnote-9).* 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, 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. | Adequação | Sobre o disposto no artigo 9º da Minuta *que 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[[10]](#footnote-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.

1. José Tavares de Araujo Jr. Transparência na Formação de Preços e Incentivos à Colusão. Março de 2019 [↑](#footnote-ref-1)
2. Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Março 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Pág. 11-12. [↑](#footnote-ref-3)
4. José Tavares de Araujo Jr. Integração Vertical e Competição no Setor de GLP: Anatomia de um falso debate. Julho 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. Idem. [↑](#footnote-ref-5)
6. José Tavares de Araujo Jr. Transparência na Formação de Preços e Incentivos à Colusão. Março de 2019. Pág. 6-7. [↑](#footnote-ref-6)
7. Idem. Pág. 15. [↑](#footnote-ref-7)
8. Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019. Pág. 13-15. [↑](#footnote-ref-8)
9. Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019 – Pág. 12. [↑](#footnote-ref-9)
10. Hadmann Jasper, Eric. Legal Opinion: Análise concorrencial da Consulta Pública ANP n. 4/2019 – Pág. 12. [↑](#footnote-ref-10)