



FORMULÁRIO DE COMENTÁRIOS E SUGESTÕES
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS Nº 5/2015

Sugestões Referentes à Nota técnica SAB nº 151/2015

() agente econômico
() consumidor ou usuário

() representante de órgãos de defesa do consumidor
(x) representante órgão de classe ou associação
() representante de instituição governamental

Minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de GLP e a sua regulamentação.

AGENTE	TÍTULO/TÓPICO DA NOTA TÉCNICA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
SINDIGÁS	1.INTRODUÇÃO	A presente Nota Técnica tem por objetivo propor a ampliação do escopo do estudo realizado pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência (CDC), realizado por meio das Notas Técnicas nº 068/CDC/2014 e 084/CDC/2014, referente à comercialização direta pelos distribuidores de GLP aos consumidores finais que adquirem recipientes transportáveis para uso doméstico, comercial e industrial, devendo assim o tema ser reencaminhado àquela Coordenadoria, para que, se assim entender conveniente, emita nova nota	1.I - INTRODUÇÃO NECESSÁRIA - DA MANUTENÇÃO DA HIGIEZ DO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL Em primeiro lugar, convém ressaltar que o Sindigás e suas empresas associadas acreditam no modelo de Estado regulador brasileiro e na força e importância das normas expedidas pela ANP, como mecanismo de garantia da segurança jurídica, que é essencial para a manutenção e incremento dos investimentos no setor petrolífero brasileiro. Aliás, o Sindigás e empresas associadas vão além disso. Por

		técnica acerca da questão concorrencial aventada nesta Nota Técnica, abrindo-se novo prazo de consulta pública e agendando-se nova data para audiência pública.	mais de uma vez o setor de distribuição de GLP se lançou, junto com essa agência reguladora, em cruzadas perante as mais diversas instâncias de poder (Judiciário, Legislativo, etc.), na defesa desse arcabouço regulatório. Esta introdução faz-se necessária para deixar claro que todas as sugestões, críticas e quaisquer manifestações vertidas pelo Sindigás acerca desse arcabouço regulatório (vigente ou em modificação nas audiências públicas) objetivam tão somente e promover aprimoramentos para manter e/ou aumentar a sua higidez. Para empresas tradicionais como as associadas ao Sindigás, um marco regulatório sólido, respeitado e ratificado pelos poderes republicanos, é o melhor que se pode desejar, pois este se torna uma blindagem capaz de afastar aventureiros de ocasião, que apenas prejudicam as empresas sérias, o Poder Público e os consumidores dos produtos dessa indústria. 1.II - DA NECESSÁRIA CORREÇÃO DE CURSO DO PROCESSO REGULATÓRIO Sempre chamamos a atenção da ANP para que se busque mais e mais fundamentos técnicos para embasar suas decisões de natureza regulatória. Com efeito, a decisão regulatória de caráter normativo, ou seja, o ato regulatório em essência, existe validamente apenas e tão somente na presença de bases técnicas. Em igual medida, as normas regulatórias necessitam ser construídas mediante procedimento que viabilize a participação democrática. Estes são os dois principais pilares nos quais a norma regulatória encontra sua solidez.
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>"Historicamente, o problema da legitimidade da Administração Pública sempre foi reconduzido aos mecanismos de legitimação dos Poderes Legislativo e Executivo. Em relação ao Legislativo, invoca-se a lei (produto da vontade geral ou, ao menos, da vontade de agentes eleitos) como fonte da autoridade da Administração. Em relação ao Executivo, remetia-se a condução dos negócios administrativos diretamente ao Presidente ou Primeiro-Ministro, escolhidos, de forma imediata ou não, pelo voto popular.</i> <i>É fácil entender por que ambos os argumentos são insatisfatórios. De um lado, a lei é, em geral, um quadro ou uma simples moldura de atuação administrativa. Somente por ignorância ou cinismo alguém poderá negar o (maior ou menor) conteúdo volitivo das decisões administrativas, ainda que tomadas dentro dos limites legais. De outra parte, não há como considerar toda a atividade administrativa um produto da vontade do Chefe do Executivo. O cotidiano da Administração demonstra que é enorme o grau de pulverização das decisões, sendo a maioria delas tomadas por burocratas profissionais.</i> <i>Tal situação — de déficit de legitimidade — se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político. Ademais, a não inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o segundo argumento, já que a legitimidade</i>
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos.</i> <i>O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos — e, notadamente, nos processos regulatórios — tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes desafia a teoria democrática à revisão de parte de seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de autogoverno coletivo.</i> <i>No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, embora incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais provocam quase sempre grande repercussão na esfera de interesses dos usuários dos serviços públicos e cidadãos inseridos na realidade econômica regulada. Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.</i> <i>As audiências públicas viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados interessados em expor suas idéias e sugestões, de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória. Consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>considerados, associações e demais interessados. Nessas ocasiões são esclarecidos e debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios em curso e projeto de lei propostos pela agência. O resultado do debate não tem caráter vinculante para a agência, objetivando-se tão somente dar aos participantes a oportunidade de oferecer sugestões e esclarecimentos. <u>Contudo, não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento.</u> Além disso, a realização da audiência constitui formalidade essencial aos atos administrativos a ela vinculados, disso dependendo a sua validade.</i> <i><u>Através das contribuições prestadas em audiências públicas, torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada. Tal forma de participação popular está expressamente prevista na legislação da ANEEL e da ANP, que menciona também sessão pública para reunião de diretoria.</u></i> <i>A consulta pública, a seu turno, consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas. Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência. <u>Toda as respostas às questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos interessados e do público em geral. Ademais, não pode haver, na matéria exposta ao questionamento, mudança que possa</u></i>
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.”¹</i> (grifou-se) A esse respeito colhe-se manifestação em opinião legal contratada pelo Sindigás ao escritório Vinhas e Redenschi Advogados (Anexo 8) adiante: <i>"Inicialmente, faz-se necessário mencionar que a minuta de resolução referente a atividade de distribuição de GLP – arrolada entre os documentos da Audiência Pública n. 06/2015 – não proíbe que as distribuidoras realizem vendas diretas de GLP envasado para consumidores.</i> <i>O art. 22 da referida minuta de resolução é claro:</i> <i>“Art. 22. O distribuidor somente poderá comercializar GLP:</i> <i>I – na modalidade envasado, considerando recipientes transportáveis de capacidade de até 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:</i> <i>(a) revendedor varejista de GLP vinculado autorizado pela ANP;</i> <i>(b) revendedor varejista de GLP independente autorizado pela ANP; e/ou</i> <i>(c) consumidor final.</i> <i>II – na modalidade a granel, considerando recipientes transportáveis de capacidade superior a 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:</i>
--	--	---

¹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. — 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 295/296.

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>(a) outro distribuidor de GLP, autorizado pela ANP; e/ou</i> <i>(b) consumidor final que possua Central de GLP, observada a legislação pertinente.” (...) (grifo nosso)</i> <i>No entanto, a Nota Técnica n. 151/SAB, arrolada dentre os documentos apresentados pela Agência no chamamento para as Audiências Públicas n. 05 e 06 de 2015 - em momento posterior à aprovação da referida minuta de resolução pela Diretoria da ANP - propõe a proibição do comércio de GLP envasado pelas distribuidoras para consumidores.</i> <i>Na medida em que o objetivo da ANP ao promover a consulta pública é obter subsídios e informações adicionais sobre a minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de GLP e a sua regulamentação, poderíamos concluir que a Agência não pretende vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores finais.</i> <i>E, no mesmo sentido, considerando que a minuta da resolução é aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP, enquanto a Nota Técnica é aprovada pelo Superintendente da SAB, poderíamos supor que os comentários que a Agência pretende receber nesta Consulta Pública deve se ater ao texto da minuta de resolução.</i> <i>Interessante notar que a Nota Técnica n. 12/SAB, de 16 de janeiro do corrente ano, em razão das pertinentes considerações apresentadas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP (as quais serão comentadas no tópico seguinte deste texto), previa em seu Item 3.1.7 a manutenção da possibilidade das distribuidoras realizarem vendas de GLP</i>
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>envasado a consumidores.</i> <i>No entanto, como mencionado, em 18 de maio do corrente ano, através da Nota Técnica n. 151/SAB, antes mesmo de receber formalmente as sugestões dos agentes regulados, nos parece que a SAB mudou o seu entendimento sobre a proposta de regulamentação do setor de distribuição de GLP e passou a propor a proibição da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores.</i> <i>Assim, passou a existir um flagrante descompasso entre a minuta da resolução aprovada pela Diretoria da ANP (submetida a consulta pública) e a Nota Técnica n. 151/SAB. O que de fato está sob consulta? A ANP pretende ou não vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores?</i> <u><i>Ora, na medida em que as notas técnicas existem para justificar as alterações que se pretende realizar nas normas - assim como as exposições de motivos subsidiam os projetos de lei - nos parece haver um evidente equívoco neste processo de consulta pública.</i></u> <i>Trata-se de situação sui generis que deveria ser desde logo esclarecida pela ANP, especialmente para evitar que agentes menos atentos sejam induzidos a erro e se detenham apenas aos termos da minuta de resolução, deixando de perceber a (eventual) intenção da Agência de realizar esta significativa alteração no mercado de distribuição e revenda de GLP."</i> <i>Assim, se uma norma regulatória encerra determinações de caráter técnico (da economia, da matemática, das engenharias,</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		da telemática, da medicina, etc.), e, é claro, se tem como motivo e motivação, premissas, conceitos, conclusões, etc., de caráter técnico, é preciso que exista coerência técnica entre a decisão em si e os motivos que a determinaram. Não havendo tal coerência, é claro que o ato normativo carecerá de legitimidade, passando à categoria de ato arbitrário. Trata-se de um desdobramento da conhecida Teoria dos Motivos Determinantes, aplicada aos atos regulatórios. Há diversas formas (procedimentos) para, diante de uma situação fática que demande intervenção regulatória (assimetria de mercado, por exemplo), se extrair a melhor decisão regulatória, sempre com base na técnica. No Brasil ainda não há a obrigatoriedade de que os atos regulatórios de caráter normativo que impactem a esfera jurídica e patrimonial dos particulares sejam editados mediante prévia Análise de Impactos Regulatórios (AIR). Entretanto, este instrumento constitui-se em uma importantíssima ferramenta de melhoria da política regulatória. A AIR não é a panacéia da regulação, mas dá à decisão regulatória uma robustez muito maior sob o ponto de vista técnico e também acerca da análise de custo/benefício da mesma. Destarte, se a ANP pretender realizar uma mudança dessa natureza — proibição da venda direta de recipientes pelas distribuidoras de GLP — entendemos que é absolutamente imprescindível que seja feita uma AIR. A ANP já realizou AIR's em outros casos: PORTARIA ANP N° 255, DE 22.11.2013 - criou Grupo de Trabalho com o propósito de realizar Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre o tema "Requalificação de Recipientes Transportáveis de
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			Aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP); PORTARIA ANP Nº 346, DE 30.11.2012 - DOU 3.12.2012 - criou Grupo de Trabalho com o objetivo de fazer uma Avaliação de Impacto Regulatório quanto à regulamentação da aditivação da gasolina. Com isto se dá inclusive cumprimento ao contido na PORTARIA ANP Nº 62, DE 20.3.2013, Anexo 8, item 4.3 (4.3 - Desenvolver e difundir a utilização da análise de impacto regulatório na ANP.)
SINDIGÁS	3. DA ANÁLISE DAS NOTAS TÉCNICAS no 068/CDC/2014 e 084/14		<u>3.I - PAUTA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA</u> A intervenção regulatória não tem, em absoluto, nada a ver com o dirigismo estatal, a intervenção desmedida e autoritária. Regular é conformar, porquanto, no exercício da regulação há que se exercê-la com temperos, pois, na generalidade das atividades econômicas (reguladas ou não) prevalecerá a previsão principiológica contida na Constituição Federal, consoante a jurisprudência já consignou: STF <i>“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º.</i> <i>I. - <u>A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-</u></i>

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<u><i>se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.</i></u> <i>II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.</i> <i>III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º.</i> <i>IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica.</i> <i>V. - RE conhecido e provido.</i> (RE 422941 / DF, Rel: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 24-03-2006, P-55) STJ <i>PROCESSUAL CIVIL. ESTABELECIMENTO COMERCIAL MUNICIPAL. FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS. POSSIBILIDADE. LIVRE INICIATIVA.</i> <i>1. A ordem econômica é calcada na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, por isso que é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, § único da Constituição Federal).</i> <i>2. É vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>assegurada em relação a qualquer atividade.</i> 3. O Princípio da Legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da "livre iniciativa". <i>4. Sob esse enfoque e à luz da questão sub judice é assente tanto em sede jurisprudencial quanto doutrinária que:</i> a) ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SUPERMERCADO. FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS E FERIADOS. LEGALIDADE. LEI 10.101/2000 (ART. 6º). COMPETÊNCIA DA UNIÃO. PRECEDENTES. <i>1. O art. 6º da Lei 10.101/2000, em que se converteu a MP 1982-69, autoriza, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem distinguir o ramo de atividade, observado o art. 30, inc. I, da CF.</i> <i>2. A competência da União Federal resultante das exigências sociais e econômicas hodiernas, a fim de atender aos interesses coletivos de âmbito nacional, prevalece sobre o interesse peculiar do Município, cuja competência para legislar sobre a matéria é supletiva.</i> <i>3. Entendimento consolidado do STJ com o qual o acórdão recorrido está em discordância. - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 276928/SP Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS DJ 04.08.2003)</i> b) "Por outro lado, é necessário ressaltar que o artigo 7º, XV, da Constituição Federal, estabelece o repouso semanal remunerado preferentemente aos domingos, não fazendo alusão a disposições contidas em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Neste diapasão, tanto a Lei nº 605/49 quanto o decreto que a regulamentou (Decreto nº 27.048/49), são bastantes claros no sentido de
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			que a autorização para o trabalho nos dias de descanso compulsórios, deve ser concedida por meio de decreto do poder executivo, não fazendo menção a acordos ou convenção coletivas de trabalho. Diante do exposto, entendemos que a autorização para o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, que poderia ser concedida através de simples decreto do Poder Executivo federal, após a edição das normas supra-referidas (Decreto Federal nº 99.467/90 e Medida Provisória nº 1.539-35, de 4 de setembro de 1997), não está subordinada ao disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Primeiro, porque, quando a Constituição Federal pretendeu privilegiar a autonomia privada coletiva, o fez de forma expressa (art. 7º, VI, XIII e XIV), não dispondo da mesma maneira ao tratar do repouso semanal remunerado (art. 7º, XV). Segundo, porque a Lei nº 605/49 e o Decreto 7.048/49 estabeleceu que a autorização para o trabalho nos dias de descanso compulsório é concedida através de decreto do Poder Executivo Federal. Terceiro, porque as normas que tratam da duração do trabalho e, dentre elas, a que cuida do repouso semanal remunerado, são de ordem pública absoluta, compondo o núcleo inegociável do contrato de trabalho, não podendo, destarte, ser objeto de negociação coletiva.(...)" (Artigo intitulado "Repouso Semanal Remunerado e o Trabalho aos Domingos", de autoria do Procurador do Trabalho Marcello Ribeiro Silva) 5. No mesmo sentido é a orientação expressa nos julgados desta Corte: REsp 689390 / RS, Ministro LUIZ FUX, DJ 13.02.2006; AgRg no Ag 309846 / SP, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 28.06.2004; RESP 216665/AL; RECURSO ESPECIAL Relator Ministro
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>Milton Luiz Pereira DJ 11.03.2002; REsp 276928/SP Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS DJ 04.08.2003.)</i> <i>6. Recurso especial conhecido e desprovido.”</i> (REsp 740508 / SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31.08.2006 p. 222) TRF1 <i>“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - REGIME ESPECIAL DE TRANSPORTE DE CARVÃO VEGETAL - EXISTÊNCIA DE DÉBITO - AUTORIZAÇÃO DEVIDA - ATIVIDADE FISCAL QUE IMPEDE OU EMBARAÇA A ATIVIDADE PROFISSIONAL LÍCITA DO PARTICULAR - ILEGITIMIDADE.</i> <i>1 - Preenchidos os requisitos impostos pela Administração para a concessão do regime especial de transporte de carvão vegetal, é ilegal a exigência de quitação de débito junto ao IBAMA para a concessão de autorização com base em Portaria (nº 1659/91), que não consubstancia lei em sentido formal nem material.</i> <i>2 - <u>É ilegítima a atuação da Administração Pública quando, atentando ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa, impede ou embaraça, por meio de sanções, a atividade profissional lícita do particular, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. (Súmulas nº 30, 70, 323 e 547).</u></i> <i>3 - Recurso de Apelação e Remessa Oficial improvidas.</i> <i>4 - Sentença confirmada.”</i> (TRF1, MAS 9301069474, SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 3/5/1999 PAGINA: 132, Rel. JUIZ AMÍLCAR MACHADO)
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>“Este panorama nos conduz à conclusão de que a presença do Estado na economia brasileira só poderá dar-se quando e nos limites rigidamente estabelecidos pela Carta Federal. O significado do princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 (bem assim em relação aos desdobramentos que o mesmo propicia), não deve destoar de outras situações previstas na norma fundamental. Uma interpretação que nos levasse a conclusões diferenciadas da que ora se propõe seria incompatível com o princípio da harmonia, tendo em vista ainda os demais preceitos que informam a ordem econômica e financeira, e seu amplo espectro de ramificações.”²</i> Por esta forma, toda e qualquer intervenção estatal (regulatória ou não), deve ser avaliada sempre (<i>ex ante</i> e <i>ex post</i>) sob o prisma de tais princípios constitucionais. 3.II - ANÁLISE DE MÉRITO DA NOTA TÉCNICA N.º 151/SAB 3.II.I - IMPROPRIEDADE METODOLÓGICA CONTIDA NA ANÁLISE CONCORRENCIAL FEITA PELA NOTA TÉCNICA N.º 151/SAB Feita esta digressão, passa-se à análise da Nota Técnica n.º 151/SAB. A nota técnica termina por propor o impedimento de que as distribuidoras atuem no mercado de revenda de produtos envasados. <u>Causa espécie que esta proposta vá em sentido oposto à diretriz regulatória contida na própria minuta de resolução posta em consulta pública.</u>
--	--	--	---

² TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 177.

		Entendemos, porquanto, que, se a questão ora proposta não se encontra suficientemente amadurecida entre as áreas internas da ANP, o mais correto seria que o assunto chegasse a uma pacificação interna, para então ser submetido à consulta pública. A modificação proposta pela Nota Técnica n.º 151/SAB é substancial. Da forma como foi conduzido o processo, com uma aparente alteração ou possibilidade de alteração da diretriz regulatória no seu curso, dá-se uma inconveniente insegurança jurídica, na medida em que os agentes regulados não têm como conhecer com clareza a possível regulação que se está a criar. Entendemos que, por isto, deve ser submetida à CDC a Nota Técnica n.º 151/SAB. Pelas razões que serão aqui expostas mais adiante, entendemos que não se modificará a opinião já exarada pela CDC nas notas técnicas n.ºs 68 e 84, que resume-se em um parágrafo, aqui transcrito: "<i>A partir das informações disponíveis e das análises efetuadas por esta Coordenadoria, portanto, não é possível afirmar que o atual arcabouço regulatório do mercado de GLP, em particular no que se refere à possibilidade de atuação de empresas distribuidoras diretamente no segmento de revenda de GLP, reflita condições estruturais de mercado prejudiciais à concorrência. Em tese, a atual estrutura do mercado e os arranjos entre os segmentos de distribuição e de revenda de GLP resultam do exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos e, principalmente, parecem estar orientados pela busca de ganhos de eficiência e aproveitamento de ativos já existentes. Não há elementos que indiquem a possibilidade de que a atuação direta do distribuidor na atividade de revenda</i>
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>varejista de botijões de GLP (nos termos estabelecidos na regulamentação em vigente da ANP) traga prejuízos ao processo competitivo."</i> Mesmo assim, pensamos que o correto seja a nova consulta à CDC. Por esta razão é que sugerimos acima e voltamos aqui a fazê-lo: deve-se promover uma análise de impactos regulatórios (AIR) acerca deste tema. Não obstante, quanto ao mérito da proposição contida na Nota Técnica n.º 151/SAB, observa-se que, para fundamentar a restrição à chamada "verticalização", o documento empreende uma análise sobre as notas técnicas n.ºs 68 e 84, emitidas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP (CDC/ANP). A Nota Técnica n.º 151/SAB identifica um potencial equívoco na consideração pela CDC do <i>proxy</i> da parcela de mercado dos distribuidores de GLP no varejo, na elaboração das notas técnicas n.ºs 68 e 84. Identificando esse erro, a Nota Técnica n.º 151/SAB conclui, em síntese, que as distribuidoras teriam uma participação de 27,44% no mercado de venda direta aos consumidores. Considera a Nota Técnica em menção que isto ocasionaria danos à concorrência. <u>Ocorre que esta conclusão é equivocada, tanto sob a ótica conceitual quanto metodológica.</u> Isto porque, ao promover uma reanálise do cenário então avaliado pela CDC nas referidas notas técnicas, a Nota Técnica n.º 151/SAB considerou que a parcela de vendas no varejo em recipientes acima de 13 kg (P20, P45), impactaria de forma
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		absoluta o cenário de vendas de recipientes transportáveis de GLP. Esta interpretação está equivocada. A Nota Técnica n.º 151/SAB deixa de considerar a representatividade das vendas de recipientes acima de 13 kg (P20, P45) no mercado de venda de GLP em recipientes. Esta representatividade é muito pequena, na verdade, não tendo como produzir o resultado pretendido pela Nota Técnica n.º 151/SAB. As vendas de recipientes maiores do que P13 correspondem a menos de 6% das vendas de GLP em recipientes no Brasil. Ou seja, <u>os 27,44% dos recipientes P20 e P45 correspondem, na verdade, a algo em torno de 1,64% da vendas totais de recipientes transportáveis de GLP a consumidores.</u> A própria Nota Técnica n.º 151/SAB assume que as vendas diretas em recipientes de até 13 kg pelas distribuidoras responde por 2,44% do total nacional. Assim, as vendas de P20 e P45 têm um impacto ínfimo na consideração a ser feita. As distribuidoras passariam a responder por cerca de 4% do total de vendas de recipientes diretamente a consumidores no país. Isto, por si só, infirma as fundamentações contidas na Nota Técnica n.º 151/SAB. 3.II.II - IMPROPRIEDADES CONCEITUAIS CONTIDAS NA NOTA TÉCNICA N.º 151/SAB Muito se tem escrito na literatura econômica sobre a definição de uma firma e sobre a delimitação de sua extensão e escopo.
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			Como salienta Tirole (1988, Cap.1), as noções de “firma”, “integração vertical” e “autoridade” não são de maneira nenhuma simples, e consequentemente têm recebido vários significados na literatura. Ainda segundo o autor, é comum distinguir, nem sempre sem ambiguidade, os aspectos horizontais e verticais do tamanho de uma firma. A dimensão horizontal refere-se à escala da produção em uma firma uniproduto ou ao seu escopo numa firma multiproduto. A dimensão vertical reflete a extensão na qual bens e serviços podem ser adquiridos de fora ou produzidos internamente. Existem fatores legais e econômicos a definir a extensão de uma firma. No primeiro grupo, incluem-se os condicionantes para a emissão de ações e endividamento, o direito societário e até as restrições impostas pela legislação de defesa da concorrência – por exemplo, firmas podem integrar-se para evadirem a controles impostos pelas autoridades sobre o exercício de poder de mercado. Entre os fatores econômicos, podemos distinguir os relacionados à eficiência da firma, e os relacionados ao exercício do poder de mercado. Três abordagens relacionadas à eficiência podem ser listadas: (a) a visão tecnológica; (b) a visão contratual; (c) a visão da contratação incompleta. A primeira diz respeito à exploração de economias de escala e de escopo. A segunda insere-se no arcabouço Williamsoniano dos riscos de relacionamento idiossincrático de longo prazo. Tirole cita um excelente exemplo a ilustrar esta abordagem: seja uma relação comprador-vendedor na qual as partes devem comprometer investimentos específicos ao negócio antes de
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			iniciarem a relação comercial. <i>Ex ante</i> (isto é, antes de acordarem a relação comercial), podem existir muitos compradores e vendedores, mas <i>ex post</i> (uma vez que investimentos foram realizados), as partes encontram-se numa situação de monopólio bilateral. Pode haver substanciais custos de mudança de parceiro (switching costs), associados à especificidade de capital físico e/ou humano, localização etc. A ausência de competição <i>ex post</i> levanta a possibilidade de oportunismo ou açambarcamento (<i>hold up</i>), em que os ganhos associados com o investimento de uma parte são confiscados pela outra parte. Um contrato de longo prazo deve <i>ex post</i> garantir às partes um retorno justo e um volume eficiente de comércio, de modo a maximizar lucros conjuntos e encorajar investimentos específicos. Em sua ausência, o monopólio bilateral que se sucede ao estágio do jogo em que os investimentos são decididos acaba gerando um equilíbrio em que o volume de comércio é ineficiente. Se uma das partes tem uma informação privada (sobre custos, caso seja o fornecedor, ou sobre demanda, no caso do comprador), é eficiente atribuir a ela o poder de barganha (em particular, de escolher o preço). A terceira abordagem, um pouco mais próxima da definição legal, enfatiza firmas e contratos como diferentes modos de governança. Parte-se da ideia de que contratos são necessariamente incompletos, por causa da impossibilidade de se preverem todos os estados da natureza ou de se especificá-los na sua redação, de modo que a minimização de custo requer do contrato original a definição apenas de linhas gerais da relação. A propriedade de máquinas e o vínculo contratual
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			de trabalho dão ao proprietário da firma o poder (“autoridade”³) de escolher como máquinas e pessoal devem ser empregados, dentro de certos limites. O grau de integração pode ser medido aproximadamente pela extensão na qual a autoridade é distribuída entre as partes contratantes. Tem-se, então, que integração vertical e contratos verticais de longo prazo (incluindo contratos de franquia) são respostas aos problemas causados pela especificidade de ativos, e são mais prováveis quanto mais específicos são os investimentos nestes ativos. Vê-se também que os custos de transação relacionados à preparação e execução de contratos são tão ou mais importantes quanto os custos do processo de produção em si. Ora, a ocorrência de ativos específicos está bastante correlacionada com os custos de transação, pois, para mitigar ou eliminar o risco de comportamento oportunista, são necessárias cláusulas contratuais, e quanto mais complexas forem as regras para dar conta dos vários estados da natureza, maiores os custos de transação; é um <i>trade off</i> entre, de um lado, os custos de transação de escrever e fazer cumprir os contratos, e, de outro lado, deixar os contratos incompletos e incorporar o prêmio de risco dos estados da natureza não cobertos por eles. Quanto mais altos estes custos (de transação e de prêmios de risco), maior a probabilidade de integração vertical. Além destes fatores, Carlton e Perloff (1994) apontam mais três vantagens da integração vertical: <i>i) Corrigir falhas de mercado devidas a externalidades mediante a internalização destas externalidades; por exemplo,</i>
--	--	--	---

³ Tirole define autoridade como o poder de definir contingências não-especificadas.

			<i>uma franqueadora poderia querer verticalizar a distribuição abrindo lojas próprias para evitar que mudanças na qualidade do atendimento ou dos serviços pós-venda de uma franqueada prejudicassem a reputação de toda a rede e da própria marca;</i> <i>ii) Estender poder de mercado de uma etapa da cadeia para outra;</i> <i>iii) Livrar-se do exercício de poder de mercado do fornecedor ou comprador.</i> A intervenção do governo pode ser útil para resolver problemas de assimetria de informação quando o teorema de Coase falha. Este teorema prevê que uma alocação ótima de recursos pode ser alcançada pelas forças de mercado, independentemente da divisão das atribuições legais, se a informação for perfeita e os custos de transação forem nulos. Se valesse este teorema, um monopolista poderia detalhar no contrato cláusulas que reproduziriam os efeitos de uma intervenção benéfica do governo e apropriar-se destes efeitos (ganhos de eficiência) com preços mais altos. A possibilidade de integração vertical, ou a integração vertical efetiva, <i>per si</i>, há tempos deixou de ser considerada uma questão contrária à concorrência pela Economia e, via de consequência, para os órgãos antitruste. A esse respeito confira-se texto escrito pelo Professor José Tavares de Araújo Jr., por solicitação do Sindigas (Anexo 9)⁴: <i>"Ao dar início, através da nota técnica no. 247, de 30/09/13,</i>
--	--	--	---

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

			ao processo de revisão das normas atuais, a SAB justificou sua iniciativa nos seguintes termos: “considerando-se que já se passaram cerca de 10 anos, torna-se necessário avaliar se os referidos atos normativos ainda encontram-se aderentes às melhores práticas para a regulação do mercado.” (p. 2) Conforme proposto naquela nota, foi realizada, entre 14/10/13 e 02/12/13, uma consulta prévia visando colher sugestões para o aprimoramento do marco regulatório, com base numa metodologia que procurava ordenar os temas levantados segundo três critérios: gravidade, urgência e tendência. Assim, a SAB solicitou aos participantes da consulta que indicassem, numa escala crescente de 1 a 5, o grau de relevância de cada problema identificado, a urgência requerida para supera-lo, e as perspectivas de seu eventual agravamento. A nota da SAB informava ainda que: “após a classificação das sugestões e a identificação das medidas corretivas por meio de elaboração de parecer técnico, será elaborada a minuta de resolução que seguirá a tramitação já adotada na ANP, conforme Instrução Normativa no. 08/2004.” (p. 2) Entretanto, os resultados da consulta prévia nunca foram divulgados, e o referido parecer transformou-se, aparentemente, em duas notas técnicas (211 e 212, de 15/08/14) que também não foram disponibilizadas no site da ANP. Como se pode perceber através dos textos produzidos pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP (notas CDC no. 68, de 22.10.14, e no. 084, de 29.12.14), a principal proposta formulada nas duas notas técnicas da SAB era a de vedar a presença de firmas distribuidoras no setor de revenda,
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>com base nas seguintes teses:</i> <i>'embora próximas, as atividades de distribuição e de revenda não podem ser exercidas pela mesma sociedade, isso porque a definição legal da atividade pressupõe a comercialização entre agente distribuidor e o agente revendedor. Permitir àquele exercer atividade de revenda cria diversas implicações regulatórias e jurídico-fiscais: (i) criação de vantagens comparativas injustificáveis; (ii) redução da concorrência; (iii) alteração dos preços repassados aos consumidores finais em razão do salto na cadeia de recolhimento do ICMS; e (iv) confusão entre distribuidor (credor) e revendedor (devedor).'</i>' (Nota 068/CDC, p. 13, citando a Nota 212/SAB). <i>Após demonstrar que as “implicações regulatórias e jurídico-fiscais” alegadas pela SAB eram infundadas, a CDC sintetizou seu argumento:</i> <i>'Ou seja, a partir das informações disponíveis e das análises efetuadas por esta Coordenadoria, não há elementos, sob o ponto de vista da defesa da concorrência, que justifiquem a adoção de vedação à participação das distribuidoras no mercado de revenda de GLP. A integração vertical, hoje permitida na legislação vigente, não parece representar risco ao ambiente competitivo. Ao mesmo tempo, as estratégias adotadas pelas distribuidoras de GLP indicam, aparentemente, a intenção dessas empresas de atuar apenas marginalmente na revenda direta ao consumidor final do combustível, como forma de aproveitar as instalações já existentes para a atividade de distribuição de GLP.'</i> (Nota 068/CDC, p. 19)
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>As teses da SAB também foram refutadas pela AGU, conforme aponta o parecer no. 73/2014/PF-ANP/PGF/AGU, 26/08/14:</i> <i>'Ainda que a medida restritiva de concentração vertical tenha sido fundamentada na Nota Técnica 212/SAB (fl.77), a questão foi apenas superficialmente enfrentada, carecendo de adequada fundamentação. Observa-se que não está demonstrado nos autos (i) quais são as alegadas vantagens comparativas injustificáveis que se pretende evitar, (ii) em que medida a concorrência é reduzida na atual sistemática e qual garantia que a proposta em análise não causará justamente o que se pretende evitar, (iii) quais preços são alterados e quem são os beneficiados e prejudicados com a suposta alteração, (v) se existe confusão entre distribuidor (credor) e revendedor (devedor), quem seriam os prejudicados e beneficiados com essa situação.'</i> (p. 3) <i>Diante das críticas da AGU e da CDC, a SAB reviu sua proposta, como revela a nota no. 12/SAB de 16.01.15:</i> <i>'Foi mantida na presente minuta de resolução a permissão de verticalização do distribuidor no mercado de revenda de GLP, uma vez que, de acordo com as Notas Técnicas no. 068 e 084/CDC/2014, elaboradas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência – CDC, a análise realizada demonstrou que: (i) menos de 0,5% dos postos de revenda de GLP do país pertenciam a agentes distribuidores; (ii) não havia indícios sob o ponto de vista concorrencial, de atuação pulverizada das distribuidoras na atividade de revenda de GLP em vasilhames e de elevação da participação das distribuidoras na revenda varejista direta; (iii) a motivação econômica para a atuação vertical dos agentes distribuidores parecia se basear no</i>
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>aproveitamento de infraestrutura (pátio, equipamentos, caminhões) e base de clientes já existentes para as instalações de distribuição; e (iv) na maior parte dos mercados, a atuação das empresas de distribuição no segmento de revenda não era suficiente para gerar efeito permanente e duradouro nos mercados de revenda de GLP.'</i> (p. 6) <i>Todavia, em maio de 2015, a SAB mudou novamente de opinião, e voltou a insistir na tese de que seria necessário proibir a verticalização das firmas distribuidoras. Desta vez, a Superintendência recorreu a uma interpretação peculiar da lei antitruste. Segundo a nota técnica no. 151/SAB:</i> <i>'Dos 27 Estados brasileiros avaliados, em 17 os distribuidores apresentaram comercialização direta de recipientes transportáveis de 20kg e 45kg ao consumidor igual ou superior a 20%, conceito esse adotado como parâmetro de parcela significativa em determinado mercado relevante, definido na Lei de Defesa da Concorrência (Lei no. 12.529/2011), qual presume posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas controlarem 20% do respectivo mercado relevante.'</i> (p. 12) <i>Esta alegação da SAB carece de fundamento por quatro motivos principais. O primeiro é o de que <u>o parâmetro de 20%, citado no Art. 36 da Lei no. 12.529/11, diz respeito a uma empresa ou grupo de firmas coligadas – legitimamente ou através de cartel – e não a um conjunto de agentes que competem vigorosamente entre si</u>, conforme atestam os indicadores disponíveis no site da ANP, comentados na próxima seção. Se o critério da SAB fosse aplicado ao setor metal-mecânico, por exemplo, seria possível arguir que as</i>
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>empresas siderúrgicas ameaçariam a ordem econômica na indústria automobilística, porque mais de 20% do custo de produção de veículos é formado por peças e componentes de aço. <u>Nos 120 anos da jurisprudência antitruste internacional, não há registro de uma alegação similar a esta.</u></i> <i>O segundo motivo é o de que 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. <u>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'</u> Assim, mencionar o grau de concentração sem descrever as condições de concorrência vigentes no mercado – tal como procede a SAB – é um recurso insuficiente sob a ótica antitruste, que também não faz sentido à luz da teoria econômica. Como veículo de linguagem, representa uma oração incompleta, porque falta o predicado.</i> <i>O terceiro fato que desqualifica a alegação da SAB é o de que a oferta de vasilhames de 20kg e 45kg corresponde a cerca de 6% do consumo total de GLP no país. No entanto, a nota técnica no.151 sugere que a proibição vigore em todos os segmentos, incluindo, portanto, a comercialização de botijões de 13kg (P-13), que representa 90% do mercado e onde a participação das distribuidoras na revenda é inferior a 3%.</i> <i>Por fim, integração vertical não é um objetivo prioritário para</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		as firmas distribuidoras, devido a restrições de logística e à ausência de economias de escala na atividade de revenda. A verticalização ocorre apenas em circunstâncias ocasionais, como apontou a CDC e foi reconhecido pela SAB na nota no. 12/2015. Portanto, uma eventual proibição desta prática seria uma intervenção estatal indevida porque geraria ineficiência econômica e prejudicaria os interesses do consumidor final. <u>Um ponto estabelecido na literatura econômica, e ratificado pela jurisprudência internacional, é o de que a integração vertical só constitui uma questão antitruste quando um monopolista nacional vende seu produto a empresas não integradas verticalmente num mercado a jusante, onde aquele monopolista também opera. Neste caso, o monopolista é estimulado a abusar de sua posição dominante, a fim de prejudicar e/ou eliminar seus concorrentes no mercado a jusante (Economides, 1998; Beard e outros, 2001; Rey e Tirole, 2006). Ora, esta situação não se aplica, nem remotamente, ao setor de GLP, como veremos a seguir."</u> (grifou-se, mantendo-se os do original) A esse respeito, convém transcrição de parte do Parecer Econômico emitido pela LCA Soluções Estratégicas em Economia, mediante solicitação do Sindigas (Anexo 5): "A constatação de elevada concentração de mercado é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar poder de mercado. De acordo com o entendimento da SEAE, apesar do alto índice de concentração observado em alguns estados, o exercício de poder de mercado no segmento de distribuição de GLP não é provável. Por caracterizar-se como um produto homogêneo, o preço do GLP envasado é relevante vetor de escolha do consumidor e o custo de troca
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			de fornecedor é muito baixo. Há cerca de 56 mil revendedores autorizados pela ANP. Os revendedores são responsáveis por mais de 96% das vendas de GLP envasado em todo o país. Os <u>4% restantes da comercialização de envasados são feitos diretamente pelas distribuidoras.</u> A Resolução ANP Nº 15/05 autoriza as distribuidoras de GLP a comercializarem recipientes transportáveis do produto tanto para os revendedores autorizados pela ANP, como diretamente para o consumidor final – desde que a distribuidora também esteja autorizada pela Agencia a operar como revendedor. Já a Portaria ANP Nº 297/03 regulamenta a comercialização de GLP envasado cheio entre revendedores nos casos em que ambas estão autorizadas pela Agencia a exercerem a atividade de revenda e ambas comercializam produto dos mesmos distribuidores. A pluralidade de arranjos de comercialização de GLP envasado no Brasil justifica-se (a) pelo próprio desafio de se atender a um mercado extremamente pulverizado, sem substituto próximo, e com grande relevância para a atividade econômica e para os domicílios; (b) pela pressão por ganhos de escala que acirra a competição entre agentes na busca de parcela de mercado via menor preço – conseguidos em grande medida via eficiência logística – e via prestação de serviços associados. Dada a relevância dos revendedores no sentido de ampliar a carteira de clientes e a escala de operação, não se reconhecem
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		incentivos para a estratégia de uma distribuidora causar prejuízo à sua rede de revenda. A venda direta ocorre por conta de eficiências locais e são adequadas para o desenvolvimento de estratégias de mercado. Ações de redução de preço de algumas distribuidoras no mercado devem ser compreendidas como acirramento competitivo e não como dano à concorrência. As distribuidoras são motivadas a disputar mercado com marcas rivais, seja diretamente com outras distribuidoras ou com revendedores de outras redes. Assim, o foco das autoridades deve ser em preservar a concorrência salutar entre agentes econômicos e não defender um concorrente específico. Nota-se, porém, que diferentemente dos distribuidores, os revendedores que atuam no atacado não estão obrigados a enviar dados de venda ao Sistema de Informações de Movimentação de Produtos (SIMP), que permite à ANP monitorar o fluxo de derivados do petróleo na cadeia a jusante. Isso pode dar margem para práticas de evasão fiscal e venda de GLP para revendedores clandestinos. Por exemplo, devido à falta de uniformidade na cobrança de ICMS no Brasil, os revendedores podem comprar GLP de uma unidade engarrafadora localizada num estado e vendê-lo a revendedores localizados em estados nos quais o ICMS é maior. Como não são obrigados a reportar o CNPJ comprador à ANP, os revendedores localizados próximos às fronteiras estaduais podem ofertar GLP ao revendedor de um estado vizinho a um custo mais baixo que a própria distribuidora por conta da sonegação fiscal. A ausência da informação sobre a atividade de atacado praticada pela revenda possibilita práticas anticompetitivas, em que preços mais baixos são obtidos por
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			meio de evasão fiscal. As distribuidoras, por outro lado, são obrigadas a informar todas suas operações de venda à ANP, e são proibidas de vender GLP para revendedores clandestinos. Segundo relatado pelas empresas, um bloqueio interno de sistemas impede o faturamento de vendas para CNPJs não autorizados. Entendemos que conferir tratamento simétrico aos distribuidores e revendedores, que atuam, respectivamente, no varejo e no atacado – no que diz respeito ao envio de informações para a ANP –, trará benefícios ao mercado. Ou seja, entende-se que os revendedores que comercializam GLP envasado cheio para outros revendedores devem contribuir com a ANP fornecendo informações sobre a destinação de suas vendas, assim como já o fazem as distribuidoras. Isso conferirá maior acurácia à base de dados da ANP, que tem papel relevante na transparência e disponibilidade de informações para os agentes do setor. Assim, espera-se a criação de restrições às fraudes fiscais de ICMS e às vendas para clandestinos, o que contribui para o ambiente competitivo. <u>Restrições à comercialização podem reduzir a rivalidade entre os agentes, ao criar reserva de mercado sem nenhuma contrapartida positiva para a sociedade. Ao contrário, é possível que isto gere menor eficiência no abastecimento, com a construção de arranjos alternativos de suprimento, e restrições à competição.</u> Os dois efeitos tendem a gerar pressão positiva sobre o preço, prejudicando o consumidor final. Esse efeito é frontalmente contra o propósito explicitado pela
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			ANP de manter a capilaridade necessária para a comercialização do produto. Sob o segundo ponto destacado pela ANP, o de se reduzir a clandestinidade, entendemos que restrições à comercialização terão efeito inócuo. Já o aprimoramento proposto, de tratamento simétrico entre os agentes no fornecimento de informações à ANP, reduz a possibilidade de fraude fiscal, notadamente no recolhimento de ICMS e a venda de GLP para revendedores clandestinos. Essa medida, aliada à continuidade dos atuais esforços da ANP em intensificar a fiscalização do mercado, deverão contribuir para ambiente competitivo mais salutar, com benefícios para o consumidor." (LCA Soluções Estratégicas em Economia, <i>Lógica Econômica e Efeitos Esperados de Distintos Arranjos para a Comercialização de GLP Envasado no Brasil</i>, 2014, p. 2 à p.4) 3.II.III - VÍCIOS PROCEDIMENTAIS DECORRENTES DA NOTA TÉCNICA N.º 151/SAB (COMPETÊNCIA DA CDC PARA EMITIR PARECER DE NATUREZA CONCORRÊNCIAL) Nessa toada, importa dar destaque às bem lançadas linhas contidas no PARECER N.º 73/2014/PF-ANP/PGF/AGU, (Anexo 10) emitido nesses autos⁵: <i>"Obviamente, todas essas indagações preliminares demonstram que a questão precisa ser enfrentada em um âmbito interdisciplinar na ANP, razão pela qual recomenda-se a manifestação da Coordenadoria de Defesa da Concorrência - CDC (inc. IV, art. 38, do Regimento Interno da ANP), que</i>
--	--	--	---

⁵ Tudo isto foi ratificado pelo PARECER No 75/2014/PF-ANP/PGF/AGU, praticamente com as mesmas palavras.

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>poderá trazer à discussão relevante contribuição em decorrência de sua competência e especialidade no campo da concorrência.</i> <i>9. Ainda na questão concorrencial, vale recordar que a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, dentro da sua função na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, haverá de se manifestar sobre a minuta em questão, com fulcro nos incisos I e II do art.19 da Lei n.º 12.529/2011, verbis:</i> <i>“Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:</i> <i>I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;</i> <i>II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;</i> <i>(...)”</i> Sobreleva notar que a Lei n.º 9.478/97 estabelece que: <i>"Art. 1º. As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:</i>
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>IX - <u>promover a livre concorrência</u>;" (grifou-se)</i> Na mesma linha, o Decreto n.º 2.455/98, que instituiu a ANP, assim dispõe: <i>"Art. 14. A ANP regulará as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível, no sentido de preservar o interesse nacional, <u>estimular a livre concorrência</u> e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade, pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo."</i> (grifou-se) Acerca das competências funcionais internas e, por via de consequência, das especializações dentro da ANP, estatui o Regimento Interno da agência (Portaria ANP n.º 69/2011) sobre a competência da CDC: <i>"Art. 38. Compete à Coordenadoria de Defesa da Concorrência:</i> <i>(...)</i> <i>V - elaborar e encaminhar à Diretoria Colegiada da ANP propostas necessárias a implementação das normas legais e das políticas adotadas no campo de defesa da concorrência;</i> <i>VI - cooperar com as diversas unidades integrantes da estrutura organizacional da ANP, no que se refere às atividades que tenham relação com a defesa da concorrência;"</i> O mesmo Regimento Interno estabelece acerca da competência da SAB: <i>"Art. 27. Compete à Superintendência de Abastecimento:</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>I - gerir o processo de regulação das atividades relacionadas com o abastecimento nacional de derivados de petróleo e biocombustíveis;"</i> Como já dito, o enfrentamento do tema deve pautar-se pela técnica, que no caso, é a análise dos eventuais problemas de ordem concorrencial referentes à atuação das distribuidoras de GLP na venda direta de recipientes a consumidores. É com base nisto que se conclui, com o máximo respeito, e neste ponto se está apenas ratificando o que já foi exposto pela própria Procuradoria Geral da ANP nos dois pareceres acima citados, que a SAB carece de competência técnica e funcional para expedir opinião na seara concorrencial. Tais competências são conferidas à CDC, que, como visto, se manifestou em sentido contrário à proposta de restrição. Assim, a decisão da Diretoria Colegiada da ANP não poderia adotar como fundamentação para adoção da vedação pretendida, com base na Nota Técnica n.º 151/SAB, sob pena de, assim fazendo, cometer ato administrativo írrito e nulo, porque divorciado dos seus requisitos elementares. 3.II.IV - DO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO DE NATUREZA TÉCNICA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS Neste ponto convém discorrer sobre o exercício do poder discricionário, especialmente acerca da discricionariedade técnica. Ampliou-se, sem dúvidas, a margem de atuação discricionária
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			do Administrador Público com a evolução da sociedade, do Estado Democrático de Direito, e das leis que a cada vez mais conferem maior margem de atuação discricionária ao agente público tomador de decisões. A discricionariedade administrativa deriva da multiplicidade e complexidade das atividades desempenhadas pelo Poder Público, em relação às quais a lei, por mais minuciosa e casuística que seja, não consegue prever todos os caminhos a serem seguidos, ou pelo menos não o caminho que se mostre mais vantajoso ou correto para cada hipótese. Como leciona Hely Lopes Meirelles, a discricionariedade administrativa é <i>“a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento”</i> (Direito administrativo brasileiro, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 168). <i>"Por vezes sucede que a lei impõe a um agente público a obrigação de decidir num certo sentido, quando estejam preenchidas as condições que enumera. Neste caso, o agente limita-se a verificar a existência dessas condições: desde que verifique que se encontram reunidas, o seu comportamento está-lhe inteiramente ditado. É o que se passa, por exemplo, com a passagem do recibo de declaração de uma associação: a Administração não o pode recusar, mesmo que tenha dúvidas quanto à legalidade dos fins que a associação persegue (T.A. Paris, 25 de Janeiro de 1971, A.J.D.A., 1971, pág. 229; C.C., 16 de Julho de 1971, supracitado). A competência do agente é vinculada: a lei não deixa nenhuma margem para sua liberdade.</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>Noutros casos, a lei, ao criar uma competência, deixa ao agente a quem a confia liberdade de apreciar, em face das circunstâncias, se e como deve utilizá-la: por exemplo, os júris de exame, competentes para decidir acerca da admissão dos candidatos, são livres de classificar segundo o seu critério pessoal o valor das provas. Esta liberdade de apreciação constitui o que se chama o poder discricionário da Administração, por oposição à competência vinculada.</i> <i>Existe competência vinculada quando a norma jurídica impõe aos agentes aquela decisão que para eles decorre da reunião das condições que define; existe poder discricionário na medida em que ela lhes deixa uma certa liberdade de apreciação no exercício da sua competência.”⁶</i> Mas essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, devendo a autoridade administrativa, entre as alternativas que se apresentarem, optar por aquela que melhor corresponda àquilo que está expresso ou subentendido em lei, sempre com vistas a alcançar o fim por ela almejado. Em complemento a esse raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra a evolução das limitações impostas à discricionariedade administrativa e anota que, após a construção da teoria dos motivos determinantes, passou-se a admitir o controle judicial com base na violação de princípios gerais do direito, como a boa-fé e a proporcionalidade, afirmando que “<i>hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais</i>
--	--	--	--

⁶ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 93,94.

		<i>alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei”, motivo pelo qual “sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle” (Discricionariiedade técnica e discricionariiedade administrativa, in Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, nº 17, abr/jun 2007, pp. 77-78).</i> Embora os poderes discricionários da Administração Pública, ao contrário dos vinculados, se achem libertos de estritas determinações legais, de maneira a poder escolher como deve proceder, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade, não se confundem com poderes arbitrários. Ao passo que estes correspondem a atividade sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, aqueles dizem respeito a atividade circunscrita dentro de limites jurídicos. No Estado de Direito não se admitem poderes arbitrários. <u>Esses limites dos poderes discricionários se encontram nos motivos determinantes do ato jurídico</u>, e no fim com que é praticado, tendo em vista a preocupação do seu agente e a razão de ser do próprio instituto jurídico. Toda atividade do Estado-poder tem por baliza o interesse coletivo. <u>Por conseguinte, não se tolera motivo determinante estranho ao interesse coletivo e nem preocupação da autoridade pública em conflito com ele</u>. Por outro lado, não basta seja praticado o ato tendo em vista o interesse coletivo, outrossim, se impõe consideração do interesse coletivo específico, objeto do instituto jurídico a que se refere o ato. Portanto, mesmo os atos administrativos praticados pela Administração Pública no exercício dos seus poderes discricionários encontram os limites
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			acima apontados. Não podem transpô-los, sob pena de envolver exercício abusivo de direito. Nesse contexto, ganha relevância a distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, fruto dessa evolução do Direito Administrativo, sobretudo a partir da reforma administrativa de 1998, que culminou na privatização de serviços públicos e na criação de agências reguladoras, autarquias especiais, dotadas de poder regulamentar, fiscalizador e sancionatório. Essa distinção, inspirada na doutrina portuguesa de Afonso Rodrigues Queiró, parte da diferenciação entre discricionariedade e interpretação da norma. Para o referido autor, a estruturação da norma se apoia em dois conceitos que, embora igualmente advindos do ser e do dever-ser, distinguem-se em: (i) conceito prático, suscetível de uma variedade de sentidos entre si diferentes, impondo condições de fato que a norma só pode exigir de forma implícita e que, portanto, confere competência discricionária; e (ii) conceito teórico, a demandar perfeita subsunção das condições de fato à norma, fazendo exsurgir uma competência vinculada. Juliano Heinen bem sintetiza essa questão, frisando que a subjetividade de um conceito não autoriza dizer que se têm, diante dele, várias alternativas. Para o autor, <i>“indeterminação não se confunde com múltiplas opções de ação previamente determinadas. A existência de muitas opções hermenêuticas garante uma indeterminação momentânea, para, após uma juízo de valor, ter-se uma opção. Fato completamente diverso seria a existência, desde o início, de duas ou mais alternativas de atuação, que permanecerão presentes até o momento de se</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>concentrar em apenas uma delas” (Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica, in Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 106, vol. 412, nov/dez 2010, p. 463).</i> Diante disso, conclui-se que a discricionariedade administrativa é de certa forma residual, isto é, ela só se legitima quando não houver mais margem para a interpretação da própria lei. Somente após o encerramento do processo exegético da norma, o que inclui a aplicação dos seus conceitos teóricos, e perdurando mais de uma solução possível e aceitável à luz dos princípios básicos da administração pública, é que se adentra o campo da discricionariedade administrativa. Percebe-se, com isso, que supostas discricionariedades presentes na norma – emanadas de conceitos indeterminados – uma vez interpretadas podem, na prática, conduzir a uma única solução, o que, a rigor, não confere à administração pública nenhuma margem de atuação discricionária. É exatamente o que ocorre na discricionariedade técnica que, conforme adverte Maria Sylvia Zanella di Pietro, não caracteriza uma discricionariedade de fato. De acordo com a i. professora, <u>na discricionariedade técnica “existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência.</u> Quando um ente administrativo baixa atos normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este supõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita que, no caso, não existe”
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		(op. cit., pp. 91-92). Destarte, <u>somente haverá discricionariedade administrativa quando a administração pública tiver de optar entre mais de um critério técnico. A existência de um único critério técnico impõe ao agente estatal um padrão de conduta vinculado.</u> Em suma, a possibilidade de mais de uma <u>interpretação</u> da norma conduz à discricionariedade técnica, enquanto a possibilidade de mais de uma <u>atuação</u> frente à norma conduz à discricionariedade administrativa. A consequência dessa diferenciação é bem apreendida por Juliano Heinen, ao consignar que “<i>a discricionariedade técnica, porque mera consequência de uma valoração do administrador público diante da abstração do texto normativo, pode ser controlada pelo Poder Judiciário, pelo simples fato de que a interpretação final de um texto legal é dada justamente pelo magistrado</i>” (op. cit., p. 465). Diante de tal quadro, a conclusão a que se deve chegar acerca da proposta de restrição contida na Nota Técnica n.º 151/SAB, é que encontra-se desprovida de juridicidade, eis que carente de motivos determinantes (de natureza técnica). Os motivos determinantes que pretensamente embasariam a decisão — potenciais danos à concorrência resultantes da integração vertical realizada pelas distribuidoras na comercialização direta de recipientes de GLP — simplesmente inexistem. Por esta forma, uma decisão fundamentada nestas razões, careceria de legitimidade técnica, tornando-se, assim, exercício de arbítrio.
--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		As premissas adotadas pela Nota Técnica n.º 151/SAB, assim como a metodologia empregada para se chegar à conclusão que culminou na proposta restritiva, encontram-se divorciadas do necessário substrato técnico que as poderia dar sustentáculo. 3.II.V - POTENCIAIS DANOS À CONCORRÊNCIA DECORRENTES DA RESTRIÇÃO PRETENDIDA A restrição pretendida pode ter, na verdade o efeito inverso ao almejado pela Nota Técnica n.º 151/SAB. A amplitude dos possíveis arranjos comerciais tende a manter e até ampliar as rivalidades hoje existentes no mercado, trazendo como consequência benefício competitivo para o consumidor direto. São naturais as tendências à verticalização, para cima ou para baixo, nas cadeias de consumo. Há potenciais ganhos econômicos nesses movimentos, e, por conta disto, há atratividade em que se almeje-os. Seria possível que um consumidor hipotético (de uma cidade grande) tivesse a ideia de (por exemplo) ir buscar água em alguma fonte, em vez de adquiri-la de algum produtor que a envasa e põe no mercado. É óbvio que, numa primeira análise, essa água custaria bem menos, na medida em que, provavelmente, seria obtida de graça, tendo custo apenas logístico para o transporte. Provavelmente esse consumidor hipotético teria acesso a uma água de melhor qualidade do que muitas das disponíveis no mercado. Por que razão as pessoas não vão buscar água diretamente em alguma fonte?
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			Provavelmente porque a relação custo/benefício disto não seria positiva. É assim que o racional econômico termina prevalecendo na maior parte dos casos. Há casos e casos de grandes redes varejistas (por exemplo) que optam por lançar marcas próprias de produtos de consumo, com o objetivo de (fazendo uma integração vertical à montante) obter maiores ganhos. Este tipo de movimento tanto pode dar certo, quanto pode não dar. Se der certo, ganha o consumidor, porque tem mais uma opção de produto, talvez a melhor preço, com a mesma qualidade ou até melhor. Se der errado, é porque, provavelmente o consumidor já estava ganhando mais com o arranjo anterior, que não conseguiu ser superado. O Estado deve impedir que isto ocorra? Somente se estiverem presentes determinadas condições que indiquem que a prática de integração vertical tem potencial real de causar danos à concorrência e, por via mediata, aos consumidores, é que o Estado teria razões para intervir. Nessa toada, é natural que um revendedor de GLP eficiente, conforme "ganhe musculatura", operando mais de uma filial, aumentando significativamente seu volume de vendas, sinta-se tentado a fazer uma verticalização a montante⁷, ou seja, parta
--	--	--	--

⁷ Porter, M. E. (Estratégia competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência. Editora Campus. Rio de Janeiro, 2004.) e Freire, A. (Estratégia sucesso em Portugal. Capítulo 6 Integração vertical: evolução da estratégia de integração vertical. Editora Verbo, 9º edição, Lisboa, 2003.) destacam que o nível de integração vertical de uma empresa deve ser maior se: o volume de negócios da empresa rentabilizar a nova atividade internalizada sem afetar negativamente as demais funções; ou as restantes das funções da empresa se beneficiarem da realização interna da nova atividade, mesmo que esta não seja por si só rentável.

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			para a atuação com uma distribuidora de GLP própria. Existe um exemplo disto no Brasil, no estado de São Paulo, de grande sucesso, diga-se. Criando-se a restrição que pretende impor a Nota Técnica n.º 151/SAB, este movimento, de integração vertical a montante será também impedido. Dada a impossibilidade de que a distribuidora atue diretamente na revenda de GLP envasado, bem como que participe do quadro societário de vendas, resultará em que, assim que uma revenda obtenha a autorização para ser distribuidora, terá que se desfazer dos seus ativos de revenda. Isto gerará uma barreira de entrada praticamente intransponível, pois, para este tipo de agente, somente a integração vertical pra trás viabilizaria a entrada no mercado como distribuidora. A constituição de uma rede de revendedores é uma barreira estrutural à entrada no mercado de comercialização de GLP. Assim, o impedimento que se pretende criar irá criar também uma grande dificuldade na entrada para distribuidoras em mercados em que não sejam líderes. 3.II.VI - ENTENDIMENTO DO CONSELHO
--	--	--	---

Também são possíveis redução de custos operacionais, segurança na oferta e demanda, aprofundamento em determinada tecnologia, maior habilidade em efetuar a diversificação e maior poder de negociação (PORTER, 2004).

Desta forma, o âmbito da integração vertical pode ser a montante (para trás) ou a jusante (para frente). Será integrada verticalmente a montante quando a organização passa a realizar internamente a função que antes estava a cargo de um fornecedor externo. Outra possibilidade é internalizar uma função posterior à sua atividade atual, àquela antes realizada por seus clientes, neste caso a integração vertical será jusante. Também é possível implantar a estratégia nos seus dois âmbitos, se for identificada a viabilidade de tais atividades (FREIRE, 2003).

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (CADE) O SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem como objetivo a proteção do ambiente competitivo. Ou seja, deve-se visar a proteção da concorrência, não de um determinado concorrente, ou um gênero de concorrentes. Acerca disto, assim tem se pronunciado o CADE (instância administrativa para julgamento de casos relacionados com a defesa da concorrência), em casos semelhantes, de avaliação concreta de potenciais danos à concorrência decorrentes de integração vertical: <i>"Não cabe ao CADÊ, entretanto, avaliar a existência de descumprimento de relação contratual entre as partes que não gere como consequência um prejuízo à ordem econômica e à defesa da concorrência, ou mesmo a existência de exercício abusivo de uma prerrogativa contratual, como o é o direito conferido à representada de fixar os preços de revenda, se este não vier a interferir nas relações de concorrência no mercado.</i> <i>A substituição de um distribuidor por outro não altera as relações de concorrência no mercado, de sorte que a lide instaurada entre a representante e a representada em virtude de eventual exercício abusivo de direito pela representada deve ser dirimida perante o Poder Judiciário, como de fato o foi por meio da ação ordinária de perdas e danos impetrada pela representante face à representada na Justiça Comum, e que foi extinta em virtude de composição entre as partes.</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>A Lei de Defesa da Concorrência prima pela existência de um ambiente concorrencial no mercado, garantindo o funcionamento saudável deste, e não pela proteção de um de seus agentes, devendo eventuais lesões sofridas por qualquer um deles na esfera contratual ser dirimidas à luz do direito das obrigações." (Processo Administrativo nº08000.000146/96-55)</i> 3.II.VII - OS BENEFÍCIOS DAS VARIEDADES DE ARRANJOS EXISTENTES NO MERCADO DE GLP Como já ressaltado, a situação de liberdade de iniciativa que vigora na regulação do GLP no Brasil — que só impõe requisitos de natureza técnica, com o objetivo de garantir direitos dos consumidores e pautar as ações pela garantia da saúde e segurança dos usuários — mostra-se altamente benéfica para o mercado. Nessa linha vão as conclusões do já mencionado Parecer Econômico da LCA (<i>Op. Cit.</i> p. 19/21 - Anexo 5): <i>"O mercado de GLP envasado convive com o enorme desafio da capilaridade, devendo estar presente em mais de 95% dos domicílios brasileiros, além de estabelecimentos comerciais, no momento em que a demanda surge.</i> <i>Conforme já apresentado, a atividade de distribuição envolve elevados sunk costs e custos fixos. A carteira de clientes é, portanto, de suma importância para a viabilidade econômica da distribuição, pois é assim que se conferem ganhos de escala necessários para diluição dos custos fixos. Dada a relevância</i>
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>dos revendedores no sentido de ampliar a carteira de clientes e a escala de operação, não se reconhecem incentivos para a estratégia de uma distribuidora causar prejuízo à sua rede de revenda. A venda direta ocorre por conta de eficiências locais e são apropriadas para o desenvolvimento de estratégias de mercado.</i> <i>Isto, no entanto, pode significar pressões competitivas para os revendedores de outra empresa distribuidora. É possível que determinada localidade ou cliente seja atendido por revendedores das distribuidoras B e C. Se a distribuidora A identifica este como sendo um mercado potencial e estratégico para ganhos de escala e acredita poder atendê-lo com maior eficiência, ela terá incentivos para atuar a jusante, ofertando seu produto diretamente no varejo.</i> <i>Ocorre que, conforme apresentado, há rivalidade entre os distribuidores. Assim, mesmo se hipoteticamente um distribuidor adotasse a referida estratégia, os revendedores encontrariam alternativa de abastecimento nos demais fornecedores a montante. As distribuidoras B e C, frente a esta pressão competitiva, teriam duas opções para manter sua participação naquele mercado: (i) ou reduzir o preço de distribuição do GLP e manter a comercialização através de vendas, (ii) ou reagir da mesma forma que a distribuidora A e atuar diretamente a jusante. Se optarem pela segunda alternativa, isto significa que este se colocará como o arranjo concorrencial mais eficiente neste caso: as distribuidoras atuam diretamente na venda para o varejo e rivalizam entre si numa competição por preços. Este arranjo possibilitará um preço de GLP mais baixo para o consumidor.</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>Uma vedação à atuação das distribuidoras a jusante tende a resultar na instalação de arranjo menos eficiente. Criar-se-ia uma reserva de mercado para atividade de revenda que, em última instância, poderia limitar a rivalidade a montante, entre as distribuidoras."</i>
SINDIGÁS	5. DA CONCLUSÃO	Ante todo o quadro descrito, sugere-se que seja encaminhada esta Nota Técnica para a Coordenadoria, para que, se assim entender conveniente, emita nova nota técnica acerca da questão concorrencial aventada nesta Nota Técnica, abrindo-se novo prazo de consulta pública e agendando-se nova data para audiência pública. Se assim entender mais conveniente, sugere-se que a Diretoria Colegiada da ANP determine a realização de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) acerca deste tema, antes de promover qualquer alteração na minuta posta em consulta pública.	5.1 - INTRODUÇÃO NECESSÁRIA - DA MANUTENÇÃO DA HIGIEZ DO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL Em primeiro lugar, convém ressaltar que o Sindigás e suas empresas associadas acreditam no modelo de Estado regulador brasileiro e na força e importância das normas expedidas pela ANP, como mecanismo de garantia da segurança jurídica, que é essencial para a manutenção e incremento dos investimentos no setor petrolífero brasileiro. Aliás, o Sindigás e empresas associadas vão além disso. Por mais de uma vez o setor de distribuição de GLP se lançou, junto com essa agência reguladora, em cruzadas perante as mais diversas instâncias de poder (Judiciário, Legislativo, etc.), na defesa desse arcabouço regulatório. Esta introdução faz-se necessária para deixar claro que todas as sugestões, críticas e quaisquer manifestações vertidas pelo Sindigás acerca desse arcabouço regulatório (vigente ou em modificação nas audiências públicas) objetivam tão somente e promover aprimoramentos para manter e/ou aumentar a sua higidez. Para empresas tradicionais como as associadas ao Sindigás, um marco regulatório sólido, respeitado e ratificado pelos poderes republicanos, é o melhor que se pode desejar,

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGÁS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		pois este se torna uma blindagem capaz de afastar aventureiros de ocasião, que apenas prejudicam as empresas sérias, o Poder Público e os consumidores dos produtos dessa indústria. 5.II - DA NECESSÁRIA CORREÇÃO DE CURSO DO PROCESSO REGULATÓRIO Sempre chamamos a atenção da ANP para que se busque mais e mais fundamentos técnicos para embasar suas decisões de natureza regulatória. Com efeito, a decisão regulatória de caráter normativo, ou seja, o ato regulatório em essência, existe validamente apenas e tão somente na presença de bases técnicas. Em igual medida, as normas regulatórias necessitam ser construídas mediante procedimento que viabilize a participação democrática. Estes são os dois principais pilares nos quais a norma regulatória encontra sua solidez. <i>"Historicamente, o problema da legitimidade da Administração Pública sempre foi reconduzido aos mecanismos de legitimação dos Poderes Legislativo e Executivo. Em relação ao Legislativo, invoca-se a lei (produto da vontade geral ou, ao menos, da vontade de agentes eleitos) como fonte da autoridade da Administração. Em relação ao Executivo, remetia-se a condução dos negócios administrativos diretamente ao Presidente ou Primeiro-Ministro, escolhidos, de forma imediata ou não, pelo voto popular.</i> <i>É fácil entender por que ambos os argumentos são insatisfatórios. De um lado, a lei é, em geral, um quadro ou</i>
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>uma simples moldura de atuação administrativa. Somente por ignorância ou cinismo alguém poderá negar o (maior ou menor) conteúdo volitivo das decisões administrativas, ainda que tomadas dentro dos limites legais. De outra parte, não há como considerar toda a atividade administrativa um produto da vontade do Chefe do Executivo. O cotidiano da Administração demonstra que é enorme o grau de pulverização das decisões, sendo a maioria delas tomadas por burocratas profissionais.</i> <i>Tal situação — de déficit de legitimidade — se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político. Ademais, a não inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o segundo argumento, já que a legitimidade decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos.</i> <i>O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos — e, notadamente, nos processos regulatórios — tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes desafia a teoria democrática à revisão de parte de seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos</i>
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>teóricos de autogoverno coletivo.</i> <i>No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, embora incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais provocam quase sempre grande repercussão na esfera de interesses dos usuários dos serviços públicos e cidadãos inseridos na realidade econômica regulada. Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.</i> <i>As audiências públicas viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados interessados em expor suas idéias e sugestões, de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória. Consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados. Nessas ocasiões são esclarecidos e debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios em curso e projeto de lei propostos pela agência. O resultado do debate não tem caráter vinculante para a agência, objetivando-se tão somente dar aos participantes a oportunidade de oferecer sugestões e esclarecimentos. <u>Contudo, não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento.</u> Além disso, a realização da audiência constitui formalidade essencial aos atos administrativos a ela vinculados, disso dependendo a sua validade.</i> <u><i>Através das contribuições prestadas em audiências públicas,</i></u>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada. Tal forma de participação popular está expressamente prevista na legislação da ANEEL e da ANP, que menciona também sessão pública para reunião de diretoria.</i> <i>A consulta pública, a seu turno, consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas. Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência. <u>Toda as respostas às questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos interessados e do público em geral. Ademais, não pode haver, na matéria exposta ao questionamento, mudança que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.</u></i>⁸ (grifou-se) A esse respeito colhe-se manifestação em opinião legal contratada pelo Sindigás ao escritório Vinhas e Redenschi Advogados (Anexo 8), adiante:
--	--	--	--

⁸ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. — 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 295/296.

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>"Inicialmente, faz-se necessário mencionar que a minuta de resolução referente a atividade de distribuição de GLP – arrolada entre os documentos da Audiência Pública n. 06/2015 – não proíbe que as distribuidoras realizem vendas diretas de GLP envasado para consumidores.</i> <i>O art. 22 da referida minuta de resolução é claro:</i> <i>“Art. 22. O distribuidor somente poderá comercializar GLP:</i> <i>I – na modalidade envasado, considerando recipientes transportáveis de capacidade de até 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:</i> <i>(a) revendedor varejista de GLP vinculado autorizado pela ANP;</i> <i>(b) revendedor varejista de GLP independente autorizado pela ANP; e/ou</i> <i>(c) consumidor final.</i> <i>II – na modalidade a granel, considerando recipientes transportáveis de capacidade superior a 90 (noventa) quilogramas de GLP, com:</i> <i>(a) outro distribuidor de GLP, autorizado pela ANP; e/ou</i> <i>(b) consumidor final que possua Central de GLP, observada a legislação pertinente.” (...) (grifo nosso)</i> <i>No entanto, a Nota Técnica n. 151/SAB, arrolada dentre os documentos apresentados pela Agência no chamamento para as Audiências Públicas n. 05 e 06 de 2015 - em momento posterior à aprovação da referida minuta de resolução pela Diretoria da ANP - propõe a proibição do comércio de GLP envasado pelas distribuidoras para consumidores.</i> <i>Na medida em que o objetivo da ANP ao promover a consulta pública é obter subsídios e informações adicionais sobre a</i>
--	--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

		<i>minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de GLP e a sua regulamentação, poderíamos concluir que a Agência não pretende vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores finais.</i> <i>E, no mesmo sentido, considerando que a minuta da resolução é aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP, enquanto a Nota Técnica é aprovada pelo Superintendente da SAB, poderíamos supor que os comentários que a Agência pretende receber nesta Consulta Pública deve se ater ao texto da minuta de resolução.</i> <i>Interessante notar que a Nota Técnica n. 12/SAB, de 16 de janeiro do corrente ano, em razão das pertinentes considerações apresentadas pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP (as quais serão comentadas no tópico seguinte deste texto), previa em seu Item 3.1.7 a manutenção da possibilidade das distribuidoras realizarem vendas de GLP envasado a consumidores.</i> <i>No entanto, como mencionado, em 18 de maio do corrente ano, através da Nota Técnica n. 151/SAB, antes mesmo de receber formalmente as sugestões dos agentes regulados, nos parece que a SAB mudou o seu entendimento sobre a proposta de regulamentação do setor de distribuição de GLP e passou a propor a proibição da comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores.</i> <i>Assim, passou a existir um flagrante descompasso entre a minuta da resolução aprovada pela Diretoria da ANP (submetida a consulta pública) e a Nota Técnica n. 151/SAB.</i>
--	--	---

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			<i>O que de fato está sob consulta? A ANP pretende ou não vedar a comercialização de GLP envasado pelas distribuidoras para os consumidores?</i> <u><i>Ora, na medida em que as notas técnicas existem para justificar as alterações que se pretende realizar nas normas - assim como as exposições de motivos subsidiam os projetos de lei - nos parece haver um evidente equívoco neste processo de consulta pública.</i></u> <i>Trata-se de situação sui generis que deveria ser desde logo esclarecida pela ANP, especialmente para evitar que agentes menos atentos sejam induzidos a erro e se detenham apenas aos termos da minuta de resolução, deixando de perceber a (eventual) intenção da Agência de realizar esta significativa alteração no mercado de distribuição e revenda de GLP."</i> Assim, se uma norma regulatória encerra determinações de caráter técnico (da economia, da matemática, das engenharias, da telemática, da medicina, etc.), e, é claro, se tem como motivo e motivação, premissas, conceitos, conclusões, etc., de caráter técnico, é preciso que exista coerência técnica entre a decisão em si e os motivos que a determinaram. Não havendo tal coerência, é claro que o ato normativo carecerá de legitimidade, passando à categoria de ato arbitrário. Trata-se de um desdobramento da conhecida Teoria dos Motivos Determinantes, aplicada aos atos regulatórios. Há diversas formas (procedimentos) para, diante de uma situação fática que demande intervenção regulatória (assimetria de mercado, por exemplo), se extrair a melhor decisão regulatória, sempre com base na técnica. No Brasil
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

			ainda não há a obrigatoriedade de que os atos regulatórios de caráter normativo que impactem a esfera jurídica e patrimonial dos particulares sejam editados mediante prévia Análise de Impactos Regulatórios (AIR). Entretanto, este instrumento constitui-se em uma importantíssima ferramenta de melhoria da política regulatória. A AIR não é a panacéia da regulação, mas dá à decisão regulatória uma robustez muito maior sob o ponto de vista técnico e também acerca da análise de custo/benefício da mesma. Destarte, se a ANP pretender realizar uma mudança dessa natureza — proibição da venda direta de recipientes pelas distribuidoras de GLP — entendemos que é absolutamente imprescindível que seja feita uma AIR. A ANP já realizou AIR's em outros casos: PORTARIA ANP Nº 255, DE 22.11.2013 - criou Grupo de Trabalho com o propósito de realizar Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre o tema "Requalificação de Recipientes Transportáveis de Aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP); PORTARIA ANP Nº 346, DE 30.11.2012 - DOU 3.12.2012 - criou Grupo de Trabalho com o objetivo de fazer uma Avaliação de Impacto Regulatório quanto à regulamentação da aditivção da gasolina. Com isto se dá inclusive cumprimento ao contido na PORTARIA ANP Nº 62, DE 20.3.2013, Anexo 8, item 4.3 (4.3 - Desenvolver e difundir a utilização da análise de impacto regulatório na ANP.)
--	--	--	--

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar

Este formulário deverá ser encaminhado à ANP para o endereço eletrônico: abastecimento@anp.gov.br, fax (21) 2112-8129/8139, ou diretamente em um dos protocolos da ANP indicado no item 2.1 do Aviso dessa Consulta Pública.

Os Anexos citados no presente formulário de comentários e sugestões podem ser encontrados no seguinte hiperlink disponibilizado pelo SINDIGAS: http://www.sindigas.org.br/uploads/anexos_form_revenda.rar