



PARECER SOBRE OS ASPECTOS
CONCORRENCIAIS DA DISTRIBUIÇÃO
DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL –
TOMADAS DE CONTRIBUIÇÕES
PÚBLICAS NO. 03 E 04 - ANP

São Paulo, novembro de 2018

Equipe

Gesner Oliveira – Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE (1996-2000); Presidente da Sabesp (2007-10); Ph.D em Economia pela Universidade da Califórnia/Berkeley; Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP desde 1990. Professor Visitante da Universidade de Columbia nos EUA (2006). Sócio da GO Associados.

Andréa Zaitune Curi – Doutora em Economia pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas-SP. Mestre em economia pelo Instituto de Pesquisas Econômicas da FEA/USP. Possui mais de dez anos de experiência em consultoria econômica. Especialista na área de pesquisa econômica, com ênfase em métodos e modelos matemáticos, econométricos e estatísticos, atuando principalmente nas áreas de inteligência de mercado, estimação e projeção de demanda, regulação e defesa da concorrência. Coordenadora de projetos da GO Associados.

Antonio Garbelini Junior - Pós-graduado em Economia de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (CEAG – FGV/SP – 1983). Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EAESP – FGV – 1981). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP – 1985). Atuação há mais de 30 anos nas áreas de direito econômico, direito do comércio internacional e direito empresarial, com ênfase em defesa da concorrência e infraestrutura. Consultor Especial da GO Associados.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DISTRIBUIÇÃO DE COMBUTÍVEIS NO BRASIL.....	10
2.1	A CADEIA DE DISTRIBUIÇÃO	10
2.2	BARREIRAS À ENTRADA NA DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS	13
2.2.1	<i>Barreiras regulatórias.....</i>	<i>15</i>
2.2.2	<i>Barreiras por economias de escala</i>	<i>16</i>
2.2.3	<i>Barreiras estratégicas</i>	<i>17</i>
2.3	CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO VAREJISTA E ATACADISTA	20
3	MODELO DA FIRMA DOMINANTE, BARREIRAS ESTRATÉGICAS E RESTRIÇÕES VERTICAIS.....	27
3.1	MODELO DE FIRMA DOMINANTE.....	27
3.1.1	<i>Passos preparatórios.....</i>	<i>28</i>
3.1.2	<i>Construção do modelo.....</i>	<i>31</i>
3.1.3	<i>O modelo completo.....</i>	<i>33</i>
3.2	BARREIRAS ESTRATÉGICAS	34
3.2.1	<i>Preço-limite</i>	<i>34</i>
3.2.2	<i>Preço predatório</i>	<i>35</i>
3.2.3	<i>Elevação dos custos das empresas rivais</i>	<i>36</i>
3.3	ECONOMIA DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS.....	37
3.3.1	<i>O problema da dupla marginalização.....</i>	<i>38</i>

3.3.2	<i>O problema do free-rider</i>	41
3.4	RESTRIÇÕES VERTICAIS E ABUSOS DE PODER DE MERCADO	42
4	ENQUADRAMENTO ECONÔMICO CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS	47
4.1	A CONCENTRAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO	47
4.2	A REDUÇÃO DA ESCALA DOS CONCORRENTES	48
4.3	A VEROSSIMILHANÇA DE CONDUTAS DE PREÇO-LIMITE E ELEVAÇÃO DO CUSTO DE EMPRESAS REAIS 49	
4.4	FIXAÇÃO NO PREÇO DE REVENDA	50
4.5	USO ILÍCITO DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE	54
5	ANÁLISE ECONÔMICO-CONCORRENCIAL ACERCA DOS PONTOS QUE SERÃO OBJETO DE TOMADA PÚBLICA DE CONTRIBUIÇÃO PELA A ANP	56
6	CONCLUSÕES	69
	REFERÊNCIAS	72

SUMÁRIO DE QUADROS

QUADRO 1: CONFIGURAÇÃO DE REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL.....	12
QUADRO 2: EVOLUÇÃO DAS VENDAS DA GASOLINA TIPO C NO BRASIL	21
QUADRO 3: EVOLUÇÃO DOS ÍNDICES DE CONCENTRAÇÃO NAS VENDAS DA GASOLINA TIPO C NO BRASIL.....	23
QUADRO 4: EVOLUÇÃO NO NÚMERO E NAS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO NOS POSTOS DE GASOLINA BRASIL	24
QUADRO 5: EVOLUÇÃO NAS VENDAS MÉDIAS POR POSTOS DE GASOLINA BRASIL (M ³ /MÊS/POSTO).....	26
QUADRO 6: DECISÕES DE OFERTA SOB MONOPÓLIO (A) E CONCORRÊNCIA PERFEITA (B)	29
QUADRO 7: CONSTRUÇÃO DA CURVA DE DEMANDA QUEBRADA	32
QUADRO 8: MODELO DA FIRMA DOMINANTE.....	33
QUADRO 9: RENDA E INEFICIÊNCIA DO MONOPÓLIO VERTICALMENTE INTEGRADO	39
QUADRO 10: RENDA E EFICIÊNCIA NA CADEIA DE MONOPÓLIOS	40
QUADRO 11: EVOLUÇÃO DOS PREÇOS MÉDIOS DE REVENDA E DE DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL	51
QUADRO 12: VARIAÇÃO NOS PREÇOS MÉDIOS DE REVENDA E DE DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL	52

QUADRO 13: MARGEM DA DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DA GASOLINA – FEVEREIRO/2018.....	53
--	----

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste Parecer é avaliar, sob o ponto de vista econômico e à luz das regras que regem a defesa da concorrência no Brasil, as preocupações que a ANP quer ver analisadas nas Tomadas Publicas de Contribuições nos. 3 e 4.

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP emitiu um convite para a apresentação de contribuições, dados e informações sobre a verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis e sobre o eventual fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

Essa iniciativa teve como impulso as manifestações do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – Cade, sobre a preocupação daquela autarquia sobre a concentração de mercado, bem como a greve dos caminhoneiros, que motivou preocupações sobre o abastecimento de combustíveis no Brasil.

A TPC 03/18, referente à verticalização da cadeia de distribuição, tem como objetivo a avaliação, entre outros, dos seguintes itens: (i) vedação da verticalização direta e indireta; (ii) vedação da comercialização direta de produtores e importadores para revendedores; (iii) vedação de que os TRRs comercializem outros combustíveis, além de óleo diesel; (iv) manutenção da obrigatoriedade de que os TRRs comprem diretamente de distribuidores; (v) manutenção das limitações de comercialização para distribuidores e TRRs no que se refere aos pontos de abastecimento nos termos da Resolução ANP n° 34, de 1° de novembro de 2007.

A TCP 04/18, relativa ao eventual fim da fidelidade à bandeira, tem como escopo analisar seus impactos: (i) na defesa do consumidor; (ii) fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores; (iii) fiscalização pela ANP da utilização da marca; (iv) responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa; (v) experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são

commodities; (vi) possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

Este documento está organizado em cinco seções, incluindo esta Introdução.

Na Seção 2 realiza-se breve apresentação da cadeia de comercialização de combustíveis líquidos no Brasil, destacando o marco regulatório vigente e detalhando as características estruturais da evolução no número e no tipo de *players* envolvidos, as principais barreiras à entrada nos diferentes elos da cadeia de distribuição e sua evolução recente.

Na Seção 3, a partir de um modelo de firmas dominantes, é analisada a interação competitiva entre as grandes distribuidoras atacadistas e suas concorrentes menores. No caso da distribuição de combustíveis, a implementação de *limit pricing* (ou preços limite) no varejo seria a estratégia de contenção do crescimento das participações de mercado das concorrentes atacadistas ou do ingresso de novos *players* que melhor se adequam à descrição da evolução estrutural nesta indústria na última década. A operacionalização dos preços limite no mercado de varejo para controlar a expansão da oferta atacadista, depende da capacidade de interferência direta e cirúrgica de grandes atacadistas no mercado a jusante, o que parece viável através de mecanismos de restrição vertical de alta potência, sem excluir o uso de práticas de discriminação de preços e de preços predatórios. Conclui-se a seção analisando o papel e os limites das restrições verticais como instrumentos justificáveis com base em ganhos de eficiência e benefícios aos consumidores.

Na Seção 4 é feita uma análise concorrencial do setor de combustíveis no Brasil. As práticas denunciadas apontam existência de busca e abuso de posição dominante (Lei 12.529/2011, art. 36, II. III) por parte das distribuidoras atacadistas, que implementariam estratégias de limitação de acesso e impedimento de desenvolvimento de concorrentes (art. 36, §3º, III e IV) operacionalizadas pela limitação, falseamento e prejuízo à livre concorrência (art. 36, I). A excludente de dominação de mercado motivada apenas por eficiência (art. 36, §1º) parece descartada. Em tese, bem caracterizável à ilícita fixação de preços ou margens de revenda (art. 36, §3º, IX) e à imposição de dificuldades à

continuidade ou ao desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se às cláusulas e às condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais (art. 36, §3º, XII).

Na Seção 5 são analisados os diversos itens que serão abordados nas TPCs.

Finalmente, a Seção 6 é dedicada às principais conclusões deste Parecer, indicando, a partir da lógica da estratégia de preços limite e das restrições verticais encontradas nos contratos de distribuição exclusiva por varejistas de bandeira, possíveis encaminhamentos para a indução de referenciais mais competitivos nesta indústria, estimulando o aproveitamento de eficiências e melhor distribuição de benefícios aos consumidores e à sociedade.

Este documento foi elaborado com base em fontes públicas, devidamente citadas ao longo do texto e na bibliografia referenciada.

2 DISTRIBUIÇÃO DE COMBUTÍVEIS NO BRASIL

O objetivo desta seção é descrever a cadeia de distribuição de combustíveis líquidos no Brasil e discutir as principais barreiras à entrada nos segmentos atacadista e varejista que condicionam a entrada e o desempenho dos diferentes agentes envolvidos.

A seguir são organizados os dados da evolução estrutural da indústria entre 2000 e 2016, constatando forte concentração no segmento dominante, com simultâneo encolhimento da participação de mercado das distribuidoras atacadistas médias e pequenas, associado à pulverização dos pontos de varejo desvinculados das grandes marcas.

2.1 A cadeia de distribuição

A indústria de combustíveis líquidos envolve o complexo de atividades associadas à extração, refino, produção, armazenamento e distribuição de carburantes líquidos derivados do petróleo e de biocombustíveis (biodiesel e etanol).

Após a publicação da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997 (“Lei do Petróleo”), medidas firmes no sentido de promover a liberalização do setor petrolífero brasileiro, iniciada em 1996, foram implementadas, prevalecendo um regime de liberdade de preços proximamente regulado pela ANP, entidade federal responsável pela avaliação e concessão das autorizações necessárias para atuar em todos os segmentos da cadeia de combustíveis.

O Quadro 1 apresenta um esquema básico do encadeamento desta indústria, enfatizando os elos da distribuição no atacado e varejo, de especial interesse para este trabalho.

A distribuição de combustíveis líquidos inicia com a aquisição combustíveis líquidos de refinarias de petróleo, centrais petroquímicas, usinas sucro-alcooleiras ou

importadores, quando necessárias ficando a cargo das distribuidoras atacadistas as atividades de mistura e aditivação dos diferentes combustíveis antes da comercialização.

Os combustíveis prontos para a comercialização são armazenados em tanques reservatórios das distribuidoras atacadistas localizados em bases primárias¹, usinas ou terminais de importação, podendo ser transportados para bases de distribuição secundárias por conveniência logística. O transporte para ou entre bases é realizado por meio de caminhões tanque, navios de cabotagem, vagões ferroviários ou por dutovias.

Das bases de distribuição atacadistas ocorre o suprimento aos revendedores varejistas (postos de combustíveis), aos transportadores retalhistas (“TRR”s) ou aos consumidores finais, nesta etapa de distribuição predominando transportes por via rodoviária.

O atendimento ao varejo de combustíveis é predominantemente feito através dos postos revendedores autorizados. A possibilidade de comercialização por TRRs – que adquirem combustíveis diretamente das distribuidoras atacadistas ou de outros TRRs – é restrita ao atendimento de usuários finais que disponham de reservatórios de armazenamento próprios e limitada à venda de óleo diesel.

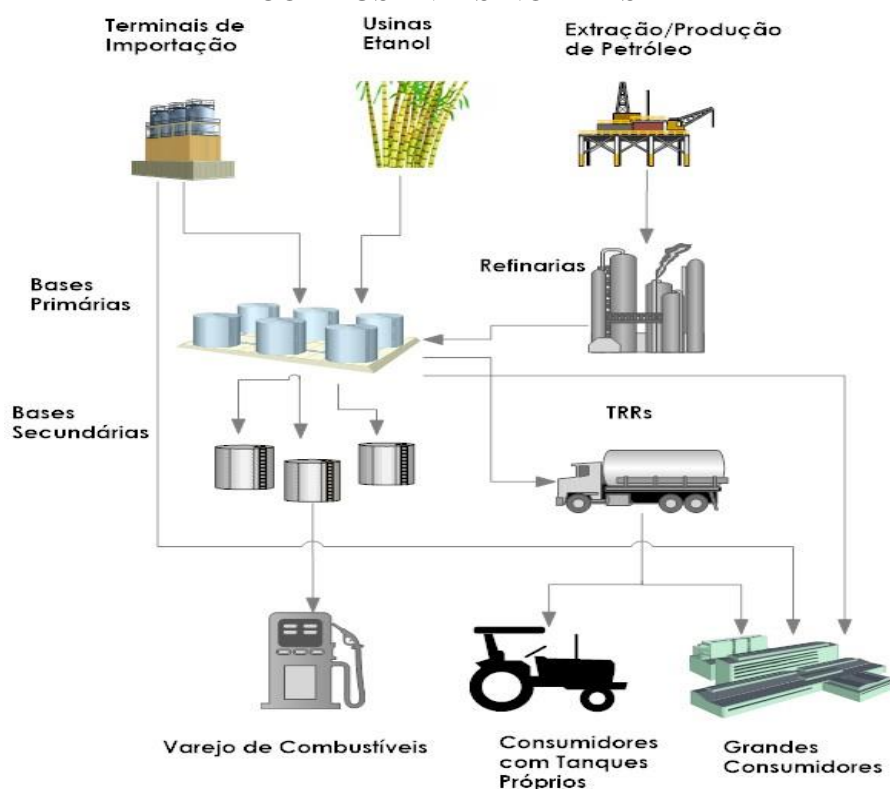
Pelas normas brasileiras, desde a Portaria MME nº 09/97, em posição ratificada pela Portaria ANP nº 58/14, as distribuidoras atacadistas estão impedidas de operar diretamente pontos de venda de varejo, bem como, participar no quadro de sócios de revendedor varejista, ressalvados os postos escola. Grandes consumidores, habilitáveis inclusive à importação direta de combustíveis, (Resolução ANP nº 34/2007) e com

¹ As bases são denominadas primárias quando supridas diretamente por refinarias ou terminais de importação. As bases secundárias são as que recebem combustíveis por transporte a partir de bases primárias.

capacidade de armazenamento igual ou superior a 15 m³ podem adquirir combustíveis diretamente das distribuidoras atacadistas.

Conforme se verá mais abaixo, as TPC no. 3 e no. 4 da ANP têm por finalidade verificar se é conveniente para o mercado a aumento na atuação dos TRRs, bem como se seria conveniente acabar com a restrição dos produtores e distribuidores também atuarem diretamente no varejo.

QUADRO 1: CONFIGURAÇÃO DE REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL



Elaboração: GO Associados.

A Resolução ANP nº 41/2013 replica os termos da Portaria ANP nº 116/2000 ao explicitar os termos da proibição da atuação de distribuidores (atacadistas) na revenda de combustíveis por varejo nos termos de seu art. 26:

“Do Exercício da Atividade de Revenda Varejista de Combustíveis Automotivos por Distribuidor

Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

§ 1º O caput do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores, devendo observar a regulamentação referente ao exercício da atividade de posto revendedor escola.

§ 2º O revendedor, de que trata o parágrafo anterior, deverá atender as disposições desta Resolução e possuir autorização específica da ANP, como posto revendedor escola.” (Resolução ANP Nº 41 de 05/11/2013)

Fica bem estabelecida, dessa forma, a política regulatória de “divorcement” societário entre atacado e varejo de combustíveis no país, muito embora encontra-se poucos obstáculos normativos para que as referidas distribuidoras, usando mecanismos contratuais restritivos, consigam controlar de fato as atividades varejistas dos postos que operam sob exclusividade de revenda, conforme discutido na Seção 3.

A recente greve dos caminhoneiros, e as preocupações do Cade, estão provocando a discussão se essa política regulatória deve permanecer, ou ser alterada, permitindo que as empresas que atuam no atacado também possam atuar no varejo.

2.2 Barreiras à entrada na distribuição de combustíveis

Uma adequada compreensão das barreiras à entrada e saída na cadeia de distribuição de combustíveis é passo essencial à compreensão dos padrões de competitividade nesta indústria que, pela natureza essencial e baixa substitutibilidade dos produtos comercializados, fica bastante exposta a abusos de poder de mercado e às práticas concorrencialmente ilícitas.

Genericamente, barreiras à entrada são quaisquer custos de longo prazo percebidos por entrantes potenciais, mas que não afetam as firmas incumbentes. Costuma-se considerar como obstáculos à contestação tanto os impedimentos diretos à entrada em determinado mercado como também os óbices à saída deste mercado, por arrendimento ou desinteresse, após a incursão².

Com efeito, existência de significativas barreiras à entrada/saída de novos concorrentes ou à expansão da oferta das firmas ativas em determinado mercado (incumbentes) é condição necessária para a viabilidade do exercício abusivo de poder de mercado. Sem estas barreiras a existência de lucros anormais ou supra competitivos induziria rápida expansão da oferta por novos produtores ou prestadores, em processo que apenas cessaria quando se retorna a padrões normais de lucratividade.

As barreiras à entrada/saída servem, desta forma, como escudo que protege as firmas incumbentes da concorrência, reduzindo a possibilidade de contestação descentralizada e livre por outros agentes interessados. Já madura e bem testada empiricamente, a Teoria dos Mercados Contestáveis de Baumol, Willig & Panzar (1982) baliza, há décadas, as atividades regulatórias e de defesa da concorrência ao redor do mundo. Neste referencial teórico, a redução das barreiras ao ingresso nos mercados se reafirma como meio de elevada eficácia para o restabelecimento e preservação de padrões competitivos socialmente desejáveis em mercados sujeitos a comportamentos de abuso de poder de mercado.

No mercado de distribuição de combustíveis as barreiras à entrada/saída podem ser classificadas em três grandes grupos:

² Nestes termos, fala-se em barreiras à entrada e/ou saída como quaisquer fatores que impeçam a implementação de estratégias do tipo “*hit and run*” por entrantes potenciais, caracterizadas pela possibilidade de entrada livre e sem custos de arrendimento, sempre que no mercado alvo houver a possibilidade de obtenção de lucros ou rendas extraordinárias.

- (i) Regulatórias;
- (ii) Por Economias de Escala;
- (iii) Estratégicas.

Embora estas barreiras existam tanto no atacado quanto no varejo da distribuição, enfatizam-se as do segmento mais a montante da cadeia por serem significativamente maiores e importantes ao presente argumento.

2.2.1 Barreiras regulatórias

Regulamentada pela Portarias ANP n.º 58/14, as barreiras regulatórias à participação na distribuição atacadista de combustíveis exigem do entrante potencial:

- (i) Comprovação de capital social mínimo de quatro milhões e quinhentos mil reais;
- (ii) Comprovação de capacidade financeira para dar cobertura às operações de compra e venda de produtos,
- (iii) Comprovação de posse de base (própria ou arrendada) com capacidade mínima de armazenamento de setecentos e cinquenta metros cúbicos;
- (iv) Comprovação de regularidade da empresa perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (“SICAF”)
- (v) Impedimento de operação direta de revenda varejista.

Considerando a dimensão do mercado brasileiro, os valores e volumes mínimos fixados pelo regulador como condicionantes da entrada de novos distribuidores, estas barreiras regulatórias não aparecem como restrições significativas para interessados em entrar nesta indústria. Pelo contrário, ao permitir o fácil ingresso de operadores atacadistas de pequeno porte no setor, estas regras regulatórias facilitam a elevação de barreiras estratégicas por parte das grandes distribuidoras, que enfrentam concorrência pulverizada e frágil no atacado.

2.2.2 Barreiras por economias de escala

A distribuição de combustíveis por atacado é atividade em que se pode aproveitar de expressivas economias de escala. As economias de escala se manifestam na redução dos custos médios de distribuição por decorrência do aumento da escala ou volumes da operação.

As mais importantes fontes economias de escala na distribuição de combustíveis são tecnológicas, estando associadas às reduções mais do que proporcionais nos custos médios de armazenamento, carregamento e transporte dos fluidos quando se aumenta a escala de produção. Tanques de armazenamento de combustíveis são equipamentos cujo custo de uso cai sensivelmente à medida que o volume dos reservatórios aumenta. Da mesma forma, em bases com diversos tanques e bicos de carregamento, perde-se menos tempo nas operações de carga e descarga de combustíveis, o que redundando em expressivas vantagens de custo para o distribuidor que trabalha em alta escala.

No transporte, distribuidores com bases estrategicamente posicionadas junto aos fornecedores, portos e principais centros de consumo se aproveitam de maior flexibilidade logística, minimizando as distâncias de viagens e facilitando otimização de cargas. A operação em larga escala viabiliza, ainda, o uso de modais dutoviários, ferroviários e de cabotagem, que apresentam custos significativamente menores do que o rodoviário.

As grandes atacadistas em operação costumam ter boas perspectivas de retorno para investimentos em campanhas de marketing para diferenciação de marca com abrangências nacional. Tais investimentos, também associados a economias de escala expressivas e irrecuperáveis em caso de frustração, são proibitivos para atacadistas menores.

Há, por fim, que se considerar as economias de escala pecuniárias, decorrentes das vantagens negociais da aquisição de volumes expressivos de combustíveis junto a fornecedores, bem como na compra de equipamentos e materiais.

Este amplo conjunto economias de escala existentes na distribuição atacadista de combustíveis redonda em barreiras à entrada/saída cuja transposição depende de investimentos expressivos, demorados e, em boa medida, irreversíveis. Como consequência, as grandes distribuidoras atacadistas que já atuam no mercado têm condições de prestar serviços de distribuição com importantes vantagens absolutas de custo em relação a distribuidoras menores ou aos entrantes potenciais.

A operação em baixos volumes, por não se valer suficientemente de economias de escala, ocorre com custos médios significativamente mais elevados e passa a ser empreitada com baixas perspectivas de retorno. Para as pequenas distribuidoras não há margem para investimentos de vulto em frotas, tanques ou marketing e para potenciais entrantes, entendida a dificuldade de recuperar gastos desta natureza no caso da frustração com sua entrada, as barreiras ao acesso do segmento da distribuição em larga escala são de difícil transposição.

2.2.3 Barreiras estratégicas

Sob a rubrica das barreiras estratégicas estão as condutas implementadas pelos agentes com poder de mercado na indústria com a finalidade de desestimular ou impedir o surgimento de novos concorrentes que possam contestar o domínio de mercado das grandes incumbentes e, dessa forma, reduzir as rendas de monopólio existentes na indústria.

Distinguem-se aqui entre dois tipos de distribuidoras: (i) aquelas que têm expressivas vantagens absolutas de custos e já operam em larga escala no país e (ii) as demais, incumbentes ou entrantes potenciais, interessadas em ingressar no lucrativo segmento da distribuição de combustíveis em larga escala. Pelo diferencial de custos e escala em que produzem, as grandes atacadistas em operação podem ser caracterizadas por (i) “firmas dominantes” em contraposição às demais ofertantes incumbentes que serão

denominadas firmas (ii) “franja” ou “marginais”, conforme convenção teórica usada no modelo de firma dominante³.

A classificação proposta facilita uma primeira apresentação das estratégias de preço-limite, de preços predatórios, de restrições contratuais à entrada e de elevação dos custos de rivais. As referidas estratégias, como será visto posteriormente, são em gênero enquadráveis como ilícitos concorrenciais pela legislação de defesa da concorrência no Brasil, dependendo da prévia existência de poder de mercado e operacionalizadas para preservar ou ampliar este poder pelas firmas dominantes.

Originalmente identificada por Bain (1956), a estratégia de apreçamento limite (*limit-pricing*) consiste na redução deliberada dos preços cobrados por firmas que percebem lucros extraordinários com a finalidade de reduzir a atratividade do mercado em que atuam e postergar ou impedir a entrada de novos concorrentes. Esta ação estratégica tende a ser efetiva quando a firma ou um cartel dominante dispõe de suficientes vantagens de custos para reduzir seus preços ao limite que deixaria de atrair novos entrantes e ainda assim sendo lucrativa. Desta forma estes agentes com poder de mercado trocam lucros extraordinários máximos em período curto, que tenderiam a desaparecer com a entrada de novos concorrentes, pela possibilidade de auferir rendas de monopólio menores a cada período, mas máximas quando se consideram os efeitos do postergar a entrada de concorrentes ou retardar o crescimento de empresas incumbentes.

Estratégias de preço-limite ganham potência quando as firmas dominantes dispõem de capacidade ociosa e tornam crível a ameaça de ampliação de produção e vendas caso um entrante potencial ameace seu mercado, conforme bem apontou Dixit (1980). Neste caso, o receio dos entrantes potenciais com a possibilidade de retaliação da

³ Uma discussão mais detida do “Modelo de Firma Dominante” é realizada na Seção 3.

firma dominante, em especial quando a entrada envolver investimentos irrecuperáveis, tende a ser eficaz para preservar a situação de *status quo*.

Estratégias de redução dos preços para níveis abaixo dos custos de produção, os denominados “preços predatórios”, são variantes mais agressivas das práticas de preços-limite que não apenas coíbem a entrada como também podem servir para expulsar concorrentes em atuação. Como a empresa “predadora” tem que arcar com prejuízos durante a implementação da estratégia e pela possibilidade de ingresso ou retorno dos concorrentes após o restabelecimento de preços mais altos, existem riscos envolvidos na recuperação dos “investimentos” predatórios que tornam a prática menos atrativa.

O uso da predação por grandes firmas atacadistas da distribuição que tenha como alvo postos de varejo concorrentes, todavia, é bastante factível. Neste contexto, as reduções de preços são pontuais e transitórias, mirando mercados relevantes de bairros ou municípios, onde a capacidade de enfrentamento dos potenciais entrantes é baixa e são pouco expressivos os “investimentos” na predação. Estes “investimentos”, inclusive, podem ser recuperados pela construção de uma reputação agressiva da atacadista ou de sua marca que extrapola os limites de uma cidade ou região, reduzindo o interesse de potenciais contestadores de varejo e desestimulando o retorno de varejistas eventualmente expulsos do negócio.

Adicionalmente, entendido que a localização dos postos de varejo é determinante nas perspectivas de retorno dos revendedores locais, o controle dos terrenos ou localizações mais privilegiadas pelas marcas atacadistas - dificultando a troca de bandeiras ou a retirada de equipamentos usados naquelas instalações - podem ser estratégias contratuais eficazes contra a entrada de novos varejistas ou a perda de participação de mercado pelas grandes marcas. A imposição destas restrições ou o uso de penalidades exageradas para o rompimento de contratos, bloqueando a entrada ou elevando os custos dos rivais, são estratégias de implementação relativamente simples, conquanto sujeitas a riscos jurídico-concorrenciais de acordo com a jurisdição envolvida.

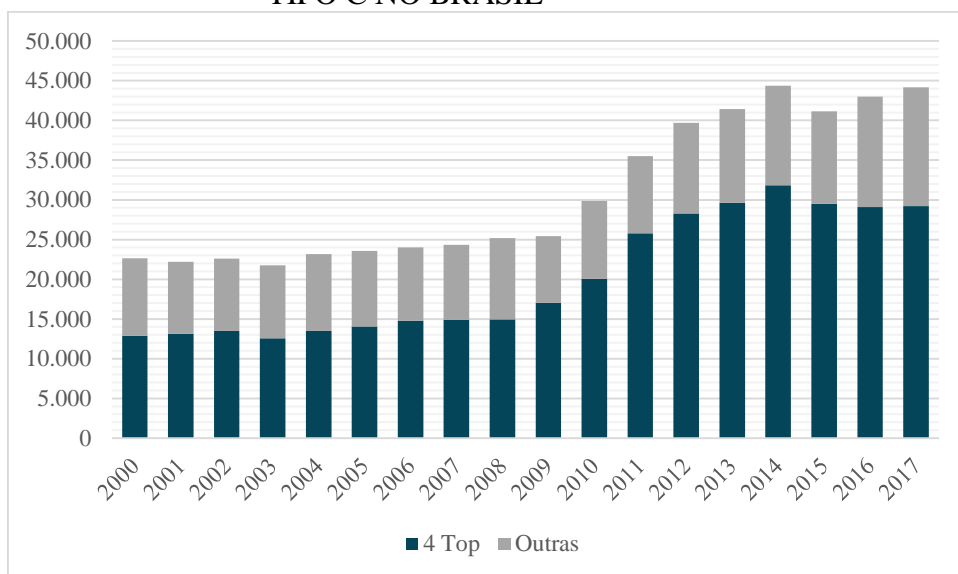
2.3 Concentração no mercado de distribuição varejista e atacadista

Com base no exposto, é interessante avaliar a evolução do setor de distribuição de combustíveis a partir de aspectos concorrenciais que demonstrem a concentração de mercado, e como essa se desenvolveu ao longo dos anos.

Para esta análise foram utilizados dados anuais de vendas da Gasolina Tipo C no período de 2000 a 2016, publicados nos Anuários Estatísticos da ANP. Observa-se duas tendências bastante claras e sensíveis para o diagnóstico concorrencial a ser realizado na Seção 4, são estas: (i) forte tendência de concentração das vendas entre as quatro maiores distribuidoras atacadistas do país; e (ii) firme fragilização e deslocamento das outras distribuidoras para a margem da indústria, caracterizando um mercado franja, conforme se detalha a seguir.

No Quadro 2, verifica-se um aumento acentuado nas vendas da gasolina tipo C, especialmente entre 2009 e 2014, que alterou o nível da série. Entre 2000 e 2017, o volume (m³) de vendas quase que dobrou, com aumento de 95,1%, o que representa uma taxa de crescimento média anual de 4,3%. Observa-se também que o crescimento mais acelerado se deu no volume de vendas das quatro maiores distribuidoras (“4TOP”), que juntas respondiam por 12.899 mil m³ de gasolina C vendida em 2000 passando para 29.227 mil m³ em 2017, uma expansão de 126,5% ou taxa de crescimento média anual de 5,6%. Ao passo que as demais distribuidoras tiveram crescimento de vendas de 53,36% no mesmo período (taxa de crescimento anual médio de 2,7%).

QUADRO 2: EVOLUÇÃO DAS VENDAS DA GASOLINA
TIPO C NO BRASIL



Fonte: ANP. Elaboração e análise: GO Associados.

Lembrando que este período foi marcado por diversas fusões no segmento das grandes atacadistas⁴, que explicam parte do aumento das vendas entre as quatro maiores distribuidoras, não podendo menosprezar a evolução mais estável no volume de venda

⁴ Foram 7 os principais Atos de Concentração aprovados pelo Cade nos últimos 15 anos no mercado de distribuição:

AC nº 08012.005539/2004-60 (Petrobras Distribuidora/Agip)

AC nº 08012.002820/2007-93 (Petrobras Distribuidora/Refinaria Ipiranga)

AC nº 08012.009025/2008-15 (SBP-Grupo Ultra/Chevron-Texaco Brasil)

AC nº 08012.001656/2010-01 (Cosan/Shell)

AC nº 08012.005716/2008-31 (Exxon Mobil/Cosan)

AC nº 08012.002634/2006-73 (Satélite/Ale)

AC nº 08012.000236/2009-65 (Alesat/Repsol)

das demais distribuidoras. Este cenário evidencia a maior concentração de mercado entre as maiores empresas, e a formalização de um mercado franja mais pulverizado.

Novamente, baseando-se nas participações de mercado das vendas da Gasolina tipo C, o Quadro 3 mostra a evolução dos indicadores de concentração tradicionalmente utilizados em análises concorrenciais para o período de 2000 a 2017. O CR4 é calculado pela soma das participações de mercado dos quatro maiores *players*, neste caso, os grandes distribuidores do combustível. Uma maior concentração do mercado é observada no período, com o aumento de 18,6% (10,6 pontos percentuais) no CR4, de 57,0% em 2000 para 66,2% em 2017.

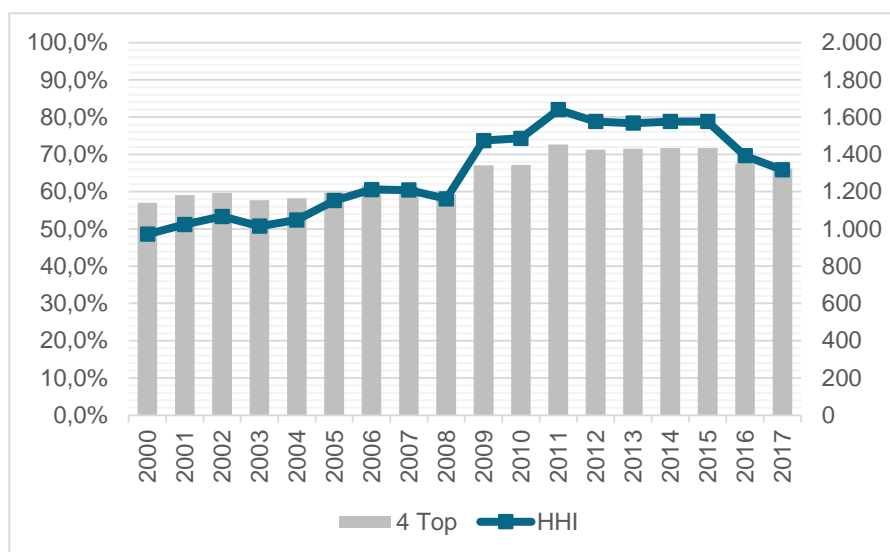
O Índice de Herfindall-Hirshmann⁵ é um critério mais sofisticado para avaliação de concentração de mercado, que reflete um valor entre 0 (concorrência perfeita) e 10.000 (monopólio). O cálculo se dá a partir da somatória do quadrado das participações de mercado de cada empresa. Compreende-se que em valores inferiores à 1.500 o mercado não é concentrado, entre 1.500 e 2.500 é moderadamente concentrado e acima de 2.500 é altamente concentrado. No tocante às vendas de Gasolina tipo C, o HHI sofreu aumento de 43,4% no período de 2000 a 2016, evidenciando uma maior concentração de mercado. Entre 2000 e 2010, o indicador se manteve abaixo de 1.500 e, posteriormente, passou à faixa de concentração moderada, que durou de 2011 a 2015. Nota-se que, em 2016, o índice voltou para a faixa de não concentração (inferior à 1.500), o mesmo ocorrendo em 2017.

É importante destacar que, pela análise estar baseada nas vendas em âmbito nacional, os indicadores apresentados não permitem identificar as concentrações por

⁵ O HHI é calculado como a soma dos quadrados das *shares* de mercado da totalidade das empresas que operam em determinado mercado, variando entre 0 e 10.000. O valor zero traduz um mercado em que não existe qualquer empresa. O valor 10.000 ($=100^2$) indica uma situação de monopólio, em que uma única empresa tem 100% do mercado. Quando o IHH é superior a 2.500 considera-se que o mercado é muito concentrado.

região ou Unidade da Federação⁶. Sabido que as pequenas e médias distribuidoras encontram menos dificuldade de participação de mercado em locais de menor densidade populacional e municípios remotos, é razoável supor padrões de concentração mais agressivos por análise espacialmente desagregada.

QUADRO 3: EVOLUÇÃO DOS ÍNDICES DE CONCENTRAÇÃO NAS VENDAS DA GASOLINA TIPO C NO BRASIL



Fonte: ANP. Elaboração e análise: GO Associados.

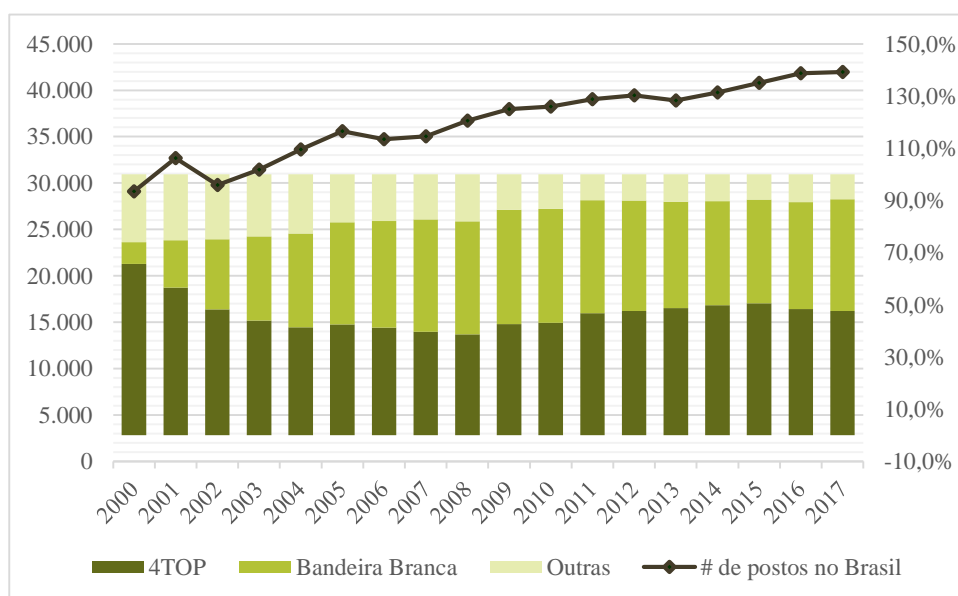
Usando as informações sobre o número de estabelecimentos varejistas em operação no país e a quantidade de postos ligados às quatro maiores bandeiras exclusivas, obtém-se o padrão evolutivo exibido no Quadro 4. Observa-se que entre 2000 e 2017 o número de postos de gasolina passou de 29.111 para 41.984, elevação decorrente da iniciativa de varejistas que atendem diversas bandeiras, denominados os postos de

⁶ Os dados desagregados por região, Estados e Municípios não estão disponíveis no site da ANP.

Bandeira Branca. As grandes bandeiras, contudo, tiveram aumento menos significativo no número de postos de venda, apenas 897 unidades, sendo que durante o período de 2001 a 2017, o total de postos com bandeiras exclusivas foi inferior ao verificado no ano inicial da análise.

No ano de 2000, cerca de 65,7% dos pontos de venda varejistas traziam bandeiras das quatro maiores distribuidoras atacadistas, proporção que despencou para 47,7% em 2017. Interessante notar, que no período surgiram 15.563 postos de Bandeira Branca, enquanto que 3.109 pontos varejistas na categoria “Outras” foram fechados. Desta maneira, infere-se que os estabelecimentos sem exclusividade de bandeira foram os que exibiram a maior taxa de crescimento no período, passando de 2.397 em 2000 a 17.960 em 2017, sendo este provavelmente o único caminho encontrado pelos donos de postos para contornar as severas restrições encontradas nos contratos de exclusividade impostos pelas grandes bandeiras atacadistas.

QUADRO 4: EVOLUÇÃO NO NÚMERO E NAS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO NOS POSTOS DE GASOLINA BRASIL



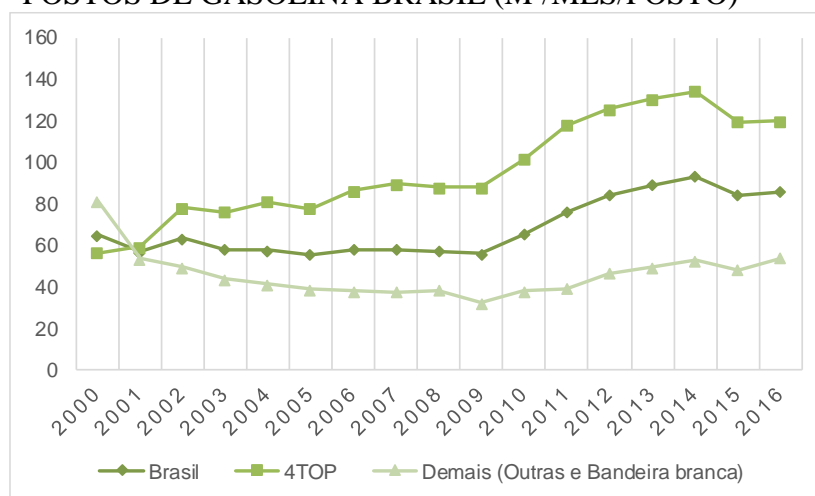
Elaboração: GO Associados.

Conclui-se essa breve apresentação dos dados empíricos sobre a evolução estrutural na cadeia de distribuição de combustíveis no Brasil com uma superposição dos dados de vendas de Gasolina Tipo C às informações de número de estabelecimentos varejistas. Este exercício permite identificar melhor as características dos novos pontos varejistas que foram acomodados no mercado no período sob análise.

Os dados apresentados no Quadro 5 são surpreendentes. Ainda que não seja possível separar as vendas de combustíveis realizadas pelas quatro maiores atacadistas a postos de Bandeira Branca no período⁷, observa-se que os volumes mensais médios de Gasolina Tipo C revendidos no Brasil passou de 64,8 m³ em 2000 para 85,7 m³ em 2016, um acréscimo de 32,3% no período completo. Para as quatro maiores distribuidoras, o aumento foi mais acentuado, de 113,3%, passando de 56,2 m³ em 2000 para 119,8 m³ em 2016. Já para as demais revendedoras varejistas (incluem Outras e Bandeiras Brancas), as vendas médias caíram de 81,2 m³ para 53,7 m³ mensais no mesmo intervalo, com redução de cerca de 34,0%.

⁷ Estas informações não estão disponíveis ao público, de forma que na construção do gráfico trabalhou-se com a hipótese de que não tivessem ocorrido vendas de combustíveis pelas quatro maiores atacadistas a postos desvinculados de suas bandeiras, o que é mera aproximação dos fatos, dado que existem evidências da ocorrência deste tipo de transação.

QUADRO 5: EVOLUÇÃO NAS VENDAS MÉDIAS POR POSTOS DE GASOLINA BRASIL (M³/MÊS/POSTO)



Fonte: ANP. Elaboração e análise: GO Associados.

A drástica redução nas vendas médias dos postos não diretamente ligados às quatro maiores atacadistas é consistente com a acomodação dos 14.731 novos varejistas não exclusivos das grandes distribuidoras no período sob análise. De fato, postos com menores volumes de vendas arcam com custos médios maiores na sua prestação, o que implica compressão das margens de lucro e deslocamento para regiões consumidoras menos atrativas, reduzindo as chances de concorrência que possa incomodar as grandes distribuidoras.

Para uma análise mais aprofundada dos mecanismos estratégicos subjacentes às alterações estruturais em curso no mercado brasileiro de distribuição de combustíveis será útil a exposição de alguns conceitos teóricos da economia da concorrência, ao que se passa a seguir.

3 MODELO DA FIRMA DOMINANTE, BARREIRAS ESTRATÉGICAS E RESTRIÇÕES VERTICAIS

O objetivo desta seção é apresentar de forma sintética e – no que possível – didática de modelos e conceitos teóricos úteis à análise das questões concorrenciais em tela.

Em função da complexidade da indústria de distribuição de combustíveis e considerando as importantes alterações estruturais observadas após a liberalização do setor, a compreensão e admissibilidade lógica da existência de condutas anticompetitivas por parte das grandes atacadistas atuantes nesta indústria muito se aproveita do suporte lógico da teoria econômica aplicável.

Inicialmente, cuida-se do modelo de firma dominante, que trata da situação na qual convivem em determinado mercado uma ou poucas firmas com poder de mercado e um grupo de firmas franja competitivas. Logo a seguir, aproveita-se o referencial lógico do modelo para aprofundamento conceitual do propósito das condutas estratégicas de preço-limite, de preço predatório e de elevação dos custos de rivais.

No bloco final desta seção, aborda-se a problemática dos contratos envolvendo restrições verticais, contrapondo os argumentos de ganho eficiência e benefícios sociais que os justificam aos riscos e problemas concorrenciais que podem acarretar.

3.1 Modelo de firma dominante

Schenzler *et alii* (1992) traçam o surgimento do Modelo de Firma Dominante ao trabalho do economista alemão Forchheimer⁸, publicado em 1908 sob a denominação de

⁸ Forchheimer, K. 1908. “*Theoretisches zum unvollständigen Monopole.*” (*Schmollers Jahrbuch, für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 32: 1-12.

“monopólio incompleto”. A estrutura lógica de referência nos estudos modernos sobre o tema, contudo, é atribuída ao Nobel George Stigler (1940). O arcabouço do modelo de firma dominante é especialmente útil na análise de estratégias de preço-limite, na tradição iniciada por Bain (1949), e atualmente estendida a aplicações mais sofisticadas, envolvendo diversos períodos e assimetria informacional como, por exemplo, em Milgron & Roberts⁹ (1982).

No Modelo de Firma Dominante considera-se a existência de dois tipos de ofertantes: (i) firmas dominantes – que conseguem produzir um bem ou serviço com vantagens absolutas de custos de difícil replicação por concorrentes e suficiente para lhes garantir algum poder de mercado – e (ii) firmas franja (ou marginais) – que atuam de forma competitiva, usando tecnologias facilmente acessíveis e incapazes de interferir individualmente nos preços de mercado do produto ou serviço.

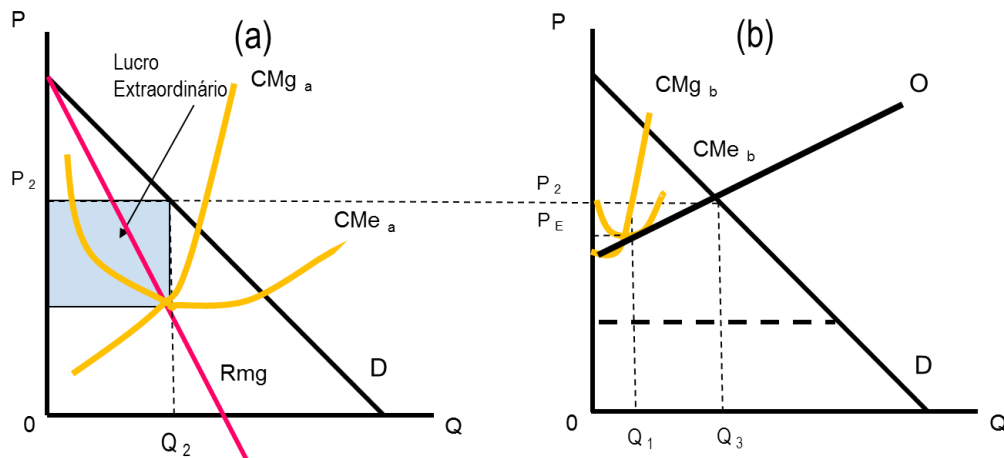
3.1.1 Passos preparatórios

Por simplicidade, expõe-se a lógica básica do modelo supondo o caso de um produto homogêneo¹⁰, o que permite usar uma mesma curva de demanda (D) para ilustrar os problemas com os quais se defrontam a firma dominante e as firmas franja. Como procedimento preparatório, o Quadro 6 apresenta, em separado, os problemas de oferta (a) de um monopolista (ou cartel) e (b) de firmas competitivas.

⁹ Para uma *survey* mais abrangente, ver Gilbert (1989).

¹⁰ A hipótese de homogeneidade corresponde a ideia de inexistência, sob a perspectiva dos demandantes, de diferenças qualitativas entre os produtos ofertados em determinado mercado.

QUADRO 6: DECISÕES DE OFERTA SOB MONOPÓLIO (A) E CONCORRÊNCIA PERFEITA (B)



Elaboração: GO Associados.

Em grandes linhas, os problemas de oferta dos dois tipos de firma são racionalizáveis pelo mesmo objetivo: a busca de lucros máximos em determinado período de produção. Analiticamente, pode-se mostrar que a maximização dos lucros ocorre quando as Receitas Marginais (RMg) de uma firma se igualam a seus Custos Marginais (CMg)¹¹.

Se os custos marginais são os referenciais usados determinar a escolha da quantidade que maximiza os lucros, estes lucros são calculados pela diferença entre os preços recebidos e os custos unitários (ou médios) de produção, multiplicada pela quantidade produzida, ou seja, pela diferença entre as Receitas Totais e Custos Totais. A suposição da existência de vantagens absolutas de custos para as firmas dominantes transparece no posicionamento da curva de custos médios da firma dominante (CMe_a) em

¹¹ Entendidos estes conceitos como os valores das variações nas Receitas Totais e Custos Totais decorrentes de pequenas (marginais) variações nas quantidades produzidas. Se os lucros forem máximos sob a oferta de determinada quantidade, aumentos ou reduções marginais neste montante de produção não podem aumentar os lucros da empresa, como ocorreria com um aumento da produção se $RMg > CMg$ ou com uma redução, caso $RMg < CMg$. Desta forma, para que os lucros sejam máximos, é condição necessária de $RMg = CMg$.

nível inferior à das firmas franjas típicas (CMe_b), conforme ilustrado nos gráficos (a) e (b), respectivamente, do Quadro 6.

Cuidou-se, ainda, de desenhar para a firma dominante uma curva de custos médios (CMe_b) que exibisse aproveitamento de economias de escala em uma larga de faixa de produção – da origem até Q_2 no gráfico (a). As firmas franjas, diferentemente, percebem reduções nos custos médios em faixa de produção mais estreita, o que é compatível com uma operação sujeita a maiores restrições de equipamentos ou logística, quando comparada à da firma dominante.

Para as firmas franja, aqui tidas como perfeitamente competitivas, as Receitas Marginais são definidas pelos preços de mercado que, para elas, são dados. No diagrama (b), estes preços são encontrados no cruzamento da curva de oferta (O) e demanda (D) de mercado e iguais a P_2 . A oferta competitiva (O) é definida pela soma das ofertas individuais de todas as firmas franja em atuação neste mercado, tendo sido ilustrada com inclinação positiva para refletir os custos de produção crescentes do conjunto destas firmas. Ao preço de mercado P_2 , a firma franja para a qual se desenhou, exemplificativamente, as curvas de custos médios (CMe_b) e marginais (CMg_b), maximizaria os lucros ao produzir a quantidade Q_1 , que corresponde ao ponto em que $RMg_b = CMg_b$.

Um monopolista ou cartel que fosse o único ofertante deste produto não encontra uma referência definida de preço mercado, como ocorre no caso das firmas competitivas. Quem define o preço a ser cobrado pelo produto ou serviço é o próprio monopolista ao escolher a quantidade que ofertará. Firms com poder de mercado conseguem alterar e fixar preços e quantidades, por definição. Na busca dos lucros máximos, o monopolista escolherá a quantidade que satisfaz à condição $RMg_a = CMg_a$ que, no gráfico (a), é representada por Q_2 . Note-se que a curva de receita marginal do monopolista é negativamente inclinada, já que para vender quantidades maiores terá que aceitar preços médios mais baixos, conforme o perfil da curva de demanda (D). A escolha de Q_2 corresponde à comercialização do produto ao preço P_2 , neste caso bastante superior aos

custos médios de produção, propiciando um lucro extraordinário exibido na área hachurada do gráfico (a).

É importante notar que a igualdade dos preços de equilíbrio mostrados nos dois gráficos do Quadro 6 é meramente circunstancial, aqui decorrente de mera conveniência gráfica. As situações exibidas nos gráficos (a) e (b) são bastante distintas do ponto de vista qualitativo e nos impactos sociais esperados em cada uma delas.

Deve-se ter claro que o monopolista apenas conseguirá manter sua lucratividade anormal se estiver protegido por barreiras que impeçam a entrada de concorrentes ou entrantes potenciais. O aumento da oferta no mercado não protegido por barreiras traria reduções de preços praticados até o desaparecimento das oportunidades de obtenção de lucros supra-competitivos. Como no segmento competitivo, estas barreiras à entrada inexistem ou são baixas, no Quadro 6 (b) a concorrência de mercado é bastante para garantir que, no decorrer do tempo, os lucros econômicos percebidos pelos ofertantes serão normais.

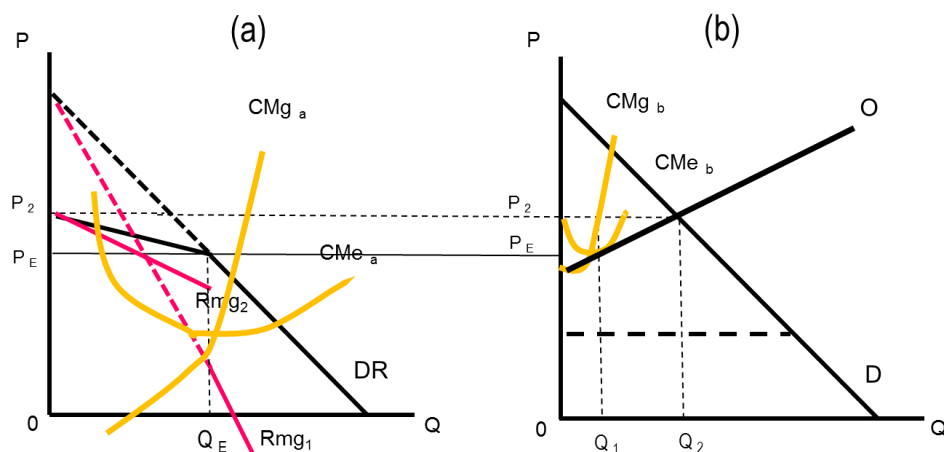
3.1.2 Construção do modelo

No modelo de firma dominante a demanda de mercado é suprida conjuntamente por firmas (i) com poder de mercado, ditas dominantes, e por firmas (ii) competitivas, referidas por franjas ou marginais. A construção deste modelo consiste da aglutinação dos problemas descritos separadamente nos diagramas (a) e (b) do Quadro 7. Como a decisão de produção pelas firmas competitivas é relativamente mecânica, basicamente descrita pela regra de escolha de quantidades dada por $RMg=P=CMg$, a firma dominante incorpora e considera esta informação em seu problema de oferta. O que o monopolista dominante faz é descontar da demanda de mercado (D) a parcela que será atendida pelas firmas franja, tomando a demanda de mercado não suprida por suas concorrentes franja como uma demanda exclusiva, de monopólio.

O processo de construção do modelo de firma dominante é ilustrado no Quadro 7, a partir dos problemas de oferta já analisados no Quadro 6. É importante chamar a atenção, agora, para o fato de que a existência de oferta competitiva (franja) somente

ocorre a partir do preço P_E . Este preço equivale ao custo médio mínimo de produção da firma franja que consegue produzir o produto ou serviço com maior vantagem de custos, sendo conhecido por preço de entrada ou preço de fechamento. Abaixo de P_E não há oferta positiva pelas firmas franja, de forma que a demanda residual a ser atendida pela firma dominante é igual à demanda total de mercado. Acima de P_E , alternativamente, as quantidades ofertadas pelas firmas competitivas são positivas, crescendo conforme o preço se aproxima de P_2 , quando toda a demanda de mercado poderia ser atendida por estas firmas.

QUADRO 7: CONSTRUÇÃO DA CURVA DE DEMANDA QUEBRADA



Elaboração: GO Associados.

Observa-se no gráfico (a) do Quadro 7 a entrada das firmas franja no mercado introduz de uma quebra na curva de demanda com a qual se depara a firma dominante, que é conhecida como Curva de Demanda Residual (DR). No trecho abaixo do preço de entrada das firmas franja (P_E), a DR é idêntica à curva de demanda de mercado (D), permanecendo válida a curva de receita marginal de monopólio (RMg_1) para referenciar as decisões de oferta. Já na faixa entre P_E e P_2 , a demanda residual da firma dominante tem inclinação menor do que a da demanda de mercado, deixando de existir acima de P_2

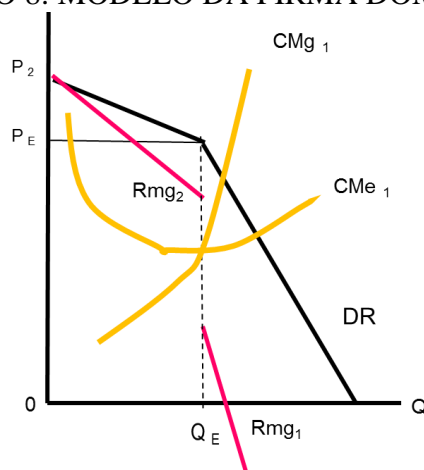
e definindo uma curva de receita marginal também menos inclinada, referenciada no gráfico por RMg_2 .¹²

Efetivamente, a existência de firmas franja reduz o poder de mercado da firma ou cartel (dominante) já que, com a concorrência marginal, não lhe será possível vender produtos a preços maiores do que os praticados pelas firmas competitivas, ou seja, acima de P_E .

3.1.3 O modelo completo

No Quadro 8, reapresenta-se o esquema do modelo de firma dominante em dimensão maior e sem as curvas tracejadas que facilitaram sua comparação com a situação de monopólio puro. Existe flexibilidade para adaptar o gráfico do modelo de firma dominante a diferentes contextos, dependendo (i) do perfil da demanda de mercado, (ii) da existência de diferenciação de produtos e (iii) do grau de vantagens absolutas de custos percebido pela firma dominante.

QUADRO 8: MODELO DA FIRMA DOMINANTE



Elaboração: GO Associados.

¹² A existência de uma descontinuidade vertical nas curvas de receita marginal da firma dominante RMg_1 e RMg_2 é uma característica importante do modelo. Nesta faixa descontínua os preços são rígidos e iguais a P_E , independentemente de alterações nos custos marginais de produção.

De especial interesse para este Parecer, observa-se que a redução do poder de mercado e o potencial de perda de rendas extraordinárias de uma firma dominante quando comparada a um monopolista sem concorrentes depende essencialmente das suas vantagens de custos em relação às firmas franja.

Sendo factível a oferta de produtos pela firma dominante a preços menores do que P_E , como é o caso no gráfico acima, sua posição monopolista estaria assegurada desde que as firmas franjas ou entrantes potenciais não lograssem reduzir seus custos de produção, por investimentos em fatores de produção ou aperfeiçoamentos tecnológicos que lhes permitisse reduzir os custos médios mínimos de produção e, por consequência, os preços de entrada no mercado. Adicionalmente, deve-se considerar o interesse de empresas na contestação direta do segmento dominante de mercado, entrando com produção em larga escala que, todavia, costuma depender de elevados investimentos e riscos empresariais.

3.2 Barreiras estratégicas

3.2.1 Preço-limite

Os incentivos para a ocorrência destes investimentos e para o ingresso de concorrentes de porte ou marginais são tão maiores quanto maiores forem as rendas extraordinárias percebidas pelas firmas dominantes. Sendo expressivas as rendas, a contestação tende a ocorrer inexoravelmente à medida que o tempo passa.

É neste contexto que se coloca discussão das estratégias de preço-limite e do interesse das firmas dominantes na obstaculização do crescimento de firmas incumbentes e da entrada de novos concorrentes.

Pelas estratégias de preço limite o que se procura fazer é reduzir o interesse de outras firmas em entrar no negócio lucrativo das firmas dominantes. Uma alternativa neste sentido seria praticar preços inferiores aos que maximizariam os lucros monopolistas no curto-prazo, trabalhando com excedentes menos expressivos, conquanto

ainda maiores do que os custos médios de produção, no intuito protelar ou atrasar iniciativas de concorrentes por um ingresso rápido no mercado.

Estratégias de preço-limite que reduzam significativamente os preços finais podem parecer vantajosas aos consumidores, mas não deixam de representar manipulação e falseamento de preços tida como prática concorrencialmente ilícita no Brasil e em outras jurisdições. Tais estratégias podem ser pontuais e transitórias, mirando entrantes específicos, ou serem entabuladas por períodos mais prolongados, quando a existência duradoura de lucros extraordinariamente altos tenderia a acelerar a contestação e diminuir, em horizonte de tempo amplo, o valor presente das rendas monopolísticas percebidas pela firma dominante.

Firmas dominantes comumente aliam a prática de preços limites a investimentos próprios em capacidade ociosa, em conduta que torna bastante arriscadas iniciativas de ingresso por entrantes potenciais. A potencialização do instrumento de manipulação decorre da facilidade de retaliação que uma firma dominante com excesso de capacidade dispõe caso um concorrente de porte efetivamente conteste seu mercado privilegiado. Como os grandes entrantes potenciais precisam realizar investimentos elevados, parte deles representando custos de difícil recuperação (*sunk costs*) em caso de arrependimento ou decisão de saída do mercado, estes concorrentes dependem de volume significativo de vendas para diluir custos fixos e operar com custos médios baixos e competitivos. Tendo a firma dominante capacidade de produção sobre dimensionada e já atuando no mercado, conseguiria com certa facilidade aumentar sua oferta e oferecer produtos a preços inferiores aos custos dos entrantes potenciais em início de operação.

3.2.2 Preço predatório

Há que se falar, ainda, da possibilidade de apreçamento predatório por parte de firmas dominantes, assim entendida a prática de vender produtos abaixo dos custos pelos quais foram produzidos. Este tipo de prática exige, à diferença das estratégias de preço-limite, a disposição de trabalhar com prejuízo nas vendas por certo período, esperando com isto expulsar ou fragilizar concorrentes já em atuação no mercado. Uma estratégia de preços predatórios abrangente apenas teria racionalidade no caso de ser possível, após

a redução da concorrência, recuperar os “investimentos predatórios”, elevando preços e reavendo, com margens mais dilatadas, os gastos realizados por vendas abaixo dos custos. Há certo consenso na literatura e na prática do antitruste que a prática de preços predatórios se situa em algum lugar entre o raro e o impossível, particularmente quando não houver barreiras à entrada/saída significativas que impeçam o reingresso das firmas expulsas ou a elevação de sua produção quando os preços praticados pela firma predadora voltarem a subir.

Não se pode excluir, todavia, a viabilidade da predação por preços quando esta envolver gastos de menor vulto e períodos curtos. Isto parece ser particularmente factível quando grandes distribuidoras atacadas desejam fragilizar ou quebrar pontos varejistas concorrentes, já que a redução de preços e o período necessários para a obtenção dos resultados predatórios costumam ser pouco expressivos para grandes distribuidoras de atacado. Adicionalmente, pelo sucesso em algumas empreitadas de predação deste naipe, as firmas dominantes costumam construir reputação de agressividade e não acomodação de concorrentes que podem lhes aproveitar no disciplinamento de outros mercados locais ou regionais, o que pode ser considerado uma forma de recuperação dos “investimentos” predatórios.

3.2.3 Elevação dos custos das empresas rivais

Além das armas estratégicas que utilizam a manipulação dos preços de mercado com fins de dominação, existem outras que se dirigem à elevação dos custos dos rivais.

Estas estratégias podem se voltar diretamente ao aumento do preço de entrada das firmas franja concorrentes (P_E), ou visar reduzir a rentabilidade das firmas incumbentes, retirando-lhes capacidade de capitalização e investimento para expansão.

Quando o acesso ao mercado depende de aquisição ou arrendamento de instalações e equipamentos, a elevação dos custos dos rivais pode ser viabilizada pela aquisição estratégica de terrenos ou plantas que facilitariam a entrada de concorrentes, bem como pelo estabelecimento de restrições contratuais ao uso destes ativos. Sempre que existam economias de escala na produção, por outro lado, reduzir o volume de vendas

de concorrentes implica elevar seus custos médios e reduzir sua lucratividade, disciplinando o mercado e reduzindo as chances de contestabilidade efetiva.

O Modelo de Firma Dominante apresentado se adequa proxivamente à análise da cadeia de distribuição de combustíveis no Brasil e sua evolução na estrutural nos últimos anos. A proibição da atividade varejista pelas firmas dominantes nesta indústria exige, entretanto, que se discutam as relações verticais entre as grandes atacadistas e os postos de varejo.

3.3 Economia das restrições verticais

É bastante usual a existência de contratos sofisticados regendo as relações entre agentes verticalmente relacionados em cadeias de produção e distribuição. Em tais contratos a fixação de formas de pagamento, a limitação de poderes e condicionamentos competitivos ocorrem com frequência e importância, sendo tratados em Economia pela análise das restrições verticais¹³.

As restrições verticais podem se justificar por ganhos de eficiência, reduzindo custos de transação, alinhamento de interesses e desestímulo a ações oportunistas quando são, em tese, benéficas às partes envolvidas e à sociedade. Em muitas situações, todavia, tais restrições podem ser motivadas ou instrumentalizar condutas anticompetitivas, facilitando a manipulação de preços e margens, limitando a concorrência e viabilizando estratégias de dominação de mercados.

A potencial ambiguidade na avaliação da legalidade das restrições verticais recomenda, no escopo desta Nota Técnica, uma breve discussão das circunstâncias em que elas possam aparecer como soluções socialmente benéficas, enfatizando os problemas da dupla marginalização e do oportunismo (*Free-Rider*). A seguir considera-

¹³ Uma abrangente análise deste tipo de restrições pode ser encontrada em Rey & Vergé (2008).

se a face não competitiva destas soluções contratuais que, com facilidade, podem se revelar potentes instrumentos de dominação e abuso de poder de mercado.

3.3.1 O problema da dupla marginalização

O problema da dupla marginalização aparece quando dois monopolistas (ou agentes com poder de mercado) encontram-se verticalmente relacionados na cadeia de produção. Este encadeamento de monopólios tende a propiciar um desalinhamento de interesses que, se não resolvido, implica perdas de eficiência e prejuízos aos consumidores superiores aos que seriam percebidos caso a cadeia fosse controlada por apenas um monopolista.

Parte-se da situação em que o problema da dupla marginalização não existiria, considerando o problema de escolha de um monopolista que controla diretamente todas as etapas na cadeia vertical de produção, da obtenção dos insumos até a distribuição no varejo. O problema de oferta deste monopolista análogo ao discutido anteriormente na Seção 3.1.1, é reapresentado no Quadro 9 de forma simplificada, supondo custos marginais e médios constantes para facilitar a exposição.

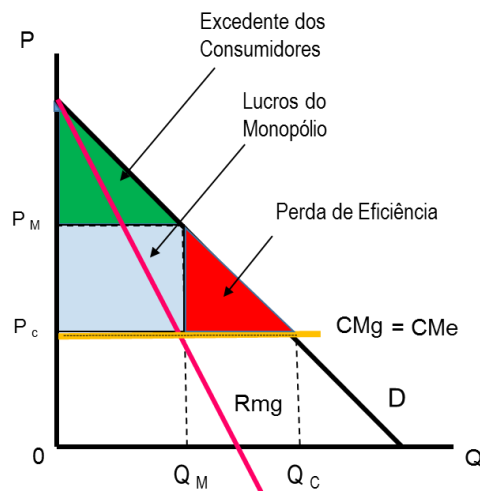
Observa-se que o monopolista verticalmente integrado, para maximizar seus lucros escolhe ofertar a quantidade Q_M , que equaliza seus custos e receitas marginais, recebendo por unidade vendida o preço P_M . Os lucros ou rendas de monopólio deste único ofertante são destacados no gráfico no retângulo em azul.

Destacam-se ainda duas outras áreas no gráfico. A primeira, em tom verde, cobre a área abaixo da curva de demanda e acima da linha do preço de monopólio, que serve para dimensionar o excedente dos consumidores que adquirem esta mercadoria aos preços postos pelo monopolista. A segunda, em vermelho, mede a perda de eficiência neste mercado decorrente do uso de poder de mercado pelo monopolista.

O conceito de “perda de eficiência” ou “*deadweight loss*” surge de uma comparação hipotética entre as quantidades e preços observados sob o monopólio e aqueles que seriam esperados se este mercado fosse perfeitamente competitivo. Em

concorrência perfeita, os preços seriam iguais aos custos marginais de produção, de maneira que os consumidores comparariam a quantidade Q_C , pagando por unidade o preço P_C , conforme exibidos no Quadro 9. A produção e o consumo que não ocorreram por ação do monopolista trazem a perda de eficiência mensurável pela área em vermelho no gráfico.

QUADRO 9: RENDA E INEFICIÊNCIA DO MONOPÓLIO VERTICALMENTE INTEGRADO



Elaboração: GO Associados.

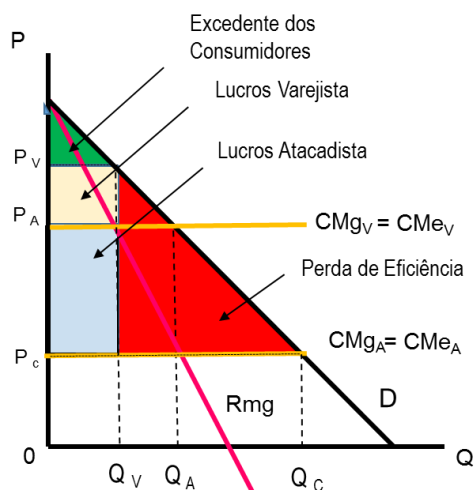
No Quadro 10, parte-se da mesma curva de demanda e estrutura de custos usadas para descrever o caso do monopólio verticalmente integrado para ilustrar o impacto da dupla marginalização. Supõe-se agora que a existência de dois agentes atendendo a este mercado, um responsável pela produção e venda no atacado e outro que adquire esta mercadoria do atacadista e a revende no varejo.

Para facilitar a comparação da cadeia de monopólios com a do monopolista verticalmente integrado, supõe-se que todos os custos de distribuição até o consumidor final são absorvidos pelo monopolista atacadista e incluídos no preço P_A , que este cobra do varejista pela venda de no máximo Q_A unidades do produto. Note-se que, sob tais hipóteses, as quantidades que maximizam os lucros do atacadista são exatamente as mesmas que o monopolista verticalmente integrado escolhia no Quadro 9.

Para o varejista, neste contexto, os custos marginais (CMg_v) e médios (CMe_v) serão iguais ao preço de aquisição da mercadoria, P_A . Para obter seus lucros máximos, o varejista iguala seus custos marginais às receitas marginais neste mercado, escolhendo adquirir e revender a quantidade Q_v , que é inferior a Q_A , volume que maximizaria os lucros do atacadista ou do monopolista verticalmente integrado. Com estas escolhas, o preço final aos consumidores se eleva a P_v , implicando redução do excedente dos consumidores em relação aos observados no Quadro 9, e ocorre aumento nas *deadweight loss*, o que mostra o impacto prejudicial à sociedade da dupla marginalização.

A comparação da magnitude dos lucros de monopólio que seriam recebidos pelo monopolista verticalmente integrado e aqueles conjuntamente percebidos pelos monopolistas de atacado e de varejo indica perdas privadas. Este resultado não surpreende, já que o monopolista verticalmente integrado poderia ter escolhido produzir Q_v , mas preferiu ofertar a quantidade $Q_M (=Q_A)$ por que com a quantidade Q_A seus lucros não seriam máximos.

QUADRO 10: RENDA E EFICIÊNCIA NA CADEIA DE MONOPÓLIOS



Elaboração: GO Associados.

Conclui-se, portanto, que a dupla marginalização é um problema grave, que traz prejuízos à sociedade – perda de excedente dos consumidores, pela elevação de preços e aumento das perdas de eficiência - e mesmo aos monopolistas envolvidos – redução na soma dos lucros - por decorrência de um desalinhamento de interesses privados entre agentes com poder de mercado.

Não deve restar a impressão, todavia, de que o problema da dupla marginalização é causado pela existência do monopolista de varejo. Na verdade, se o elo atacadista fosse competitivo, permitindo ao varejista com poder de mercado adquirir as mercadorias a preços iguais aos custos marginais de produção, P_C , ele escolheria ofertar a quantidade Q_M , como faria um monopolista perfeitamente integrado. O problema da dupla marginalização ocorre quando um agente com poder de mercado vende seu produto a outro agente verticalmente relacionado a preços superiores aos custos marginais de produção conforme discutido em Laffontaine & Slade (2008, p. 393).

Em tese, seria possível solucionar o problema da cadeia de monopólios através de um acordo entre o atacadista e o varejista no sentido de garantir a oferta da quantidade Q_M , com posterior distribuição dos lucros totais entre os dois monopolistas. Na prática, todavia, este tipo de barganha de rendas costuma ser cara e arriscada, não apenas pela necessidade de repactuação por alterações na demanda ou nos custos de cada parte, como também por envolver coordenação entre agentes econômicos muito similar à prática de conluio ou cartel.

3.3.2 O problema do *free-rider*

O desalinhamento entre os interesses de agentes verticalmente relacionados pode se manifestar também em interdependências relativas às decisões de investimentos específicos ao relacionamento e de proteção de propriedade industrial e de marcas.

Com efeito, mesmo que as firmas envolvidas não disponham de poder de mercado, a liberdade incondicionada nas escolhas de partes envolvidas em relacionamentos de duração prolongada pode causar exposição estratégica e custos associados a ações oportunistas que podem até inviabilizar os negócios.

Este é o caso em que as transações entre agentes verticalmente encadeados dependem da realização de investimentos específicos ao relacionamento ou de esforços que garantam disponibilidade de produtos e serviços em quantidade, momento e qualidade adequadas. Se os interesses destes agentes não estiverem bem alinhados, as chances de ocorrência de frustrações pela ação oportunista e auto-interessada de uma das

partes podem inviabilizar a produção, a distribuição e, em última instância, a própria disponibilidade do bem ou serviço.

O comportamento oportunista denominado “*free-rider*” se refere ao aproveitamento de oportunidades lucrativas por agente econômico sem considerar os efeitos negativos ou compartilhar os benefícios que tal ação trará para os demais agentes.

Isto ocorreria, por exemplo, se um produtor ou atacadista, por ter encontrado melhor proposta ou por desleixo, deixa de fornecer produtos na quantidade, qualidade e instante necessários para um varejista que investiu em instalações específicas para a comercialização daquele produto na expectativa de recebê-los tempestivamente. Ocorre, também em exemplo, quando um varejista especializado em mercadorias de determinada marca produzida por terceiro atende mal aos clientes, conserva inadequadamente os produtos ou utiliza um espaço exclusivo para comercializar marcas ou produtos alternativos.

3.4 Restrições verticais e abusos de poder de mercado

A existência de dificuldades na coordenação das escolhas de agentes verticalmente relacionado em uma cadeia de produção ou distribuição, como se viu, pode trazer prejuízos às partes envolvidas, aos consumidores e à sociedade. Em tese, portanto, o realinhamento de incentivos e das escolhas de firmas na cadeia vertical tem potencial de ser benéfica aos particulares contratantes e ao resto da coletividade.

Ao potencial de ganhos particulares e sociais das restrições verticais, todavia, contrapõem-se as possibilidades socialmente perniciosas de aumento de poder de mercado de uma ou mais das partes envolvidas, não raro servindo estas condicionantes verticais para facilitar a dominação de mercado ao concentrar decisões de oferta e apreçamento ou viabilizar a implementação de estratégias anticompetitivas de preço-limite, preços predatórios e elevação de custos dos rivais.

Sendo variáveis as configurações dos contratos que impõem restrições verticais e dependendo seus efeitos das condições concorrenciais em cada um dos elos envolvidos

e na cadeia como um todo, a avaliação dos efeitos esperados e conveniência social destes condicionamentos dependem de análise caso a caso.

Rey e Vergé (2008) propõe classificação útil dos principais tipos de cláusulas de restrição vertical, dividindo-as em:

1. Cláusulas limitadoras das decisões de uma das partes
 - a. Fixação do preço de revenda (“FPR”)
 - b. Fixação de volume
 - c. Venda casada
2. Cláusulas de amenização de concorrência
 - a. Exclusividade de compra
 - b. Exclusividade de venda
 - c. Exclusividade territorial
3. Cláusulas de condição de termos de pagamento
 - a. Preços não lineares
 - b. Tarifas em duas partes
 - c. Descontos de quantidades

A lista acima, sem pretender ser exaustiva, inclui diversas cláusulas encontradas nos contratos entre as grandes distribuidoras atacadistas e revendedoras de combustíveis no Brasil, valendo a pena comentá-las brevemente à luz dos potenciais efeitos privados e concorrenciais delas decorrentes.

A cláusula de fixação de preços de revenda pode aparecer em três modalidades, conforme se refira à imposição, pela produtora ou distribuidora, de preços mínimos, de preços máximos ou da sugestão de determinados preços a serem praticados pela revendedora. As limitações de preço mínimo de revenda servem para impedir a comercialização de mercadorias a preços inferiores aos desejados por posicionamento de marca ou guerras de preços entre revendedores da mesma variedade ou de variedades distintas. Já os limites de preços máximos servem para lidar com o problema da dupla marginalização, discutido anteriormente, podendo eliminá-lo completamente ao forçar

um apreenhimento igual ao custo marginal da mercadoria, o que implica a absorção de todo o excedente dos consumidores por parte do agente com o poder de imposição do preço.

Embora a FPR seja normalmente vedada de *per se* na forma das leis antitruste nas diferentes jurisdições, observa-se na prática das autoridades de defesa da concorrência certa flexibilidade hermenêutica. Desta forma, a avaliação das situações em que aparece a fixação de preços passa a depender de sua proporcionalidade e razoabilidade (*rule of reason*) considerando seu potencial lesivo diante das demais restrições verticais existentes e das condições do mercado envolvido. Dispondo de poder de mercado a firma que fixa o preço de revenda ou identificada a possibilidade de falseamento ou manipulação de mercados relevantes, mesmo com FPR indicativa ou sugestiva, tende-se à caracterização de ilícito concorrencial.

O conceito de mercado relevante na análise antitruste é um híbrido econômico-jurídico que serve para delimitar a arena concorrencial nas dimensões produto, geográfica e temporal. É certo que condutas ilícitas produzidas por agente de um elo da cadeia vertical podem ter efeitos em elo distinto ou mais de um elo, caso em que mais de uma arena competitiva deve ser analisada. Com efeito, se uma distribuidora usa seu poder sobre os preços de revenda para predação estabelecimento varejista ligado a outro distribuidor, não apenas comete ilícito no mercado onde se manifestou a predação como potencialmente também naquele em que está a concorrente atacadista indiretamente afetada.

Pela fixação de volumes de vendas, que podem ser mínimos ou máximos (quotas), as restrições verticais poderiam ter justificativa competitiva se forem entendidas como estímulos para o alinhamento de interesses no aproveitamento de economias de escala ou para a distribuição mais organizada de quantidades restritas de mercadorias por mais de um ponto de venda ou grupo de consumidores. Estas condicionantes de volume, quando fixadas em mínimo, podem trazer exatamente os mesmos efeitos (competitivos e não competitivos) da FPR, impedindo a dupla marginalização e forçando o repasse de todo o excedente para o agente que estabelece as metas de vendas.

As vendas casadas (*tie in sales*) são restrições verticais pelas quais um produtor obriga a um atacadista, ou um atacadista obriga a um revendedor, à aquisição de uma ou mais mercadorias em quantidades superiores às desejadas pela adquirente. Em determinados segmentos, a imposição forçada pelo produtor ou atacadista da aquisição de uma linha completa de produtos pelo varejista pode se justificar pelo interesse de facilitar o acesso dos consumidores a mais variedades das mercadorias. A prática, todavia, tende a ser percebida como ilícita quando as vendas de certos produtos são realizadas de forma coercitiva, por condicionamento da disponibilidade a produtos de maior saída, e em descompasso com o perfil de demanda final.

As cláusulas de exclusividade de compra, venda e de território servem como ajustes de amenização ou suavização da concorrência, encontrando justificativa em ganhos de eficiência quando reduzem as chances de *free-riders* por uma das partes verticalmente relacionadas na presença de investimentos específicos ao relacionamento. Tais “exclusividades” servem, desta via, como forma de estímulo e preservação de investimentos em instalações, equipamentos ou marcas. Nos contratos entre atacadistas e revendedores de combustíveis de “bandeira” são usuais as restrições de exclusividade de compra, pelas quais os revendedores ficam proibidos de adquirir ou comercializar combustíveis e lubrificantes de outros fornecedores.

As cláusulas de exclusividade tendem a ser benéficas e razoáveis como indutoras de investimentos relacionais, mas, como todas as restrições verticais, permitem usos anticompetitivos. As cláusulas de exclusividade de compra pactuadas por períodos longos ou em contratos de prazo indeterminado são especialmente problemáticas, já que servem como barreiras à entrada ou ampliação das vendas de outros atacadistas de longo-prazo. Quando tais cláusulas de exclusividade de compra não vêm conjugadas a dispositivos (i) que permitam ao adquirente buscar outro fornecedor ou distribuidor no evento de falta da mercadoria e (ii) que permitam a aquisição de terceiro ou do próprio fornecedor por melhor preço, resguardada a preferência ao contratante original, a possibilidade de falta de produtos, de falseamento da concorrência na revenda ou de discriminação de preços pelo vendedor é significativa.

Determinadas formas de pagamento permitem induzir comportamentos e extrair renda entre agentes de diferentes elos da cadeia de produção ou distribuição de forma bastante efetiva. Fala-se em preços não lineares quando os pagamentos não são diretamente proporcionais às quantidades adquiridas, como ocorre, por exemplo, no caso de uma revendedora que paga (i) algum valor fixo para ter o direito a revender determinado produto e (ii) uma parcela variável de acordo com os volumes que comercializa. Por esta forma de pagamento não linear conhecida por “tarifa de duas partes” um atacadista pode cobrar do revendedor, a título de parcela fixa, um montante equivalente ao lucro de monopólio pela venda de determinada quantidade, disponibilizando a mercadoria pelo custo médio de produção daquela quantidade. Nesta situação, para não ter prejuízos varejista tem que ofertar como se fosse o próprio monopolista distribuidor, repassado a ele todo o lucro extraordinário e resolvendo o problema da dupla marginalização. A cobrança de royalties sobre as receitas brutas ou lucros do revendedor, a exigência de aportes para fundos de marketing ou de pesquisa e desenvolvimento, bem como a concessão de descontos por quantidades adquiridas são todos instrumentos de apreçamento não linear.

Apenas firmas com poder de mercado tem a capacidade de fixar formas não lineares de apreçamento, entendido que a função destas técnicas de cobrança é a extração máxima do excedente de renda do consumidor, diretamente ou através de revendedores. Uma dificuldade adicional trazida pelo apreçamento não linear é a perda de transparência nos preços efetivamente praticados, prejudicando comparações diretas com os valores de mercado.

4 ENQUADRAMENTO ECONÔMICO CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS

O objetivo desta seção é apresentar uma análise concorrencial do setor com base nos dados apresentados na seção anterior.

4.1 A concentração na distribuição

Transcorridos quase 17 anos de vigência da Lei do Petróleo¹⁴, a avaliação das condutas de mercado e de contratação típicas das grandes distribuidoras atacadista no Brasil pode ser realizada com uso de dados e informações públicas já bem assentadas.

A Seção 2 deixou clara a ocorrência de forte concentração no segmento das quatro maiores atacadistas na última década, indicando sem chance de equívocos que a liberalização do mercado não veio acompanhada por maior concorrência da distribuição, muito em contrário. Em 2000 a participação das quatro maiores nas vendas de Gasolina Tipo C era de 57,0%, passando em 2016 a 67,6%.

É da inteligência do art. 36, II, da nova Lei de Defesa da Concorrência que as condutas que produzam ou possam produzir a dominação de mercado relevante são consideradas infrações à ordem econômica, *in verbis*:

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

¹⁴ Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.” (Lei 12.529/2011)

As evidências de rápida e forte concentração na distribuição brasileira de combustíveis merecem especial atenção, já que são compatíveis com implementação de estratégias de ampliação da dominação de mercado por agentes que já dominavam a arena concorrencial há décadas, mesmo considerando a ampla dimensão geográfica nacional.

4.2 A redução da escala dos concorrentes

Tal movimento de concentração, a seu turno, parece não ter decorrido do simples aproveitamento de ganhos de eficiência pelas firmas dominantes¹⁵, mas pela criação de ineficiências no segmento competitivo. Os volumes mensais médios de vendas da Gasolina Tipo C em postos não exclusivos das 4 maiores distribuidoras caíram de 81,25 mil litros em 2000 para 53,74 mil litros em 2016. Na interface direta com os consumidores finais, o número de postos de varejo reduziu em 3.109 estações de serviço no período considerado, havendo migração expressiva para a alternativa da Bandeira Branca que, no mesmo intervalo, aumenta a quantidade de postos em 14.731. Já as quatro maiores

¹⁵ O parágrafo 1º do art. 36 da Lei 12.529/2011 excluiria o enquadramento dos resultados de dominação observados como ilícitos: “§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

bandeiras aumentaram seus pontos exclusivos de venda no varejo em 1.096 unidades entre 2000 e 2016.

O quadro exposto deixa pouca margem de dúvida na identificação das causas mais prováveis que deram sustentação a este processo. No período considerado os atacadistas e varejistas desvinculados das grandes bandeiras tiveram seu espaço de mercado comprimido e condicionado a vendas em volumes significativamente menores, trabalhando em escala menor e com custos mais elevados.

4.3 A verossimilhança de condutas de preço-limite e elevação do custo de empresas reais

A importância das barreiras à entrada na distribuição atacadista de combustíveis no país foi discutida na Seção 3, mostrando-se o arcabouço teórico do modelo de firma dominante bastante adequado para o enquadramento lógico dos fenômenos de concentração descritos na Seção 2. Tendo o mercado de combustíveis no Brasil se expandido 90,1% em volume (Base Gasolina Tipo C) entre 2000 e 2016, o caminho para a contenção da expansão das distribuidoras franja parece fazer sentido apenas pela implementação de estratégias de preço limite e elevação dos custos dos rivais, sem excluir a possibilidade de predação e discriminação de preços, tendo como mercado alvo preferencial os mercados de revenda varejista.

A capacidade de manipular preços e disciplinar a concorrência nos mercados de revenda parece ser importante caminho para compreender a efetividade da concentração de mercado observada no período. Mas sendo esta interferência viabilizada pela ação nos mercados relevantes de revenda, resta a peça lógica que permitiria às grandes distribuidoras atuar com eficácia cirúrgica em mercados nos quais é proibida de atuar diretamente.

A política regulatória de “*divorcement*” societário entre as atividades de distribuição e revenda em vigência no Brasil revelou-se, neste cenário, providência que não impediu o efetivo controle das atividades no varejo pelas grandes distribuidoras de bandeira. Com efeito, a elevação e afinamento dos gargalos à entrada ou crescimento de

concorrentes atacadistas apenas parece factível pela intervenção direta nos segmentos varejistas em que os combustíveis de bandeiras menores ou sem bandeira poderiam ser comercializados.

Tais intervenções, a seu turno, não podem prescindir de controle fino sobre acesso a pontos de venda no varejo e se aproveitam muito da possibilidade de manipulação de preços e volumes comercializados por revendedores nos mercados relevantes. Para esta finalidade, encaixam-se perfeitamente os instrumentos de restrição vertical encontrados nos contratos típicos entre as grandes distribuidoras e seus revendedores exclusivos ou franqueados.

4.4 Fixação no preço de revenda

Como já se destacou, a fixação de preços de revenda máximos, a imposição de quotas mínimas de compra e práticas de preços não lineares têm um mesmo papel na teoria das restrições verticais: transferir renda ou excedente da parte que sofre estas imposições para o agente com poder de mercado. Pela cobrança de aluguéis e juros fora dos padrões de mercado pelo arrendamento de postos proprietários e financiamentos, de royalties pelo uso da marca, pelas bonificações e controle próximo das margens de lucro dos varejistas, encontram-se mecanismos típicos de apreçamento não linear.

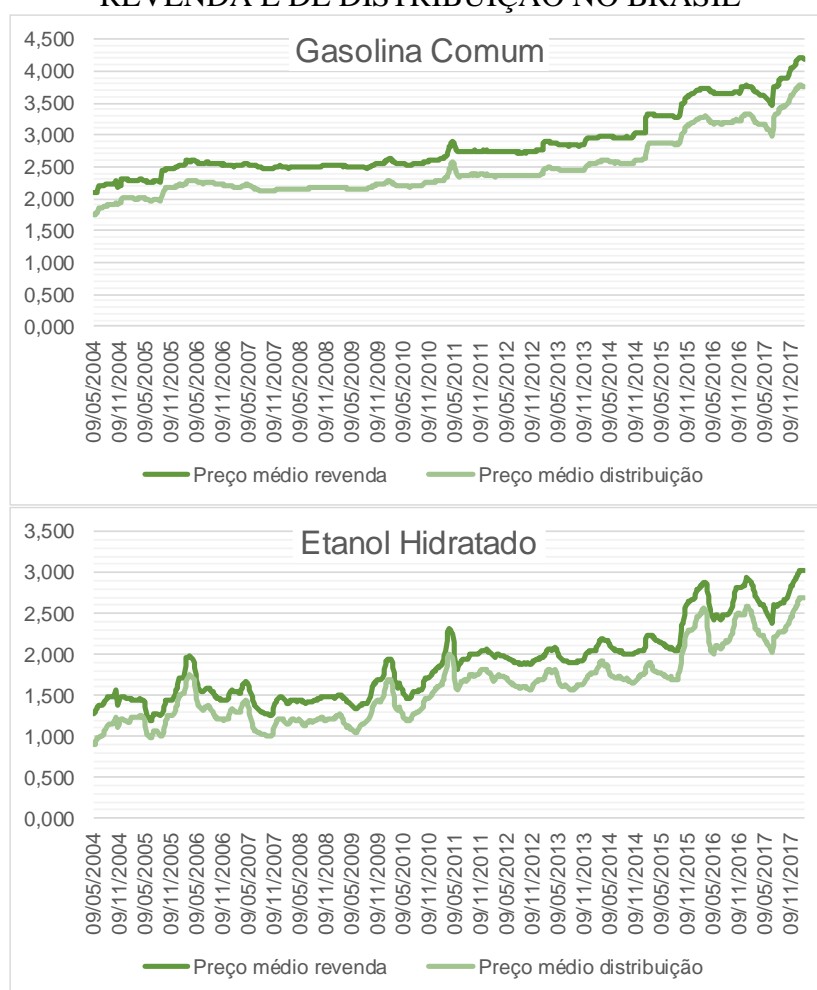
Considerada a redundância dos diferentes mecanismos contratuais basicamente voltados à mesma finalidade, é implausível argumentar pela inexistência de controle bastante refinado dos preços praticados pelos revendedores das grandes bandeiras, havendo sobra de meios para a completa extração das rendas e excedentes do consumidor com transferência direta às grandes atacadistas. Nestes termos, é oportuno destacar a provável desproporcionalidade e falta de razoabilidade das referidas condutas, permitindo enquadramento na previsão do art. 36, § 3º, IX da Lei nº 12.529/2011:

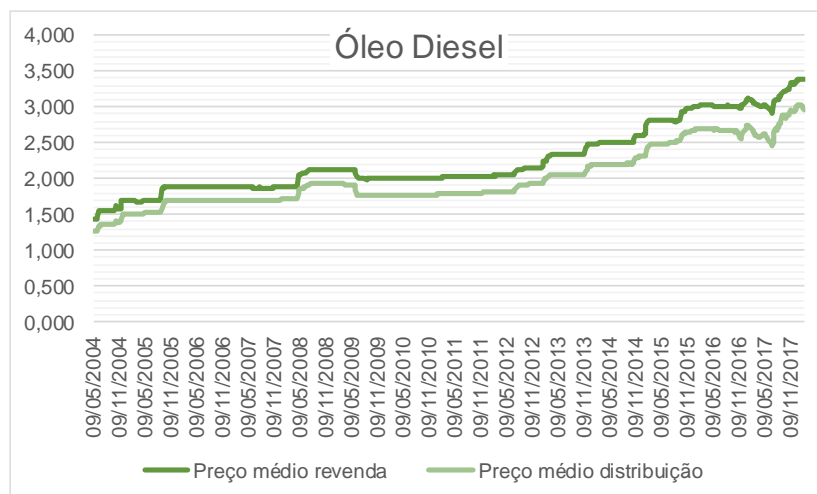
“§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;”

Uma avaliação simples da evolução dos preços médios de revenda e distribuição dos combustíveis (gasolina comum, óleo diesel e etanol) induz à equivocada impressão de que os preços praticados na distribuição e no varejo caminham em paralelo ao longo do período de 2004 a 2018, conforme exposto no Quadro 11.

QUADRO 11: EVOLUÇÃO DOS PREÇOS MÉDIOS DE REVENDA E DE DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL





Fonte: ANP. Elaboração: GO Associados.

Uma avaliação cuidadosa desse histórico, considerando as variações percentuais nos preços médios dos respectivos combustíveis entre a semana do dia 09/05/2004 e a semana do dia 25/02/2018, mostra que o acréscimo auferido pelas distribuidoras foi superior ao praticado pelas revendedoras na gasolina comum e no etanol, conforme apresentado no Quadro 12. Nos preços do óleo diesel esse acréscimo foi semelhante entre os dois elos da cadeia, ficando o de distribuição um ponto percentual menor em relação ao de revenda.

QUADRO 12: VARIAÇÃO NOS PREÇOS MÉDIOS DE
REVENDA E DE DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL

		Semana 09/05/2004 - 15/05/2004	Semana 25/02/2018 - 03/03/2018	Variação (%)
Gasolina Comum	Revenda	2,083	4,193	101,3%
	Distribuição	1,755	3,754	113,9%
Óleo Diesel	Revenda	1,438	3,391	135,8%
	Distribuição	1,263	2,966	134,8%
Etanol Hidratado	Revenda	1,283	3,019	135,3%
	Distribuição	0,903	2,691	198,0%

Fonte: ANP. Elaboração e análise: GO Associados.

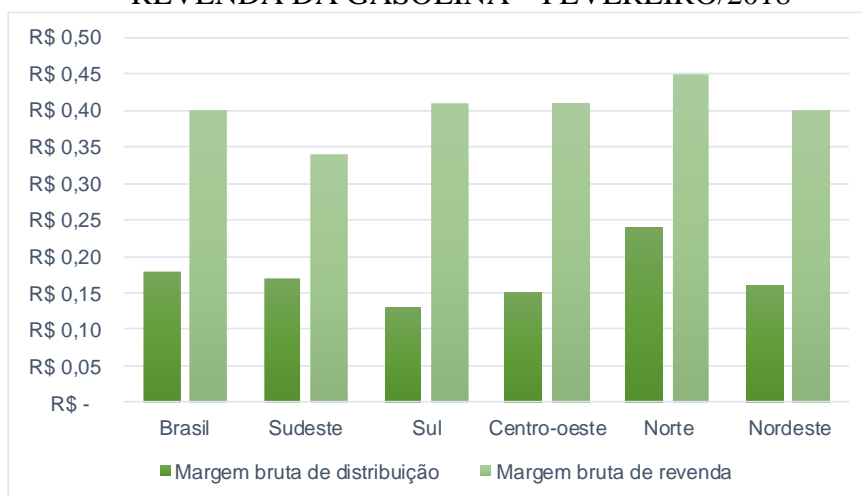
Os dados no Quadro 12 dão indícios da capacidade de fixação de preços máximos de revenda pelas distribuidoras no intervalo de tempo considerado, indicando que as revendedoras não conseguem repassar aos consumidores finais os aumentos de custos que percebem pela aquisição dos carburantes das distribuidoras. Considerando as

múltiplas e redundantes formas de extração de excedentes de renda das varejistas e a redução dos volumes comercializados por postos de bandeiras menores ou Branca no intervalo, a hipótese de implementação de políticas de preços-limite parece bastante consistente com as evidências mostradas.

Em linha com esta argumentação, os eventos recentes do setor mostram um avanço da margem dos distribuidores em relação à margem da revenda. Historicamente, a margem no atacado respondia por um terço da margem do varejo, contudo, a ANP publicou recentemente mudança desse padrão. Segundo dados publicados pelo órgão regulador, em fevereiro de 2018 a margem bruta de distribuição da gasolina no Brasil foi de R\$ 0,18, correspondendo a 4,3% do preço final ao consumidor, e a margem bruta de revenda foi de R\$ 0,40, que representa por 9,7% do preço final ao consumidor, isto é, a relação é de que a margem da distribuição corresponde à metade da margem da revenda.

O Quadro 13 apresenta as margens de distribuição e de revenda na gasolina em fevereiro de 2018. Verifica-se que para o Brasil e para as macrorregiões a relação entre a margem de distribuição e revenda é superior à um terço, chegando na região Sudeste a ser metade. A única exceção é a região Sul em que a margem de distribuição é de cerca de um terço da margem da revenda.

QUADRO 13: MARGEM DA DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DA GASOLINA – FEVEREIRO/2018



Fonte: ANP. Elaboração e análise: GO Associados.

Esta prática tem prejudicado a rentabilidade no elo varejista. Os revendedores têm dificuldade de repassar esse aumento ao consumidor final, pois os preços nos postos de gasolina estão bastante elevados e o repasse resultaria em perda de bem-estar. Com isso, o varejo acaba assumindo esse aumento na distribuição em detrimento do seu próprio rendimento, que fica comprometido pela conduta no elo da distribuição. Há relatos nos Procedimentos Administrativos 08012.0011042/2005-61 e 08012.0004736/2005-42 em curso no Conselho Administrativo de Defesa Econômica que suportam a ingerência de grandes atacadistas no mercado de varejo, coordenando preços e manipulando predatoriamente e de forma discriminatória mercados relevantes locais para reduzir as margens de concorrentes.

4.5 Uso ilícito das cláusulas de exclusividade

Em todos os contratos firmados pelas grandes distribuidoras a cláusula de exclusividade de venda aparece em destaque, o que pode se justificar, como já visto, pela necessidade de preservar investimentos em instalações, equipamentos e marcas. É importante, inclusive, que os consumidores conheçam a distribuidora que fornece aos postos de abastecimento e tenham segurança a respeito da origem dos combustíveis que adquirem, todos estes sendo fatores que justificam e dão amparo aos condicionamentos verticais de exclusividade.

O problema com a exclusividade não se encontra na existência das cláusulas que a impõe, mas na duração exagerada e nos óbices práticos à mudança de bandeiras quando terminam os contratos. De fato, uma barreira de primeira grandeza à desconcentração do atacado na distribuição de combustíveis no Brasil se encontra nas dificuldades de migração de um operador varejista a outras bandeiras ou distribuidoras quando os contratos de exclusividade se encerram.

A duração longa ou indeterminada dos contratos, bem como estratégias que obstaculizam a troca de distribuidores por parte de varejistas aparecem como barreiras de difícil transposição para entrantes potenciais, especialmente, quando se considera a escassez de locais adequados para a construção de postos de combustíveis. Não se dispõe

de dados a respeito dos investimentos imobiliários das grandes distribuidoras nestes locais privilegiados, mas interessaria realizar um levantamento a respeito em função da importância deste tipo específico e eficaz de barreira competitiva.

Finalmente, deve ser mencionada, ainda, a questão das multas elevadas e desproporcionais, impostas em caso de rescisão contratual solicitada pelo posto vinculado, que são inseridas nos contratos pelas distribuidoras. As cláusulas geralmente impostas estipulam multa de 3% a 10% sobre o saldo do volume não comercializado, calculada pelo preço vigente no dia da rescisão. Estas multas, na maioria dos casos, supera o valor do fundo do comércio e até do patrimônio líquido do posto. Isso faz com que os postos fiquem dóceis à estratégia de precificação da distribuidora, mesmo arcando com prejuízos. Tudo isso para não terem que arcar com a multa de rescisão.

5 ANÁLISE ECONÔMICO-CONCORRENCIAL ACERCA DOS PONTOS QUE SERÃO OBJETO DE TOMADA PÚBLICA DE CONTRIBUIÇÃO PELA ANP

A recente greve dos caminhoneiros reascendeu a discussão sobre a sobre a verticalização na cadeia de distribuição dos combustíveis no Brasil. Essa também é uma preocupação antiga do Cade, que chegou a publicar uma contribuição sobre a questão¹⁶.

Buscando endereçar tal assunto, a ANP está solicitando contribuições sobre a verticalização da cadeia de distribuição e sobre o eventual fim da fidelidade à bandeira. Isso porque, compete a ANP regular o mercado de combustíveis, conforme inciso XVI, do art. 8º. da Lei no. 9.478/99, com redação dada pela Lei no. 12.490/11, conforme transcrição abaixo:

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;

¹⁶ http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf

Ocorre, porém, que um dos grandes problemas no mercado de combustíveis é a falta de concorrência à montante, uma vez que o refino está todo concentrado na Petrobrás. Assim, como se verá mais adiante, de nada adiantaria abrir a possibilidade de compra direta do produtor pelos dos postos.

Outro problema está na verticalização do mercado, que é caracterizado por forte concentração no setor de distribuição. Se as distribuidoras forem autorizadas a atuar no varejo seria praticamente o fim do varejista independente, vez que seria impossível concorrer com a estrutura verticalizada da distribuidora.

Na verdade, o único setor do mercado de combustíveis onde reina a concorrência é o do varejo. Assim, a alteração na legislação atualmente existente, somente iria desestabilizar o setor varejista, criando graves problemas para o consumidor.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, (i) abrir o mercado de refino, (ii) controlar os efeitos da grande concentração existentes no mercado de distribuição e, (iii) somente após alterar a legislação existente sobre o setor.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar cada uma das Tomadas De Contribuição.

TPC 03/18

A TPC no. 03/18, referente à verticalização da cadeia de distribuição, tem como objetivo a avaliação, entre outros, dos seguintes itens:

(i) vedação da verticalização direta e indireta;

Atualmente, no Brasil, é vedado ao produtor ou distribuidor atuar na revenda de combustível. Ou seja, não é possível ocorrer a verticalização no mercado, fazendo com que uma produtora ou uma distribuidora atue também no varejo, muito embora, como já abordamos anteriormente, alguns contratos de distribuição fazem com acabe ocorrendo uma verticalização de fato.

Tal proibição decorre da Resolução 58/14, da ANP, conforme seu art. 33:

Art. 33. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP o exercício da atividade de transportador revendedor retalhista e de revenda varejista de combustíveis automotivos.

O tema da verticalização nos mercados é sempre espinhoso para as autoridades de regulação e de defesa da concorrência, pois deve ser examinado caso a caso, em especial em mercados que sejam muito concentrados à montante, como é o mercado de combustíveis no Brasil

Ao analisar a questão, o Cade entendeu que tal vedação deveria acabar, baseado em estudo feito nos EUA, a saber:

Segundo GOLDSTEIN, GOLD & KLEIT (1998), periodicamente, propostas para limitar o controle de refinarias sobre postos de gasolina são feitos nos Estados Unidos, com o propósito de aumentar a concorrência e trazer preços baixos aos consumidores. As leis que proíbem a relação vertical entre os elos da cadeia são chamadas leis de divórcio (divorcement laws). Tais leis que proíbem as refinarias de possuírem postos de combustíveis foram levadas a cabo em Connecticut, Delaware, Maryland, Nevada, e no Distrito de Columbia, sendo proposta em São Francisco e São Diego. Todavia, há uma série de estudos que demonstram que a imposição de leis de divórcio aumenta os preços e reduzem a concorrência. O efeito para os consumidores é menor conveniência, menor concorrência e maiores custos.

No que diz respeito a Divorcement Laws, os estudos empíricos são uníssomos ao mostrar diminuição do bem-

estar do consumidor, aumento de preços, aumento de custos e diminuição da quantidade ofertada. Não há um estudo empírico para o caso brasileiro. Todavia, estes resultados sugerem que deva ser revista a proibição per se de, pelo menos, verticalização entre distribuidor e varejista (ou até mesmo, talvez, permitir verticalização entre produtor e varejista), já que tal atitude tende a eliminar a dupla margem, diminuir custos e, eventualmente, acirrar a rivalidade intermarcas.

Tal posicionamento, contudo, talvez não seja o mais adequado, tendo em vista a realidade do setor no Brasil.

De fato, atualmente, 98% do refino é feito pela Petrobras, enquanto que 4 distribuidoras controlam mais do que 60% do mercado. Dessa forma, permitir que a Petrobras ou que as distribuidoras possam vender diretamente combustíveis ao consumidor tornaria inviável o setor varejista independente.

Um exemplo a ser mencionado é o Chile, país que liberou a verticalização do mercado de combustíveis. O resultado foi uma grande concentração nas mãos de poucas empresas, sendo que, uma delas, a COPEC, controlava 57% do mercado¹⁷ em 2017.

No Brasil pode ocorrer o mesmo, em função da grande concentração existente no mercado distribuidor. Na parte inicial deste Parecer foi visto que as grandes atacadistas investem muito em campanhas de marketing para diferenciação de marca com abrangências nacional, o que é são proibitivos para atacadistas menores, sem mencionar

¹⁷ <http://investor.empresascopec.cl/wp-content/uploads/Investor-Presentation-1810.pdf>

os varejistas, os quais, com a pequena margem com que operam, não podem pensar em fazer tal investimento.

As economias de escala pecuniárias, decorrentes das vantagens negociais da aquisição de volumes expressivos de combustíveis junto a fornecedores, bem como na compra de equipamentos e materiais são outros pontos a demonstrar quão desigual seria a concorrência no mercado varejista, caso os distribuidores também fossem autorizados a lá operar.

De fato, a operação em baixos volumes, por não se valer suficientemente de economias de escala, ocorre com custos médios significativamente mais elevados e passa a ser empreitada com baixas perspectivas de retorno. Para os varejistas não há margem para investimentos de vulto em frotas, tanques ou marketing e para potenciais entrantes, entendida a dificuldade de recuperar gastos desta natureza no caso da frustração com sua entrada, as barreiras ao acesso do segmento do varejo em larga escala são de difícil transposição.

A consequência, portanto, de eventual verticalização no mercado será o desaparecimento do varejista de marca, que será substituído pelos postos próprios da marca, e uma ameaça a existência aos postos Bandeira Branca e pequenas distribuidoras.

A existência dos postos Bandeira Branca faz com que exista grande concorrência no varejo e permite a entrada no mercado de pequenas distribuidoras que visam atender àquele mercado à jusante.

Entretanto, a entrada de grandes distribuidoras no varejo poderá levar a uma guerra de preços, com a cobrança de preços predatórios pela grande distribuidora/varejista, como forma de alijar do mercado o posto Bandeira Branca ou a pequena distribuidora de uma região, para que posteriormente a grande distribuidora/varejista fique sozinha no mercado e recupere sua lucratividade com posterior aumento no preço dos combustíveis.

Dessa forma, o que poderia parecer bom para o consumidor, em um primeiro momento, a diminuição dos preços, pode ser prejudicial a ele mais adiante, com o fim da concorrência do posto Bandeira Branca ou da pequena distribuidora em uma determinada região.

(ii) vedação da comercialização direta de produtores e importadores para revendedores;

Na estrutura atualmente existente no mercado de distribuição de combustíveis no país, não é possível a venda direta do produtor, ou importador, para o revendedor.

Essa proibição está regulamentada pela Resolução no. 41/13, da ANP, em seu art. 14, abaixo transcrito:

Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:

I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução;

A eventual retirada de tal vedação poderia ter, teoricamente, o efeito de diminuir o valor do combustível para o consumidor, pois não haveria mais o custo de intermediação feito pela distribuidora.

Entretanto, tal argumento não encontra amparo fático, vez que, no que se refere à gasolina e diesel, a produção está praticamente concentrada na Petrobrás, não contando, dessa forma, os varejistas, opções que possam influir na diminuição de preço do combustível por ele vendido.

Alie-se a isso, a imensa dificuldade que o varejista teria de comprar da Petrobras, em termos de exigências cadastrais, de créditos e outras. A opção pela compra direta do importador também não seria vantajosa, uma vez que o preço do transporte poderia encarecer ainda mais o produto.

Ademais, a abertura iria desestruturar o mercado de distribuição, impedir a fiscalização da qualidade dos produtos, e mesmo fomentar a sonegação, pois atualmente as distribuidoras são responsáveis pela arrecadação dos tributos incidentes sobre os combustíveis.

(iii) vedação de que os TRRs comercializem outros combustíveis, além de óleo diesel;

O Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) está autorizado pela ANP a adquirir grande quantidade de combustível a granel, óleo lubrificante acabado e graxa envasada, mas não pode comercializar GLP, gasolinas automotivas, álcool etílico combustível para fins automotivos, biodiesel, mistura biodiesel, combustíveis de aviação e gás natural veicular, comprimido e liquefeito.

Isso porque, a Resolução no. 8/07, da ANP, conforme redação dada pela Resolução ANP no. 7/15, restringe os tipos de combustíveis que podem ser vendidos pelo TRR, conforme parágrafo segundo, do art.1º., a saber:

§ 2º Fica vedada a aquisição e a comercialização, por TRR, de:

i) gás liquefeito de petróleo (GLP);

ii) gasolina automotiva A ou C;

iii) etanol hidratado ou anidro combustível;

iv) biodiesel (B100);

v) mistura biodiesel/óleo diesel não especificada ou não autorizada pela ANP;

vi) combustíveis de aviação;

vii) gás natural e gás natural veicular, comprimido ou liquefeito; e

viii) óleo diesel A.

A proposta para autorizar a comercialização de outros combustíveis pelas TRRs pode parecer, de início, vantajosa ao mercado.

Entretanto, da mesma forma como poderia ocorrer na venda direta de combustíveis ao varejo pelo produtor, a autorização das TRRs para vender outros tipos de combustíveis também iria desestruturar o mercado de distribuição, impedir a fiscalização da qualidade dos produtos, e mesmo fomentar a sonegação, pois atualmente as distribuidoras são responsáveis pela arrecadação dos tributos incidentes sobre os combustíveis.

(iv) manutenção da obrigatoriedade de que os TRRs comprem diretamente de distribuidores;

Além de serem proibidos de comercializar outro combustível que não o óleo diesel BX, os TRRs não podem comprar diretamente dos produtores ou importadores, mas sim de distribuidores.

É o que estabelece o art. 16, da Resolução no. 8/07, a saber:

Art. 16. O TRR somente poderá adquirir:

i) combustíveis a granel, observado o § 2º do art. 1º desta Resolução, de distribuidor de combustíveis automotivos;

Da mesma forma como analisado na questão anterior, a autorização das TRRs adquirir diretamente do produtor ou importador também iria desestruturar o mercado de distribuição, impedir a fiscalização da qualidade dos produtos, e mesmo fomentar a sonegação, pois, repita-se, as distribuidoras são responsáveis pela arrecadação dos tributos incidentes sobre os combustíveis.

TPC 04/18

A TCP 04/18, relativa ao eventual fim da fidelidade à bandeira, que está regulado pelo inciso II, do parágrafo quarto, do art. 25, da Resolução no. 41/13, da ANP, que determina que o varejista está obrigado a:

II - adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial.

Nesse sentido, a Tomada de Contribuição tem como escopo analisar os impactos do fim da obrigatoriedade de aquisição, pelo varejista, de combustíveis vendidos somente por distribuidor do qual ele utiliza a marca:

(i) na defesa do consumidor;

Atualmente, existem 2 tipos de revendedores varejistas no mercado de combustíveis, um atrelado a uma marca, ou seja, a um distribuidor específico, e outro com liberdade de adquirir de qualquer distribuidor, chamado de Bandeira Branca.

Dessa forma, o fim da fidelidade à bandeira, sob análise, pode não proporcionar um ganho para o consumidor uma vez que, no varejo, já existe a competição entre os

revendedores de marca e os de Bandeira Branca, e essa competição tem servido para diminuir o valor dos combustíveis nas áreas onde ela ocorre.

Assim, a manutenção do sistema atual permite ao consumidor fazer uma escolha consciente, pois, se vai a um posto de uma bandeira, já sabe a qualidade do produto que está adquirindo, se escolhe um posto Bandeira Branca também sabe que o produto não vem de uma distribuidora específica.

Entretanto, com o fim da fidelidade, existe a preocupação referente à falta de transparência nas informações passadas ao consumidor. Acostumado a usar o combustível de uma determinada marca, o consumidor poderá não ser devidamente informado que está comprando um produto vendido por distribuidora distinta.

Poderá, também, o consumidor ser induzido a erro, especialmente em rodovias e grandes centros, ao avistar um posto ostentando uma determinada marca, adentrar e iniciar seu abastecimento e só então tomar conhecimento que o combustível que está sendo fornecido não é o da marca que ele havia escolhido.

Isso não deve ser admitido, porque o Código de Defesa do Consumidor - CDC determina, em seu art. 6º., inciso III, que são direitos do consumidor: ***a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;***

Dessa forma, o varejista, ao ostentar uma marca de distribuidora e vender produto de outra pode induzir o consumidor em erro, em violação ao inciso IV, no citado art. 6º., do CDC, que garante ao consumidor a ***proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;***

Cumprе esclarecer, nesse particular, que a propaganda enganosa é proibida pelo art. 36, do CDC, e pode implicar até na condenação criminal do responsável, conforme art. 66, do CDC, abaixo transcrito:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

(ii) fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores;

Muito embora a relação entre distribuidor e revendedor seja de caráter privado, seria razoável que o regulador mantivesse uma fiscalização sobre a operacionalidade desses contratos, uma vez que podem embutir cláusulas que podem restringir a concorrência e diminuir, dessa forma, o bem-estar do consumidor.

Conforme já mencionado neste Parecer, as cláusulas de exclusividade de compra pactuadas por períodos longos ou em contratos de prazo indeterminado são especialmente problemáticas, já que servem como barreiras à entrada ou ampliação das vendas de outros varejistas no longo prazo.

Da mesma forma, as altas multas estipuladas nos contratos, em caso de rescisão antecipada, fazem com que os varejistas aceitem todo o tipo de imposição pelo distribuidor.

(iii) fiscalização pela ANP da utilização da marca;

Conforme vista acima, a fiscalização da marca pela ANP é muito importante, pois visa garantir um dos direitos básicos do consumidor, que é o de receber informações claras sobre o produto que está adquirindo e não ser alvo de propaganda enganosa.

(iv) responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa;

O fim da fidelidade também poderá ocasionar o fim da responsabilidade solidaria dos distribuidores, uma vez que não existe mais a obrigatoriedade de venda de seu combustível.

Não pode, nesse sentido, o distribuidor ser solidário a danos causados por combustível de outra marca vendido por um posto de sua bandeira.

Isso pode ser outro prejuízo a ser causado ao consumidor se o fim da fidelidade for aprovado.

(v) experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities;

Os combustíveis adquiridos do produtor ou do importador, no que concerne a qualidade do produto, são idênticos se adquiridos das mesmas fontes. Assim, a gasolina comum adquirida da Petrobras, em tese, seria sempre a mesma, não importando se distribuída pela distribuidora A, B ou C.

A variação na qualidade ocorreria quando esse combustível é aditivado, ou seja, recebe a inclusão de produtos químicos que visam melhorar sua performance.

Sob essa ótica, o combustível comum, não aditivado, é uma commodity, e, portanto, para o consumidor não importaria sua marca.

Entretanto, as condições de armazenamento, transporte, temperatura de carregamento, limpeza de dutos, entre outros fatores, podem alterar a qualidade do produto de uma distribuidora para outra.

Isso será percebido pelo consumidor, pode prejudicar sua escolha, se não tiver a informação clara sobre isso, como é determinado pelo CDC. Dessa forma, entende-se que essa experiência internacional poderia, apenas, prejudicar as relações de concorrência existentes no mercado de varejo entre postos de marca e Bandeiras Brancas.

- (vi) possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.**

.

Como visto acima, o fim da fidelidade à bandeira pode trazer mais prejuízos do que benefícios ao consumidor.

Com a concentração existente no mercado de distribuição, como visto anteriormente, não se pode esperar um aumento da concorrência entre as distribuidoras com o fim da fidelidade à bandeira. Poderá, inclusive, ter um efeito contratário, cada grande grupo concentrar suas atividades em uma determinada região, passando a não competir na região do outro.

Nesse sentido, o mais eficaz, e que poderia reduzir o risco ainda maior de concentração das grandes distribuidoras seria a proibição da existência de cláusula de exclusividade, transformando todos os varejistas em Bandeira Branca

6 CONCLUSÕES

Da análise efetuada emerge o entendimento de que a forte concentração de poder de mercado no segmento revela um quadro de dominação monopólica no segmento atacadista que se ampliou significativamente desde nos últimos anos.

Os dados observados revelam a frustração das expectativas de liberalização de mercado de combustíveis e mostram resultados concentradores opostos com especial prejuízo ao diafragma competitivo do varejo de combustíveis que, atendido por distribuidoras franja ou entrantes potenciais, foi gravemente comprimido no período de análise.

É certo que pelo contato próximo com os consumidores finais e importância dos gastos com combustíveis no orçamento dos consumidores, a atenção para práticas de abuso de poder de mercado na comercialização de combustíveis no Brasil deslocou-se nos últimos anos para o varejo¹⁸.

Chama especial atenção à potência e excesso das restrições verticais embutidas nos contratos típicos impostos pelas grandes distribuidoras aos seus varejistas exclusivos. Redundantes e exageradas, as cláusulas parecem permitir controle fino sobre preços de revenda nos diferentes mercados relevantes municipais envolvidos e facilitar ações estratégicas de dominação de mercado que, de fato, ocorreu na última década.

Sob a perspectiva regulatória seria oportuna a avaliação detida a respeito dos efeitos da duração e mecanismos coercitivos associados a estas cláusulas de

¹⁸ Com dados de novembro de 2009, Pedra e Paiva (2010) apontam para a ocorrência de cerca de cerca de 200 denúncias de prática de cartel envolvendo a distribuição de combustíveis por ano, concentradas todavia na averiguação de condutas no segmento varejista.

exclusividade, entendido que por elas se levantam as maiores barreiras ao aparecimento de novos distribuidores capazes de contestar o segmento dos players dominantes. Sem acesso a pontos de varejo e operando com escalas reduzidas, os entrantes potenciais são sufocados e mantidos na margem desta indústria.

Dada a cristalização de barreiras à entrada por meio das cláusulas de exclusividade, que são o principal obstáculo à reversão do quadro de concentração no atacado de combustíveis e da ampliação da dominação observada, entende-se que a limitação do prazo destes condicionamentos específicos e seu levantamento compulsório por abuso concorrencial seriam providências de grande eficácia competitiva.

Adicionalmente, a repressão de práticas atacadistas de manipulação de preços e de tratamento não isonômico nas condições de fornecimento a varejistas atendidos por uma mesma distribuidora poderia ser viabilizada pela obrigação de segregar os preços cobrados das varejistas pelos combustíveis de outras formas de extração de renda pelas distribuidoras, com inclusão forçada de cláusulas que garantam tratamento mais favorecido para postos situados em regiões próximas e que atendam mercados relevantes comparáveis.

No que se refere às Tomadas Públicas de Contribuição no. 3 e no.4, da ANP, foi feita uma avaliação dos benefícios e prejuízos que cada uma das propostas podem trazer ao mercado de combustíveis no Brasil.

Cumprir observar, nesse particular, que um dos principais problemas no mercado de combustíveis é a concentração da produção nas mãos da Petrobras, e isso não foi objeto das mencionadas TPCs.

Pelo contrário, o que está em análise são medidas que podem prejudicar o único elo concorrencial da cadeia, que é o setor varejista.

De fato, algumas medidas, como o fim da verticalização, poderiam concentrar mercado ainda mais nas mãos de poucos distribuidores, prejudicando os varejistas atualmente instalados, bem como impedindo a entrada de novos varejistas.

O mesmo ocorreria com o fim da fidelidade à bandeira, que poderia induzir o consumidor a adquirir produto diferente daquele que estava esperando comprar.

Aliás, no setor de varejo, a existência de varejista Bandeira Branca torna sem sentido o fim da fidelidade à bandeira, pois o varejista é livre para decidir se quer se ligar a uma marca, e aderir às obrigações decorrentes, ou se quer ficar livre para adquirir combustível de quem desejar.

Portanto, enquanto as principais preocupações concorrências do mercado de combustíveis não forem abordadas pela ANP, não se deve alterar a legislação existente, sob pena de prejudicar o funcionamento do mercado varejista.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmond Rubim de; GOMES, Luiz Flavio Autran Monteiro. **Fatores Críticos de Sucesso no Setor de Distribuição de Combustíveis: A Percepção das Empresas Distribuidoras.** RAP Rio de Janeiro 38(5):729-49, Set./Out. 2004.

ARAÚJO JUNIOR. Et al. **Lucratividade, Forma Contratual e Características do Varejo de Gasolina Brasileiro.** Programa de Pos-Graduação em Economia Aplicada - FE/UFJF, 2008.

ASKER, John; BAR-ISAAC, Heski. **Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals.** NYU Stern & NBER, and U. Toronto 4th March 2013.

BAIN, Joe S. **A Note on Pricing in Monopoly and Oligopoly,** 39 AM. ECON. REV. 448 (1949).

BAIN, Joe S. **Barriers to new competition: their character and consequences in manufacturing industries** A. M. Kelley: Fairfield, N.J, 1956.

BARRON, John M.; UMBECK, John R. **THE EFFECTS OF DIFFERENT CONTRACTUAL ARRANGEMENTS: THE CASE OF RETAIL GASOLINE MARKETS.** Journal of Law and Economics, Vol. 27, No. 2, pp. 313-328, 1984.

BECK, John M. Barron; UMBECK, John R. **Will Open Supply Lower Retail Gasoline Prices?** Antitrust Law Journal, Vol. 58, No. 3, DEVELOPMENTS: pp. 921-934, 1989.

BAUMOL, William J.; PANZAR, John C. & WILLIG, Robert D. **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure,** 1982.

BORGES, H.; BICALHO, L. **Barreiras à Entrada na Distribuição de Combustíveis no Brasil.** Anais do XII Congresso Brasileiro de Energia, 2008, Rio de Janeiro. v. 4, pp. 2143-2156.

BORENSTEIN, Severin. **Selling costs and switching costs: explaining retail gasoline margins.** The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No 3, pp. 354-369, 1991.

BRICKLEY, James A. et al. **THE ECONOMIC EFFECTS OF FRANCHISE TERMINATION LAWS.** Journal of Law and Economics, Vol. 34, No. 1, pp. 101-132, 1991.

COLOMER, Marcelo; TAVARES, Ana. **Precificação de Combustíveis no Brasil e as Barreiras ao Investimento.** Texto para Discussão 004| 2012.

DIXIT, Avinash. **A Model of Duopoly Suggesting a Theory of Entry Barriers.** The Bell Journal of Economics, Vol. 10, nº1, pp. 20-32, 1979.

DIXIT, Avinash. **The Role of Investment in Entry-Deterrence.** The Economic Journal, Vol. 90, nº 357, pp. 95-106, 1980.

ECKERT, Andrew; WEST, Douglas S. **Price uniformity and competition in a retail gasoline market.** Journal of Economic Behavior & Organization Vol. 56, 219–237, 2005.

FETTER, Seiji Kumon. **DETECÇÃO DE CARTÉIS POR MARCADORES DE COLUSÃO.** Dissertação (Mestrado em Economia) - Fundação Getúlio Vargas, 2012.

FREITAS, Tirajú Alves de. **A Defesa da Concorrência no Mercado Varejista de Combustíveis Líquidos: Teoria, Evidências e o Uso de Filtros para Detectar Cartéis,** 2010. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

FROEB, Luke M. et al. **Economics at the FTC: Cases and Research, with a Focus on Petroleum.** Review of Industrial Organization, Vol. 27: 223-252, 2005.

GIOCOLI, Nicola. **Games judges don't play: predatory pricing and strategic reasoning in US antitrust.** MPRA Paper No. 33810, posted 30. September 2011.

HALL, Robert E. **POTENTIAL COMPETITION, LIMIT PRICING, AND PRICE ELEVATION FROM EXCLUSIONARY CONDUCT.** In: Exclusionary Conduct, in 1 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 433 (ABA Section of Antitrust Law 2008).

HOSKEN, Daniel. Et al. **Retail Gasoline Pricing: What Do We Know?** WORKING PAPER NO. 290. BUREAU OF ECONOMICS FEDERAL TRADE COMMISSION WASHINGTON, DC, 2008.

Indiana Law Journal. "**Antitrust Implications from the Use of Consignment Contracts in the Petroleum Industry,**" Vol. 34: Iss. 1, Article 4, 1958. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol34/iss1/4>

ISHIDA, Junichiro. Et al. **Market Competition, R&D and Firm Profits in Asymmetric Oligopoly.** Institute of Social and Economic Research, Osaka University, September 25, 2009.

LAFONTAINE, Francine and SLADE, Margaret E. **Exclusive contracts and vertical restraints: empirical evidence and public policy.** In: Buccirossi, Paolo, (ed.) Handbook of antitrust economics. Cambridge, MA: MIT Press, pp. 391-414, 1940.

LEMES, Frederico Sauer Pais. **Gerenciamento da Cadeia de Suprimentos em uma Distribuidora de Combustíveis.** VII Convibra Administração – Congresso Virtual Brasileiro de Administração, 2011.

MAHINKA, Stephen Paul. **VERTICAL RESTRAINTS AS EXCLUSIONARY PRACTICES: CURRENT ISSUES IN REGULATED AND DEREGULATED INDUSTRIES.** Antitrust Law Journal, Vol. 58, No. 3, DEVELOPMENTS: pp. 921-934, 1989.

MATHEWSON, Frank; WINTER, Ralph. **The Law and Economics of Resale Price Maintenance.** Review of Industrial Organization, 13: 57–84, 1998.

MATHEWSON, Frank; WINTER, Ralph. **The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment.** The American Economic Review, Vol. 77, No. 5, pp. 1057-1062, 1987.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John D. **Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis,** 50 ECONOMETRICA 443 (1982).

NASI, Maria Aparecida; Santos, Zilda Maria Contesini. **A Influência da Marca nos Postos de Abastecimento de Combustíveis.** Cadernos UniFOA, Edição nº5, dezembro 2007.

NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. **ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO VAREJO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL.** ANPEC, São Paulo: Economia Industrial e da Tecnologia, 2005.

ORDOVER, Janusz A.; SALONER, Garth. **Predation, Monopolization, and Antitrust.** Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Elsevier Science Publishers, 1989.

PEDRA, D.; PAIVA, R. **A atuação recente da Coordenadoria de Defesa da Concorrência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis na Detecção de Cartéis na Revenda Varejista de Combustíveis.** V Congresso Iberoamericano de Regulacion Economica. Lima, Peru: 2010

PERRY, Martin K. **Price discrimination and forward integration.** The Bell Journal of Economics, Vol. 9, No. 1, pp. 209-217, 1978.

PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. **O BRILHO DA BANDEIRA BRANCA: CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL.** planejamento e políticas públicas | ppp | n. 31 | jun. 2008.

RAGAZZO, C. E; da Silva, R. M, "**Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: Uma Agenda para Investigações**" Documento de Trabalho SEAE 40 (2006). Available at: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/5

RASSENTI, Stephen J.; Wilson, Bart J. **How Applicable is the Dominant Firm Model of Price Leadership?** *Experimental Economics*, 7:271–288, 2004.

REY, Patrick and Thibaud Verge (2008), **Economics of Vertical Restraints**, Ch. 9 in *Handbook of Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi (ed.), MIT Press, Boston.

RICHARD, Gilbert J. (1989), "**Mobility Barriers and the Value of Incumbency**," Chapt. 8 in *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, Richard Schmalensee and Robert Willig, Eds. New York: North Holland, 475-535.

SHEPARD, Andrea. **Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Retailing**. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 24, No. 1: pp. 58-77, 1993.

SILVA, Carla Maria de Souza e. **Estratégia de Preços da Petrobrás no Mercado de Combustíveis Brasileiro Pós-Liberalização e Instrumentos de Amortecimento de Variações Internacionais**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003.

SLADE, Margaret E. **Strategic Motives for Vertical Separation: Evidence From Retail Gasoline Markets**. Oxford University Press, 1998.

SCHENZLER, Christoph. Et al. **The History of The Statistic Equilibrium Dominant Firm Price Leadership Model**. *Easton Economic Journal*, Vol. 18, No 2, 1992.

SOARES, Adriana Costa et al. **Diagnóstico da rede de distribuição de derivados de petróleo no Brasil e sua representação em um SIG**. XXIII Encontro Nac. de Eng. de Produção - Ouro Preto, MG, Brasil, 21 a 24 de out de 2003.

STIGLER, George J. **Notes on the Theory of Duopoly**. *Journal of Political Economy*, Vol. 48, No. 4 pp. 521-541, 1940.

STIGLITZ, Joseph E.; MATHEWSON, Frank. **New Developments in the Analysis of Market Structure: Proceedings of a Conference Held.** The Economic Journal, Vol. 97, No. 386, pp. 503- 506, accessed: 11/02/2014 1987.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. **Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta.** Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 855-876, nov. 2005.

VITA, Michael G. **Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Control: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies.** Journal of Regulatory Economics; 18:3 217-233, 2000.