

EXCELENTÍSSIMO SENHOR SUPERINTENDENTE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, ESTUDOS E REGULAÇÃO ECONÔMICA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - SR. BRUNO CONDE CASELLI

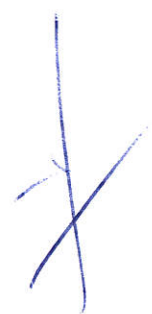
Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018 - Coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da necessidade de se manter a tutela regulatória da fidelidade à bandeira

Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A. ("Refit"), inscrita no CNPJ/MF sob o n. 33.412.081/0001-96, com sede na Avenida Brasil, n. 3.141, Benfica, Rio de Janeiro/RJ, CEP n. 20930-041, neste ato representada por seu representante legal, vem, perante Vossa Senhoria, apresentar sua manifestação frente à Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018.

1. Considerações iniciais

As iniciativas que estão sendo tomadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP") para a melhoria do ambiente de negócios do setor de óleo e gás brasileiro são de grande importância e devem ser incentivadas pelas empresas que compõem a cadeia produtiva. A Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018 ("TPC"), para tratar de assuntos inerentes à fidelidade à bandeira, é relevante para que haja a eliminação de entraves hoje existentes para o pleno desenvolvimento da atividade.

É necessário que se reestabeleçam as regras que sustentavam o mercado em 2007, pelas quais os postos revendedores eram



liberados para comprar produtos de empresa distribuidora que vendesse mais barato no mercado, independentemente de ostentarem qualquer tipo de bandeira. Desenvolvemos abaixo os argumentos técnicos e legais para tal alteração.

2. Histórico legal e a necessidade de mudança da regra de fidelidade à bandeira

Desde a publicação da Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/1997), observamos a intenção de liberalização do mercado de combustíveis automotivos. A intenção do legislador era de que o reajuste nos preços dos combustíveis pudesse ser controlado por cada agente econômico do setor, estabelecendo um cenário de livre concorrência¹.

Com a nova Lei, a intenção era que a Petrobras não detivesse mais o monopólio do setor. Porém, ela continuou sendo dominante e exercendo papel importante e controlador na maior parte dos pontos da cadeia produtiva.

Em 1997, foi editado ato ministerial garantindo a liberdade para o posto vender combustível de qualquer distribuidora, sendo facultado ao revendedor a identificação da marca da distribuidora². A permissão para que os postos revendedores

¹ "Até meados da década de 1990, a interferência do Estado brasileiro na distribuição e revenda de combustíveis automotivos contemplava o controle de preços, margens de comercialização e fretes. Depois, iniciou-se um processo de liberalização de preços em toda a cadeia produtiva de petróleo, gás natural e biocombustíveis, além de gradual redução dos subsídios governamentais.

Mas foi somente a partir da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) que a liberalização no mercado de combustíveis automotivos se deu de modo mais efetivo, tendo sido concluída em 31 de dezembro de 2001. A partir dessa data, os reajustes nos preços dos combustíveis passaram a caber exclusivamente a cada agente econômico - do poço ao posto revendedor -, que estabelecem seus preços de venda e margens de comercialização em cenário de livre concorrência." Disponível em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos/historico-da-liberacao-dos-precos-de-combustiveis-no-mercado-brasileiro>

² "Art. 12. É facultado ao Revendedor Varejista identificar em cada bomba abastecedora de combustível automotivo, de forma destacada, bem visível e de fácil identificação pelo consumidor, a Distribuidora fornecedora do respectivo combustível." (Portaria MME n. 9, de 16 de janeiro de 1997)



comercializem combustível de qualquer distribuidora gera o incentivo à melhoria do preço final para o consumidor e aumento da competitividade do valor oferecido pelas distribuidoras.

Medida semelhante foi adotada pela ANP em plena crise de abastecimento ocorrida em maio deste ano. A alternativa, aprovada em 24/05³, foi benéfica para os consumidores e muito bem recebida pelo mercado.

Em 2000, o Ministro de Minas e Energia à época, Rodolpho Tourinho Neto, propôs, por meio de Minuta de Portaria publicada para consulta pública, medida para reduzir a concentração do mercado, o qual estaria elevando o valor cobrado aos consumidores⁴.

2.1. A prejudicialidade ao mercado da existência dos postos bandeirados

A intenção do legislador de ampliar a competição do mercado com a Lei do Petróleo é visível. Porém, o mercado permanece fechado e com alta concentração nas mãos das distribuidoras.

A situação foi agravada com a mudança legislativa implantada pela ANP em 2008 – pela Res. ANP n. 33/2008 – ao restringir a venda para postos bandeirados. A medida, imposta primeiramente pela Res. ANP n. 7/2007, que restringia o limite de 5% das

³ <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>

⁴ “Estará disponível a partir de quarta-feira no site da ANP na www.anp.gov.br Internet uma minuta de portaria autorizando distribuidoras de combustíveis a operarem até 10% dos postos de combustíveis em determinados Estados. A medida foi proposta pelo ministro das Minas e Energia, Rodolpho Tourinho, para tentar reduzir o preço da gasolina em Estados onde a concentração de mercado estaria elevando muito o valor cobrado aos consumidores.

A proposta, colocada na Internet para consulta pública durante 15 dias, limita a operação de postos próprios em, no máximo, 15% da fatia de mercado controlada por cada distribuidora, para evitar a formação de cartel.” Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/235175/anp-quer-extinguir-monopolio-no-setor-do-petroleo>



vendas dos distribuidores a outros distribuidores⁵, ficou ainda pior com a Res. ANP n. 33/2008, a qual incluiu a vedação da comercialização de combustíveis automotivos com revendedor varejista que tenha optado por exibir a marca comercial de outro distribuidor⁶, favorecendo as maiores distribuidoras existentes no mercado brasileiro (Imagem 1).

As grandes distribuidoras, além de produzirem um mercado anticompetitivo na medida em que manipulam o setor e seus preços, criam um ambiente desfavorável para os postos revendedores. Os vínculos contratuais impostos pelas três maiores empresas distribuidoras - quais sejam, BR, Raízen e Ipiranga - aos seus postos bandeirados criam um ambiente de insegurança jurídica e baixa confiabilidade. Isto porque as conhecidas "amarras"⁷ impõem aos postos bandeirados condições desleais, inclusive de perda do ponto revendedor caso não haja cumprimento das obrigações.

As diversas cláusulas contratuais impostas para os postos bandeirados geram obrigações prejudiciais à relação jurídica, como a necessidade de obter uma quantidade mínima de combustível da distribuidora; comodato de equipamentos, a título oneroso, para adquirir produtos da bandeira; pagamento antecipado dos produtos; e determinação unilateral, pela distribuidora, dos preços para compra do produto pelos postos revendedores com

⁵ "Art. 16-B. O distribuidor poderá vender combustíveis automotivos para outro(s) distribuidor(es) até o limite mensal máximo de 5% (cinco por cento), por produto, calculado a partir da média mensal do total de suas aquisições desse mesmo produto, efetuadas nos 3 (três) meses anteriores ao da referida venda." 2. Resolução ANP n. 7, de 7 de março de 2007

⁶ "§ 1º É vedada a comercialização de combustíveis automotivos com revendedor varejista que não se encontra autorizado pela ANP ou que optou por exibir a marca comercial de outro distribuidor conforme previsto no art. 11 da Portaria ANP no 116, de 5 de julho de 2000, exceto no caso previsto no § 2º deste artigo, devendo a verificação ser realizada no endereço eletrônico da ANP (www.anp.gov.br) no momento da comercialização." 3. Resolução ANP n. 33, de 13 de novembro de 2008.

⁷ Recente reportagem sobre o cartel no setor de distribuição de combustíveis retrata um pouco da realidade do setor e das amarras impostas pelas distribuidoras. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-cartel-que-joga-contra-o-pais/>



exclusividade⁸. Esses fatores demonstram o abuso de posição dominante e poder econômico, por parte das distribuidoras, fazendo com que os postos se tornem reféns desse vínculo.

Além disso, os preços estabelecidos pelas distribuidoras levam em conta a marca representada, ampliando o faturamento dessas grandes companhias e distorcendo o mercado.⁹ O valor agregado é mínimo e não é possível, sequer, confirmar que a qualidade será superior ou inferior a outros postos revendedores que não ostentam bandeiras - a qualidade é mantida e fiscalizada pela ANP, que exerce o papel de prevenir a adulteração de combustíveis.

O cartel formado pelas grandes distribuidoras gera graves distorções, que são asseguradas pela disposição da ANP em impedir a compra de outras distribuidoras por postos revendedores que ostentem determinada marca (postos bandeirados).

⁸ <https://www.conjur.com.br/2017-jan-03/deirdre-neiva-contrato-bandeira-revisado-fiscalizado>

⁹ <https://blog.clubpetro.com.br/por-que-os-postos-de-bandeira-branca-estao-ganhando-a-confianca-do-consumidor/>



O CONCHAVO DO COMBUSTÍVEL
Entenda o imbróglio envolvendo as empresas distribuidoras:



1. O LOBBY
Em 2008, um lobby pesado do Sindicato Nacional das Empresas de Combustíveis e Lubrificantes junto ao então diretor da ANP, Haroldo Borges, modificou uma resolução crucial do Ministério de Minas e Energia. Com a medida, um posto com o slogan da BR Distribuidora, Raizen/Shell e Ipiranga ficou impedido de comprar combustível de uma distribuidora de bandeira branca. Somente da marca que estampa em sua fachada

2. A SUSPENSÃO
Com a greve dos caminhoneiros, a ANP suspendeu em caráter excepcional a vinculação de marca para vendas de distribuidoras de combustíveis líquidos. O despacho foi assinado pelo diretor-geral substituto da agência, José Cesário Cecchi

3. A RETOMADA
Agora, a ANP admite a hipótese de permitir, de maneira permanente, que os postos de gasolina escolham de qual distribuidora comprar combustível, o que pode baratear o preço para o consumidor. A Plural, que representa as três maiores distribuidoras, ameaça reagir

Imagem 1 - O conchavo do combustível. Fonte: O cartel que joga contra o país. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-cartel-que-joga-contr-o-pais/>

A reserva de mercado para as grandes distribuidoras através de seus postos que ostentam suas marcas, presente até os dias de hoje, é prejudicial para a competição do mercado e fere o

[Handwritten signature]

direito do consumidor. Aqueles postos que não ostentam bandeiras, chamados de "bandeira branca", são lesados pelas iniciativas agressivas tomadas pelas grandes marcas.

Informe divulgado recentemente pela ANP (Imagem 1) demonstra a pequena quantidade de postos bandeira branca - cerca de 44% do mercado - frente aos postos bandeirados, os quais sujeitam suas operações, preços e vontades às grandes distribuidoras que controlam o mercado.

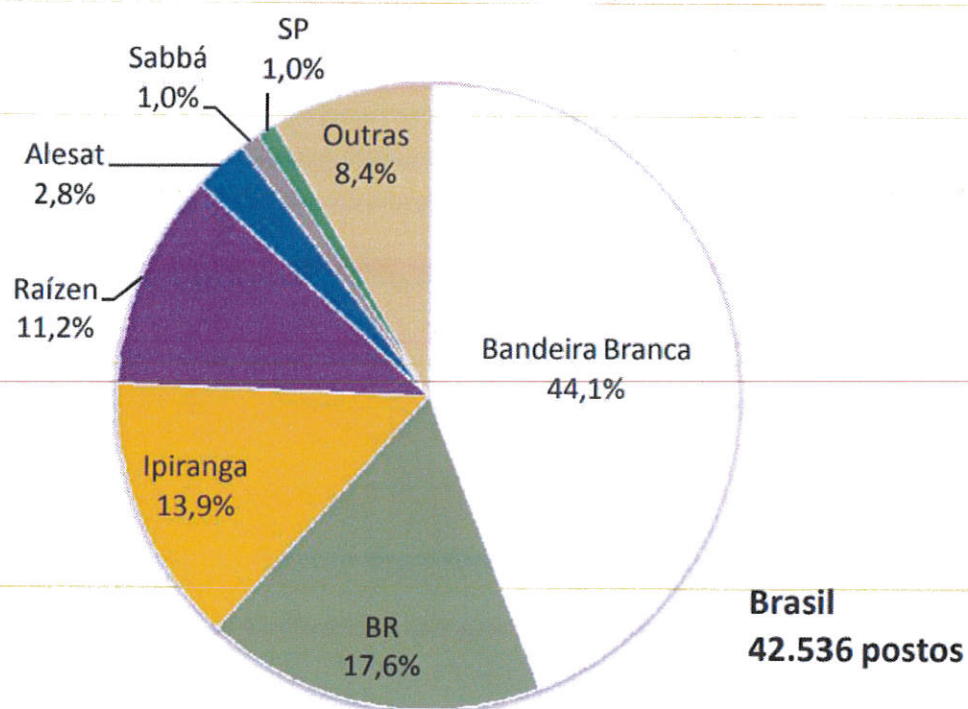


Imagem 2 - Postos revendedores de combustíveis líquidos - Market Share. Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

As grandes distribuidoras, que controlam o mercado e os preços, ampliam a sua margem de lucro na medida em que, além de obrigarem a maior parte dos postos a ostentarem suas bandeiras e comprarem percentuais mínimos, é permitido que vendam também para postos de bandeira branca, os quais deverão identificar



junto à bomba a origem do produto¹⁰. Assim, há uma distorção para os postos bandeirados, que apenas podem comprar os combustíveis de um distribuidor, mas não havendo barreiras para as distribuidoras revenderem para outros postos (Imagem 3).

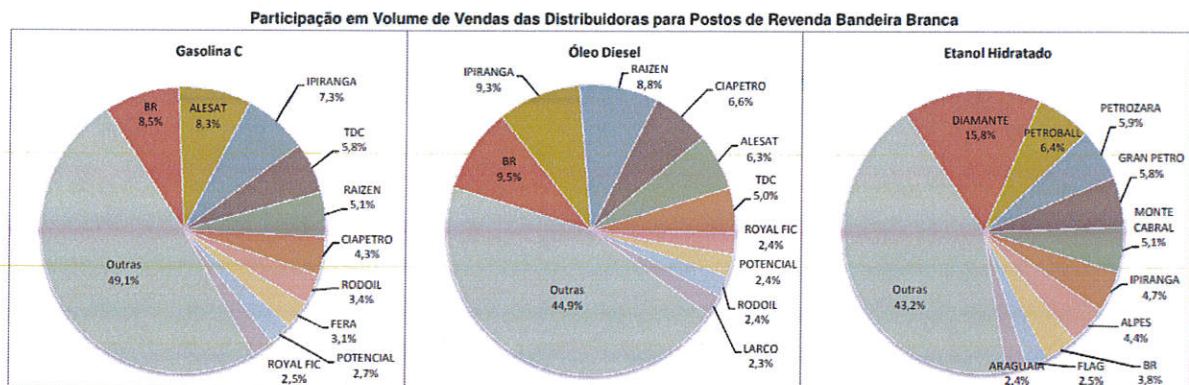


Imagem 3 - Participação em volume de vendas das distribuidoras para postos de revenda bandeira branca. Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

O oligopólio formado pelas três maiores distribuidoras acima descritas (BR, Ipiranga e Raízen) é responsável, também por controlar 2/3 do volume total de vendas¹¹.

Os postos bandeirados, além de representarem maioria no mercado de revenda - dados de 2018 indicam que são cerca de 55,9% do mercado, conforme acima apresentado -, são responsáveis pela maior parte da comercialização de combustíveis. De acordo com gráficos da Fecombustíveis (Imagens 4, 5 e 6), a porcentagem

¹⁰ "Art. 22. O revendedor varejista de combustíveis automotivos obriga-se a:
(...)

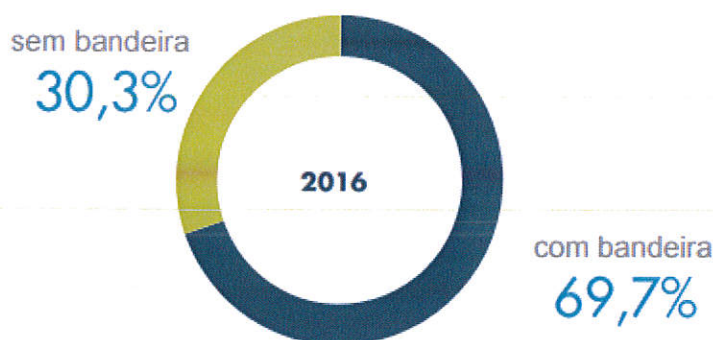
IX - identificar em cada bomba abastecedora de combustível, no(s) painel(is) de preços, e nas demais manifestações visuais, de forma destacada, visível e de fácil identificação para o consumidor, o combustível comercializado, conforme tabela abaixo, podendo ser utilizada, adicionalmente, a marca comercial ou nome fantasia do produto. (...)" (Res. ANP n. 41/2013)

¹¹ <https://blog.clubpetro.com.br/distribuidoras-de-combustiveis-burlam-lei-de-verticalizacao/>



de vendas dos postos com bandeira é sempre maior que a dos postos sem bandeira, que constituem uma pequena parte do mercado.

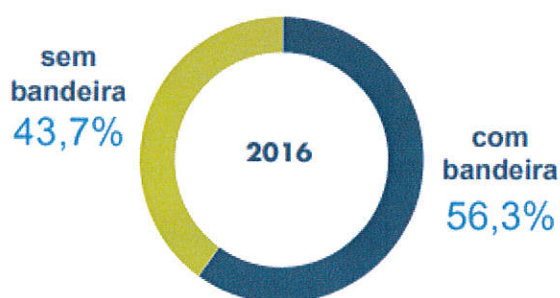
3.4 VENDAS POR TIPO DE POSTO



Fonte: ANP

Imagem 4 - Vendas de gasolina por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final-Site.pdf

4.4 VENDAS POR TIPO DE POSTO

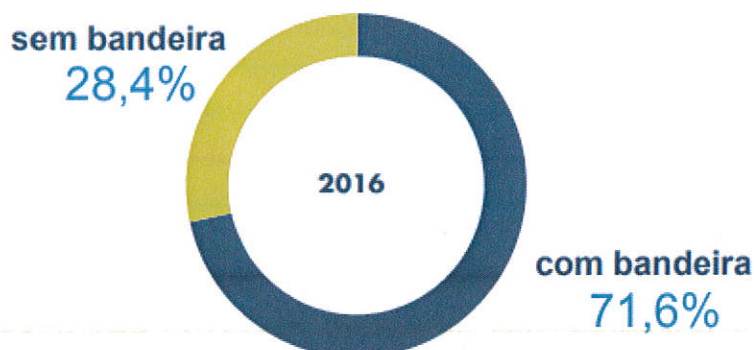


Fonte: ANP

Imagem 5 - Vendas de etanol por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final-Site.pdf



5.5 VENDAS POR TIPO DE POSTO



Fonte: ANP

Imagem 6 - Vendas de diesel por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final-Site.pdf

É conhecido, também, que os melhores pontos de revenda são dos postos com bandeira. Os revendedores que ostentam bandeiras, além de possuírem a maior parcela do mercado e serem responsáveis pela venda da maior parte dos combustíveis, ainda se encontram nas melhores localizações das cidades.

Além disso, como vemos com frequência e reconhecido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), a formação de cartéis de postos de combustíveis se agrava frente à exigência de compra apenas da bandeira ostentada. Em fevereiro de 2018, o então Ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República e atual Ministro de Minas e Energia, Moreira Franco, solicitou que o CADE tomasse providências frente à cartelização do setor de venda de combustíveis. A preocupação maior do Planalto era de que a diminuição dos preços nas



refinarias não era repassada aos consumidores finais de combustíveis.¹²

Outro argumento que desfavorece a permanência da regra de fidelidade à bandeira são os produtos combustíveis comercializados pelos postos revendedores. A Gasolina Comum, o Diesel Comum e o Etanol não são produtos que necessitam da exclusividade da compra, visto que são produtos iguais em todas as distribuidoras, independentemente da marca que ostentam¹³. Por se tratarem de *commodities*, o produto comercializado pelas distribuidoras é o mesmo, sem importar quem o distribui.

A diferenciação imposta pelas marcas é prejudicial ao consumidor, já que ele é induzido ao erro de que a qualidade dos produtos é diferente a depender do produto comprado. Esses combustíveis saem, por vezes, da mesma refinaria ou usina e são comercializados pelas distribuidoras. Assim, o que diferencia o valor final do produto é o preço do frete, imposto pela própria distribuidora.

Em meio à crise de 2017 e à queda na venda dos combustíveis, muitos postos revendedores de combustíveis optaram por serem bandeira branca visando a maior flexibilidade de preços. Com a possibilidade de comprar combustível de qualquer distribuidora, os custos são menores.¹⁴

Por isso, os postos de bandeira branca possuem, geralmente, os melhores preços do mercado, já que dispõem de uma gama de pequenas distribuidoras e possuem a liberdade de comprar daquelas que vendem mais barato o produto - mesma Gasolina

¹² Sobre o tema: <https://oglobo.globo.com/economia/planalto-pede-forca-tarefa-do-cade-para-investigar-cartel-no-setor-de-combustiveis-22379001> e <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-solicita-ao-cade-investigacao-para-apurar-existencia-de-cartel-no-setor-de-combustiveis.ghtml>

¹³ Para maiores informações sobre a semelhança dos combustíveis: <https://motorshow.com.br/varias-marcas-um-so-produto/>

¹⁴ <https://oglobo.globo.com/economia/gasolina-postos-de-bandeira-branca-avancam-no-pais-em-meio- crise-20955092>



Comum, Diesel Comum e Etanol comercializados pelos postos bandeirados.

Além disso, o mercado tem conhecimento da imposição dos preços, por parte das distribuidoras. Apesar de se tratar de *commodities* - ou seja, o preço não deveria variar tanto pela mera imposição da marca - e da liberdade de preços existente no mercado brasileiro - sustentada pela Lei do Petróleo -, as grandes distribuidoras estabelecem preços diferenciados e maiores do que as menores distribuidoras.

Recentemente, as refinarias anunciaram diminuição no preço de seus combustíveis. Porém, o valor sofreu pouca (ou nenhuma) alteração nos postos revendedores de combustíveis no momento da entrega ao consumidor final.¹⁵ Assim, pode-se concluir que os preços estão sendo manipulados na etapa seguinte, ou seja, pelas distribuidoras, que determinam os preços que mais lhes convém para repassar ao consumidor.

A diferença de preços entre os postos revendedores que ostentam bandeiras de marcas e aqueles de bandeira branca é facilmente verificado no mercado. Um dos pontos positivos dos postos bandeira branca são os seus preços mais baixos¹⁶. A diferença de preços no início de 2018 chegava a R\$ 0,20 entre os dois tipos de postos revendedores¹⁷.

Em 2010, dois anos após a imposição da normativa pela Agência, a realidade era a mesma do mercado presente. Conforme depreende-se da tabela abaixo, os postos de bandeira branca possuem margem

¹⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/10/preco-da-gasolina-nas-refinarias-e-o-menor-em-quase-dois-meses.shtml> e <https://www.portalodia.com/noticias/economia/preco-da-gasolina-cai-ate-10,4,-mas-reducao-nao-chega-ao-consumidor-338525.html>

¹⁶ <https://blog.gilbarco.com/vantagens-e-desvantagens-de-embandeiramento>

¹⁷ Sobre isso: "A diferença de preço das grandes distribuidoras chega a 20 centavos se comparado aos preços praticados no mercado spot (nome dado ao mercado dos bandeiras brancas)." Disponível em: <https://www.brasilpostos.com.br/noticias/proprietario-do-posto/ser-bandeira-branca-ou-bandeirado-eis-a-questao/>



bruta de comercialização maior, mas o preço médio dos postos bandeira branca é visivelmente menor.

Tabela 1 - "Margem bruta média de comercialização para a gasolina comum e óleo diesel entre 03/01 e 27/11/10"

Brasil	Gasolina Comum			Óleo Diesel		
	Preço Médio de Bomba	Preço Médio de Nota	Margem Bruta de Comercialização	Preço Médio de Bomba	Preço Médio de Nota	Margem Bruta de Comercialização
BANDEIRA	2,6147	2,2753	0,3394	2,1436	1,7815	0,3621
BANDEIRA BRANCA	2,5674	2,2866	0,2808	2,0295	1,7427	0,2868

Fonte: "A influência das bandeiras na formação de preços do mercado de gasolina e diesel no Brasil". Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2188/1/AECosta.pdf>

Basicamente, a diminuição dos preços nas bombas dos postos de bandeira branca se dá pela maior liberdade na aquisição dos combustíveis. Já que não possuem contrato algum obrigando-os a adquirir de um só distribuidor, esses postos podem adquirir combustível dos fornecedores que oferecerem os valores mais baixos¹⁸, o que é repassado diretamente para o consumidor.¹⁹

¹⁸ Sobre isso, o advogado Ricardo Magro atesta "os postos de bandeira branca só conseguem oferecer preços mais competitivos nas bombas por possuírem mais liberdade na aquisição de combustíveis dos fornecedores que ofertarem preços mais baixos, sem estarem atrelados a contratos e cláusulas de exclusividade. Tais condições eliminam os lucros dos donos de postos de marca e o forçam a cobrar mais caro por litro". Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/ricardo-magro-defende-postos-de-bandeira-branca,37b26aa1008c8d7965c06940de58fac5ahjb0xsu.html>

¹⁹ Sobre o tema: "Estes postos não vinculados às marcas das grandes distribuidoras/refinarias geralmente têm liberdade para comprar combustíveis da distribuidora que lhe oferecer o melhor preço – por esta razão é mais comum encontrar combustíveis mais baratos neste tipo de posto. Os postos franquizados, por outro lado, estão mais sujeitos aos critérios das distribuidoras por estarem limitados pelo contrato de exclusividade – o que limita também sua flexibilidade na definição de preços. (...) Fica claro, portanto, que as distribuidoras podem ter uma forte influência na definição dos preços ao consumidor, ainda que não sejam operadoras das vendas de combustíveis." Disponível em: <https://www.flatout.com.br/afinal-por-que-o-preco-da-gasolina-nao-baixou-e-continua-subindo/>



Adicionam-se a isso as recorrentes suspeitas de que as três maiores distribuidoras - BR Distribuidora, Ipiranga e Shell - combinam preços, cometendo práticas criminosas e ferindo a livre concorrência.²⁰

O que se observa é que, mesmo com a melhor das intenções em abrir o mercado para investimentos e incentivar a competição, a ANP permanece com regras que prejudicam os atores da cadeia produtiva. Por isso, a chamada fidelidade à bandeira não deve ser mantida pela Agência, por ser nociva ao mercado.

Conforme exposto acima, a comercialização de produtos por postos bandeirados prejudica a livre escolha do consumidor (inciso II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, roga-se a esta Agência que revogue o art. 32 da Res. ANP n. 58/2014, em vigência, que determina a fidelidade à bandeira, por tratar-se de dispositivo que vai contra o espírito de abertura do mercado, exarado pela Lei do Petróleo e incentivado pelos agentes econômicos do setor, além de afrontar o Código de Defesa do Consumidor.

3. A realidade brasileira e o mercado anticompetitivo

Conforme demonstrado, o setor de petróleo e gás brasileiro possui peculiaridades distintas de outros mercados. Logo de início, podemos ver o protagonismo da Petrobras em todos os campos da cadeia produtiva, por vezes, prejudicando o desenvolvimento de outros agentes econômicos.

Sabemos e aplaudimos os esforços da Agência e do governo em promover o livre mercado e a competição. Recentemente, agentes de mercado e dirigentes da ANP declararam apoio à mudança do

²⁰ <https://diariodopoder.com.br/distribuidoras-de-combustiveis-sob-suspeita-de-combinar-precos/> e <https://www.valor.com.br/politica/5699433/distribuidoras-de-combustiveis-sao-alvo-de-operacao-da-policia-e-do-mp>



status quo do setor²¹. Percebemos, também, que se trata de uma agenda do Diretor Geral da Agência, o qual demonstra grande intenção em modificar as regras existentes e ampliar a concorrência no mercado de óleo e gás²².

O elevado grau de concentração na cadeia de produção do petróleo e seus derivados é sentido pelo mercado há tempos e o órgão responsável por prevenir abusos do poder econômico, o CADE, vem salientando tal fato. Em audiência pública na Câmara dos Deputados em maio deste ano, o Coordenador Geral de Análise Antitruste apresentou a realidade do oligopólio existente na distribuição de combustíveis, no qual as maiores empresas detêm grande parte das operações (Imagem 7).

²¹ O Diretor Aurélio defendeu recentemente o aumento da concorrência sabia: <http://www.anp.gov.br/noticias/anp-e-p/4848-agencia-discute-aperfeicoamento-da-regulacao-em-evento-sobre-combustiveis-e-lubrificantes>; o Ministro de Minas e Energia, Moreira Franco, defende maior concorrência no setor de petróleo: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/ministro-defende-que-combustivel-tenha-preco-justo-e-barato>; o Presidente da República, Michel Temer, discursou sobre a melhoria do ambiente de negócios no setor de óleo e gás por meio de reformas realizadas: <https://www.jb.com.br/economia/2018/09/942119-temer-diz-que-industria-do-petroleo-esta-voltando-a-acreditar-no-pais.html>; o Ministro da Fazenda, Eduardo Guardia, vê como alternativa para melhoria dos preços a ampliação da competição no setor: <https://istoe.com.br/guardia-defende-liberdade-de-precos-para-area-de-refino-de-combustivel/>.

²² O Diretor Geral da ANP, Décio Oddone, se manifesta favoravelmente à abertura do mercado: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/anp-industria-do-petroleo-nao-sairia-do-lugar-sem-abertura-do-setor>, <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-nova-realidade-do-setor-de-petroleo-e-gas-natural-e-o-preco-dos-combustiveis-21082018>, e <http://www.anp.gov.br/noticias/anp-e-p/4847-anp-participa-de-evento-do-tcu-sobre-regulacao-de-servicos-publicos>.

4



2. Cadeia de produção do petróleo e seus derivados

- A cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um **elevado grau de concentração** de empresas, sendo que no refino há um monopólio:
- **Exploração – Oligopólio:** Petrobras é dominante.
- **Refino – Monopólio:** Petrobras possui todas as refinarias existentes no Brasil que produzem combustíveis automotivos.
- **Distribuição – Oligopólio:** 1. BR; 2. Ipiranga (Grupo Ultra); 3. Shell-Cosan (Raízen); 4. Alesat e outras pequenas (cerca de 300). As 4 maiores detêm mais de 90% do mercado.
- **Revenda – Concorrência pulverizada** e restrita a pequenas áreas geográficas. Obs.: Vedada a verticalização (Portaria ANP n.º 116/2000).

Imagem 7 - Cadeia de produção do petróleo e seus derivados. Fonte: Apresentação do Sr. Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, Coordenador-Geral de Análise Antitruste do CADE, em 23 de maio de 2018 em audiência pública sobre o aumento do preço dos combustíveis na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2018/23-05-2018-aumento-do-preco-dos-combustiveis/CADE.pdf>

Vê-se que o mercado não passou por muitas alterações pois apresentação semelhante foi apontada pelo Coordenador em oportunidade similar em outubro de 2013 (Imagem 8).





Cadeia de produção do petróleo e seus derivados

- A cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um **elevado grau de concentração** de empresas, sendo que no refino há um monopólio:
- **Exploração – Oligopólio:** Petrobras é dominante.
- **Refino – Monopólio:** Petrobras possui todas as 16 refinarias existentes no Brasil.
- **Distribuição – Oligopólio:** 1. BR; 2. Ipiranga (Grupo Ultra); 3. Shell-Cosan (Raízen); 4. Alesat e outras pequenas (cerca de 300). As 4 maiores detêm mais de 90% do mercado.
- **Revenda – Concorrência pulverizada e restrita a pequenas áreas geográficas.** Obs.: Vedada a verticalização (Portaria ANP n.º 116/2000).

Imagem 8 – Cadeia de produção do petróleo e seus derivados. Fonte: Apresentação do Sr. Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, Coordenador-Geral do CADE, em 02 de outubro de 2013 em audiência pública para discutir as suspeitas de formação de cartel e a composição dos preços no setor de combustíveis da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdc/audiencias-publicas-1/realizadas-em-2013/carteis-de-combustiveis/apresentacao-cade>

Em recente relatório divulgado pela Agência, o “Boletim Abastecimento em Números”²³ demonstrou a grande reserva de mercado existente para as três maiores distribuidoras de combustíveis. Juntas, BR, Raízen e Ipiranga somaram, no primeiro semestre de 2018, 63,73% do mercado de distribuição de Gasolina C (Imagem 9), 73,28% da distribuição total de Óleo Diesel (Imagem 10) e 54,99% em Etanol Hidratado (Imagem 11).

²³ Divulgado em 17/10/2018, o Boletim Abastecimento em Números n. 59 pode ser acessado pelo seguinte link: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2394-boletim-abastecimento-em-numeros>



MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▼	24,14%
RAIZEN ▼	20,25%
IPIRANGA ▼	19,34%
ALESAT ▲	5,00%
TDC ▼	2,21%
CIAPETRO ▲	1,71%
RODOIL ▲	1,59%
POTENCIAL ▼	1,08%
FERA ▲	1,08%
SP ▲	1,06%
OUTRAS ▲	22,55%

Imagem 9 - Quadro de Gasolina Automotiva. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▲	31,10%
IPIRANGA ▲	21,13%
RAIZEN ▼	21,05%
ALESAT ▼	3,01%
CIAPETRO ▼	1,86%
ATEM'S ▼	1,59%
TDC ▼	1,17%
ROYAL FIC ▼	0,99%
RODOIL ▼	0,91%
POTENCIAL ▼	0,80%
OUTRAS ▼	16,38%

Imagem 10 - Quadro de Óleo Diesel. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)



MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
RAIZEN ▲	20,19%
BR ▼	17,66%
IPIRANGA ▲	17,14%
DIAMANTE ▼	7,10%
PETROBALL ▲	2,87%
PETROZARA ▼	2,63%
GRAN PETRO ▼	2,62%
MONTE CABRAL ▲	2,35%
ALESAT ▼	2,05%
ALPES ▼	2,00%
OUTRAS ▼	23,38%

Imagem 11 - Quadro de Etanol. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

A presença das três maiores empresas no *market share* do setor de distribuição de combustíveis é tão grande que ultrapassa 50% das vendas dos produtos, o que torna o poder dessas empresas preocupante para o mercado e investimentos.

Os números demonstram o grande poder que as três empresas distribuidoras detêm em mãos ao adquirir mais de 50% das vendas dos combustíveis brasileiros. Com o mercado controlado por elas, a dificuldade de atração de novos agentes é grande e não há incentivos suficientes para aqueles que já existem.

Este cenário ainda é agravado com a reserva de mercado realizada pelas grandes distribuidoras em postos revendedores, os quais ficam reféns das regras abusivas impostas por elas. Em estudo sobre o varejo de combustíveis, tornou-se claro o resultado de que "uma maior proporção de postos de bandeira branca em determinada cidade gera uma maior variabilidade de preços e,



consequentemente, maior competição no mercado e menor possibilidade de formação de cartel”²⁴.

Percebe-se, portanto, que além de ser imprescindível a retirada de regras relacionadas à fidelidade à bandeira, outras normativas da Agência devem ser atacadas e revogadas como forma de ampliar os investimentos e, de fato, tornar o mercado livre para concorrência. Abaixo, a Refit ressalta alguns dos dispositivos que se tornam verdadeiros entraves à abertura do mercado.

3.1. Os entraves à abertura do mercado

A Refit manifestou-se no processo de Consulta Pública n. 23/2018, o qual discutiu alterações à Resolução ANP n. 41/2013. Por tratarem de modificações pontuais da norma, a Agência não levou em consideração todo o arcabouço legal para atualização da norma.

Portanto, reiterando os pontos destacados na última petição e acrescentando outros, apresentamos abaixo mudanças relacionadas às Resoluções n. 41/2013 e 43/2009 com o objetivo de gerar maior competitividade ao setor e prestigiar também o consumidor final. A intenção, ao revogar os dispositivos indicados, é de eliminar a concentração no mercado de revenda varejista, de etanol e de distribuição.

3.1.1. Da exclusividade da compra: revogação dos §§2º e 4º do art. 25 da Resolução n. 41/2013

Em consonância com a retirada da fidelidade à bandeira, é necessária a revogação do dispositivo que estabelece a exclusividade de compra pelo posto revendedor varejista, visto

²⁴ NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A108.pdf>.



que este somente pode adquirir produto de distribuidor de combustíveis vinculado à marca exibida pelo posto. Os §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013 limitam a aquisição, armazenamento e comercialização por revendedores varejistas que tenham optado por exibir marca comercial exclusivamente de combustível desta marca - limita, portanto, o poder de barganha dos postos revendedores e aumentam o preço final do produto, que é ditado pelas distribuidoras.

A exclusividade da compra impede que haja uma diversificação no preço final dos combustíveis para os consumidores, uma vez que os postos ficam vinculados a um preço imposto pela distribuidora. A aquisição do combustível de uma só bandeira é prejudicial para os preços apresentados aos consumidores e não incentiva um mercado livre e competitivo.

A ANP, em plena crise dos caminhoneiros, visando melhor atender o mercado e superar a crise instalada, reconheceu esta questão e suspendeu temporariamente esses dispositivos. A justificativa foi de que "65% das vendas de gasolina, 66% de diesel e 56% de etanol hidratado ocorrem por meio de postos vinculados a marcas específicas de distribuidores (conhecidos como postos bandeirados). Essa vinculação impede que distribuidores de uma marca comercializem com postos de outra"²⁵.

Os postos de bandeira branca devem ser incentivados, visto que podem oferecer combustível por um preço mais barato diante da competitividade instalada. Como se sabe, as marcas realizam um controle de preços prejudicial, ditando o valor que será cobrado do consumidor e afrontando o direito básico da liberdade de escolha, esculpido no art. 6º, inciso II, da Lei n. 8.078/1990.

²⁵ <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>



Assim, importante medida que deveria ser adotada pela ANP é a revogação definitiva dos dois dispositivos – quais sejam, §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013 – que limitam o poder de compra dos postos revendedores varejistas, os quais atualmente devem seguir os preços ditados pelas grandes marcas, sem margem de diminuição em benefício do consumidor final.

3.1.2. Da impossibilidade de revendedor varejista exercer função de distribuição: revogação do art. 16 da Resolução n. 41/2013

Ainda sob o aspecto concorrencial, a imposição da Agência em impedir que o revendedor varejista exerça função de distribuição, contida no art. 16 da referida Resolução, é prejudicial para o mercado.

Isto porque também impede a livre concorrência e que revendedores varejistas possam realizar atividades que poderiam ser compatíveis. Por competência legal, o papel da Agência Reguladora deve ser o de fiscalizar essas atividades, mas sem impedir que haja uma diversificação no mercado e melhoria do ambiente de negócios, além de favorecer o fluxo dos produtos até o consumidor final.

3.1.3. Da limitação para comercialização do etanol combustível pelo fornecedor: revogação do art. 6º da Resolução n. 43/2009

O mercado de etanol vem sendo repensado, inclusive pela Agência, por ter se tornado um dos mais importantes para a economia brasileira. A necessidade de se retirarem dispositivos que impeçam o desenvolvimento do setor é grande – pudemos perceber a intenção da Agência em conversar com o setor, por exemplo, ao abrir a Tomada Pública de Contribuições n. 2/2018, para tratar sobre a possibilidade de venda direta do etanol



combustível de usinas diretamente para postos revendedores varejistas.

Frente a isto, está a limitação imposta por normativa da ANP que impede que o fornecedor de etanol combustível comercialize seu produto diretamente com os postos revendedores. Pelo art. 6º da Resolução ANP n. 43/2009, o fornecedor tem três opções para realizar a comercialização: com outro fornecedor, com distribuidora ou com o mercado externo, retirando-se a possibilidade onde haveria maior ganho para as empresas.

Mais uma vez, demonstra-se desnecessária a atuação das distribuidoras nessa parcela da cadeia produtiva, que acaba por onerar o preço do produto final e impedir a concorrência do setor. Se o fornecedor pudesse comercializar diretamente com o posto revendedor, haveria melhor preço do produto disponível e se eliminaria um mediador da cadeia que não tem necessidade de ser incluído, facilitando a chegada do produto ao consumidor final.

Neste sentido, a proibição da comercialização direta entre usina e postos revendedores dificulta o consumo do produto em algumas regiões e onera o preço do produto (Imagem 12). Portanto, a melhor opção seria a retirada dessa exigência em regiões que possuam grande produção de etanol - e, de preferência, venda para postos revendedores que não ostentem bandeira.



Transporte de etanol

Custos com coleta e distribuição e de coleta com vendas diretas

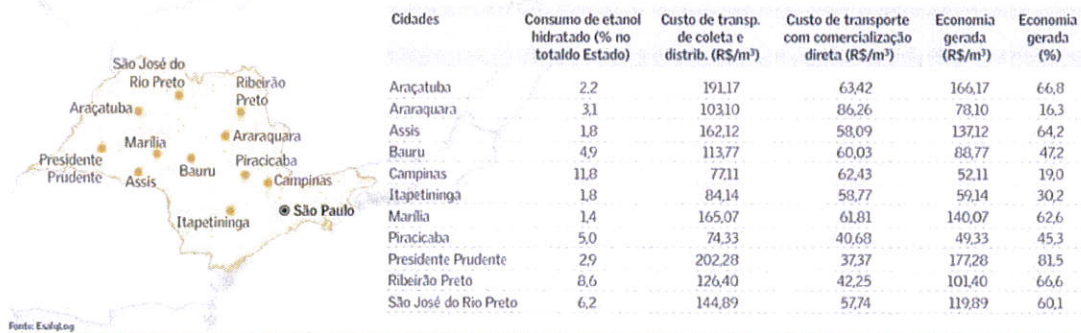


Imagem 12 - Os custos com a coleta e distribuição de etanol com vendas diretas. Fonte: EsalqLog. Disponível em:

<https://www.valor.com.br/agro/5566955/venda-de-etanol-de-usinas-aos-postos-diminuiria-os-custos-mas-geraria-riscos>

Assim, esse cenário se agrava se considerarmos a normativa que estabelece a fidelidade à bandeira, pois, além de limitar o poder de comercialização do fornecedor, a distribuidora ainda terá o poder de controlar o mercado naqueles postos revendedores que ostentarem a sua marca. A concentração de mercado nas mãos das grandes distribuidoras impede que o setor se desenvolva e causa prejuízo aos agentes menores e ao consumidor final do etanol combustível.

4. Afronta ao Código de Defesa do Consumidor

A importância de se defender o consumidor é tão grande e expressa no Brasil que a Constituição Federal traz princípios que devem nortear a atuação dos agentes do setor (público e privados). Os princípios da atividade econômica de livre concorrência e defesa do consumidor (incisos IV e V do art. 170 da Constituição Federal) são os principais parâmetros para aplicação e renovação das normas brasileiras.

Especificamente sobre o mercado, José Afonso da Silva preceitua que "o modo de produção capitalista evoluiu para as formas

oligopolistas”²⁶. Os dispositivos constitucionais (arts. 170, IV, e 173, §4º) “visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista”²⁷. Conclui-se que “é uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos”²⁸.

Na mesma linha, o renomado jurista defende que, na medida em que os consumidores são titulares dos direitos constitucionais fundamentais, “tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista”²⁹. Assim, o dispositivo que se refere à repressão do abuso de poder econômico (art. 173, §4º, da Constituição Federal) serviria como “base à proteção do consumidor”³⁰.

A proteção dos interesses econômicos dos consumidores – presente no caput do art. 4º da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – deve ser observada a todo momento como forma de se estabelecer um “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (inciso III do art. 4º do referido Código). Porém, podemos afirmar que a imposição de fidelidade à bandeira para postos de gasolina implica diretamente em afronta a esse dispositivo, uma vez que vincula a atividade e impede que os preços sejam livremente negociados para benefício do mercado e do consumidor final.

Com a verdadeira abertura do mercado de óleo e gás, o maior beneficiário da política seria o próprio cidadão, que teria acesso aos combustíveis com um preço mais baixo e razoável.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2006. p. 795.

²⁷ Idem. p. 795.

²⁸ Idem. p. 796.

²⁹ Idem. p. 263.

³⁰ Idem. p. 263.



Além disso, o direito básico da liberdade de escolha - art. 6º, inciso II, da Lei n. 8.078/1990 - e a proteção a métodos comerciais desleais - inciso IV do referido dispositivo - são defendidos para que o consumidor possa garantir o acesso aos melhores produtos e preços disponíveis.

É sabido o *modus operandi* das distribuidoras, que se valem de seu amplo poder de imposição de preços aos seus postos revendedores vinculados. Por vezes, essas grandes empresas incorrem na vedação do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor, o qual impede a elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Vê-se isso no que ocorre nos dias de hoje em que as Refinarias diminuem os preços dos produtos, mas que esse abatimento não é refletido nas bombas de combustíveis para consumidores finais³¹.

Assim, o poder de negociação dos outros agentes da cadeia produtiva se torna inexpressível frente a essa imposição criada pela normativa em vigência, prejudicando diretamente o produto fornecido ao consumidor final, que acaba por abarcar todos os preços envolvidos nas transações.

Visando a proteção dos preceitos constitucionais de defesa do consumidor e liberdade do mercado, acreditamos que o caminho que está sendo trilhado por esta Agência é de suma importância para a reafirmação do setor de petróleo brasileiro e a melhoria do ambiente de negócios. Por isso, reitera-se a necessidade de se desvincular a marca aos postos de revenda de combustíveis.

³¹ Recentes reportagens veiculam a queda dos preços nas refinarias, mas aumento dos preços dos postos revendedores: <https://www.panoramaoffshore.com.br/preco-abaixa-nas-refinarias-mas-gasolina-segue-em-alta-nas-distribuidoras/>, <https://www.correiadoestado.com.br/economia/mesmo-com-cortes-nos-precos-pela-petrobras-gasolina-tem-alta-em-ms/338768/> e <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2018/10/13/preco-da-gasolina-cai-quase-1-nas-refinarias-mas-diferenca-nao-e-sentida-na-hora-de-abastecer.ghtml>.



5. A atuação da ANP: fiscalização e poder de polícia

À ANP foram garantidas competências amplas para a manutenção do setor de petróleo, gás natural, derivados e combustíveis. Dentre elas, a promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades do setor (caput do art. 8º da Lei do Petróleo).

Dessas atividades, depreende-se o poder de polícia garantido aos órgãos da Administração Pública "a fim de que possa estabelecer, em benefício da própria ordem social e jurídica, as medidas necessárias à manutenção da ordem, da moralidade, da saúde pública ou que venha garantir e assegurar a própria liberdade individual, a propriedade pública e particular e o bem-estar coletivo"³².

É nessa linha que a ANP possui o poder de fiscalizar os seus agentes regulados, tendo sempre em vista o interesse social³³.

Porém, da mesma forma como lhe é garantida a atribuição, existem limites que devem ser respeitados de modo que, ao mercado, seja atribuída a segurança jurídica das relações e dos princípios de defesa da concorrência. O interesse público, a proporcionalidade, a discricionariedade e a necessidade devem permear a atuação do agente público frente aos seus regulados.

O objetivo maior da aplicação do poder de polícia, qual seja a contenção de abusos do direito individual, não é respeitado. A

³² CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Poder de Polícia: Discricionariedade e Limites. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930.

³³ "Já em relação aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. A autoridade que fugir a esta regra incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. O fundamento do poder de polícia é a predominância do interesse público sobre o particular, logo, torna-se escuso qualquer benefício em detrimento do interesse público." CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Poder de Polícia: Discricionariedade e Limites. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930.



importância em se alcançar o interesse da coletividade por meio do poder de polícia garantido à Agência Reguladora é, por vezes, ultrapassada em detrimento de interesses privados³⁴.

Observa-se que com a fiscalização diante da imposição da cláusula de fidelidade à bandeira em contrato entre distribuidoras e postos revendedores, a ANP acaba por adentrar em uma seara que não lhe compete.

Contratos são acordos particulares celebrados entre partes interessadas, que manifestam sua vontade no negócio jurídico³⁵, e regulamentam seus interesses por meio dessa relação jurídica. Sendo assim, a Agência não poderia adentrar na relação privada bilateral dos contratos celebrados entre as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores para fazer valer a cláusula cível de fidelidade à bandeira. A fiscalização que a ANP realiza, por meio do poder de polícia, não a autoriza a

³⁴ Nessa linha, "Dentre as várias agências reguladoras existentes no país o presente paper se ateve particularmente à ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), e constatou que a efetividade do seu poder de polícia, por hora, é frágil. Percebeu-se que o monopólio no setor petrolífero ainda é muito acentuado, que as decisões tomadas pela agência sofrem grandes interferências judiciais e que a transparência no desempenho de suas atividades deixa muito a desejar. Ou seja, o real conceito do poder de polícia de limitar, disciplinar direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público, ainda está longe do esperado. Muitas vezes o interesse do particular, infelizmente, se sobrepõe ao interesse da coletividade." ARRUDA, Ianna Talyta Campos; DIAS, Rômulo Alves. A efetividade do poder de polícia da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-efetividade-do-poder-de-policia-da-agencia-nacional-de-petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/152694>

³⁵ Pode-se fazer aqui a reflexão de Pontes de Miranda ao associar a necessidade de uma manifestação de vontade para a celebração de um negócio jurídico: "(...) A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada dêsse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico". (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado - Parte Geral: Tomo III: Negócios Jurídicos. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 56.). E assim continua: "O negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios. (...) Essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação de vontade, que o outro fêz". (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado - Parte Geral: Tomo III: Negócios Jurídicos. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 60 e 61.)



adentrar em negócios jurídicos alheios para impor uma vontade, em tese, pública.

Além disso, é necessário que o órgão fiscalizador trate a todos da mesma maneira (postos que ostentam bandeira e postos bandeira branca). Porém, não é o que observamos no mercado de fato. Os postos de bandeira branca possuem um tratamento diferenciado dos demais e, por conseguinte, maior fiscalização por parte do agente regulador.

6. Comparativo com outros mercados e a experiência internacional

Necessário se faz comparar o mercado brasileiro (e todas suas peculiaridades) com outros países que possuem maior maturidade no tema.

Nos casos abaixo analisados dos Estados Unidos e na União Europeia, optou-se por uma política de livre concorrência entre os setores de combustíveis para transporte. Tais políticas datam de 1890 e de 1952, respectivamente. Apenas os países que entraram por último na UE fizeram sua transição um pouco mais tardiamente, como Espanha e Portugal, além de Malta que ainda enfrenta problemas.

Observa-se que o argumento principal dos países modelo é que a competição leva a benefícios aos consumidores através de uma tendência a preços menores pela competição entre as companhias fornecedoras de combustíveis. De forma geral, esses preços sofrerão alterações de acordo com a lógica dos mercados, com flutuações de oferta e demanda derivadas do preço internacional do petróleo.

6.1. O mercado norte-americano

Desde 1890, Congresso americano procurou preservar a competição entre as empresas para proteger os consumidores, garantindo



leis que proibissem comportamentos e práticas anticompetitivos. Essas medidas foram adotadas a partir da perspectiva de que, quando as empresas competem, os consumidores vencem. Por essa razão, foram promulgadas leis antitrustes que mudaram a estrutura de mercado, especialmente no setor de petróleo e gás, vital para o crescimento do país. O papel de acompanhamento para garantia da competição de mercado tem sido feito através dos relatórios das agências de fiscalização: a Comissão Federal de Comércio (Federal Trade Commission, FTC) e Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ).³⁶

A seguir estão as principais companhias do setor de combustíveis nos Estados Unidos, com seus números de postos e a sua participação no Mercado segundo dados da Oil Price Information Service (OPIS).

³⁶ Como dito anteriormente, existem dois órgãos do governo responsáveis pela fiscalização das leis antitrustes. Porém para evitar a sobreposição de tarefas, investigações duplicadas ou mesmo competição entre as duas agências, existe uma divisão entre elas - as agências geralmente distribuem revisões de fusões com base em sua respectiva experiência histórica com determinados setores.

Para transações nas áreas de geração e transmissão de energia elétrica, bem como energia nuclear, o DOJ geralmente realizará a revisão. A FTC geralmente analisa fusões nos setores de biocombustíveis e carvão. A responsabilidade pela revisão das transações nas indústrias relacionadas ao petróleo é dividida entre as agências. Normalmente, o DOJ analisa as fusões no mercado relativas à exploração, perfuração e produção de petróleo (as chamadas operações upstream). A FTC tem atuado na revisão de fusões de setores de refino (midstream) e distribuição e comercialização (downstream).



Tabela 2 - Classificação das Companhias de Combustíveis nos Estados Unidos segundo sua participação de mercado, 2018.

Classificação	Empresa	Número de postos	Market share
1.	Shell	13,727	13.04%
2.	Exxon	5,800	6.11%
3.	Chevron	6,075	5.89%
4.	Speedway	2,664	5.52%
5.	BP	6,653	5.50%
6.	Circle K	3,839	5.24%
7.	Mobil	4,332	4.64%
8.	Sunoco	4,879	3.91%
9.	Valero	4,889	3.76%
10.	QuikTrip	733	3.18%

Fonte: Oil Price Information Service (OPIS) apud CSP Daily. Disponível em: <http://www.cspdailynews.com/fuels-news-prices-analysis/fuels-news/articles/fuels-50-top-10-market-share>

Assim, enquanto no Brasil as três maiores companhias distribuidoras detêm mais de 70% de alguns produtos combustíveis, nos Estados Unidos as quatro maiores empresas de distribuição são responsáveis por quase 31% do mercado total.³⁷

³⁷ A situação atual é semelhante à de 2016: "Na distribuição, o segundo balcão, há apenas três grandes empresas que controlam quase 80% do mercado de combustíveis do Brasil. Em comparação, nos EUA as quatro maiores empresas distribuidoras controlam menos de 30% do mercado." Disponível em: <https://www.flatout.com.br/afinal-por-que-o-preco-da-gasolina-nao-baixou-e-continua-subindo/>



Em estudo do mercado de revenda de combustíveis de San Diego, foi observado que "a maior participação de bandeiras conhecidas faz com que o preço em determinada região seja maior. Isso leva a crer que os postos revendedores de bandeira possuem preços mais altos que os postos de bandeira branca"³⁸.

Vale ressaltar que alguns estabelecimentos de varejo são de propriedade e operados por refinadores, enquanto outros são empresas independentes que compram gasolina de refinadores e comerciantes para revenda ao público. O número e a localização dos concorrentes locais também podem afetar os preços.

Os postos de gasolina têm autonomia na escolha de quais combustíveis devem oferecer. Isso explica o porquê de a distribuição de etanol por exemplo estar enfrentando muita resistência. Existe a mistura obrigatória de 10%, porém as misturas de 15% e 85%, chamadas de E15 e E85, não são frequentemente encontradas em qualquer posto. Apenas 29 estados subnacionais oferecem esse combustível, sendo as companhias varejistas responsáveis: Sheetz, Kum and Go, Thorntons, Minnoco, Murphy USA, MAPCO, Family Express, Cenex, Protec Fuels e RaceTrac³⁹. Segundo a Renewable Fuel Association (RFA), estão previstas mais 2 mil unidades de vendas de E15/E85 neste ano⁴⁰.

Em relatório do Banco Mundial produzido em janeiro de 2016, Masami Kojima⁴¹ afirma que o preço médio nacional para gasolina e diesel nos Estados Unidos destaca-se por causa dos baixos custos de fornecimento do país (grandes economias de escala e alta eficiência operacional devido à concorrência) e baixos

³⁸ Estou de Lewis (2006). Trecho disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2188/1/AECosta.pdf>

³⁹ Disponível em: <https://growthenergy.org/2017/03/14/louisiana-latest-state-to-expand-consumer-choice-at-the-pump/>

⁴⁰ Disponível em: <http://www.ethanolrfa.org/resources/blends/e15/>

⁴¹ Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/424341467992781075/pdf/WPS7531.pdf>



impostos (os incidentes sobre consumo estão congelados desde 1993 em termos nominais).

6.2. O mercado europeu

Segundo a Fuels Europe⁴², o petróleo bruto e os produtos refinados são negociados livremente na União Europeia, permitindo que cada segmento de negócio (exploração, produção, refino e marketing) opere de forma independente. Além disso, tanto o alto número de operadores em cada segmento, quanto a transparência geral dos mercados, criam um ambiente altamente competitivo para essas atividades.

A política da concorrência foi estabelecida na União Europeia como parte do Tratado de Roma assinado em 1957, com o objetivo de assegurar o "bom funcionamento do mercado europeu [que] e permitissem aos consumidores beneficiar das vantagens de um sistema de mercado livre"⁴³. Dentre as razões pelas quais as políticas de concorrência são previstas na UE estão a questão de preços mais baixos, melhor qualidade, maior leque de opções de empresas/fornecedores, incentivos à inovação e à melhoria da concorrência no mercado internacional.

As autoridades nacionais de concorrência podem atuar na fiscalização das regras estabelecidas no Tratado, porém, a responsável no âmbito regional pela fiscalização das práticas concorrenciais é a Comissão Europeia.

Podemos citar dois casos em que a Comissão Europeia recentemente se envolveu em questões relativas ao setor de combustíveis fósseis: (a) em relação a monopólio de combustíveis, a Comissão

⁴² Disponível em: <https://www.fuelseurope.eu/knowledge/refining-in-europe/economics-of-refining/international-competition/>

⁴³ Comissão Europeia. Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência, 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/8200c251-aa42-11e6-aab7-01aa75ed71a1>



pressionou para que o governo maltês alterasse sua lei⁴⁴; (b) no âmbito antitruste atuou para que a empresa Repsol liberasse centenas de postos de abastecimento de obrigações previstas em contratos de fornecimento de longo prazo⁴⁵.

No relatório de 2017 produzido pela Fuels Europe é possível visualizarmos a quantidade de postos por países no ano de 2016⁴⁶. As informações sobre participação de mercado das companhias e o número de postos de gasolina são do ano de 2012.

⁴⁴ Sobre o caso do monopólio, quando Malta aderiu à UE, concordou em liberalizar o mercado em 2006. Mas não conseguiu fazê-lo, levando a Comissão a levar o governo maltês ao Tribunal de Justiça Europeu. O governo rapidamente reagiu, introduzindo leis permitindo que os operadores solicitassem licenças no setor, satisfazendo a Comissão Europeia. Entretanto, a liberalização do mercado não se materializou nos anos seguintes, sendo que a gasolina continua sendo vendida a taxas estabelecidas pela Estatal Enemed Ltd. Por essa razão, no dia 3 de março de 2018, o líder do Partido Democrático Anthony Buttigieg enviou uma carta à comissária europeia Margrethe Vestager, na qual argumenta que a Enemed é a única empresa que importa, armazena e vende gasolina em Malta, além disso detém praticamente todas as instalações de armazenamento de combustível do país e assim controla o preço da gasolina na ilha.

⁴⁵ No mercado espanhol, a Comissão Europeia investigou em 2006 se os contratos de fornecimento da REPSOL violavam as regras do Tratado CE relativas às práticas comerciais restritivas (artigo 81.º). Sua investigação foi encerrada devido aos compromissos assumidos pela REPSOL os quais referem-se à distribuição de carburantes (gasolina e diesel) para os postos. A REPSOL CPP comprometeu-se a permitir que todas os postos de abastecimento com os quais assinou contratos de fornecimento de longo prazo encerrem os mesmos. Segundo a Comissão, a implementação destes compromissos proporcionará pela primeira vez uma verdadeira escolha de fornecedores de gasolina para muitos postos na Espanha e garantirá que todos os postos da rede do operador principal possam fornecer descontos. Com isso, a expectativa é de uma maior escolha e alcance para preços reduzidos em benefício do consumidor. Os compromissos da REPSOL também estabeleceram uma referência para outros concorrentes que ainda mantêm práticas semelhantes.

⁴⁶ Para verificar o número de postos de gasolina por país, acessar: https://www.fuelseurope.eu/wp-content/uploads/2015/06/Graphs_FUELS_EUROPE-2017-52.pdf



Tabela 3 - Classificação das Companhias de Combustíveis na Europa segundo número de postos, 2012.

Rank	Companhia	Número de postos
1	Shell	14,000
2	Total	11,500
3	BP	8,900
4	Esso	7,100
5	ENI	6,400
6	Orlen	2,800
7	Aral*	2,700
8	AVIA	2,600
9	OMV	2,500
10	Lukoil	2,500
11	Statoil	2,000

Fonte: Veraart Research. Disponível em: <https://www.retail-index.com/Sectors/PetrolRetailersinEurope.aspx>

7. Conclusão:

Vemos, portanto, a necessidade de adoção de medidas que possam aumentar a concorrência do setor com o incentivo de novos agentes na cadeia produtiva.

Como complementação da manifestação, a Refit apresenta em anexo a este posicionamento a *legal opinion* produzida pela Prof. Dra. Ana Frazão, especialista em direito concorrencial e econômico,



balizando argumentos jurídicos importantes para a tomada de decisão desta Agência.

Conforme exposto acima, a Refit reitera o seu compromisso com a abertura do mercado e a melhoria de preços ao consumidor final. As distorções concorrenciais presentes nas normativas da Agência podem ser resolvidas com a revogação dos seguintes dispositivos:

- Art. 32 da Resolução ANP n. 58/2014;
- §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013;
- Art. 16 da Resolução ANP n. 41/2013; e
- Art. 6º da Resolução ANP n. 43/2009.

Colocamo-nos à inteira disposição da ANP para eventuais questionamentos ou documentos necessários para esclarecimento dos argumentos acima expostos.



JORGE LUIZ CRUZ MONTEIRO
Presidente