

CONSULTA

1. Consulta-me a Refit sobre os aspectos concorrenciais decorrentes das cláusulas de exclusividade muitas vezes impostas pelas distribuidoras aos revendedores de combustíveis. Dentre as finalidades da consulta, está a de elencar os principais argumentos concorrenciais que poderão ser apresentados tanto ao CADE como à ANP.

2. Por meio do presente estudo, pretende-se demonstrar, a partir de perspectiva econômico-concorrencial, a inadequação do atual quadro regulatório do setor de combustíveis no que diz respeito ao tema da fidelidade à bandeira, medida que tem o condão de afetar profundamente a dinâmica dos mercados de distribuição e revenda, de maneira a diminuir o bem-estar do consumidor.

OPINIÃO JURÍDICA

.I.

A tutela regulatória da fidelidade à bandeira Desenho regulatório carente de diálogo com os agentes regulados

3. Em que pesem os esforços do Estado brasileiro em liberalizar os mercados de distribuição e revenda de combustíveis, nomeadamente com a edição da Lei do Petróleo, a regulação setorial pertinente parece descompassada não somente com os anseios dos agentes regulados e da própria vontade estatal, mas sobretudo com o interesse do mercado consumidor, principal afetado pela dinâmica concorrencial do setor.

4. Basta notar, nesse ponto, que, por intermédio da Resolução ANP nº. 33/2008, alteraram-se dispositivos da Portaria ANP nº. 116/2000 – editada na esteira da Lei do Petróleo e das medidas de abertura do mercado – para restringir a

concorrência do setor mediante a instituição da medida conhecida como “fidelidade à bandeira”.

5. Nesse sentido, nos termos do § 2º do art. 11 da Portaria ANP nº. 116/2000, com a alteração introduzida pelo ato normativo de 2008, o revendedor que optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos – isto é, um posto “bandeirado” – deverá “adquirir e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial”.

6. De outro lado, revendedor que não tenha optado por exibir a marca comercial de um distribuidor específico – isto é, um posto de “bandeira branca”, sem fidelidade a qualquer marca – “não poderá exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações”, nos termos do inciso I do § 3º do aludido artigo.

7. Cabe notar, nesse ponto, que, para extirpar a regra da fidelidade à bandeira do direito brasileiro, realizou-se, em 2007, consulta e audiência públicas para a alteração do art. 11 da Portaria ANP nº. 116/2000.

8. Não obstante, não houve qualquer ponderação quanto aos argumentos dos agentes regulados no que diz respeito à fidelidade à bandeira, uma vez que a aludida disposição já constava da própria minuta de resolução. É ver-se:¹

§ 3º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor encontra-se vinculado comercialmente a um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá:

i) exibir a marca comercial do distribuidor na testeira do posto revendedor de forma destacada, visível à distância e de fácil identificação ao consumidor e, caso pactuado com o distribuidor, nas demais áreas de suas instalações (como por exemplo: no totem, no painel de preços, na loja de conveniência, nas bombas, nos uniformes dos funcionários, etc); e

ii) adquirir e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor ao qual se encontrar vinculado.

¹

Disponível em:
http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2007/Minuta_16_2007.pdf

em:

9. Não houve, por conseguinte, qualquer alteração no texto da minuta, evidenciando-se não somente o já mencionado descompasso entre o intuito estatal de liberalizar o mercado de combustíveis automotivos, como também grave ausência de debates a partir de contribuições do setor regulado, o que produz substancial *déficit* de legitimidade no ato normativo exarado à época.

10. Para além dos atos normativos supramencionados, importa salientar que a Portaria ANP nº. 116/2000 foi revogada pela Resolução ANP nº. 41/2013, que igualmente pretendeu regular a revenda varejista de combustíveis automotivos, mantendo as mesmas disposições concernentes à fidelidade à bandeira, agora no inciso II do § 2º de seu art. 25, segundo o qual “Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá (...) adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial”.

11. Note-se, contudo, que, mais uma vez, tal disposição normativa foi inserida na regulamentação aplicável ao setor sem qualquer reflexão acerca dos efeitos concorrenciais da fidelidade à bandeira. Pelo contrário, como se depreende da Nota Técnica nº. 40/2013 da Superintendência de Abastecimento da ANP (SAB), produzida no contexto da Consulta Pública nº. 8/2013 daquela agência reguladora, somente se levou em consideração a prestação de informações acuradas ao consumidor, que não deve ter dúvidas quanto a estar abastecendo em um estabelecimento vinculado a um distribuidor ou um posto de “bandeira branca”.

3.14 Quanto à identificação da origem do combustível automotivo, no caso de constar no sítio eletrônico da ANP que o revendedor optou por não exibir marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista:

i) não poderá exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, devendo retirar a(s) logomarca(s) e a identificação visual com a combinação de cores que caracterizam distribuidor autorizado pela ANP; e

ii) não poderá exibir qualquer identificação visual que possa confundir ou induzir a erro o consumidor quanto à marca comercial de distribuidor.

Tal medida tem o objetivo de proteger o consumidor, garantindo que, no momento do abastecimento do veículo, o condutor não tenha dúvida quanto a estar abastecendo em um estabelecimento vinculado a um distribuidor ou “bandeira branca”.

12. No que diz respeito às contribuições obtidas em consulta pública, porém, nada se questionou acerca do mérito da fidelidade à bandeira, constando do documento disponibilizado pela ANP² apenas sugestão de inclusão do termo “armazenar” na redação do ato normativo.

13. Não obstante, a regulação expedida pela ANP como resultado da Consulta Pública nº. 8/2013 – isto é, a Resolução ANP nº. 41/2013 – deixou de levar em consideração o documento elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), que já havia denunciado o potencial anticompetitivo da fidelidade à bandeira.³ Confira-se:

“Destarte, a existência de contratos de exclusividade entre postos “bandeirados” e distribuidoras de combustíveis, sem a devida regulação das restrições verticais, além de gerar práticas comerciais que emulam a integração vertical, possibilita o surgimento de práticas envolvendo a fixação do preço de revenda. A principal preocupação concernente a esta conduta refere-se à eliminação da competição

² Disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/concluidas/2158-aviso-de-consulta-e-audiencia-publicas-n-8-2013>.

³ Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2013/n8/Sugestoes_SEAEMF.pdf.

intramarca. Ademais, a estratégia facilita condutas colusivas, tanto a jusante quanto a montante. Embora essa prática possa ser atribuída a eventuais eficiências relacionadas à proteção dos investimentos específicos na proteção da marca, de modo a evitar o free-riding, comum em casos de restrições verticais, em mercados de produtos homogêneos, a exemplo dos combustíveis, nos quais a competição se dá via preço, esse tipo de eficiência não se verifica. Por isso, condutas restritivas, muito provavelmente, tendem a ser ilícitas seja por permitirem que o agente com poder de mercado a montante transfira esse poder para o mercado a jusante seja por facilitarem a adoção de práticas colusivas nesse mercado.

(...)

Como há a possibilidade de restrições verticais emularem os resultados de uma integração vertical, a vedação de agentes de etapas anteriores da cadeia de combustíveis atuarem na revenda varejista gera custos de transação pela incerteza quanto às práticas comerciais permitidas. Ou seja, no cenário apresentado, há o risco de ocorrer questionamentos quanto a uma determinada política de um distribuidor frente a seus revendedores com consequente prejuízo aos investimentos e aumento do custo do produto. Diante do exposto, considerando que as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes, inclusive nocivos à concorrência, aos produzidos pela integração vertical, é importante que a ANP esteja atenta aos diversos arranjos e possibilidades que podem burlar a vedação de determinados agentes atuarem na revenda varejista. Sugere-se, portanto, que a agência discipline com mais detalhes a proibição em questão, explicitando quais restrições verticais podem ser praticadas ou quais são vedadas”.

14. Note-se, portanto, que a SEAE alertou expressamente a ANP não somente quanto ao potencial anticompetitivo da cláusula de exclusividade em que consiste a tutela da fidelidade à bandeira, como também evidenciou a possibilidade de fomento a condutas anticompetitivas como a cartelização e a fixação de preço de revenda, bem como a verticalização de fato do mercado.

15. Não obstante, tais considerações não foram levadas em conta pela norma que mais recentemente regulamentou a matéria. Esta se limitou a ratificar as disposições normativas já vigentes à época, aparentemente levando em consideração apenas a questão da informação ao consumidor quanto à procedência do combustível adquirido, ao arrepio das graves repercussões concorrenciais da fidelidade à bandeira que, como se mostrará a seguir, negam efetividade à própria regulação expedida pela ANP.

16. Mostra-se, dessa maneira, que os procedimentos levados a cabo para a edição das normas supramencionadas não dialogam, de modo algum, com as mais básicas repercussões concorrenciais do desenho regulatório aplicável ao setor e têm considerável déficit de legitimidade tanto do ponto de vista substancial como do ponto de vista procedimental.

17. Nos itens a seguir pretende-se demonstrar, de maneira aprofundada, as razões pelas quais a regulação ora vigente é inadequada para a regência do setor de combustíveis do ponto de vista concorrencial.

.II.

As cláusulas de exclusividade no Direito da Concorrência Efeitos anticompetitivos da fidelidade à bandeira

18. Em apertadíssima síntese, cláusulas de exclusividade têm por finalidade obrigar um revendedor a vender, exclusivamente, produtos da marca de um distribuidor específico.⁴

19. A partir dos ensinamentos da Escola de Chicago, indicou-se que cláusulas de exclusividade não deveriam preocupar a defesa da concorrência, na medida em que, a partir de argumentos econômicos como os expostos por Bork⁵ e Posner,⁶ cláusulas de exclusividade não seriam eficientes e, por conseguinte, não trariam lucros às empresas por elas vinculadas. Sob tal perspectiva, cláusulas dessa espécie somente fariam sentido se o comprador recebesse compensação suficiente do fornecedor para que se abstinhasse de buscar outros fornecedores.

20. Assim, partindo-se dos pressupostos de que um agente com posição dominante poderia ser capaz de compensar eficientemente um dado comprador pela aceitação de uma cláusula de exclusividade e de que, por conseguinte, estaria fornecendo outros incentivos potencialmente capazes de beneficiar o consumidor, cláusulas de exclusividade não deveriam ser consideradas anticompetitivas.⁷

21. Contudo, a posição da Escola de Chicago padece de uma série de problemas, nomeadamente por se basear em simplificações grosseiras quanto à lógica jurídico-econômica das cláusulas de exclusividade. Em verdade, a Escola de Chicago busca fundamentos nos tipos ideais que guiam a economia neoclássica, como a concorrência perfeita, o ímpeto maximizador de utilidade do homem econômico e a busca exclusiva e indiscriminada por eficiência.⁸

22. Não se pode, por óbvio, presumir que haverá concorrência perfeita entre distribuidores de combustíveis, de maneira que os compradores poderão

⁴ HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harbard University Press, 2005. p. 183.

⁵ BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

⁶ POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

⁷ Ver: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. pp. 242-243.

⁸ Ver: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

esperar baixíssimos preços de aquisição como contrapartida da assinatura de um contrato de exclusividade, o que necessitaria de um mercado de distribuição que se aproximasse, em grande medida, da concorrência perfeita, com agentes concorrendo incisivamente pelo preço ótimo.⁹

23. Pelo contrário, em mercados reais, o efeito mais provável de ser obtido a partir da celebração de contrato de exclusividade é a exclusão da entrada de concorrentes mais competitivos e eficientes, na medida em que a contrapartida à exclusividade não será necessariamente a compensação de todos os consumidores do mercado com serviços e preços mais convidativos, mas sim consumidores em número suficiente para impedir que seus rivais tornem-se concorrentes viáveis.¹⁰

24. Dessa maneira, por mais convincentes que sejam os argumentos segundo os quais cláusulas de exclusividade podem ter o condão de evitar o oportunismo, proteger a marca do fornecedor e mesmo produzir um controle de qualidade mais efetivo, tais pressupostos já foram amplamente refutados por teóricos pós-Chicago, ao demonstrar os profundos efeitos anticompetitivos potencialmente provenientes dessas cláusulas. A conclusão a que se chegou é que contratos de exclusividade podem ser amplamente utilizados para impedir a entrada de concorrentes eficientes na hipótese de existirem potenciais economias de escala, como se mostrará a seguir.¹¹

25. Em primeiro lugar, é imperioso ressaltar os evidentes efeitos anticompetitivos nos mercados *a montante*, isto é, nos mercados de distribuição, uma vez que, a partir do momento em que um determinado distribuidor vincula certo cliente à sua marca, não somente retira potenciais clientes dos distribuidores concorrentes, como também afeta profundamente a inovação no mercado, já que os investimentos em pesquisa e desenvolvimento dos demais distribuidores não terão a mesma lucratividade que poderiam ter na ausência de cláusulas de exclusividade.¹²

⁹ FUMAGALLI; MOTTA; CALCAGNO, Op. cit., p. 244.

¹⁰ RASMUSEN, Eric B.; RAMSEYER, J. Mark; WILEY JR., John S. Naked Exclusion. *The American Economic Review*. v. 81, n. 5, pp. 1137-1145, dez. 1991.

¹¹ RASMUSEN; RAMSEYER; WILEY JR., Op. cit.; SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. Naked exclusion: comment. *The American Economic Review*. v. 90, n. 1, pp. 296-309, mar. 2000.

¹² REY, Patrick; TIROLE, Jean. A primer on foreclosure. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. *Handbook of industrial organization*. vol. 3. pp. 2194-2200. Ver também: HOVENKAMP, Herbert. Robert

26. A existência de contratos de exclusividade ainda tem o condão de facilitar a colusão entre compradores, produzindo verdadeiros cartéis intramarca, de maneira a solapar a atividade de agentes autônomos – como, no caso ora em discussão, dos postos de bandeira branca – que poderiam negociar com diversos distribuidores por preços mais baixos.¹³ De outro lado, as cláusulas de exclusividade podem, em larga medida, facilitar a colusão entre distribuidores, uma vez que incentivam a divisão de mercado a partir dos contratos de exclusividade que cada fornecedor poderá manter.¹⁴

27. Ademais, as cláusulas de exclusividade têm o potencial de incrementar as já profundas assimetrias de informação entre os clientes de determinado mercado de distribuição, ao produzir a sensação de que a adoção de cláusulas de exclusividade poderia trazer-lhes melhor situação, por mais que a completa ausência de cláusulas de exclusividade permitisse, na verdade, a obtenção de preços mais convidativos, como se mostrará a seguir.

28. Vale ressaltar que o potencial anticompetitivo das cláusulas de exclusividade já foi, por diversas vezes, identificado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que taxativamente afirmou – nomeadamente no conhecido caso “Tô contigo” – que as noções propaladas pela Escola de Chicago encontram, de fato, uma série de limitações. De acordo com o voto do Conselheiro-Relator Fernando Furlan, a existência de contratos de exclusividade em um dado mercado produz relevante externalidade negativa: “quando um comprador assina um contrato de exclusividade com um vendedor com elevado poder de mercado, ele gera uma externalidade negativa sobre todos os outros compradores, que são induzidos a assinar o contrato”,¹⁵ assim afetando sobremaneira aqueles que não se vinculam a cláusulas de exclusividade e que poderiam, por conseguinte, fornecer produtos a preços mais acessíveis aos consumidores.

Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency. *Antitrust law journal*. v. 79, n. 3, pp. 983-1001, 2014.

¹³ MACCRIMMON, Marilyn; SADANAND, Asha. Models of market behavior and competition law: exclusive dealing. *Osgoode Hall Law Journal*. v. 27, n. 4, pp. 709-768, 1989. p. 739.

¹⁴ MACCRIMMON; SADANAND, Op. cit., p. 739.

¹⁵ CADE, PA 08012.003805/2014-10, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 22.7.2009. No mesmo sentido: CADE, PA 08012.007423/2006-27, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 16.10.2018.

29. Assim, ainda segundo o voto do Conselheiro-Relator: “Ocorre que o monopolista pode explorar tais externalidades para impedir a entrada de potenciais competidores mais eficientes via exclusividade. Como fechamento do mercado, um potencial entrante não atingirá economias de escopo/escala necessárias para cobrir seus custos de entrada”.¹⁶

30. Em síntese, poder-se-ia até sustentar que, em determinadas circunstâncias específicas, a exclusividade não necessariamente trará danos à concorrência, na medida em que, segundo Hovenkamp,¹⁷ poderia ser necessária à criação de incentivos à concorrência ou para a garantia de um controle de qualidade efetivo. Não obstante, a partir do momento em que cláusulas de exclusividade significativamente reduzem as oportunidades de entrada ou expansão de concorrentes em um mercado relevante, a exclusividade torna-se prática anticompetitiva.¹⁸

31. Em outras palavras, cláusulas de exclusividade podem ter o condão de permitir que determinado agente econômico mantenha sua posição dominante e impeça a entrada de competidores no mercado ao fechar o dificultar o acesso a uma rede de distribuição.¹⁹

32. É de rigor, por conseguinte, que direitos de exclusividade sejam vistos com parcimônia, a partir de uma visão informada sobre a dinâmica competitiva do mercado em que se inserem, sob pena de perpetuarem práticas anticompetitivas. É o caso da fidelidade à bandeira, que, como se verá a seguir, não somente abala profundamente a dinâmica concorrencial do setor de combustíveis ao coibir a atuação de agentes capazes de competir por preços de maneira mais eficiente, como também fomenta práticas anticompetitivas.

¹⁶ CADE, PA 08012.003805/2014-10, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 22.7.2009.

¹⁷ HOVENKAMP, Op. cit., 2005, p. 143.

¹⁸ HOVENKAMP, Op. cit., 2005, p. 198.

¹⁹ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 496.

.III.

**O papel dos postos de bandeira branca no fomento à concorrência
Efeitos nefastos da regra da fidelidade à bandeira**

33. Como já se viu, as transformações do mercado de combustíveis nacional tiveram por finalidade promover a concorrência do setor, reduzir os preços e beneficiar o consumidor.²⁰ Não obstante, a estrutura do mercado – fortemente influenciada pela regulação – não acompanhou tal raciocínio, na medida em que criou uma série de incentivos para que as grandes distribuidoras celebrassem contratos de exclusividade com revendedores “bandeirados”, em detrimento da promoção da criação de postos independentes, ditos de “bandeira branca”.

34. Ocorre que, para além das tradicionais dificuldades oriundas de cláusulas de exclusividade que se verificam na literatura de Direito da Concorrência, o setor de combustíveis apresenta peculiaridades importantes, nomeadamente relacionadas às eficiências potencialmente advindas da difusão de postos de bandeira branca.

35. Conforme indicado por Hastings, a presença de revendedores independentes – isto é, de bandeira branca – produz substancial redução dos preços de revenda, ao passo que a sua substituição por postos bandeirados conduz a um aumento dos preços.²¹ Assim, muito embora se verifique a preferência de determinados consumidores por uma dada marca – e, por conseguinte, por postos bandeirados –, a inserção de mais postos bandeirados em detrimento de postos de bandeira branca reduz a intensidade da competição por preços e, portanto, incrementa substancialmente os preços do mercado.²²

36. Não são outras as conclusões da OCDE em documento especificamente voltado ao estudo do tema, no qual se demonstrou, de um lado, a

²⁰ PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. O brilho da bandeira branca: concorrência no mercado de combustíveis no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*. n. 31, pp. 37-65, jun. 2008.

²¹ HASTINGS, Justine S. Vertical relationships and competition in retail gasoline markets: empirical evidence from contract changes in Southern California. *The American Economic Review*. v. 94, n. 1, pp. 317-328, mar. 2004. p. 325.

²² HASTINGS, Op. cit., p. 328.

existência de evidências empíricas de que **o elemento mais importante para o incremento da concorrência no mercado de varejo de combustíveis é a presença de revendedores independentes**, eficiência substancialmente mitigada em virtude da predominância da integração vertical provocada pelos contratos de exclusividade celebrados entre distribuidoras e postos bandeirados. Confira-se:

“Principalmente, há evidência de que o mais robusto elemento para o incremento da concorrência na revenda de gasolina é a presença de revendedores independentes vendendo gasolina sem marca. O contraponto aos efeitos nefastos da desintegração vertical obrigatória é que a entrada de novos revendedores independentes (geralmente revendedores de varejo) poderia ser impedida e revendedores independentes incumbentes poderiam ser forçados a sair do mercado caso as refinarias decidam por predominantemente realizar integração vertical e vender exclusivamente a postos bandeirados.

Leis e regulações sobre integração vertical nesse setor são apenas tangencialmente relacionadas a preocupações competitivas relevantes. Ao contrário, são focadas em acirradas disputas contratuais entre refinarias e franqueados no que concerne à discriminação de preços e oportunismo”.²³

37. É bastante claro, assim, o potencial de aumento de preços decorrente da fidelidade à bandeira, sendo possível igualmente apontar para uma possível redução dos participantes do mercado e aumento arbitrário de lucros.²⁴

²³ OCDE. *Competition policy for vertical relations in gasoline retailing*. DAF/COMP (2008) 35. p. 41. No mesmo sentido: BARRON, John M.; UMBECK, John R. The effects of different contractual arrangements: the case of retail gasoline markets. *The Journal of Law & Economics*. v. 27, n. 2, pp. 313-328, out. 1984.

²⁴ Ver: SHEPARD, Andrea. Price discrimination and retail configuration. *Journal of political economy*. v. 99, n. 1, pp. 30-53, fev. 1991; GOLFÍN, Felipe Flores. Exclusivity contracts and competition: the case of the Brazilian fuels market. [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: FGV, 2016; BERNARDO, Valeria.

38. As conclusões não são diferentes no contexto brasileiro. Conforme evidenciou a pesquisa de Mariana Rodrigues Pinto e Emilson Delfino Silva, as distribuidoras vendem seus combustíveis a preços mais altos para os revendedores que exibem sua bandeira, ao passo que revendedores de bandeira branca conseguem comprar combustíveis por preços menores e, por conseguinte, fazem surgir uma nova competição nesse mercado.²⁵

39. Nesse sentido, segundo os autores, a revendedora de bandeira branca “vai ofertar a um preço menor aos consumidores: vendendo mais barato, ela afeta negativamente as demandas das demais vendedoras, fato este que tem efeito não só de diminuir os preços das revendedoras de bandeira colorida, mas também de diminuir os preços ótimos das distribuidoras para revendedoras de suas bandeiras”.²⁶

40. Significa dizer que a inserção de postos de bandeira branca no mercado tem o condão não somente de produzir ganhos ao consumidor que adquire combustíveis em postos de bandeira branca, mas afeta o mercado como um todo, gerando bem-estar inclusive para os consumidores que comprem de postos bandeirados, cujos preços são afetados pela dinâmica dos postos de bandeira branca.

41. Consequentemente, demonstram os autores que “a existência de uma revendedora de bandeira branca aproxima o mercado de um modelo ideal de concorrência perfeita, em que o excedente do consumidor é máximo, pois acarreta preços ótimos menores e quantidades de equilíbrio maiores. Portanto, sua existência é motivo de aumento do bem-estar social”²⁷, enquanto é despida de qualquer fundamento sólido a existência de postos bandeirados.

42. Tais peculiaridades não fugiram ao crivo da autoridade da concorrência brasileira, que, em inúmeras oportunidades externou preocupações quanto

The effect of entry restrictions on price: evidence from the retail gasoline market. *Journal of regulatory economics*. v. 53, n. 1, pp. 75-99, jan. 2018.

²⁵ PINTO; SILVA, Op. cit., pp. 62-64.

²⁶ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 63.

²⁷ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 64.

ao potencial oclusivo da fidelidade à bandeira. Cabe, nesse ponto, destacar o posicionamento do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº. 08700.002821/2014-09, no qual uma série de revendedores de combustíveis do estado do Maranhão, bem como o sindicato que os coordenava, foram condenados pela adoção de conduta uniforme para coibir suposta “guerra de preços”, “uma vez que os demais revendedores (de outras ‘bandeiras’ ou ‘bandeira branca’) não teriam condições de sustentar a competição contra o conjunto de postos ‘BR’”.²⁸

43. Note-se, nesse ponto, que, muito embora a distribuidora em questão não tenha comprovadamente concorrido para o resultado lesivo verificado pelo CADE, verificou-se colusão entre os postos bandeirados para fazer frente à concorrência por preços representada pelos postos de bandeira branca, o que evidencia tanto o potencial colusivo da fidelidade à bandeira como a maior eficiência dos postos de bandeira branca.²⁹

44. Para além dos processos administrativos para apuração de condutas anticompetitivas supracitados, podem ser mencionadas as interessantes conclusões traçadas no âmbito do Ato de Concentração nº. 08700.006444/2016-49,³⁰ quando o CADE vetou a aquisição da Alesat pela Ipiranga.

45. Naquela ocasião, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, atestou-se que “Os postos bandeira branca exercem verdadeira pressão competitiva no mercado de revenda, podendo inibir até mesmo a coordenação entre postos embandeirados pelas grandes marcas (dado um mesmo preço, os postos bandeira branca tendem a perder demanda por não estampar uma marca que passe confiança ao consumidor, e sua estratégia principal é de competir no preço)”.

46. Além disso, tanto no voto da Conselheira Cristiane Alckmin quanto no parecer do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, verificou-se que os postos bandeirados efetivamente concorrem com os postos de

²⁸ CADE, PA 08700.002821/2014-09, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 3.5.2017.

²⁹ Ver também: CADE, PA 08700.010769/2014-64, Rel. Cons. João Paulo de Resende, em andamento; CADE, PA 08700.009879/2015-64, Rel. Cons. Maurício Oscar Bandeira Maia, em andamento; CADE, PA 08700.009858/2015-49, Rel. Cons. Paulo Burnier da Silveira, em andamento.

³⁰ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

bandeira branca, ainda que possam ser levados em consideração fatores de qualidade e fidelidade do consumidor. Em síntese, “o preço do posto de bandeira branca constrange (ou disciplina) os preços do mercado”.

47. Portanto, verifica-se que o modelo regulatório da fidelidade à bandeira, além de não ter nenhuma justificativa sólida do ponto de vista econômico e jurídico, ainda tem o potencial de promover uma série de práticas anticompetitivas, como também de desprivilegiar agentes competitivos e aptos a reduzir os preços ao consumidor e, conseqüentemente, a gerar ganhos em bem-estar. Além disso, como se mostrará a seguir, o modelo da fidelidade à bandeira subverte a própria estrutura regulatória do setor, produzindo verdadeira verticalização de fato entre distribuidoras e postos bandeirados, subvertendo a própria arquitetura regulatória.

.IV.

Os efeitos da fidelidade à bandeira sobre a estrutura do setor “Verticalização de fato” que subverte a própria regulação da ANP

48. Ao disciplinar a comercialização de combustíveis líquidos no Brasil, a Resolução ANP nº. 41/2013 não somente estabelece a regra da fidelidade à bandeira, como também fixa outra importante norma concernente à dinâmica concorrencial do setor: a vedação à verticalização, ou seja, a proibição de que revendedores tenham em seu quadro de sócios pessoa jurídica autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos, nos termos do inciso IX do art. 8º do aludido diploma.

49. Como já evidenciou o CADE, a proibição de verticalização no setor vincula-se a uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas, nomeadamente com o risco de fechamento de mercado, de facilitação da prática de condutas coordenadas – uma vez que seria mais fácil para a indústria identificar os agentes que estariam desviando de um conluio – e a criação de dificuldades para a entrada no mercado (“a ponto, por exemplo, de tornar a entrada suficiente apenas quando for simultânea na revenda e na distribuição”).³¹

³¹ CADE, PA 08012.005545/1999-16, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julg. 28.4.2010.

50. Cabe, no entanto, notar que a regulamentação atualmente vigente quanto à vedação de verticalização é passível de inúmeras críticas, uma vez que a literatura de Direito da Concorrência indica que a possibilidade de verticalização pode, sob determinadas circunstâncias, gerar possíveis ganhos de eficiência, motivo pelo qual tal disposição normativa é também objeto de Tomada Pública de Contribuições perante a ANP (TPC nº. 3/2018).

51. Não é por outra razão que a integração vertical é dotada de potencial ofensivo bastante inferior ao das concentrações horizontais, sendo inclusive consideradas fontes de grandes eficiências econômicas, decorrentes da integração de atividades complementares de uma mesma cadeia de produtos ou serviços, e da redução de custos de transação em razão da melhor coordenação das etapas correspondentes.³²

52. Não se pode descartar, porém, a possibilidade de a integração vertical produzir fechamento de mercado mediante a restrição ou eliminação do acesso a insumos, em detrimento de rivais atuais ou potenciais, na hipótese de a integração vertical proporcionar à empresa significativo grau de posição dominante no mercado em questão.³³ Especialmente em um contexto pós-Chicago, reacenderam-se no Direito da Concorrência as preocupações com as integrações verticais.

53. As restrições que podem decorrer da verticalização podem se dar tanto mediante a recusa em contratar, como mediante a diminuição da oferta, o aumento de preços, a redução da qualidade do insumo ou mesmo a escolha de tecnologia incompatível com a adotada pelos rivais, de sorte a aumentar indevidamente os custos dos rivais nos mercados que utilizam os insumos, assim como ampliar as barreiras à entrada nestes.³⁴

54. De outro lado, pode ainda a integração vertical impedir ou restringir o acesso de rivais do mercado de insumos a clientes do mercado subsequente, além de propiciar acesso a informações comercialmente sensíveis sobre as atividades da

³² FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

³³ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

³⁴ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

cadeia dos mercados afetados, o que, além de colocar os rivais não verticalizados em situação de manifesta desvantagem competitiva, pode levar ao arrefecimento da competição por preços no mercado final, em prejuízo dos consumidores.³⁵

55. Assim, por mais que possam existir alguns benefícios decorrentes da verticalização no mercado de combustíveis líquidos, é essencial que a implementação dessa verticalização seja acompanhada de perto, sob pena de serem geradas distorções capazes não somente de alterar a dinâmica competitiva do mercado e gerar aumento de preços, como também fomentar comportamentos colusivos.

56. Mais do que isso, se a própria regulação impede a verticalização completa, há que se perquirir em que medida as grandes distribuidoras não estão obtendo os mesmos efeitos desta por meio dos contratos de exclusividade com revendedores.

57. É de se notar, nessa linha, que vários dos efeitos potencialmente nocivos da integração vertical já foram mencionados quando da descrição dos efeitos anticompetitivos da regra da fidelidade à bandeira que, naturalmente, se insere no mesmo quadro normativo do que a vedação à verticalização. Não obstante, fato é que tal convivência aparentemente harmônica demonstra a completa incoerência da atual normatização sobre o setor, ao desconsiderar por completo os efeitos de ambas as medidas sobre a dinâmica concorrencial.

58. Isso acontece porque, em verdade, a regra da fidelidade à bandeira produz verdadeira verticalização de fato, gerando os mesmos efeitos da integração vertical, porém sem qualquer compromisso com a adequada estruturação dos incentivos e garantias que comporão o mercado em questão.

59. Tais constatações, como não poderia ser diferente, já foram traçadas pelo CADE ao analisar a proposta de aquisição da Alesat pela Ipiranga, quando a Superintendência-Geral daquela autarquia aduziu existir influência decisiva da distribuidora na formulação da estratégia comercial de seus postos bandeirados, tendo em

³⁵ FRAZÃO, Op. cit., p. 119.

vista o seu direito de fornecimento exclusivo de combustíveis, a licença de uso de sua marca e o comodato de equipamentos.³⁶

60. Tal influência, naturalmente, poderia ser exercida pela distribuidora com vistas a diminuir a competição entre os próprios postos bandeirados na concorrência local, de sorte que “a relação distribuidora e posto revendedor se assemelharia à de controle compartilhado, com a peculiaridade de que o espaço para decisões de política comercial de um dos ‘controladores’ (o ‘gerente’ do negócio) está pré-estruturado pelas decisões do outro, e as decisões do primeiro são constantemente monitoradas pelo segundo”.³⁷

61. Ainda segundo precedente do CADE, “o poder de fixar preços/quantidades e a propriedade sobre ativos importantes, tais como a marca, fazem do distribuidor uma espécie de ‘controlador conjunto’ do posto revendedor, mais precisamente, um agente dotado de capacidade de direcionar as decisões do proprietário tendo em vista a realização dos seus – i. e., do distribuidor – interesses, não se podendo excluir a possibilidade de que, sob certas circunstâncias, os interesses individuais do distribuidor não estejam alinhados aos interesses individuais do proprietário formal do estabelecimento revendedor”.³⁸

62. Assim, de acordo com a SG no caso Alesat, “não há dúvidas de que a interdependência entre postos bandeirados e distribuidoras é substancial, existindo para fins de análise concorrencial uma verticalização de fato das bandeiras”,³⁹ efeito do embandeiramento que fragiliza em larga medida os postos revendedores e aumenta indiscriminadamente as margens das distribuidoras a jusante.

63. Cabe, ainda, transcrever excerto do voto da Conselheira Cristiane Alckmin no âmbito do mesmo caso Alesat, segundo a qual:

³⁶ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

³⁷ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

³⁸ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

³⁹ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

“De fato, para que um posto seja embandeirado, é importante que a distribuidora “se preocupe e/ou se responsabilize” pela qualidade dos produtos e serviços vendidos ali, dado que o consumidor percebe na marca uma certificação de qualidade do combustível e dos serviços. Logo, do ponto de vista de segurança percebida para o consumidor, é possível argumentar que é bom para ele que a distribuidora faça investimentos e se preocupe com os “seus” postos embandeirados (formalizando de alguma forma esta verticalização). Contudo, ainda que haja este lado positivo, a verticalização não deixa de trazer consigo um alinhamento de incentivos entre os dois segmentos. Este fato – somado ao histórico de problemas na revenda e à assimetria de informação existente entre o Cade e as firmas – agrava o desconforto do Cade em observar que uma das três grandes distribuidoras está comprando a quarta maior distribuidora de abrangência nacional, em um setor já deveras concentrado (ainda que não necessariamente seja a quarta em cada Estado – ver Tabela 9). É inegável que a probabilidade do exercício do poder coordenado (ainda que tácita e não explícita) aumente com esta operação”.⁴⁰

64. Ora, admitir tamanha contradição no âmbito da regulação da ANP seria, para além de verdadeiro contrassenso – já que implementa, por via transversa, medida estrutural que a própria regulação busca coibir –, profundamente prejudicial à dinâmica concorrencial do setor, na medida em que adiciona variáveis extremamente sensíveis no mercado em questão e que impactam sobremaneira os preços e o potencial de práticas anticompetitivas entre os revendedores.

⁴⁰ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

65. Por conseguinte, a manutenção da regra da fidelização à bandeira não se coaduna com os valores e diretrizes que orientam a dinâmica setorial, seja diante das mudanças paradigmáticas do mercado de combustíveis no final da década de 1990, seja diante dos princípios da ordem econômica, nomeadamente o da livre concorrência.

**.V.
Conclusões**

66. Diante do exposto, fica muito claro que, além de inexistirem quaisquer fundamentos jurídicos ou econômicos para justificar a regra da fidelidade à bandeira, existem diversos fundamentos que exigem o seu afastamento, diante dos seus diversos efeitos anticoncorrenciais, incluindo os incentivos à colusão. Ademais, as mencionadas cláusulas subvertem a própria regulação atualmente existente, implementando, de fato, a verticalização total que é juridicamente proibida.

Brasília, 11 de novembro de 2018.

Ana Frazão