

Alexandre Santos de Aragão

PARECER

**A FIDELIDADE DE BANDEIRA COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES. INJURIDICIDADES DA
PROPOSTA DE SUA EXTINÇÃO.**

Rio de Janeiro

Outubro de 2018

SUMÁRIO

I – A CONSULTA.

II – A VINCULAÇÃO À BANDEIRA (MARCA) COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DETERMINADO NA LEI DO PETRÓLEO.

III – VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.

IV – VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO.

V – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - AIR.

VI – INJURIDICIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO.

VII – CONCLUSÕES.

I – A CONSULTA.

Honra-nos a Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência – PLURAL com consulta a respeito da juridicidade de propostas levantadas na Tomada Pública de Contribuições nº 04/2018 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, disponibilizada em 19/09/2018, referente ao fim da assim chamada “fidelidade de bandeira” nos postos revendedores de combustíveis e à responsabilização solidária e objetiva das distribuidoras pelos postos que ostentem suas respectivas bandeiras, sendo estes dois os alvos de nossa análise.

Destacamos, de antemão, que nossas análises são adstritas exclusivamente aos aspectos jurídicos da consulta formulada, sem adentrar naturalmente em aspectos econômicos ou políticos a respeito de políticas econômicas setoriais.

Como grande parte da produção normativa, das tomadas de contribuições e dos esforços recentes da ANP, a proposta ora aventada deita suas origens na paralisação geral de caminhoneiros e empresas de transporte que teve início em 21 de maio de 2018, com profundas implicações na economia do país.

Em razão desse movimento foi elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE um estudo intitulado “Repensando o Setor de Combustíveis: medidas pró-concorrência”, no qual o Departamento de Estudos Econômicos da autarquia elabora uma série de propostas, que poderiam, teoricamente, resultar em um ambiente mais competitivo no setor, não apenas limitadas aos aspectos regulatórios, mas também incluindo questões tributárias e de outras naturezas.



Tal documento, que será citado nos momentos oportunos ao longo deste Parecer, serve de base e fundamentação à TPC nº 4/2018, conforme evidenciado em seus considerandos¹, tendo ainda sendo constituído um Grupo de Trabalho pela ANP e pelo CADE a fim de estabelecer uma atuação conjunta em defesa da concorrência no setor.

Assim, como fruto dessa atuação conjunta e tendo por base os estudos genéricos do CADE condensadas no documento acima referido ("Repensando o Setor de Combustíveis"), foi aberta pela ANP a Tomada Pública de Contribuições nº 4/2018, dotada do seguinte objetivo:

"Convite ao público para contribuir na análise sobre eventual fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, considerando no mínimo os seguintes aspectos:

- defesa do consumidor;
- fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores;
- fiscalização pela ANP da utilização da marca;
- responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa;

¹ "CONSIDERANDO que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período da greve dos caminhoneiros apresentou o estudo "Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência" com as seguintes contribuições de caráter regulatório: (i) permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos; (ii) repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis; (iii) extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras; (iv) fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado; (v) aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis para o aperfeiçoamento da inteligência na repressão à conduta colusiva."

Alexandre Santos de Aragão

- experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities;
- possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira." (GRIFAMOS)

Tendo por base as informações fornecidas pela Consulente, iniciaremos este Parecer analisando o papel instrumental da vinculação à marca nos postos revendedores para a tutela dos direitos e interesses dos consumidores, um dos objetivos cogentemente atribuído pela Lei do Petróleo à ANP.

No Tópico III, focaremos na incidência concreta do princípio da vedação ao retrocesso da implementação dos direitos dos consumidores diante da hipótese aventada.

Em seguida, no Tópico IV analisaremos o vício de motivação contido no Aviso de TPC nº 4/2018, atraindo a incidência da teoria dos motivos determinantes e, verificaremos, no Tópico V, se, no caso concreto, haveria necessidade de prévia análise de impacto regulatório.

Por fim, o derradeiro Tópico VI será dedicado especificamente à proposta correlata do Aviso de TPC nº 4/2018 de impor, via regulamento, responsabilidade solidária e objetiva das distribuidoras em relação aos postos bandeirados, cuja injuridicidade restará evidenciada.

Adiante, pois.



II – A VINCULAÇÃO À BANDEIRA (MARCA) COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DETERMINADO NA LEI DO PETRÓLEO.

Como exposto acima, a TPC nº 4/2018 tem por objeto o eventual fim da tutela regulatória da ANP sobre a fidelidade de bandeira, que significa, em apertada síntese, uma necessária vinculação entre a marca exibida ostensivamente no posto revendedor de combustíveis (“bandeira”) e a origem do combustível nele comercializado, para aqueles postos que optam por exibir determinada marca (a outra opção do empresário revendedor seria um posto de marca própria, denominado comumente de posto de “bandeira branca”).

O tema, inescapavelmente, se insere no espectro de competências regulatórias da ANP voltadas à tutela dos consumidores, haja vista que a necessária vinculação entre a marca exibida pelos postos de revenda e o produto comercializado visa a tutelar especialmente os consumidores do varejo de combustíveis, que celebram contratos verbais de compra e venda de combustível para abastecer seus veículos associando a qualidade do produto adquirido aos signos visuais de marca presentes naquele estabelecimento.

São contratos instantâneos, cujos efeitos não se protraem no tempo, e nos quais um dos fatores mais determinantes para se optar por celebrá-lo neste ou naquele posto é a própria marca ostentada – juntamente com o preço e a localização –, que assegura a boa procedência do combustível aos olhos do consumidor.



Dessa forma, encontramos, no art. 8º, I, da Lei nº 9.478/1997, a competência normativa da ANP para promover a tutela dos consumidores no setor de combustíveis, *verbis*:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

*I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, **com ênfase** na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e **na proteção dos interesses dos consumidores** quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;*

Perceba-se que a norma supratranscrita não apenas traz um dever-poder de a ANP proteger os consumidores, mas estabelece ser essa proteção prioritária ao exigir da Agência “ênfase” nesse mister (inciso III do art. 1º da Lei do Petróleo), proteção esta que, naturalmente, inclui (mas não se limita) a preocupação com preços, mas também com segurança, saúde, acesso ao produto etc.

O princípio da indisponibilidade do interesse público impõe ao administrador público o “dever-poder”² de atuar na prossecução do interesse

² A expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 62. De acordo com esse autor, “as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto

público. “Uma vez determinados o *interesse público* e a *competência orgânico-funcional* atribuída à Administração Pública para satisfazê-lo, origina-se para esta um *dever de atuar* na sua prossecução. Vale dizer que, uma vez por lei cometida uma competência a entidade, órgão ou agente públicos, não mais lhe cabe senão *exercê-la: o interesse público específico torna-se indisponível para a Administração Pública*, não importa de que natureza for: patrimonial, fazendário, moral, estético etc.”³.

Não bastasse a ênfase legislativa no poder-dever da ANP de tutelar os direitos dos consumidores, essa atenção especial também é contemplada como competência fiscalizatória específica e concorrente da Agência nos termos do CDC, consoante dispõe o art. 8º, VII, da Lei do Petróleo: *fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.*

Se extrai do dispositivo que, **ao contrário da maioria das outras agências reguladoras, cuja competência para proteger os consumidores é apenas de macro política regulatória estruturante, a ANP possui competência (dever-poder) direta para zelar pelos consumidores também em suas relações individuais, integrando mesmo o sistema brasileiro de defesa dos consumidores.**

se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (Idem, pp. 62/63).

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 90.

A defesa do consumidor de combustíveis, em resumo, ganhou do legislador ordinário papel de relevo e destaque na Lei do Petróleo, concretizando inclusive um dos fundamentos constitucionais da ordem econômica, presente no art. 170, V, da Constituição Federal, que é a tutela dos direitos do consumidor, verdadeiro direito fundamental de terceira geração (art. 5º, XXXII, CF),⁴ sendo ainda cláusula pétrea irreformável nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição da República de 1988.

A tutela do consumidor recebeu status constitucional em 1988, presente no seu artigo 5º, inciso XXXII, rendendo-lhe ainda contornos de princípio e valor institucional de toda a ordem econômica que condiciona a atividade econômica brasileira, no art. 170, V, CF.

CLAUDIA LIMA MARQUES afirma que o direito do consumidor é

“Um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental

⁴ Direitos fundamentais são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”. (SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Editora do Advogado, 2011. p.77)

de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*)”.

É dessa finalidade protetiva de direitos fundamentais de matriz constitucional e legal que decorre a disciplina regulatória da fidelidade de bandeira, atualmente regulada pela Resolução ANP nº 41/2013, mais especificamente em seu artigo 25, cuja dicção integral tomamos a liberdade de transcrever abaixo, dada sua relevância à abordagem do presente tópico:

*Art. 25. O revendedor varejista de combustíveis automotivos deverá informar ao **consumidor**, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.*

§ 1º Após o deferimento, pela ANP, da informação constante na Ficha Cadastral, de que trata o art. 7º, ou alteração cadastral por meio do preenchimento da Ficha Cadastral a que se refere o inciso I, do art. 11, a informação de opção ou não de exibir a marca comercial de distribuidor estará disponível no endereço eletrônico da Agência ([www. anp. gov. br](http://www.anp.gov.br)).

§ 2º 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:

I - exibir a marca comercial do distribuidor, no mínimo, na testeira, no totem, no painel de preço e no quadro de aviso do posto revendedor de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e

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

§ 3º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por não exibir a 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;

II - não poderá exibir qualquer identificação visual que possa confundir ou induzir a erro o consumidor quanto à marca comercial de distribuidor; e

III - deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba medidora para combustíveis líquidos, o CNPJ, a razão social ou o nome fantasia do distribuidor fornecedor do respectivo combustível automotivo.

§ 4º Se o posto revendedor exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, o revendedor deverá adquirir, armazenar e comercializar somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial, exceto nos casos previstos no inciso I do art. 11.

§ 5º Para efeito dos parágrafos 2º a 4º deste artigo, devem ser consideradas como marcas comerciais do distribuidor:

I - as marcas figurativas ou nominativas utilizadas para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; e/ou

II - as cores e suas denominações, se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo, ou caracteres que possam, claramente, confundir ou induzir a erro o consumidor.

Trata-se como se vê de uma norma explicitamente voltada à proteção do consumidor determinada pela Lei nº 9.478/97 e pelos arts. 5º, XXXII, e

170, V, da própria Constituição Federal, na medida em que tutela seus direitos garantindo o fácil conhecimento da procedência do combustível com que abastece seu veículo e a identidade entre os signos visuais de determinada marca presentes no posto e o produto que adquire.

Já há muito JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES aduzia que “muito já se disse – e quiçá ainda por muito tempo se repita – que **a função primeira da marca de indústria, de comércio ou de serviço é assinalar os produtos ou distinguir os serviços diante dos usuários (...)**”.⁵

Salienta o autor que “os direitos de propriedade industrial, notadamente os relativos às marcas de indústria, de comércio ou de serviço, **contribuirão sobremaneira para a defesa do consumidor** no momento em que se apresentarem ao mercado assinalando e distinguindo os produtos e/ou serviços com o requisito essencial da **veracidade**”.⁶

Com o advento do CDC – diploma não apenas de direito privado, mas também de direito público e institucional⁷ –, essa função protetiva da marca

⁵ SOARES, José Carlos Tinoco. O Direito de propriedade industrial como instrumento para a defesa do consumidor. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 70, volume 549, julho de 1981, p. 15-34, grifamos. “A marca, sendo o sinal pelo qual o produto ou serviço é conhecido e distinguido no mercado consumidor ou dentre os usuários, deve cumprir sua primordial função. Para este feito, deverá se apresentar sempre de maneira verídica, através da idoneidade, da clareza, da distinção e da inconfundibilidade”.

⁶ SOARES, José Carlos Tinoco. O Direito de propriedade industrial como instrumento para a defesa do consumidor. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 70, volume 549, julho de 1981, p. 15-34, grifamos.

⁷ O direito do Consumidor “não se encaixa em nenhum desses dois ramos do Direito que, assim, vê surgir uma nova categoria de direitos: os Direitos Sociais, baseados no conceito de força maior social como princípio equilibrador dos riscos sociais” (RÊGO, Werson. *O Código de Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2). “CLAUDIA LIMA MARQUES o considera como disciplina transversal entre o direito privado e público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor. Isso porque haveria nele, normas de direito
público e privado” (cf.

adquiriu ainda um maior relevo, na medida em que se estabelecem, a partir de uma disciplina autônoma dotada de princípios próprios, padrões de conduta objetivos de tutela das relações de consumo calcados, dentre outros, na boa-fé objetiva e no direito de informação do consumidor.

BRUNO JORGE HAMMES chega a afirmar que a marca é dotada de dupla finalidade: serve para proteger os interesses do seu titular e, “para o consumidor, a marca constitui uma garantia da legitimidade e da origem do artigo que adquire”.⁸ O papel da ANP *in casu* é implementar a segunda finalidade, e não necessariamente a primeira. Nesse sentido, equivocadas algumas cogitações de que a ANP poderia deixar a veracidade da marca apenas no universo privado da distribuidora e dos postos de revenda. Tal postura faria com que a ANP se tornasse indiferente a todo esse segundo universo de finalidades da proteção da marca, voltado à proteção de terceiros – dos consumidores – proteção essa incumbida “com ênfase” à ANP.

Segundo GUSTAVO BAHUSCHEWSKYJ CORRÊA, “essa visão de respeito entre o direito marcário e o direito do consumidor ganhou força após a Constituição Federal de 1988 e o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), momento no qual efetivou-se a tutela específica dos consumidores, orientando a partir de então a interpretação e aplicação do direito marcário estabelecido na Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996). Ambas as noções de proteção dos consumidores através do direito de marcas encontram fundamento no princípio do combate ao abuso previsto na Política Nacional das Relações de Consumo do Código de Defesa do Consumidor. O referido princípio do combate ao abuso visa, em

http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9820&revista_caderno=10).

⁸ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 357.

última análise, 'a almejada ordem econômica, prevista pelo art. 170 da CF/1988', conforme sustenta José Geraldo Brito Filomeno, complementando ainda que ao se falar da globalização da economia, com a consequente invasão de produtos dos mais variados mercados, arrisca-se à aquisição de produtos de menor qualidade, assim como contrafeitos ou falsificados".⁹

Prossegue o autor:

"A relevância do tema tem origem no fato de que ambos institutos – consumidores e marcas – atuam no vasto mercado de consumo e caminham juntos e interligados desde a origem da proteção de cada um destes institutos. Neste sentido, interessante exemplo é dado por William M. Landes e Richard A. Posner para imaginar a situação da não utilização de marcas no mundo moderno e a consequência disto para o consumidor. Segundo os autores, é de se imaginar a situação do consumidor adquirindo um café em uma cafeteria e tendo que descrever as características do café pretendido, sem poder se reportar à marca pré-estabelecida; fato que demandaria tempo e maior atenção do atendente, além de clara possibilidade quando houvesse mais cafés com as mesas características, porém de outros fornecedores".¹⁰

E na mesma senda vão as lições de ROBERTO BENJÓ, citando KARIN GRAU-KUNTZ e NEWTON SILVEIRA, para quem "não é por outro motivo que a proteção à propriedade da marca **não visa apenas a resguardar direitos patrimoniais do empresário**, tendo em vista, **de igual modo, a proteção de interesses coletivos**, vez que é a marca que identifica a origem do

⁹ CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18 – N. 71 – jul.-set./2009. P. 77-105.

¹⁰ CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18 – N. 71 – jul.-set./2009. P. 77-105.

produto ou do serviço prestado: 'O consumidor relaciona à marca características advindas de sua experiência pessoal com o produto, ou com aquelas prometidas pela publicidade. Ela garante que o produto foi produzido sob o controle de seu titular e, portanto, presume-se que possui uma qualidade constante. É a chamada função de garantia da marca''.¹¹

Essa necessária associação entre vinculação à marca e proteção dos direitos dos consumidores também não passou despercebida no estudo do CADE que fundamentou o Aviso da TPC nº 4/2018 ("Repensando o setor de combustíveis"), trazendo relevantes aportes doutrinários nesse sentido, que tomamos a liberdade de transcrever abaixo:

"Natália Lima FIGUEIREDO (2014) explica como marcas possuem a função de beneficiar os consumidores, quando estes utilizam os referidos signos para diferenciar produtos e diminuir custos de procura: A palavra *brand*, que significa "marca" em inglês, tem origem no termo escandinavo *brandr*, cujo significado é queimar. Cabeças e peças de gado eram marcadas com o propósito de identificação das rezes pelos proprietários e possuidores. Com isso, aqueles criadores mais conhecidos pela qualidade do seu gado tinham suas marcas mais procuradas nas trocas comerciais. A utilização de signos para marcar algo com o propósito de caracterizar pertencimento ou para sinalizar identidade é prática antiquíssima. (...) Uma das funções mais intuitivas das marcas é a identificação de origem. Como se trata de um símbolo, sua qualidade identificadora é inerente à sua natureza. Trata-se, em outras palavras, de reconhecer de onde provém o produto ou serviço ou, ainda, quem é seu fabricante ou

¹¹ BENJÓ, Roberto. O respeito à Marca sob a Perspectiva do Consumidor. In: *Doutrina ADCOAS*. Doutrina nº 1 – Janeiro – 2000 – Ano III. P. 155-158.



provedor. (...) [O] direito marcário também tem por justificativa proteger o consumidor de condutas enganosas e que o induzam à confusão (LAFRANCE, 1958). Esse pressuposto da proteção marcária – evitar a confusão e o locupletamento do consumidor – é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileiras (DIAS, 2013). (...) [A] proteção à marca é fundamental na medida em que facilita ao consumidor a identificação do produto e reduz os seus custos de busca (“search costs”), além de encorajar as empresas a investirem em qualidade. Ao trazer informações sobre o produto, a marca permite que o consumidor o associe a elas. Em tendo conhecimento prévio sobre suas características, não terá que, futuramente, despendar tempo buscando um produto com as mesmas propriedades, simplesmente adquirirá aquele com a marca já conhecida.”¹²

Forçosa a constatação, neste ponto, que a tutela regulatória da fidelidade de bandeira, atualmente veiculada através da Resolução ANP nº 41/2013, nada mais é do que a concretização da política pública setorial insculpida no art. 1º, III, da Lei nº 9.748/97, em atendimento ao dever-poder da ANP de tutelar **com ênfase** os direitos fundamentais dos consumidores (art. 8º, I, Lei do Petróleo), de sorte que escaparia ao seu poder regulamentar deixar a descoberto essa proteção específica dos interesses dos consumidores ao simplesmente decidir deixar de tutela-los e, muito menos, voltar atrás quando essa proteção já foi concretizada por meio de atos normativos.

O fim da tutela regulatória à fidelidade de bandeira, conforme pretendido pela ANP, significaria que postos revendedores de combustível

¹² Contribuições do CADE. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*, p. 23-24, grifos nossos.

vinculados a determinadas marcas poderiam comercializar combustíveis de variadas procedências, não necessariamente fornecidos pelas empresas cujas marcas ostentam em suas fachadas, elevando enormemente o grau de assimetria de informações disponíveis ao consumidor no momento da compra.

O poder normativo da ANP consiste na elaboração de políticas de combustíveis com ênfase na proteção ao consumidor, sendo conduta vedada pelo ordenamento – mais especificamente pela Lei do Petróleo – adotar medidas regulatórias comissivas no sentido de retirar a tutela dos interesses consumeristas.

O consumidor do varejo no posto de combustível gasta geralmente poucos minutos da sua rotina cotidiana para escolher um posto, dentre os que lhe sejam de fácil acesso, para abastecer seu veículo, dispondo de não muito mais do que as informações visuais disponíveis ostensivamente no estabelecimento, dentre as quais se destacam os preços praticados e a marca exibida.

Em todo esse processo de compra e venda de combustíveis no varejo parece evidente o enorme grau de vulnerabilidade informacional¹³ a que fica sujeito o consumidor.

¹³ “A vulnerabilidade informacional (...) é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. (...). Em resumo, na sociedade atual é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. Parece-me, pois, útil - mesmo sob pena de alguma repetição - incluir algum comentário sobre esta espécie de vulnerabilidade, a informativa, que é intrínseca à relação de consumo. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis os fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4.º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente

Assim, uma tal regulação no sentido de abrandar a tutela regulatória sobre a fidelidade à bandeira iria exatamente no caminho oposto do pretendido, legando o consumidor do varejo a uma situação de ainda maior vulnerabilidade, e seria uma postura normativa vedada pela Lei nº 9.478/97, extrapolando a delegação de poderes regulamentares conferida à ANP.

E não se pode ter por válido o argumento, aventado no Aviso da TPC nº 4/2018, de que somente seriam merecedores de proteção da marca os combustíveis aditivados, “pois os demais são *commodities*”, porquanto ainda que haja de fato uma relativa uniformidade, produtos similares comercializados por diferentes empresas nunca terão características idênticas, seja por diferenças nos processos de produção, acondicionamento e transporte, seja, no caso dos combustíveis, pelas margens regulatórias de que dispõem os agentes econômicos na formulação de seus combustíveis com a adição de outras substâncias, como o etanol presente na gasolina ou o biodiesel contido no óleo diesel, além de eventuais riscos de adulteração, em princípio bem minorados em marcas mais tradicionais no mercado, que têm mais a perder com eventuais problemas do que marcas de “fundo de garagem”.

A noção de *commodity* em relação aos combustíveis faz muito mais sentido nas etapas mais a montante da cadeia. No caso dos combustíveis que vendidos no varejo em postos ao consumidor final, tratam-se de produtos extremamente manipulados, resultado de uma composição de diversos elementos químicos, que vai ter realmente características de um

enquanto pessoa física” (MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais. p. 106).

produto único entre uma marca e outra, influenciando nisso também a forma com que são transportados, vedações etc.

Nesse sentido, em eloquente exemplo, totalmente relacionado com o ponto colocado no Aviso da TPC nº 4/2018, ROBERTO BENJÓ pontifica que “não se pode dizer, por exemplo, que a água mineral produzida pela *Perrier* francesa é a mesma água mineral produzida pela *Minalba* brasileira, só porque, em essência, a fórmula H₂O está presente em ambas. Ainda que a fonte seja a mesma, os produtos serão diferentes. Isso porque a extração, o tratamento, o envasamento, o transporte e a conservação da água nunca serão rigorosamente iguais quando realizados por empresas diversas. E são exatamente essas diferenças que distinguem a marca dos produtos junto aos consumidores (...) Em idêntica dificuldade poderá ser colocado o consumidor de combustível automotivo, acaso venham a proliferar postos de gasolina apresentados ao consumidor sob uma única marca (de distribuidor), mas oferecendo combustíveis de diversas origens (...), ou seja, em bombas identificadas com marcas de outros distribuidores ”.¹⁴

“Assim, as marcas como elementos significantes”, destaca GUSTAVO BAHUSCHEWSKYJ CORRÊA, “são capazes de orientar o consumidor no momento da contratação através de qualidades subjetivas inerentes às marcas que identificam. Diante deste quadro, no qual o consumidor passa a consumir marcas e não necessariamente produtos ou serviços, na medida em que é atraído pela força promocional e o valor agregado à marca, e também nos casos de produtos ou serviços necessários, no qual o consumidor os adquire baseados na confiança pré-existente com a origem

¹⁴ BENJÓ, Roberto. O respeito à Marca sob a Perspectiva do Consumidor. In: *Doutrina ADCOAS*. Doutrina nº 1 – Janeiro – 2000 – Ano III. P. 155-158.

(marca) dos produtos/serviços contratados, é que se deve proteger o consumidor”.¹⁵

Cuidando especificamente de um possível fim da vinculação à bandeira nos postos revendedores de combustíveis, discussão que vez ou outra vem à tona no setor, ROBERTO BENJÓ já destacou, no início dos anos 2000, “o risco de – a pretexto de fomentar a atuação de empresas de pequeno porte econômico – o Estado vir a consentir com o sacrifício de direitos elementares dos consumidores (...). Inquestionável que (...) a livre aquisição de combustível, postulada pelos postos de gasolina, redundaria em seríssima lesão ao direito do consumidor à correta informação sobre os produtos que adquire”.¹⁶

Ou seja, para além de representar o cumprimento daquilo que determina a Lei do Petróleo, as normas que preceituam a fidelidade à bandeira nos postos revendedores de combustíveis representam uma concretização dos próprios princípios informadores da ordem econômica brasileira e dos direitos fundamentais dos consumidores (arts. 170, V, e 5º, XXXII, respectivamente, CF).

Nesse sentido, e à guisa de conclusão do tópico, apresentamos decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ que, mesmo antes da previsão constitucional de órgãos reguladores específicos, a exemplo do “órgão regulador do monopólio da União” sobre as atividades petrolíferas (art. 177, § 2º, III, CF), lavrou acórdão no qual o MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS afirmou, mesmo diante da ausência de permissivo legal como o

¹⁵ CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18 – N. 71 – jul.-set./2009. P. 77-105.

¹⁶ BENJÓ, Roberto. O respeito à Marca sob a Perspectiva do Consumidor. In: *Doutrina ADCOAS*. Doutrina nº 1 – Janeiro – 2000 – Ano III. P. 155-158.

atualmente existente, que a fidelidade de bandeira implementava a proteção dos direitos fundamentais dos consumidores:

“A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os princípios que enuncia. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo, e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. (...) Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o Senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis têm como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. A garantia da boa qualidade, no mundo hodierno, manifesta-se através de marcas e logotipos. **Quem escolhe posto de determinada ‘bandeira’, para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...).** Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que

orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis".¹⁷

Portanto, demonstrada ser a fidelidade de bandeira instrumento de proteção dos consumidores, a sua extinção extrapolaria da competência legal da ANP, que tem poderes para protegê-los, não para retirar-lhes proteções, ponto que, à luz do Direito Constitucional, terá alguns dos seus aspectos aprofundados no tópico que segue.

III – VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.

Conforme desenvolvido acima, a vinculação à bandeira dos distribuidores é forma essencial de proteção dos direitos fundamentais dos consumidores do setor de combustíveis. Neste tópico, analisaremos a impossibilidade de a ANP, uma vez já positivada essa forma de proteção, desconstitui-la, impossibilidade essa fruto da aplicação à espécie do princípio constitucional da vedação ao retrocesso.

O princípio da vedação ao retrocesso (também alcunhado de proibição do retrocesso ou efeito *cliquet*)¹⁸ pode ser sucintamente definido como “a

¹⁷ MS 4.578/DF (grifos nossos).

¹⁸ “A expressão proibição de contrarrevolução social conota, antes de tudo, conteúdo político. Todas as vezes que a expressão se faz acompanhar da palavra “social”, há uma limitação do espectro de abrangência: o princípio só dirá respeito àquele campo. Outros autores preferem falar de uma “teoria da irreversibilidade”. Parece-me que a maior parte das incidências da noção se faz sob o rótulo de “proibição do retrocesso”. Há cerca de dez anos, outra denominação passou ao registro público brasileiro, com inspiração francesa: *efeito cliquet*, que seria o clique da trava do mosquetão. Em outros países, o assunto é tratado sob os mesmos rótulos (*Verbot des sozialen Rückschritts; standstill; effet anti-retour*)” (MENDONÇA, José Vicente de. *Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo?* Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_

tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade”.¹⁹

Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO traz definição cristalina do referido princípio. Aduz o professor e ministro do Supremo Tribunal Federal acerca da vedação ao retrocesso:

“Por este princípio, que não é expreso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação”.²⁰

Haveria, pois, verdadeiro entrincheiramento (*entrenchment*) da efetividade dos direitos fundamentais em face de ações legislativas e, com ainda mais fortes razões, de ações meramente administrativas, infralegais, como aventa a ANP no caso concreto. Estaríamos diante de

quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_do_argumen to>. Acesso em 07/10/2018).

¹⁹ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria da integridade do Direito e o princípio da vedação ao retrocesso como limites à criatividade jurisdicional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 10, n. 12, p. 179-214, jul./dez. 2012.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158-159.

um retrocesso quanto à implementação de desideratos não apenas constitucionais, como também legais – da Lei do Petróleo –, cf. tópico anterior.

Assim, MARCELO VEIGA FRANCO, com base nas lições de WALBER DE MOURA AGRA, expõe que “o *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais funciona como uma garantia à efetivação desses direitos, impedindo um retrocesso na sua concretização e, consequentemente, aumentando a legitimidade da jurisdição constitucional. O entrincheiramento, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido social. [...]. A finalidade do *entrenchment* é garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática. [...]. A concepção de entrincheiramento ou proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos fundamentais, mantendo um nível mínimo de determinada concretude normativa”.²¹

Quanto à sua aplicação, assevera-se que o princípio “pode ser entendido em dois conteúdos possíveis: (i) como vedação genérica, aplicável a todas as normas constitucionais, cujo efeito é invalidar, por inconstitucionalidade, uma lei que, sem regular diferentemente, revogue outra lei que tornava eficaz determinado ditame constitucional; (ii) como vedação específica, aplicável ao regime dos direitos fundamentais sociais e

²¹ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria da integridade do Direito e o princípio da vedação ao retrocesso como limites à criatividade jurisdicional. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 10, n. 12, p. 179-214, jul./dez. 2012.

relacionada com a redução, por via legislativa, do patamar que estes hajam alcançado”.²²

Em outras palavras, não se pode, à luz do princípio da vedação ao retrocesso, (i) desconstituir normas que consubstanciem mandamentos constitucionais sem que se proponha outra normatização como alternativa (incidência genérica); ou (ii) reduzir infraconstitucionalmente o patamar já atingido pela consagração de direitos fundamentais (incidência específica). No caso concreto, como volveremos abaixo, a proposta aventada pela ANP seria afetada por ambas as repercussões do princípio.

A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso é referendada pelos tribunais pátrios, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.²³ A título de exemplo,²⁴ no RE nº 878.694, o STF entendeu que “o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso”.²⁵

²² BINENBOJM, Gustavo. O princípio da publicidade administrativa e a eficácia da divulgação de atos do poder público pela internet. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 89-111, abr./jun. 2006.

²³ Como aponta JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA acerca do princípio da vedação ao retrocesso, “se, em 2002, escrevi que ‘em termos gerais, a jurisprudência brasileira desconhece o assunto’, quatorze anos depois a situação é diferente, a começar por seu órgão de cúpula” (MENDONÇA, José Vicente de. *Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo?* Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_do_argumen>. Acesso em 07/10/2018).

²⁴ O princípio também foi invocado pela Suprema Corte na MC na ADPF nº. 47, no RE 658312 e na ADIs 4627, dentre outros julgados.

²⁵ STF, RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

Também o Superior Tribunal de Justiça já aduziu que, “à luz do princípio da proibição do retrocesso, não se admite que uma regra jurídica afluyente possa desconstituir um direito subjetivo ou conferido por norma anterior, a não ser que também afluja situação impeditiva da manutenção daquele direito, na complexa condição de insuperável e incontornável”.²⁶

In casu, conforme narra a Consulente, há um histórico normativo de prevalência da proteção dos consumidores através da fidelidade de bandeira ao longo das últimas duas décadas: as normas editadas pela ANP desde sua criação sempre contemplaram o instituto protetivo da fidelidade de bandeira.

A Portaria ANP nº 116/2000, de julho de 2000, posteriormente revogada pela Agência, dispunha no art. 11, §2º, II, que “*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 e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial*”.

Visando a modernizar a regulamentação da atividade de revenda de combustíveis, a ANP editou mais recentemente a multicitada Resolução nº 41/2013, que novamente manteve, nos termos supramencionados de sua antecessora, a fidelidade de bandeiras.

E conquanto tenha havido um breve período ao longo da década de 1990 em que as normas setoriais não contemplaram a fidelidade de bandeira, mercê da Portaria nº 9/97 do MME, se considerarmos o histórico da questão ao longo de mais de 40 anos (já em 1975 a fidelidade de

²⁶ STJ, AgRg na Rcl 21.763/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016.

bandeiras na revenda de combustíveis era tutelada juridicamente por meio da Resolução nº 7/1975 do CNP), percebemos que a experiência da regulação econômica do setor firmou-se em favor da fidelidade de bandeira, em harmonia com a tutela dos direitos dos consumidores.

Como esmiuçado no Tópico II, a fidelidade de bandeiras nesse setor consubstancia o direito fundamental de proteção dos consumidores, o qual, *in casu*, seria afetado pela proposta da ANP objeto da TPC nº 4/2018, o que também seria vedado pelo princípio constitucional da vedação ao retrocesso.

Repisando o já exposto no tópico anterior, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; por sua vez, o art. 170, V, da Lei Magna insculpe a defesa do consumidor como princípio expresso da ordem econômica brasileira.

Assim, como aponta CLAUDIA LIMA MARQUES isso faz com que haja um “guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia (de existência e de proibição de retrocesso) e o limite (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral”.²⁷

Nesse sentido, os tribunais brasileiros já aplicaram a vedação ao retrocesso para afastar normas que desconstituíam direitos de matriz consumerista já positivados.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais. p. 36.

Como aponta VITOR GONÇALVES MACHADO, “vale demonstrar o que sustentou recentemente o E. TJRJ, durante o julgamento da ApCiv 0160822-77.2008.8.19.0001,18 em que se estabeleceu o afastamento de normas especiais do Código Brasileiro de Aeronáutica quando implicar retrocesso ou mitigação dos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) (Lei 8.078/1990)”.²⁸

É dizer: valendo-se das lições que iniciaram este tópico, temos que, editadas pela ANP – há quase vinte anos – normas densificando o direito fundamental da proteção ao consumidor pela fidelidade de bandeiras de revendedores de combustíveis, a desconstituição dessa vinculação é impedida pelo princípio da vedação ao retrocesso, quer em sua face genérica (invalidando o fim da fidelidade sem que se proponha alternativa proporcional, visto que ela advém de ditame constitucional), quer em sua repercussão específica (proibindo a redução infraconstitucional do patamar já alcançado de positivação do direito fundamental à proteção do consumidor no setor de combustíveis).²⁹

Portanto, a proposta da ANP objeto da TPC nº 4/2018 é injurídica também à luz do já consagrado princípio da vedação ao retrocesso. Contudo,

²⁸ MACHADO, Vitor Gonçalves. UMA ANÁLISE SOBRE O (AINDA INCIPIENTE) PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SUA IMPORTÂNCIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 79/2012 | p. 149 - 165 | Abr - Jun / 2012.

²⁹ Cumpre ainda notar *a latere* que a proposta da TPC nº 4/2018 não apenas resulta em retrocesso regulatório e desproteção do consumidor, mas também das condições de livre concorrência no mercado de distribuição de combustíveis. Com a abolição da marca como fator de diferenciação do produto e de seus fornecedores, e eliminados os incentivos para a melhora na qualidade do produto e para a verificação de sua procedência, o revendedor não terá interesse ou incentivo para trabalhar a marca que orienta o consumidor a escolher determinado estabelecimento de revenda, deteriorando as condições de rivalidade e concorrência em ambos os mercados – de distribuição e de revenda.

a juridicidade da solução proposta encontra ainda outras máculas. No próximo tópico abordaremos o vício de motivação consubstanciado *in casu*.

IV – VÍCIO DE MOTIVAÇÃO.

Conforme mencionado na Consulta, o Aviso de Tomada Pública de Contribuições nº 4/2018 dispõe expressamente em seus considerandos que a proposta *in casu* fundamenta-se nas recomendações do estudo do CADE intitulado “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”:

“CONSIDERANDO que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período da greve dos caminhoneiros apresentou o estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” com as seguintes contribuições de caráter regulatório:

- (i) permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos;
- (ii) repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis;
- (iii) extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras;
- (iv) fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado;
- (v) aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis para o aperfeiçoamento da inteligência na repressão à conduta colusiva.”



Convém ressaltar, contudo, que o arcabouço técnico e teórico aportado no corpo do indigitado estudo em nenhum momento embasa a ideia de que a fidelidade de bandeira é despicienda para a proteção da concorrência e do direito do consumidor, conforme aduzimos no Tópico II. Trata-se, como minudenciaremos, de incongruência da motivação em relação ao ato que a invoca.

Como corolário do Estado democrático de direito, a Administração Pública tem o dever de motivar seus atos de que resultem restrição ou condicionamento de direitos.

De acordo com WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, “decorrência dos princípios da legalidade, transparência, controle e democracia, a motivação é marco de ruptura com o antigo modelo (autoritário, opaco e sigiloso) de Administração Pública, incompatível com o Estado Democrático de Direito – sedimentado na plena visibilidade dos motivos que orientaram a condução dos negócios públicos”.³⁰⁻³¹ Trata-se, então, de corolário da nova visão estatal concretizada na Carta de 1988.

Nessa esteira, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO extrai o princípio da motivação primariamente do art. 93, X, da Constituição: “*Todos*

³⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria e princípios do direito administrativo* / Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de direito administrativo; v. 1 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro). p. 464.

³¹ Igualmente, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ asseveram que o requisito de motivação “foi uma conquista tardia da doutrina, pois o absolutismo fazia da não motivação uma regra de prestígio (...), em último caso determinada pela natureza não necessariamente legal das sentenças, que se sustentavam, independentemente do seu conteúdo, na soberania direta do monarca, que podia criar em cada caso uma norma ou decisão específica, sem se submeter a Leis prévias”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 1; revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 566)

os julgamentos dos órgãos do Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões (...)." Raciocina que, se a fundamentação é exigida do Judiciário, o qual, em nosso sistema, é o principal órgão de controle, *a fortiori* deve sê-lo da Administração Pública, que é por essência controlável.³²

Esteja explícito no art. 93, X, da Constituição Federal, esteja implícito no texto constitucional no que tange à Administração Pública, o princípio da motivação encontra-se também expresso na Lei de Processo Administrativo Federal (artigo 2º da Lei 9.784/99), que evidentemente se aplica aos atos administrativos de entes integrantes da Administração Indireta federal, como é o caso da ANP:

"Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Exige-se ainda que a motivação seja expressa, clara e congruente:

"Art. 5º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

³² "A obrigatoriedade de motivar decisões, tradicional no Direito Processual, geralmente expressa quanto aos atos decisórios jurisdicionais típicos do Poder Judiciário, estendeu-se, com a Carta de 1988, a seus próprios atos administrativos com características decisórias (art. 93, X). Por via de consequência, o princípio da motivação abrange as decisões administrativas tomadas por quaisquer dos demais Poderes, corolário inafastável do princípio do devido processo da lei. Com efeito, se o Poder Judiciário, a quem caberá sempre o controle final da juridicidade de qualquer decisão, está obrigado à motivação das suas decisões administrativas, com mais razão, a ela também estarão os Poderes Legislativo, Executivo e os órgãos constitucionalmente autônomos, cada um em suas respectivas decisões administrativas, pois só assim ficará garantida a efetividade do controle". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 98)

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*
- V - decidam recursos administrativos;*
- VI - decorram de reexame de ofício;*
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.³³

Além do dever de explicitação das razões de decidir,³⁴ isto é, *in casu*, da demonstração dos motivos que ensejaram a proposta de desconstituir a fidelidade de bandeira de distribuidor – que, como asseveramos no Tópico III, consta em nosso ordenamento há pelo menos quatro décadas – faz-se necessário que haja congruência entre os fatos alegados (o estudo do

³³ Também o art. 50, §1º, da Lei nº. 9.784/1999 prevê a necessidade de motivação expressa, clara e congruente: "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...). § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato".

³⁴ Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Tópico 3.3.13).

CADE) e o ato do administrador (estudar a eventual extinção da fidelidade de bandeira).³⁵

Sobre a importância da congruência na fundamentação de atos administrativos, manifesta-se, na mais clássica obra existente sobre o tema em língua portuguesa, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE: "Como atuação jurídica, o ato administrativo tem de basear-se num 'processo lógico, coerente e sensato', de maneira que só pode aceitar-se como fundamentação um discurso racional, pelo menos um que não contenha erros de raciocínio evidentes. Note-se que a congruência se refere especialmente à relação entre a fundamentação e o conteúdo do ato, devendo ser uma consequência lógica daquela (...)".³⁶

O estudo do CADE "Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência", que serve de fundamento à proposta ora sob comento, não contém elementos para dar empa à proposição de regulamentação objeto da TPC nº 4/2018.

O estudo do CADE abarca medidas que aumentem o grau de informação do consumidor em relação a qual marca o revendedor está associado (capítulo 3.IV do documento) e que aprimorem a disponibilidade de informação sobre a venda de combustíveis (capítulo 3.V). Em linha com

³⁵ A motivação há de ser suficiente, não podendo ser tratada como mera formalidade. Nessa linha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ lecionam que este princípio "é um meio técnico de controle da causa do ato. Por isso não é um simples requisito meramente formal, mas de fundo (...). O que se quer dizer é que a motivação não é atendida com qualquer fórmula convencional; ao contrário, a motivação deve ser suficiente, isto é, deve fundamentar plenamente o processo lógico e jurídico que determinou a decisão" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 1; revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 568).

³⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina, Coimbra, 1992, pp. 233/234.

as considerações do Tópico II deste Parecer, em nenhum dos pontos a autarquia concorrencial considera o fim da fidelidade de bandeira como instrumento apto a tais finalidades. Ao revés, o estudo chega a cogitar normas mais restritivas de fidelidade à marca nos postos revendedores (e.g., eliminação do grupo multibandeira).

Diante das razões elencadas no indigitado estudo do CADE, que expressamente é referido como fundamento da TPC em seus considerandos, vislumbra-se *in casu* a incidência da **teoria dos motivos determinantes**, de acordo com a qual, uma vez expressado o motivo, ainda que outro motivo pudesse ter sido originariamente invocado para fundamentar o ato, a legitimidade do motivo passa a ser condição de validade da decisão da Administração Pública, no caso, decisão de avaliar o fim da fidelidade de bandeira, o que, por si só, já traz naturalmente insegurança jurídica aos consumidores e demais agentes econômicos do setor.³⁷

“A teoria dos motivos determinantes”, aduzia HELY LOPES MEIRELLES, “funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos determinados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido”.³⁸

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 153.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 158

No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato”.³⁹ Dessa forma, se, por exemplo, a motivação (elemento formal) do ato não condizer com os reais motivos que levaram à sua edição, será ele inválido. Em outras palavras, se o estudo que fundamentou o Aviso de TPC é diametralmente oposto ao conteúdo do ato, este será inválido.

A esse respeito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que (i) os motivos expendidos pela Administração como fundamento para a edição de atos administrativos vinculam a sua atuação; (ii) se houver vício nos motivos apresentados, também o ato administrativo será viciado; e (iii) os motivos apresentados devem ser congruentes com os fatos subjacentes ao ato. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MERECIMENTO. DECRETO. DISPOSIÇÃO CONTRÁRIA A LEI. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. (...) 4. “Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Expostos os motivos, a validade do ato fica na

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 404

dependência da efetiva existência do motivo. Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o motivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica." (RMS 10.165/DF, 6.^a Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04/03/2002).
5. No caso dos autos, não mais existindo o único fundamento em que se embasou o ato administrativo, em face da revogação do inciso II do art. 4º do Decreto n.º 190/2000, inexistente fato concreto que obste a progressão funcional do Impetrante, sendo nulo o ato impugnado, por falta de motivação."⁴⁰

Ora, se o estudo que fundamentou a proposta *in casu* nada fundamenta em relação a ela, salta aos olhos a incongruência entre os fundamentos que motivaram a medida aventada e o teor do ato pretendido, que imporia o fim da fidelidade à bandeira, padecendo de vício de motivação, já que não pode ter como motivo estudo que não trata diretamente da matéria.

Ademais, o instrumento de convocação deveria ter sido precedido de estudos de impacto regulatório por parte da ANP, o que será objeto de comentários mais à miúdo a seguir.



⁴⁰ STJ, RMS 19.013/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009

V – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - AIR.

A atuação da Administração Pública, nunca é demais rememorar, deve ser pautada pelos princípios da Motivação e da Eficiência, segundo os quais, cabe ao administrador motivar as suas decisões e essas serem sempre as mais eficientes a atender a finalidade pretendida, da forma menos onerosa possível, tanto para os direitos dos cidadãos como para o Erário público.

Nesse sentido, as agências reguladoras, dotadas que são de maior capacidade institucional de decisões de natureza técnica, são obrigadas a demonstrar a razoabilidade de suas possíveis decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados, e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir ao mesmo propósito.

Assim é que, no caso concreto, ambos os princípios foram violados tendo em vista que a ANP se absteve de realizar quaisquer estudos técnicos mais aprofundados que embasassem a desregulação pretendida, mormente quando a proposta apresentada vai de encontro à proteção dos direitos fundamentais dos consumidores e incongruentemente à recomendação técnica do CADE por ela própria invocada cf. tópico anterior.

Dessa maneira, ao mesmo tempo em que a agência enfrenta problemas de motivação com a incongruência entre o conteúdo do estudo apresentado pelo CADE, não se preocupou em verificar se as medidas pretendidas teriam efetivamente o condão de bem realizar os fins colimados, ou mesmo se esses fins deveriam realmente ser prioritariamente perseguidos no setor de combustíveis – respostas que uma eventual análise de impacto regulatório (AIR) ajudaria a fornecer.

9

Segundo uma tradicional definição da OCDE, a análise de impacto regulatório é uma “ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente”.⁴¹

A OCDE, inclusive, recomenda a realização de Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais dos processos para a formulação de novas propostas de regulação.

Se assim não fosse, o regulador poderia, mesmo que ainda em uma fase de estudos, criar um ambiente de insegurança econômica e jurídica, tanto para as empresas que já atuam no mercado, quanto para novos investidores, quando apresenta sugestões ou coloca em discussão questões – como as apresentadas no TPC – que já haviam sido dirimidas e consolidadas pelo mercado e pela regulação setorial.

De fato, a realização de estudos prévios sobre o impacto de medidas regulatórias sobre a sociedade vem recebendo cada vez mais destaque nos debates relativos ao custo-benefício das ações regulatórias, demonstrando ser cada vez mais útil e necessária para a garantia de uma regulação proporcional e consentânea com os direitos constitucionais atingidos.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e ALINE LÍCIA KLEIN enumeram de forma bastante didática diversas vantagens “associadas à regulação orientada pela avaliação de impacto regulatório, entre as quais se destacam o aprimoramento da qualidade regulatória; a melhor compreensão do problema ou do contexto econômico-social ao qual a regulação é endereçada; a estimativa realista dos custos envolvidos na regulação; o

⁴¹ OCDE. “Building an institutional framework for regulatory impact analysis”. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acessado em: 10.set.2018.

levantamento de informações úteis que viabilizam um conteúdo regulatório mais eficaz; o reconhecimento das alternativas regulatórias, com especial ênfase para os instrumentos em jogo na atividade de regulação; a viabilização do planejamento regulatório de longo prazo; e a conferência de eficiência às ações regulatórias”.⁴²

Partindo das mesmas premissas, já tivemos a oportunidade de observar em sede doutrinária que “a regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, dentre outras coisas. Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários”.⁴³

Além dos possíveis vícios decorrentes de práticas regulatórias pouco ou não fundamentadas, fato é que toda medida regulatória impõe custos para o setor regulado e para a sociedade como um todo. Existem, aliás, estudos que podem dar uma noção de quão alto são os custos oriundos da regulação. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2001, a regulação correspondeu a um custo aproximado de 221 bilhões de dólares.⁴⁴

⁴² KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. V. 4. São Paulo: Editora RT, 2014, pp. 625-6.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório – AIR, *Revista de Direito Públicos da Economia – RDPE*, nº. 32, out./dez. 2010, p. 9.

⁴⁴ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implication for Developing Countries. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/1898295.pdf>>. Acesso em 28 fev. 11.

Esse fato, como não poderia deixar de ser, foi reconhecido pelo Governo Federal, que, em junho de 2018, publicou, por intermédio do Comitê Interministerial de Governança, as Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, documento resultante de um longo período de esforços do poder público federal em uniformizar uma disciplina de AIR na atividade regulatória das agências e, consequentemente, disseminar o uso do instrumento. Extraí-se do documento a seguinte passagem:

“A regulação é o instrumento por meio do qual o Estado intervém no comportamento dos agentes, de modo a promover aumento da eficiência, de segurança, crescimento econômico e ganhos de bem-estar social. Entretanto, se utilizada de modo arbitrário e desproporcional, pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada. Reconhecendo os custos e consequências da má regulação, a maior parte dos países desenvolvidos tem dirigido esforços, desde o início da década de 90, à implementação de mecanismos e ferramentas para promover a melhoria da qualidade e do desempenho regulatório. (...) A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória. Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos

objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes”.⁴⁵

Ainda segundo as Diretrizes Gerais, “a AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado”.⁴⁶

Ora, no caso concreto, acima de qualquer suspeita foi identificado pela agência um problema regulatório cuja solução proposta é a alteração normativa de regras que influenciam diretamente sobre os direitos e obrigações dos atores do mercado e, sobretudo, dos consumidores.

Se esse fato por si só já seria suficiente a ensejar a elaboração de estudo de impacto prévio à discussão da matéria, *a fortiori* deve sê-lo no caso concreto em que a solução proposta não tem base no invocado estudo elaborado pela área técnica do CADE. Como cogitar a adoção de medida assim proposta sem antes elaborar estudos que sopesem sua necessidade, ainda mais em matéria que, só por ser aventada, já gera tamanha insegurança jurídica para os consumidores e demais agentes econômicos?

⁴⁵ *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*, pp 19-21. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf. Acesso em: 10.set.2018.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

Ainda que o lançamento da TPC não signifique proposta de alteração normativa imediata, a mera colocação das sugestões para escrutínio público indica que a agência enxerga utilidade nas propostas, o que gera insegurança jurídica, pois inquina o desenho institucional atual do setor, acarretando em prejuízos concretos imediatos (suspensão de investimentos, perda de valor dos agentes listados, etc.). Por isso, o cuidado da agência deve ser o mesmo que ela teria ao propor mudanças concretas de normas (realizando AIR, p. ex.).

Note-se que a proposta já se insere dentro os possíveis mecanismos de planejamento estatal da economia previsto no art. 174 da CF, já devendo se submeter a todos os paradigmas materiais e procedimentais do Direito Administrativo Econômico.

Passando para o plano legislativo, a recentíssima Lei nº 13.655/2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzindo importantes dispositivos consagradores de normas gerais de direito público, entre os quais merece destaque, para os fins desta consulta, o novel art. 20:

*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.*

*Parágrafo único. A motivação demonstrará a **necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**.*

Em se tratando de agências reguladoras, cujas finalidades institucionais pressupõem a tomada de decisões técnicas complexas, é possível depreender do dispositivo supra que a adoção de medidas

regulatórias com potenciais efeitos sobre direitos dos consumidores – tal qual a proposta veiculada no auido de TPC nº 4/2018 – deva ser necessariamente precedido da devida análise de impacto regulatório, que tenha esse *nomen juris* ou não.

Afinal, um dos motivos para a delegação de tantas competências às agências reguladoras, e um dos fatores que legitimam o poder normativo a elas conferido, é a sua especialidade nas matérias reguladas e o caráter técnico das suas atividades. Em sendo assim, a agência é obrigada a realizar estudos prévios à implementação de medidas a serem observadas pelo setor com vistas a (i) verificar se tais medidas serão adequadas para o atendimento dos fins visados; e (ii) se tais medidas se justificam, à luz de uma análise imparcial de custo-benefício, diante dos interesses por ela atingidos.

A imparcialidade regulatória, com efeito, é um dos mais importantes produtos dos estudos de impacto regulatório. Através dele, é possível racionalizar o processo decisório, evitando-se subjetivismos diversos, decisões fundadas em alegado “bom senso” ou “fatos notórios”.

No caso concreto, a necessidade de realização de AIR para dimensionamento da necessidade, consequências e alternativas à regulação pretendida ganha contornos ainda mais destacados quando se observa que, na esteira do que foi abordado no Tópico IV, malgrado se trate ainda de tomada pública de contribuições, o estudo realizado pelo CADE com propostas para o setor de combustíveis – e que serve de fundamento para a TPC nº 4/2018 – recomenda a adoção de medidas opostas, tais como o endurecimento da tutela sobre a fidelidade de bandeiras, restringindo ainda mais a regulação.

Enfim, a proposta de alteração normativa ora analisada é viciada igualmente por não ser embasada em estudos técnicos quanto aos seus impactos (e sua própria necessidade face aos problemas que se quer combater), diante até mesmo de indicações de deveria ter agido justamente em sentido contrário, e por não ter sido realizada prévia análise do custo-benefício das medidas sugeridas.

VI – INJURIDICIDADE DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO.

Conforme adiantamos na Consulta, o Aviso de TPC nº 4/2018 da ANP aventa, ainda, estabelecer regulatoriamente responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, *independentemente da existência de culpa*. Neste Tópico, pois, analisaremos, à luz do ordenamento pátrio, a juridicidade da proposta de responsabilização administrativa objetiva das distribuidoras de combustíveis.

Deixamos o tema por último em razão de, apesar de ter relações com o tema principal deste Parecer – a fidelidade de bandeira –, ser dotado de considerável autonomia, aplicando-se-lhe, contudo, as considerações que tecemos sobre vícios de motivação nos dois últimos tópicos acima.

O poder sancionador da Administração deve respeitar uma série de preceitos básicos para ser validamente exercido, dentre os quais a tipicidade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a individualização da pena, a presunção de inocência, a proporcionalidade e a culpabilidade do administrado.



Os princípios de direito penal que protegem os direitos do acusado aplicam-se ao processo administrativo sancionador, justamente em razão do caráter de pena de que se reveste uma eventual decisão condenatória. Nesse sentido, expõem ADILSON DE ABREU DALLARI e SERGIO FERRAZ que “na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do direito penal,”⁴⁷ no que se inclui a inviabilidade de responsabilização objetiva.

Em breves – porém precisos – termos, GUSTAVO TEPEDINO *et al* aduzem que a responsabilidade objetiva é aquela “desvinculada da valoração da conduta do sujeito. São requisitos da responsabilidade objetiva: i) o exercício de certa atividade; ii) o dano; iii) o nexo de causalidade entre o dano e a atividade”.⁴⁸

Na seara administrativa, em que pesem as divergências sobre a existência ou não de uma Teoria Geral do Poder Punitivo estatal, com um núcleo principiológico comum a todas as áreas do direito (penal, administrativo, ambiental, fiscal etc.),⁴⁹ a doutrina amplamente majoritária

⁴⁷ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 808.

⁴⁹ Como bem observou o saudoso DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “deste os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, as desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o entendimento de que as sanções administrativas, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo da atividade administrativa de polícia, são uma manifestação peculiar de um *ius puniendi* genérico do Estado, para a tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da polícia para se estender a outras atividades administrativas, como as regulatórias, próprias do ordenamento econômico e do ordenamento social. Esta é a razão pela qual se procura dar-lhes um tratamento integrado, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos tradicionais princípios da penologia criminal, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91).

entende pela imprescindibilidade da presença de um elemento subjetivo mínimo, malgrado esta culpabilidade não deva ter, em todo e qualquer caso, precisamente os mesmos contornos daquela do Direito Penal.

Nesse sentido, sustenta FÁBIO MEDINA OSÓRIO que, "para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja quando se trate de sanções aplicadas por autoridades judiciárias, seja quando se cogite de sanções impostas por autoridade administrativa, necessário que o agente se revele 'culpável'. Essa assertiva não decorre de nenhum processo hermenêutico desprovido de suporte na Constituição. Ao contrário, como ocorre com todo o Direito Administrativo Sancionador brasileiro, os princípios se reconduzem à Carta Magna, por meio de processos argumentativos reconhecedores das potencialidades de complexos dispositivos constitucionais. Essa mesma operação há de ser feita na exploração da culpabilidade vigente no campo do Direito Punitivo, em concreto no tocando ao Direito Administrativo Sancionador".⁵⁰

Para RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, "a culpabilidade⁵¹ exige que a sanção administrativa seja imposta unicamente a quem, devendo agir de

⁵⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 365.

⁵¹ Em matéria de culpabilidade, a ciência penal é, sem sombra de dúvida, por sua própria condição de doutrina inaugural do estudo do poder punitivo estatal *latu sensu*, dentre os ramos do direito aquele que mais avançou – mas não com exclusividade – na teorização do instituto. Nessa acepção, CESAR ROBERTO BITTENCOURT leciona que "o princípio da culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível e se não houver agido, pelo menos, com dolo ou culpa. Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*)" (BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386-387). A doutrina administrativista, trazendo para seu campo esses seculares ensinamentos, afirma que, "assim como no Direito Penal, o princípio da culpabilidade é um dos pilares do regime jurídico aplicável ao Direito Administrativo sancionador. Segundo esse princípio, a aplicação da sanção administrativa – i.e., de um 'castigo' ou situação detrimetosa ao particular – depende da constatação de culpa em sentido *latu*. (...) Em outras palavras: exige-se a constatação de uma ação reprovável do ponto de vista subjetivo"

outro modo, pratica a conduta típica. (...) Principal decorrência do princípio da culpabilidade é a exigência de dolo ou culpa *stricto sensu* para que a Administração Pública possa impor sanção administrativa retributiva. Se o indivíduo não agiu com dolo ou culpa, é vedada a aplicação da medida sancionadora.”⁵²

A impossibilidade de a ANP propor responsabilização solidária dos distribuidores de combustíveis sobre os postos bandeirados é ainda mais forte, já que inexiste qualquer previsão legal nesse sentido.

Em primeiro lugar, é assente no sistema jurídico brasileiro que a solidariedade não se presume. Essa regra, embora mais versada no Direito Civil,⁵³ como corolário do art. 265, do Código Civil,⁵⁴ *a fortiori* incide para proibir a responsabilização solidária de agentes regulados, por autoridades administrativas, na ausência de previsão sequer infralegal, inclusive como

(BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 11-35., ago. 2014).

⁵² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184, grifamos.

⁵³ Leciona GUSTAVO TEPEDINO que “a solidariedade tem caráter excepcional e origem puramente técnica, por isto não se admite fora da lei ou do contrato”. (Código Civil Interpretado vol. 1, p. 549) Esse entendimento não se limita ao Direito Civil; abrange, pois, outras áreas do direito. Em artigo direcionado à responsabilização ambiental, ROGÉRIO SANTANA DA SILVA salienta que “é importante enfrentar a realidade de que a opção pela imposição da responsabilidade solidária é uma exceção que não pode ser transformada em regra, sem que claramente o legislador tenha apontado tal escolha. Diante desta premissa é que se coloca a questão da solidariedade, mormente frente ao primado de que apenas a lei ou o contrato, na opção das partes, pode trazer para as relações jurídicas a imposição da solidariedade”. (SILVA, Rogério Santana da. A aplicação da Teoria do Risco Criado aos eventos ambientais danosos: revisitando os conceitos de responsabilidade solidária em matéria ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 7, n. 42, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56119>>. Acesso em: 29 mar. 2018)

⁵⁴ Código Civil: “Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

decorrência do princípio da legalidade.⁵⁵ Logo, na ausência de previsão expressa que fixe responsabilidade solidária, como *in casu*, os particulares não podem ser sancionados por condutas exclusivas de terceiros.

Além disso, como ressalta GUSTAVO BINENBOJM, “não existe na Lei 9.847/1999 dispositivo que autorize a responsabilização objetiva desses agentes econômicos. E, por força do princípio da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*; e Lei 9.784/99, art. 2º, *caput*), a Administração Pública somente pode agir quando autorizada por lei”.⁵⁶

Tampouco podem ser invocados eventuais dispositivos legais que autorizem responsabilidade civil – e não administrativa – solidária dos integrantes do setor petrolífero, como é o caso do art. 18 da Lei nº 9.847/1999.⁵⁷

⁵⁵ Resumidamente, tal princípio enuncia a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 58).

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 11-35., ago. 2014.

⁵⁷ Art. 18. Os fornecedores e transportadores de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. § 1º. As companhias distribuidoras proprietárias de equipamentos, destinados ao abastecimento de combustíveis e responsáveis pela sua manutenção, respondem solidariamente com os postos revendedores por vícios de funcionamento dos mesmos. § 2º. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. § 3º. Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

Nesse sentido, a já mencionada competência da ANP para fiscalizar o agente regulado administrativamente nos termos do CDC⁵⁸ não ilide as lições deste tópico. De fato, o diploma consumerista prevê algumas hipóteses excepcionais de responsabilidade civil objetiva (como seu art. 18⁵⁹), porém tais hipóteses, naturalmente, direcionam-se tão somente à responsabilização civil.

Isso porque a impossibilidade de responsabilização administrativa objetiva transcende o escopo puramente regulatório, alcançando mesmo eventuais sanções aplicadas pela Administração Pública decorrentes de infrações relacionadas ao direito do consumidor, por exemplo. É dizer: não se confunde responsabilização administrativa-sancionadora, seja de cunho consumerista ou regulatório em sentido estrito, com responsabilização civil.

Daí que, em importante precedente de lógica plenamente aplicável ao setor de combustíveis, o STJ deixou clara a diferença entre a responsabilidade civil por dano ambiental, expressa e excepcionalmente admitido como de natureza objetiva, e a responsabilidade administrativa decorrente do mesmo evento danoso, que deve se harmonizar com os

⁵⁸ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: [...] VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.

⁵⁹ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.



princípios da individualização e da culpabilidade. Por toda a sua relevância, colaciona-se trecho da ementa do julgado abaixo:⁶⁰

"8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque **a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva** da esfera cível (para reparação dos danos causados), **mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade**, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com **demonstração de seu elemento subjetivo**, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. (...)

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo). (...)"

À fiscalização do setor de abastecimento de combustíveis se aplica essa mesma lógica, que impede a responsabilização de particulares na ausência do elemento subjetivo. Prevalece, portanto, inclusive à luz do CDC e das Leis nº 9.478/1997 e 9.847/1999, o entendimento de que não se admite a responsabilização objetiva do administrado, ainda quando se tratar de

⁶⁰ REsp 1251697/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012.

pessoa jurídica, sendo indispensável a verificação da existência de elementos subjetivos, notadamente dolo e culpa, que, combinados à prática voluntária de conduta antijurídica, ensejem o seu apenamento.

Por fim, ressaltamos que a responsabilidade do distribuidor na fiscalização do produto, cuja existência não podemos negar, não alberga a responsabilidade pela qualidade do produto em qualquer elo da cadeia independente de culpa e por qualquer não conformidade encontrada.

Consoante explanamos doutrinariamente, uma das mais comuns formas de violação do núcleo essencial do direito à iniciativa privada nas atividades privadas regulamentadas, desnaturando-as, é a imposição quantitativa ou qualitativamente excessiva de obrigações de fazer para a empresa privada.⁶¹

Assim, não se pode, seja pela quantidade de obrigações impostas, por sua excessiva onerosidade, ou em razão de as obrigações possuírem características propriamente estatais, fazer com que a empresa se substitua ao Estado no cumprimento das suas funções constitucionais e legais (*in casu* de fiscalizar os postos de revenda),⁶² como pareceria ser o caso.

Note-se: não se está naturalmente a defender que o distribuidor não possa ser responsabilizado por eventuais vícios do produto por ele fornecido e que esteja sendo comercializado ao consumidor final pelo posto de revenda; poderá ser responsabilizado, mas desde que tenha culpa ou dolo pelo problema existente no produto, jamais objetivamente, caso que poderia

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. – 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 165.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. – 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 166.

inclusive configurar uma responsabilidade objetiva por fato de terceiro, inadmissível em qualquer seara do *jus puniendi* estatal.

VII – CONCLUSÕES.

O exposto no presente Parecer pode, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, ser condensado por meio das seguintes assertivas objetivas, sempre pressupondo os fatos como narrados pela Consulente:

- 1) A regra da fidelidade de bandeira, prevista atualmente na Resolução ANP nº 41/2013, resulta numa necessária vinculação entre a marca exibida no posto revendedor de combustível e o produto comercializado, consistindo em proteção aos interesses dos consumidores que concretiza um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia (art. 1º, III, Lei nº 9.478/97) e se insere no dever-poder da ANP de elaborar a política de combustíveis com ênfase na proteção dos direitos dos consumidores (art. 8º, I, Lei nº 9.478/97).
- 2) A tutela do consumidor recebeu status constitucional em 1988, presente no seu artigo 5º, inciso XXXII, rendendo-lhe ainda contornos de princípio e valor institucional de toda a ordem econômica que condiciona a atividade econômica brasileira, no art. 170, V, CF.
- 3) Considerando a clara finalidade protetiva dos direitos dos consumidores encampada pela Lei do Petróleo referida

acima, pôr fim à tutela da fidelidade de bandeira nos postos revendedores extrapolaria a competência normativa conferida à ANP pela Lei do Petróleo, já que a competência que lhe foi outorgada foi para proteger os direitos dos consumidores, não para diminuir-lhes o grau de proteção.

4) É dessa finalidade protetiva de direitos fundamentais de matriz constitucional e legal que decorre a disciplina regulatória da fidelidade de bandeira, atualmente regulada pela Resolução ANP nº 41/2013.

5) Ademais, tendo em perspectiva a natureza de direito fundamental da proteção ao consumidor, a desconstituição da fidelidade à bandeira é obstada pelo princípio constitucional da vedação ao retrocesso, quer em sua face genérica (invalidando o fim da fidelidade sem que se proponha alternativa proporcional, visto que ela advém de ditame constitucional), quer em sua repercussão específica (proibindo a redução infraconstitucional do patamar já alcançado de positivação do direito fundamental à proteção do consumidor no setor de combustíveis).

6) A vedação do retrocesso protege os direitos fundamentais diante de ações legislativas e, com ainda mais fortes razões, de ações meramente administrativas, infralegais, como aventa a ANP no caso concreto. Estaríamos assim diante de um retrocesso quanto à implementação de desideratos não apenas constitucionais, como também legais – da Lei do Petróleo.

7) A marca é dotada de dupla finalidade: serve para proteger os interesses do seu titular e, para o consumidor, garantir a legitimidade e a origem do produto que adquire. O papel da ANP na matéria é implementar a segunda finalidade, e não necessariamente a primeira. Nesse sentido, equivocadas eventuais cogitações de que a ANP poderia deixar a veracidade da marca apenas no universo privado da distribuidora e dos postos de revenda. Tal postura faria com que a ANP se tornasse indiferente a todo esse segundo universo de finalidades da proteção da marca, voltado à proteção de terceiros – dos consumidores – proteção essa, de caráter institucional, incumbida “com ênfase” à ANP.

8) O estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE, que serve explicitamente de fundamento ao Aviso de TPC nº 4/2018, por todas as razões que expõe, não contém nenhum elemento que embase diretamente a proposta da ANP. Ao revés, o estudo chega a cogitar normas mais restritivas de fidelidade à marca nos postos revendedores (*e.g.*, eliminação do grupo multibandeira). Por consequência, o indigitado ato administrativo padece de vício de motivação, vis-à-vis a teoria dos motivos determinantes e a sua incongruência com a atitude da Agência.

9) Houve, desta forma, incongruência da motivação em relação ao ato que a invoca, incongruência esta da espécie mais grave, que é a incongruência por oposição.

10) A proposta de alteração normativa analisada é também injurídica por não ter sido precedida de prévio estudo de impacto regulatório, ainda mais quando a medida que se pretende implementar, conforme mencionado acima, não é sustentada pelo estudo do CADE, o qual, ao revés, sugere a realização do estudo de impactos, cogitando, inclusive, normas de maior fidelização do mercado. Seria necessário que a Agência, independentemente do *nomen juris*, analisasse comparativamente o custo-benefício da extinção da fidelidade de bandeira diante de todos os interesses envolvidos, ainda mais se considerando que a simples proposta já gera insegurança nos consumidores e demais agentes econômicos.

11) À luz do ordenamento jurídico pátrio – e mesmo na esmagadora maioria dos ordenamentos estrangeiros – não se admite a responsabilização administrativa objetiva, isto é, independente da verificação de dolo ou culpa do infrator, seja na seara regulatória *stricto sensu*, seja na tutela administrativa dos direitos do consumidor, nos termos dos arts. 55 e seguintes do CDC. Por outro lado, a solidariedade, mesmo na esfera civil, em que se admite responsabilização objetiva, não se presume, devendo sempre decorrer de expressa determinação legal interpretada estritamente, o que significa que, com mais razão ainda, não possa ser imposta através de norma infralegal editada por agência reguladora.



Alexandre Santos de Aragão

12) Não se está naturalmente a defender que o distribuidor não possa ser responsabilizado por eventuais vícios do produto por ele fornecido e que esteja sendo comercializado ao consumidor final pelo posto de revenda; poderá ser responsabilizado, mas desde que tenha culpa ou dolo pelo problema existente no produto, jamais objetivamente, caso que poderia inclusive configurar uma responsabilidade objetiva por fato de terceiro, inadmissível em qualquer seara do *jus puniendi* estatal.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 2018.



ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ

Professor de Direito Público do Petróleo do Doutorado da UERJ

Doutor em Direito do Estado pela USP