

## PARECER

### (SUMÁRIO EXECUTIVO)

Consulta acerca da juridicidade da Tomada Pública de Contribuições (TPC) nº 4/2018, aberta pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Pretensão da agência de que os interessados se manifestem sobre o ponto à luz: (i) da defesa do consumidor; (ii) da fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores; (iii) da fiscalização pela ANP acerca da utilização da marca; (iv) da responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa; (v) da experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são *commodities*; e (vi) da possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira. Consulta sobre a validade jurídico constitucional do procedimento adotado pela ANP tanto sob o ângulo formal quanto sob o ângulo material. Vícios procedimentais da forma adotada pela ANP para submeter a matéria à discussão. Violação ao devido processo legal regulatório, diante: (i) da inexistência da necessária análise de impacto regulatório; (ii) do desvirtuamento ilegal do instituto da consulta pública; e (iii) da inobservância do dever de motivação técnica, suficiente, transparente, clara e congruente pela ANP. Vícios materiais da TPC nº 4/2018, quanto à proposta de fim da tutela da fidelidade à bandeira, que decorre: (i) da injuridicidade do cenário de desregulação, devido à desproteção aos direitos dos consumidores e incentivo a fraudes; e (ii) da ilegitimidade de eventual vedação total à celebração de contratos de exclusividade entre distribuidores e revendedores varejistas de combustível. Restrição indevida da liberdade de iniciativa, que geraria prejuízos ao consumidor.

## SUMÁRIO

<b>I – A CONSULTA</b>	<b>3</b>
<b>II – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL REGULATÓRIO</b>	<b>6</b>
II.1. O dever procedimental de prévia realização de AIR e seu descumprimento pela ANP.	7
II.2. O dever procedimental de realização de consulta pública e seu descumprimento pela ANP.	12
II.3. O dever procedimental de motivação técnica, suficiente, transparente, clara e congruente e seu descumprimento pela ANP.	16
II.4. O devido processo legal no mercado altamente regulado de combustíveis: violações perpetradas em razão da TPC nº 4/2018 que afetam diretamente o princípio da segurança jurídica.	18
<b>III – ILEGITIMIDADE DAS POSSÍVEIS PROPOSTAS RELATIVAS À FIDELIDADE À BANDEIRA</b>	<b>22</b>
III.1. Ilicitude do cenário de desregulação. Desproteção aos direitos do consumidores e incentivo a fraudes.	23
III.2. Ilicitude de eventual vedação total à celebração de contratos de exclusividade entre distribuidores e revendedores varejistas de combustível. Restrição indevida da liberdade de iniciativa e prejuízos ao consumidor. Externalidades positivas do modelo.	27
<b>IV – CONCLUSÃO.</b>	<b>32</b>

## PARECER

### (SUMÁRIO EXECUTIVO)

#### I – A CONSULTA

**A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, LOGÍSTICA E CONVENIÊNCIA – PLURAL** (“Plural” ou “Consulente”) honra-me com consulta acerca da juridicidade da Tomada Pública de Contribuições nº 4 (“TPC”), aberta pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP” ou “Agência”) em 20 de setembro de 2018,<sup>1</sup> com a finalidade de convidar interessados “*para contribuir na análise sobre eventual fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira*” nos postos revendedores de combustíveis automotivos.

No âmbito da regulação setorial, a tutela da fidelidade à bandeira foi inaugurada pela Portaria ANP nº 116/2000, adiante revogada e substituída pela Resolução ANP nº 41/2013, que, nada obstante, manteve a mesma disciplina. De acordo com a Resolução, o revendedor varejista de combustíveis automotivos pode optar tanto por se vincular à marca comercial de um determinado distribuidor (os chamados postos “bandeirados”), quanto por atuar sem exclusividade, na condição de “postos de bandeira branca”. No primeiro caso, o art. 25, §2º, da Resolução<sup>2</sup> dispõe que o varejista deverá

---

<sup>1</sup> Originalmente prevista para se estender até 20 de outubro de 2018, a TPC nº 4/2018 teve seu prazo de conclusão prorrogado para o dia 19 de novembro deste ano, conforme Aviso de Alteração das Tomadas Públicas de Contribuições nºs 3 e 4.

<sup>2</sup> “Art. 25. (...) § 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

(i) exibir a marca comercial do distribuidor em locais definidos, bem como (ii) adquirir, armazenar e comercializar exclusivamente o combustível automotivo fornecido pelo respectivo distribuidor. No segundo caso, a Resolução proíbe que o revendedor varejista exiba marca comercial ou qualquer identificação visual que confunda ou induza o consumidor a erro quanto à marca comercial do distribuidor (art. 25, §3º, I e II)<sup>3</sup>. Além disso, o ato normativo obriga-o a identificar, em cada bomba medidora de combustíveis, o seu respectivo fornecedor.

Saliente-se, ainda, que o revendedor é livre para alterar sua opção por ser exclusivo ou não, bem como para substituir a marca comercial pela de outra distribuidora.<sup>4</sup> Logo, cabe ao revendedor varejista de combustível automotivo a decisão de se vincular com exclusividade a um distribuidor ou não, considerando as vantagens e desvantagens de cada modelo. A inobservância das disposições previstas na referida Resolução<sup>5</sup> sujeita o revendedor varejista infrator às penalidades previstas na Lei nº 9.847/1999 e no Decreto nº 2.953/1999<sup>6</sup>.

---

*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."*

<sup>3</sup> "Art. 25. (...) § 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."

<sup>4</sup> Basta, para tanto, promover a pertinente alteração cadastral perante a ANP, cf. art. 1, I, da Resolução ANP nº 41/2013: "Art. 11. As alterações cadastrais da revenda varejista de combustíveis automotivos deverão ser realizadas no endereço eletrônico [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br), por meio de preenchimento de Ficha Cadastral, observados os seguintes casos: I - na alteração referente à opção de exibir ou de não exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis, o revendedor deverá efetuar a alteração na Ficha Cadastral, sendo que, no prazo de até 15 (quinze) dias contados a partir da data dessa alteração, deverá: (a) retirar todas as referências visuais da marca comercial do distribuidor antigo; e (b) adquirir e comercializar combustíveis do novo distribuidor indicado na alteração cadastral".

<sup>5</sup> Cf. art. 33 da Resolução: "Art. 33. O não atendimento às disposições desta Resolução sujeita o infrator às penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999".

<sup>6</sup> Confira-se o art. 21 do referido Decreto: "As infrações cometidas nas atividades a que se refere o art. 1º deste Decreto, sujeitarão os responsáveis às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis: I - multa; II - cancelamento do registro do produto junto à ANP; III -

Pois bem. De acordo com o Aviso de TPC nº 4/2018 publicado pela Agência, o objetivo do chamamento é “*coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da necessidade de se manter a tutela regulatória da fidelidade à bandeira*”. O item 1.1 da TPC elenca os aspectos mínimos que devem ser considerados nas manifestações dos interessados, quais sejam: (i) defesa do consumidor; (ii) fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores; (iii) fiscalização pela ANP acerca da utilização da marca; (iv) responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa; (v) experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são tratados como *commodities*; e (vi) a possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

É diante desse contexto que a Plural indaga sobre a juridicidade da TPC nº 4/2018. Primeiro, de um ponto de vista procedimental (ou formal), questiona se é legítima a forma adotada pela ANP para submeter a matéria à discussão. Segundo, sob a ótica material, pergunta se a alteração no modelo hoje vigente se justifica à luz do ordenamento jurídico pátrio – notadamente, das normas de proteção ao consumidor e à concorrência – e da realidade brasileira.

A resposta às duas questões, adiante-se, é negativa. Neste sumário executivo, serão apresentadas, de maneira sucinta, as razões jurídicas para esse entendimento, a serem tratadas de forma exauriente no Parecer que será oportunamente encaminhado.

---

*suspensão de fornecimento de produtos; IV - suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação; V - cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; VI - revogação de autorização para o exercício de atividade. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente.”*

**PRIMEIRA PARTE:**  
**VÍCIOS PROCEDIMENTAIS**

**II – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL REGULATÓRIO**

A ANP é a entidade reguladora do setor do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, conforme a Lei nº 9.478/1997. Trata-se de autarquia de regime especial integrante da Administração indireta, que exerce importantes funções executivo-administrativas, normativas e decisórias.<sup>7</sup> Por força da Constituição da República (art. 5º, LIV) e da legislação infraconstitucional que lhe é aplicável (a exemplo das Leis nº 9.478/1997 e nº 9.784/1999), a ANP sujeita-se, no exercício dessas atribuições, à observância do **devido processo legal regulatório**.

No âmbito específico de sua atividade normativa, esse *iter* procedimental apresenta contornos próprios, definidos a partir das características desse tipo específico de atuação (*rulemaking*) e dos impactos que a produção de normas regulatórias gera para o setor regulado. Veja-se que o segmento de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis conta com uma multiplicidade de atores e de relações jurídicas entre eles estabelecidas. Nesse contexto: (i) são notórias as complexidades técnicas e jurídicas envolvidas; (ii) é inegável o impacto das atividades levadas a cabo para o desenvolvimento socioeconômico do País e para o dia a dia das pessoas; e (iii) pelo vulto dos negócios envolvidos, tendem a ser de médio a longo prazo os investimentos realizados pelos agentes econômicos do setor.

Justamente essas e outras particularidades justificam que a ANP, antes de tomar partido sobre a disciplina dos diferentes aspectos das atividades econômicas afetadas, observe o que seria um conjunto de “condicionantes”. Por

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binenbojm (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.86.

exemplo, revela-se fundamental que a Agência: (i) dialogue com os agentes do setor e com os demais indivíduos afetados; (ii) atue de modo claro, transparente, fiel à legalidade e sem surpresa; (iii) embase tecnicamente suas posições e todo tipo de movimentação que afete o segmento regulado; e (iv) aja com respaldo em motivação suficiente, congruente e adequada.

De sua vez, é em prol da observância dessas exigências que se erige o chamado **devido processo legal regulatório**. Dito de outra forma, o ordenamento jurídico especifica deveres procedimentais impositivos à ANP para que a sua atuação normativa, ao atender às preocupações acima listadas, possa ser considerada legítima. Como se demonstrará, há três pilares fundamentais para a legítima atuação normativa da Agência. São elas: (i) a **prévia realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)**, (ii) a abertura de **consulta ou audiência pública**, e (iii) a **motivação técnica e adequada**, exigível da ANP na edição ou alteração de atos normativos regulatórios.

### ***II.1. O dever procedimental de prévia realização de AIR e seu descumprimento pela ANP.***

A Análise de Impacto Regulatório é instrumento voltado a racionalizar e aprimorar o processo de tomada de decisões, permitindo resultados mais eficientes, eficazes e efetivos. De acordo com o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, a AIR:

“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 eficiente.”<sup>8</sup>

Conforme o referido Guia, dentre as etapas mínimas essenciais da AIR que devem preceder a decisão administrativa por um curso de ação específico, deve haver, em primeiro lugar, a **definição clara do problema regulatório a ser enfrentado**. Isso porque nem todo problema deve implicar, necessariamente, a intervenção regulatória da Agência. Como são escassos os recursos e várias as demandas de ação, é preciso definir prioridades. Tal como consta do Guia, deve-se “*ter melhor conhecimento sobre a real necessidade de ação da Agência*”.<sup>9</sup>

Definido o problema, devem ser **delimitados os objetivos desejados** com a intervenção regulatória; **mapeadas**, da forma mais ampla possível, **as alternativas de ação; analisados os agentes afetados** pelas medidas e seus impactos, a partir de uma ótica, inclusive, comparativa. Só então, deve ser **recomendado um curso de ação** como o preferencial.

Ainda no âmbito do processo de AIR, é preciso fixar estratégias de implementação, monitoramento e avaliação do curso de ação eleito. É que nem sempre uma medida em tese adequada será viável do ponto de vista prático pela Agência. Realmente, se o regulador não tiver meios nem *expertise* para fiscalizar e responder ao descumprimento da regulação pelos administrados, o modelo poderá ser comprometido em sua efetividade e não se justificar.

O ponto relevante é que, **somente depois desse iter**, a alternativa eleita deve ser testada e debatida pelos interessados, por intermédio dos canais próprios (como as consultas e audiências públicas, que contam com previsão expressa na

---

<sup>88</sup> Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 06.

<sup>9</sup> Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 7.



legislação). Jamais antes. Naturalmente, a AIR não deve ser feita quando a entidade administrativa já tiver tomado decisão. A AIR não pode ser apenas um referendo, mas um exame sobre como decidir<sup>10</sup>. Em todo caso, se há uma abertura ao diálogo com eventuais interessados, a Administração deve ser clara quanto às suas intenções.

A AIR, em suma, é um importante instrumento de concretização dos **princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. É medida que fortalece, ainda, o **Estado de Direito**, ao viabilizar a ponderação racional e motivada entre custos e benefícios econômicos e sociais da regulação. Isso contribui para o combate à atuação aleatória do Poder Público na disciplina de atividades protegidas pela **liberdade de iniciativa**, princípio que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, IV) e da ordem econômica (CRFB, art. 170, *caput*).

Não à toa, a realização de AIR é um dos grandes objetivos dos chamados programas de “melhora regulatória” (*better regulation*), difundidos por todo o mundo.<sup>11</sup> E a própria ANP, instada pelo programa PRO-REG da Presidência da República,<sup>12</sup> editou a Portaria ANP nº 473/2017, que incluiu o inciso XXI no art. 12 do seu Regimento Interno. A partir daí, passou a ser competência da Secretaria Executiva:

“XXI - elaborar e disseminar as recomendações metodológicas que devem orientar a **elaboração de Análises de Impacto Regulatório**,

---

<sup>10</sup> Inclusive, o Guia Orientativo para a Elaboração de AIR critica expressamente a prática de se realizar consulta pública apenas “*após já tomada a decisão sobre o tipo de ação a ser implementada, buscando colher contribuições e manifestações sobre a minuta do instrumento de intervenção já elaborado*”. O problema, nesses casos, é que os participantes se debruçam apenas sobre a medida proposta em si, “*sem considerar o processo de análise que culminou em sua proposição*” (cfr. Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 15).

<sup>11</sup> LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Orgs.). *Desafios da Regulação no Brasil*, Enap: Brasília, 2009. p. 30; WORLD BANK GROUP - Investment Climate Advisory Services. *Better regulation for growth governance frameworks and tools for effective regulatory reform. Making It Work: ‘Ria Light’ For Developing Countries*. 2010, p. 6.

<sup>12</sup> Essas recomendações estão presentes em diversos documentos produzidos pelo PRO-REG. Em especial, cite-se o relatório “*Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*”, disponível em: <<https://goo.gl/c8s4sA>>. Acesso em 24.10.2018.

bem como monitorar sua aplicação no âmbito da ANP, apoiando as unidades organizacionais na sua elaboração;” (grifou-se)

Some-se ao exposto que a adoção da medida vai ao encontro das novas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, inseridas pela Lei nº 13.655/2018. Refere-se, especialmente, aos arts. 20 e 21 do referido diploma,<sup>13</sup> que cobram da Administração Pública compromisso com as consequências práticas de suas decisões. Na seara regulatória, a realização de AIR é o instrumento por excelência para assegurar esse compromisso. Sem a definição prévia de problemas, objetivos, impactos e custos, a decisão administrativa – especialmente no contexto complexo e técnico de setores regulados – tende a revelar-se mera especulação.

Pois bem. No caso sob análise, viu-se que a ANP, por meio de iniciativa inovadora (que não conta com previsão em lei, ponto a que se voltará adiante), convidou os interessados para a análise sobre o eventual fim da tutela regulatória à fidelidade à bandeira. No Aviso de Abertura da TPC nº 4/2018, a Agência listou seis tópicos sobre os quais os interessados deveriam se manifestar. A ideia é que os administrados subsidiem a ANP com vistas a uma (alegada) futura tomada de decisão acerca da alteração do marco regulatório existente.

Ocorre que, não bastasse a inexistência de amparo normativo para essa iniciativa inovadora (o que por si só a vicia), a medida subverte a lógica da AIR e a

---

<sup>13</sup> “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.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

esvazia. O que há é uma inversão ilegítima do devido processo legal regulatório, incompatível com as exigências de racionalidade, eficiência e eficácia acima apontadas.

Isso porque, *em primeiro lugar*, ao invés de definir com clareza, no bojo de um procedimento de AIR, a necessidade da intervenção regulatória do Estado, a Agência optou por simplesmente anunciá-la ao setor regulado. Ademais, sem que tenha pontuado seus objetivos com a mudança regulatória acenada, nem mapeado cursos de ação possíveis e seus impactos, a ANP optou por definir um deles (*i.e.*, o fim da tutela regulatória à bandeira), apresentando-o para contribuições pelos interessados. Ou seja, o regulador *decidiu* sobre um curso de ação sem embasamento empírico e técnico quanto à necessidade, adequação e efeitos dessa mudança. E transferiu aos interessados o ônus – que é seu – de avaliar as consequências, custos e benefícios da intervenção regulatória.

Esclareça-se que o fato de a ANP não ter formalmente elaborado uma proposta de revisão normativa por meio da TPC nº 4/2018 não invalida as conclusões expostas até aqui. A AIR é um procedimento que deve anteceder qualquer tomada de decisão pela Agência passível de gerar impactos relevantes para o setor regulado. *In casu*, independentemente de ter havido ou não a apresentação de uma minuta de ato normativo, houve uma decisão da Agência quanto a um determinado curso de ação possível e relevante. E, para tanto, deveriam ter sido ultrapassadas as etapas apontadas acima – que vão desde a identificação clara deste como um problema regulatório a ser enfrentado, até a fixação de estratégias de *enforcement*.

Aliás, indício da subversão do instituto da AIR pela ANP é o fato de que a Agência, ao invés de estudar e mapear estratégias de fiscalização e aplicação da medida por ela vislumbrada, submeteu esse como um dos pontos sujeitos à contribuição pelos particulares (cf. itens *ii*, *iii* e *iv* apontados no Aviso da TPC nº 4/18: fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores; fiscalização pela ANP acerca da utilização da marca; e responsabilidade

solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa).

Por fim, nem se diga que a eventual realização de uma AIR em momento posterior à TPC supriria o vício. A toda evidência, a medida se revelaria inócua. Pelas razões já apontadas, a análise de impacto regulatório voltada à resolução de um problema setorial pressupõe que a própria Agência identifique previamente as alternativas existentes, sem preferências e em igualdade *a priori*, para só após serem coletados, expostos e comparados os impactos de cada caminho.<sup>14</sup> O inverso, fruto de uma pré-compreensão indevida e sem a tecnicidade esperada, desvirtua e invalida o uso do instrumento.

## ***II.2. O dever procedimental de realização de consulta pública e seu descumprimento pela ANP.***

Como se antecipou acima, no *iter* relativo à produção e alteração de normas, cabe ao regulador, após a definição de um curso de ação específico, franquear aos interessados a oportunidade para dialogar acerca da medida eleita, em observância ao devido processo legal regulatório. Isso usualmente ocorre por intermédio de consultas e/ou audiências públicas.

No setor de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, há previsão legal expressa nesse sentido. Qualquer processo decisório-normativo que afete direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado deverá ser precedido de audiência pública (art. 19 da Lei nº 9.478/1997<sup>15</sup> e art. 22 do Decreto nº 2.455/1998).<sup>16</sup> A matéria foi ainda regulamentada

---

<sup>14</sup> Cf. Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, de fevereiro de 2018, p. 11.

<sup>15</sup> Lei nº 9.478/1997: “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e

em detalhes na Portaria ANP nº 69, de 2011 (Regimento Interno da ANP), que, de forma mais exigente, remeteu à prévia realização de consulta e audiência públicas.<sup>17-18</sup>

Não bastasse o exposto, as alterações recentemente promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 reforçaram o aludido dever de realização de consultas públicas. A teor do art. 29 da Lei de Introdução, “[e]m qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”. Trata-se, em verdade, de um poder-dever do administrador público, extraído do devido processo legal regulatório, com foco em participação dos administrados.

E isso não apenas para que os interessados confirmem maior racionalidade ao processo de elaboração da norma, por intermédio de suas contribuições técnicas, mas também por força do princípio democrático, tomado em seu viés deliberativo. Com efeito, é possível afirmar que a legitimidade da função normativa da

---

*serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP” (Redação dada pela Lei nº 12490/2011).*

<sup>16</sup> Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta que “no que toca especificamente às agências reguladoras, os mecanismos de participação popular são notáveis, uma vez que a maior parte das leis que as instituíram fixam a necessidade de realização de consultas e/ou audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 437).

<sup>17</sup> “Art. 56. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados. Parágrafo único. Os objetivos básicos das consultas e audiências públicas são: I - identificar e debater os aspectos relevantes da matéria em discussão; II - recolher subsídios, informações e dados para a decisão ou o encaminhamento final do assunto; III - propiciar aos agentes econômicos, usuários e consumidores, a possibilidade de oferecerem comentários e sugestões sobre a matéria em discussão;”

<sup>18</sup> Ao distinguir audiência pública de consulta pública, José dos Santos Carvalho Filho leciona que, “[n]a consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de **peças formais**, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de **debates orais** em sessão previamente designada para tal fim.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 186; grifos no original)

ANP subordina-se à observância de um procedimento prévio e plural, que franqueie a todos os agentes interessados a participação no processo de elaboração do ato normativo editado. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “(...) a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa”<sup>14</sup>. Aliás, desde o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, a participação dos administrados foi elevada à condição de direito de todo administrado (art. 37, §3º, CRFB).

Voltando os olhos ao caso do Parecer, tem-se que a diretoria da ANP, impulsionada pelo calor da crise de abastecimento que se instaurou em maio deste ano (“greve dos caminhoneiros”), aprovou a realização das iniciativas referidas como Tomadas Públicas de Contribuições, voltadas à revisão de normas fundamentais que estruturam o setor – incluindo a TPC sob análise. Ocorre que, ao contrário da consulta e da audiência pública, esse não é um meio previsto nem regulamentado em qualquer ato normativo. Trata-se de **instrumento ad hoc** instituído às pressas pela Agência após a crise de abastecimento ocorrida neste ano. De maneira afoita, a Agência convidou o público a contribuir na análise de propostas de enorme relevância para o setor, sem apresentar qualquer estudo elaborado pela ANP.<sup>19</sup> Mais do que isso, indicou ao público que já teria, sem aprofundar a análise, soluções predeterminadas.

Perceba-se, portanto, que a *ratio* da TPC em nada se assemelha àquela da consulta e da audiência pública, as quais têm uma razão de ser e fazem parte de uma escolha legislativa que criou um rito conhecido e previsível. A utilização deste mecanismo *ad hoc* subverte o devido processo legal regulatório e as próprias potencialidades daqueles instrumentos, criados para propiciar maior transparência, controle social e o exercício mais informado – e de maior qualidade – das competências administrativas.

---

<sup>19</sup> Para justificar a abertura da TPC objeto deste Parecer, a ANP remeteu às propostas formuladas pelo CADE no relatório “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*”<sup>19</sup>, bem como às recomendações específicas do Conselho que sobrevieram.

*In casu*, após a devida análise de impacto regulatório, a ANP deveria ter submetido a alternativa de ação por ela eleita à consulta pública, municiada das razões, objetivos e estudos em torno da proposta. Isso teria permitido a efetiva participação dos interessados. O que se observa, contudo, é um inaceitável açodamento. A Agência, tendo já se posicionado pela conveniência da adoção de normas capazes de alterar fundamentalmente o marco setorial, mas sem que tenha sido realizado, desde o nascedouro destas proposições, a necessária Análise de Impacto Regulatório, convidou os interessados a contribuírem em um ambiente de enorme desinformação e insegurança, em que não estão claros nem os objetivos e as razões da alteração anunciada, nem seus exatos contornos (conforme se aprofundará no tópico a seguir). Com isso, a própria possibilidade de os particulares contribuírem pode ser colocada em xeque.

Em suma: a legislação setorial prevê um mecanismo próprio de participação dos interessados no curso de processos de elaboração de normas regulatórias, o qual, neste caso, foi subvertido<sup>20</sup>. Ao invés de submeter à consulta pública uma proposta de intervenção devidamente embasada, mediante a necessária consideração de seus impactos, a ANP inverteu etapas e, sem respaldo legal, convocou os interessados para que apresentassem contribuições a respeito de um curso de ação não justificado tecnicamente, nem delimitado quanto aos seus contornos. Ao fazê-lo, desvirtuou o instituto previsto em lei e inibiu suas potencialidades. É por isso que, também sob essa ótica, evidencia-se clara violação ao devido processo legal regulatório.

---

<sup>20</sup> Nessa toada, nem se diga, ainda, que a ANP estaria buscando, em linha com o art. 33 da Lei de Processo Administrativo Federal, meios informais de participação que seriam legítimos. Não é o que ocorre *in casu*. A *uma*, porque, no caso da ANP há previsão expressa de um rito próprio, de modo que, ignorá-lo é deixar de lado a racionalidade procedimental a que a própria agência se comprometeu, aplicável, inclusive, por razões de especialidade. A *duas*, porque, na hipótese, tem-se um indicativo de tomada de decisão da autarquia. Isto é: uma pré-compreensão sem a justificativa devida (AIR).



### ***II.3. O dever procedimental de motivação técnica, suficiente, transparente, clara e congruente e seu descumprimento pela ANP.***

Para além do exposto, a decisão da Agência que instaurou o procedimento consultivo sobre eventual fim da tutela regulatória da vinculação à bandeira viola o dever de motivação dos atos administrativos sob três perspectivas: *insuficiência, incongruência e inadequação*.

Em primeiro lugar, a motivação apresentada pela ANP é **claramente insuficiente** porque a mera alusão ao estudo “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró concorrência*”, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, não supre o ônus de fundamentação demandado para a hipótese, sobretudo diante da relevância e complexidade da mudança que se vislumbra operar. A ANP não poderia simplesmente ter mencionado as contribuições sugeridas pelo CADE sem esclarecer as razões técnicas e regulatórias que fundamentaram a proposta por ela submetida a contribuições, a qual, reitera-se, tem aptidão para interferir de modo estrutural sobre o setor.

De mais a mais, a Tomada Pública de Contribuições em questão insere-se no contexto do Grupo de Trabalho (“GT”) instituído pela ANP e pelo CADE com o objetivo de “*estabelecer atuação conjunta no âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência*”<sup>21</sup>. De acordo com o Aviso da TPC nº 4, disponibilizado pela Agência, o GT tem como finalidade “*analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pelo CADE para repensar o setor de combustíveis, a possibilidade de serem adotadas permanentemente as medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP durante a greve dos caminhoneiros para assegurar o abastecimento nacional de combustíveis e outras possíveis medidas.*”

---

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.anp.gov.br/noticias/4550-anp-e-cade-instituem-grupo-de-trabalho-para-analisar-mercado-de-combustiveis>, acessado em 26/10/2018.



Contudo, a ANP e o CADE não divulgaram qualquer informação ao público acerca das discussões estabelecidas no âmbito do GT, em reuniões que ocorreram sem a presença dos agentes regulados. Isso, sem dúvida, ratifica a insuficiência da motivação dispensada pela Agência.

Para além de ser insuficiente, a decisão da ANP também *carece de fundamentação congruente*. Isso porque, não se enxerga qualquer relação – ao menos de forma clara – entre o curso de ação suscitado pela ANP (*i.e.*, o fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira) e o mencionado documento de autoria do CADE. Em outras palavras, a decisão da ANP carece de respaldo fático e jurídico. Até porque o estudo elaborado pelo CADE sequer abordou a possibilidade de a ANP alterar as normas acerca da tutela regulatória da fidelidade à bandeira. Há uma evidente falta de nexo entre a fundamentação adotada e a modificação cogitada pela Agência, o que compromete a sua validade.

Sob essa ótica, inclusive, pode-se afirmar que **a motivação da ANP quanto à abertura da TPC nº 04/2018 é também inadequada**. Se não é possível compreender as razões pelas quais a ANP decidiu pela modificação da regulação vigente (ou decidiu, no mínimo, que esse seria um problema regulatório a ser enfrentado), os interessados obviamente têm cerceada sua capacidade de contribuir.

Aliás, a situação gera ainda maior perplexidade porque a ANP, ao invés de indicar minimamente os motivos associados pelo menos ao exercício das funções que lhe competem (como aspectos atrelados à fiscalização dos administrados), solicitou justamente que os próprios regulados contribuíssem sobre o tema – o que é um verdadeiro contrassenso. E o que é mais grave: a Agência decidiu por uma possível mudança regulatória, mas deixou em aberto as balizas mínimas dessa alteração (ponto que será explorado adiante, na Parte 2 deste Parecer), dificultando enormemente – quando não frustrando – a possibilidade de participação dos interessados.

Ou seja: a ANP decidiu de modo açodado e sem a devida explicação técnica por uma possível alteração regulatória estratégica; para tentar legitimar sua atuação, convidou os administrados a apresentarem suas contribuições; mas, na prática, frustrou a possibilidade da real participação dos interessados, porque não deixou minimamente claros os motivos para a alteração acenada, nem os contornos daquilo que consistirá a nova disciplina.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a iniciativa da Agência viola um conjunto de dispositivos constitucionais e legais. Realmente, o dever de motivação é ínsito ao Estado Republicano e Democrático de Direito (art. 1º da CRFB) e decorre dos princípios do devido processo legal e da publicidade administrativa (arts. 5º, inc. LIV, e 37 da CRFB). No plano legal, as Lei nº 4.717/65 e nº 9.784/99 reforçam esse dever de modo categórico, aludindo à necessidade de motivação “*explícita, clara e congruente*”, sob pena de nulidade do ato e do processo administrativo,<sup>22</sup> o que é ratificado pela jurisprudência.<sup>23-24</sup>

#### ***II.4. O devido processo legal no mercado altamente regulado de combustíveis: violações perpetradas em razão da TPC nº 4/2018 que afetam diretamente o princípio da segurança jurídica.***

Ainda sob a ótica do devido processo legal regulatório, é necessário

---

<sup>22</sup> A Lei nº 4.717/65 define que são nulos os atos estatais no caso de ausência de motivos (i.e., “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”, cf. art. 2º, “d” e parágrafo único, “d”). Já a Lei nº 9.784/99 estabelece como critérios essenciais do processo administrativo federal tanto a “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”, quanto a “*observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*” (art. 2º, parágrafo único, incisos VII e VIII). Em adendo, o capítulo XII do referido diploma legal trata especificamente da motivação dos atos administrativos, estabelecendo que ela deve ser “*explícita, clara e congruente*” (§1º, do art. 50), nisso compreendidos os critérios da suficiência e da adequação da justificativa administrativa, conforme reconhecido pela jurisprudência

<sup>23</sup> Por todos, confira-se: STJ, MS 9.944/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/06/2005; e STJ, MS 18.504/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 02/04/2014.

<sup>24</sup> Na doutrina, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 381-382.

frisar que os deveres acima mencionados – de realização de AIR, de não desvirtuamento dos instrumentos de consulta e audiência pública e de motivação suficiente, congruente e adequada – adquirem ainda maior relevância em ambientes altamente regulados como o que ora se analisa. Isso porque a mera deflagração de um processo de revisão normativa setorial gera custos e prejuízos externos significativos aos agentes do setor, os quais precisam ser considerados de forma motivada e transparente. São exemplos desses custos (i) a inevitável **desestabilização** do mercado decorrente da **insegurança jurídica** causada pelo comportamento açodado da Agência, bem como (ii) o risco real de **paralisação e postergação de importantes investimentos setoriais**.<sup>25</sup>

Esse panorama de franca insegurança jurídica é ainda agravado pelo fato de que a ANP, mais do que se furtar de realizar a devida motivação de seu ato (mediante, inclusive, a prévia realização de AIR), atuou de forma contraditória com outra importante iniciativa – essa, sim, dialógica e refletida – que vinha sendo conduzida com a participação da própria Agência e do CADE.

Com efeito, conforme narra a Consulente, o Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis, demais Derivados de Petróleo e Biocombustíveis – CT-CB, responsável pela implementação de propostas pensadas no âmbito do programa Combustível Brasil, vinha discutindo e propondo medidas cada vez mais específicas, pautadas nas diretrizes da Resolução CNPE nº 15/2017, com o objetivo de reformar o regramento do setor de forma a incentivar investimentos e a livre concorrência. O CT-CB já realizou quatro reuniões e divulgou dois relatórios abrangentes em que constam as decisões e propostas sugeridas pelos seus

---

<sup>25</sup> Custos e prejuízos são externalidades negativas que não podem ser simplesmente desconsideradas pelo administrador público. Inclusive, as previsões dos **arts. 20, caput e parágrafo único, e 27 da LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657/42), introduzidos pela Lei nº 13.655/2018, apontam justamente nesse sentido. Segundo tais dispositivos, é dever das autoridades públicas avaliar as consequências de seus atos, os quais, se causadores de prejuízos, ensejam o direito a compensações. Isso abarca impactos e custos injustificáveis causados por medidas afoitas.

subcomitês.<sup>26</sup> Desta forma, o mercado vinha, até então, ajustando seus planos de acordo com a previsibilidade e conforto gerados por essa boa prática de revisão regulatória.

Sem considerar as providências discutidas no âmbito deste Comitê com composição plural, a Agência repentinamente acenou quanto a uma alternativa de ação que sequer consta de sua da Agenda Regulatória aprovada para o biênio 2017-2018.

Aliás, uma nota característica da instauração das TPCs originadas da chamada greve dos caminhoneiros foi justamente a falta de coerência e racionalidade na ação estatal, na medida em que essas iniciativas apontam para o risco real de decisões conflitantes. É que o CT-CB, mencionado acima, vem discutindo medidas para a reforma da regulação setorial com objetivos que abrangem aqueles buscados pela ANP nas TPCs.<sup>27</sup> Ademais, enquanto as TPCs têm, a princípio, o objetivo estrito de promover a concorrência,<sup>28</sup> o programa Combustíveis Brasil tem como pilar não somente intensificar a concorrência, mas também estimular investimentos na infraestrutura do setor.<sup>29</sup> E esses são objetivos que podem, em um mercado marcado por

---

<sup>26</sup> Disponíveis em: <<https://goo.gl/tnxpAU>>.

<sup>27</sup> Vejam-se, por exemplo, o teor das Propostas nº 21 e 25 do relatório da iniciativa Combustível Brasil de maio de 2018: “PROPOSTA 21 Aperfeiçoar os mecanismos regulatórios de incentivos e de definição de condicionantes para atuação dos agentes de mercado, quando necessário, tendo como objetivo a promoção da concorrência, a mitigação das falhas e a prevenção do abuso de poder de mercado”; “PROPOSTA 25 Avaliar ações para garantir o desenvolvimento de um mercado competitivo nos diversos elos da cadeia, com condições de oferta a preços de mercado para combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo no Brasil”.

<sup>28</sup> De fato, os *consideranda* dos Avisos das três TPCs citam com justificativa apenas as recomendações do CADE no relatório “*Repensando o setor de combustíveis*”. Esse relatório, por sua vez, abrange apenas o ponto de vista da Defesa da Concorrência.

<sup>29</sup> Nesse sentido, vejamos os *consideranda* da Res. CNPE nº 15/2017: “são princípios e objetivos da Política Energética Nacional garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional; proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; promover a livre concorrência; atrair investimentos para a produção de energia; ampliar a competitividade do País no mercado internacional, entre outros definidos no art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; as ações em curso no âmbito da iniciativa “Combustível Brasil” têm como objetivo propor medidas que estimulem a entrada de novos agentes econômicos no setor de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo, bem como promover a livre concorrência; o aprimoramento do ambiente regulatório estimula a competição e favorece os investimentos para o mercado de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo, além de consolidar a lógica empresarial de

economias de escala e de rede, estar em contraposição.<sup>30</sup> Aliás, o próprio CADE reconheceu isso no relatório que foi utilizado pela ANP para iniciar as TPCs.<sup>31</sup>

Logo, diferentemente do *modus operandi* adotado durante as discussões do programa Combustível Brasil – quando se buscaram análises e estudos profundos sobre a situação atual do setor, para se construir, em conjunto com os agentes regulados, um diagnóstico completo que permitisse a elaboração de propostas de curto, médio e longo prazo –, a ANP, ao deflagrar as TPCs, agiu de modo contraditório e açodado, o que contribui para potencializar o quadro de insegurança jurídica no setor.

Mais ainda: a ANP inaugurou as TPCs de forma isolada e contrária às diretrizes traçadas pelo próprio CNPE no âmbito do programa Combustível Brasil. Há, nessa atuação, um problema não apenas de coerência e racionalidade sistêmicas, mas de possível conflito de competências. É que a definição de quais políticas setoriais devem ser prioritárias não cabe à ANP. Na verdade, a Agência tem o papel de “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional” (art. 8º, I, da Lei nº 9.478/1997). A definição da política setorial que será implementada pela autarquia fica a cargo do Executivo, que tem legitimidade democrática para tanto. No caso do setor de combustíveis, compete ao CNPE fixar diretrizes (art. 2º da Lei nº 9.478/1997), o que foi

---

*abastecimento nacional; e a prática de preços livres fortalece a concorrência, bem como propicia segurança e confiança necessárias para incentivar investimentos privados”.*

<sup>30</sup> Por exemplo, dificilmente haverá interesse privado na construção de dutos de transporte de combustível caso a proprietária seja obrigada a operar em regime de concorrência *plena* (é necessário que se garanta, no mínimo, direito de preferência a quem investiu).

<sup>31</sup> “As presentes sugestões buscam contribuir com o debate já entabulado pelo “Combustível Brasil” a respeito da necessidade de repensar o setor de combustível, buscando auxiliar na determinação das pautas de discussão e na avaliação sobre o diagnóstico a respeito de como tornar este setor melhor e mais eficiente. Essa tentativa de pautar estes temas na sociedade serve como sinalização a respeito de desenhos institucionais alternativos que podem melhorar a rivalidade do setor. **Talvez estes não sejam os únicos desenhos possíveis ou as melhores alternativas disponíveis. Também, é possível que se tenha a necessidade de considerar outras variáveis em um cenário mais amplo do ponto de vista social.** Trata-se apenas de uma primeira tentativa de diálogo sobre estes assuntos”. CADE, relatório “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”, p. 34. Disponível em: <<https://goo.gl/o3ERkH>>. Acesso em 24.10.2018.

efetivamente feito por meio da Resolução CNPE nº 15/2017. Daí porque a ação contraditória da ANP aponta para um possível desvio de poder e intromissão na esfera de atribuições legalmente conferidas ao CNPE.

## **SEGUNDA PARTE:**

### **VÍCIOS MATERIAIS**

#### **III – ILEGITIMIDADE DAS POSSÍVEIS PROPOSTAS RELATIVAS À FIDELIDADE À BANDEIRA**

Como já se infere do texto, a má condução do procedimento tem como desdobramento a dificuldade de identificação dos reais objetivos da ANP. De forma direta, há problemas para que se verifiquem o problema e a medida que a Agência planeja implementar. Em todo caso, podem-se vislumbrar ao menos dois cenários para as pretensões regulatórias da ANP de colocar fim à tutela da fidelidade à bandeira. São eles: a desregulação completa da matéria e a vedação à prática.

Na primeira hipótese, a intenção da Agência seria não mais disciplinar a questão. Especificamente, seriam excluídas da regulação as disposições que preveem que o revendedor varejista de combustíveis automotivos que optar por se vincular a uma marca deve adquirir, armazenar e comercializar, com exclusividade, o combustível fornecido pelo respectivo distribuidor (art. 25, § 2º, I e II, da Resolução nº 41/2013). A prática não estaria vedada. Estaria, contudo, fora do escopo da fiscalização pela ANP.

No segundo caso, mais do que desregular, cogita-se que a Agência pretenda proibir que contratos entre o distribuidor e o revendedor varejista de combustíveis contenham cláusulas de exclusividade, ou, ainda, limitar o alcance de tais

cláusulas aos combustíveis da linha *premium*<sup>32</sup>. Nessa hipótese, a ANP deixaria de reconhecer a prática como legítima, passando a vedá-la, total ou parcialmente.

Apresentados os cenários cogitados, serão demonstradas as razões pelas quais as medidas hipoteticamente pretendidas são substancialmente ilícitas. Anote-se que é possível que haja ajustes nessas fórmulas por parte da ANP, como também que ambas as hipóteses sejam aplicadas de maneira concomitante. O exercício aqui proposto é o de, didaticamente, explicar suas limitações, dentro do que se pode inferir das extrair das pouco explícitas pretensões da Agência.

### ***III.1. Ilicitude do cenário de desregulação. Desproteção aos direitos do consumidores e incentivo a fraudes.***

Em primeiro lugar, cogita-se que a intenção da ANP seja a de excluir da Resolução nº 41/2013 as normas que proíbem que o revendedor varejista associado a determinada bandeira adquira ou comercialize combustíveis de outros distribuidores, sem, contudo, vedar a celebração de contratos com cláusula de exclusividade. Uma medida hipotética de desregulação nesse sentido seria ilegítima por esvaziar as missões institucionais da ANP de tutela do consumidor e criar incentivos a fraudes e desinformação.

Desde a Constituição, a proteção aos direitos do consumidor é um dever do Estado, cabendo à União e aos entes federativos não só editar normas com tal fim, como atuar ativamente na fiscalização e controle do seu cumprimento. Tal regime é decorrência dos art. 5º, XXXII<sup>33</sup>, bem como do art. 24, V e VIII da Constituição<sup>34</sup>,

---

<sup>32</sup> Cogita-se dessa possibilidade em razão da referência, no item 1.1 da TPC nº 4/2018, à “*experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities*”.

<sup>33</sup> “Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

<sup>34</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)



conforme, ainda, explicitado pelo Código de Defesa do Consumidor, com destaque, neste parecer, para os artigos 6º e 55<sup>35</sup>.

A Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1999) também foi enfática nesse sentido de proteção do consumidor. Previu-se expressamente, dentre os objetivos da política energética nacional, o de “*proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos*”<sup>36</sup>. Além disso, em relação à ANP, a Lei dispôs o seguinte:

“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: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

---

V - produção e consumo; (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

<sup>35</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e **segurança** contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) IV - a **proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais**, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do **caput** deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

“Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. § 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.** (grifou-se)”

<sup>36</sup> Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (...) III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;”



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;** (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005) (....)

VII - **fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** [Código de Defesa do Consumidor], **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;**“ (grifou-se)

É dizer: a proteção ao direito dos consumidores é um dos objetivos primordiais da ANP, de modo que o seu intuito de silêncio regulatório ou a falta de fiscalização precisam ser avaliados se favoráveis ou não a esses direitos envolvidos. Isto é: deve-se analisar e justificar em que medida um ambiente desregulado promoveria a tutela do consumidor.

Como motivação não há, cogita-se que a ANP tenha por hipótese que criará um ambiente com maior flexibilidade e que assim favorecerá os clientes de postos. Conquanto seja viável imaginar que a ausência de imposição regulatória quanto à exclusividade poderia repercutir em novas formas de contratação no setor, os custos da medida superam seu eventual (e não justificado) benefício. É que a ausência de regulação daria margem ao retorno a um ambiente de significativa insegurança, confusão e posturas desleais de fornecedores.

De fato, há boas razões – e literatura<sup>37</sup> – para pressupor que os consumidores de combustíveis automotivos recorram a postos bandeirados – admitindo,

---

<sup>37</sup> Nesse sentido, Maria Aparecida Nasr e Zilda Maria Contesini dos Santos, na conclusão de trabalho empírico sobre a matéria, destacam que “os consumidores que procuram por qualidade do combustível estão dispostos a pagar um preço relativamente mais elevado ou premium quando comparado àqueles praticados pelos postos sem bandeira. Isto porque aqueles postos que possuem distribuidor conhecido transferem ao consumidor os benefícios da segurança da marca, bem como a sensibilização decorrente

inclusive, arcar com custo mais elevado pelo produto – por confiarem na respectiva marca. Num ambiente de competição, tem-se que exista a expectativa de que determinada marca ofereça qualidade superior em relação às demais; ou, no caso da realidade brasileira, de que o risco de venda de combustível adulterado seja inferior.<sup>38</sup>

Tal pressuposto pode ser inferido de manifestação do CADE no estudo referido pela ANP nos *consideranda* da TPC nº 4/2018<sup>39</sup>. Uma das funções mais intuitivas da marca é a identificação de origem do produto, sendo que “o direito marcário também tem por justificativa proteger o consumidor de condutas enganosas e que o induzam à confusão”. Realmente, quando um posto bandeirado vende combustível que não corresponde à marca utilizada para atrair o consumidor, ele está agindo de forma desleal e enganando o consumidor, que fica vulnerável e desprotegido nessa relação.

Foi justamente essa, aliás, a preocupação que levou à inclusão da tutela à fidelidade da bandeira na Portaria ANP nº 116/2000, posteriormente substituída pela Resolução nº 41/2013.<sup>40</sup> Num ambiente com notória ocorrência de fraudes, era

---

do composto promocional. Por decorrência, os consumidores tendem a reduzir seu nível de risco e de ansiedade conferindo maior grau de credibilidade aos combustíveis ofertados por tais postos.” NASR, Maria Aparecida; SANTOS, Zilda Maria Contesini dos. *A influência da marca nos postos de abastecimento de combustíveis*. Cadernos UniFOA, Volta Redonda, ano 2, nº 5, dez. 2007. Grifou-se.

<sup>38</sup> Confirmam-se as conclusões obtidas por Seiji Kumon Fetter em estudo sobre a matéria: “Observou-se que, de fato, em média, postos que indiscutivelmente ofertavam combustíveis de baixa qualidade, evidenciado pelo auto de infração, praticavam preços menores e tinham menor tendência a serem bandeirados. Em contrapartida, postos bandeirados postam preços de revenda mais altos e têm menor probabilidade de serem autuados. (...) Ser bandeirado gera uma redução da probabilidade de escolher um combustível de baixa qualidade e é a variável com maior impacto sobre essa redução, excetuando em uma especificação na qual tem o segundo maior impacto.” FETTER, Seiji Kumon. *Contratos de exclusividade e o trade-off entre preço e qualidade no varejo de combustíveis*. Disponível em [https://www.bnb.gov.br/documents/160445/781488/M3\\_Art\\_3.pdf/79ed5c0a-3900-420f-8432-e3515c1b54f0](https://www.bnb.gov.br/documents/160445/781488/M3_Art_3.pdf/79ed5c0a-3900-420f-8432-e3515c1b54f0); acesso em 27 de outubro de 2018. Grifou-se.

<sup>39</sup> CADE, relatório “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”, p. 23. Disponível em: <https://goo.gl/o3ERkH>.

<sup>40</sup> Realmente, após a abertura do setor no início da década de 90 e o advento da Portaria nº 362/1993 do Ministério de Minas e Energia, que permitiu a existência de postos bandeira branca, houve o surgimento de centenas de novos atores e um grande descontrole quanto aos padrões de qualidade e responsabilidade fiscal das firmas no segmento. De fato, uma série de escândalos e denúncias sobre adulteração de combustíveis, contrabando, sonegação fiscal e práticas ilegais de toda ordem inundaram o mercado. A tutela, pela ANP, da fidelidade à bandeira foi uma das respostas aos problemas verificados. A

preciso que se deixasse claro ao cliente o produto que ele está comprando, o que é facilitado pela exclusividade de bandeira. Com ela protege-se o consumidor na origem, ao passo em que se garante (ou se criam mecanismos mais aptos a garantir) na ponta da cadeia que o combustível seja aquele anunciado na marca. Com ela garante-se um ambiente de maior segurança do consumidor, com informação clara e adequada, reduzindo-se os incentivos a práticas comerciais desleais, em linha do com o art. 6º, I, III e IV, CDC.

A extinção da proteção, nessa toada, não se justifica. Nem mesmo sob o pretexto de incrementar a concorrência no setor<sup>41</sup>. Mais do que isso: a desregulação tende a ser extremamente nociva, por criar incentivos a fraudes e a concorrência desleal entre postos de combustível, com o que se afronta o sistema de proteção ao consumidor ao qual a ANP está estritamente vinculada.

***III.2. Ilicitude de eventual vedação total à celebração de contratos de exclusividade entre distribuidores e revendedores varejistas de combustível. Restrição indevida da liberdade de iniciativa e prejuízos ao consumidor. Externalidades positivas do modelo.***

De outro ângulo, a vedação à exclusividade ensejaria afronta à liberdade de contratar entre distribuidores e varejistas. Trata-se de relação que não envolve hipossuficiência, na qual, naturalmente, vigora a liberdade de iniciativa e de empresa constitucionalmente asseguradas (art. 1º, IV e art. 170, CRFB). Nesse ambiente, os contratos são livres e é razoável que possam envolver cláusula de exclusividade. Banir tal arranjo negocial vai de encontro com esse ambiente de liberdade de maneira desproporcional e portanto inconstitucional. Explica-se.

---

esse respeito, ver: SOARES, Selene de Souza Siqueira. SAES, Maria Sylvia Macchiose. ORIANE E PAULILLO, Luiz Fernando de. *Formas plurais no setor de distribuição automotivo brasileiro: avaliação do perfil e estabilidade das governanças plurais no Estado de São Paulo*. Gestão & Produção. Vol. 22, nº 4, São Carlos, Out/dez 2015, pp. 864/865.

Como se sabe, a decisão estatal que interfira com a liberdade de iniciativa deve ser testada diante do postulado da proporcionalidade. Tal comando, corolário da cláusula do Estado de Direito e do devido processo legal (art. 1º e art. 5º, LIV, CRFB), é ferramenta essencial no controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, assegurando que as medidas adotadas não sejam arbitrárias. Em sua aplicação, exige-se que a interferência estatal no domínio econômico apresente um propósito bem definido e fundamentado, justificável frente (i) às peculiaridades de cada setor específico do mercado, (ii) aos interesses de todos os envolvidos e (iii) às normas jurídico-constitucionais, as quais compõem o estatuto regulatório básico do ordenamento jurídico brasileiro.

Daí porque, para que a regulação seja legítima, ela deve passar no teste das três etapas que compõem o princípio da proporcionalidade<sup>42</sup>: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame de *adequação* impõe que a medida escolhida pelo Estado seja apta a atingir a finalidade almejada. A avaliação da *necessidade* exige que a regulação deva ser, dentre as opções disponíveis ao poder público, a menos gravosa para se alcançar os fins perseguidos. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* perpassa uma análise de custos e benefícios, para verificar se as restrições geradas pela medida regulatória adotada são quantitativa e qualitativamente menores que as vantagens por ela obtidas<sup>43</sup>. A norma regulatória que, em sua aplicação, venha a criar obstáculos inadequados, desnecessários, ou com mais desvantagens do que benefícios, revelar-se-á viciada.

É exatamente esse o caso da hipótese ora aventada.

---

<sup>42</sup> CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 61.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

Embora não esteja claro, é possível cogitar que a intenção da ANP em suposta proibição da celebração de contratos de exclusividade (ou em sua limitação às versões aditivadas dos combustíveis) seja ampliar a concorrência, tal como se extrai dos *consideranda* e de parte dos pontos colocados em discussão pela TPC nº 4. Ora, a despeito dessa possível retórica a favor da competição, fato é que o próprio CADE, instituição a que compete a defesa da concorrência, não levantou qualquer questão quanto ao ponto no estudo referenciado pela ANP na TPC nº 4/2018, que tratou especificamente de problemas concorrenciais supostamente identificados no setor. Muito ao contrário. O CADE, longe de manifestar preocupação com tais contratos, chegou, inclusive, a sugerir que revendedores varejistas de combustíveis que detenham mais de um posto sejam obrigados a se vincular a uma mesma bandeira, o que permite concluir pela sua concordância com tal formato de contratação.<sup>44</sup> Além disso, é significativa<sup>45</sup> e crescente<sup>46</sup> a parcela de postos bandeira branca, o que indica que é plenamente possível, assim, a entrada e permanência de outros participantes no mercado. Dessa forma, nada indica que a medida cogitada seria adequada ou apta a incrementar, de forma significativa, a concorrência neste mercado.

A medida também não passaria no teste da necessidade. Eventuais práticas anticompetitivas adotadas por distribuidores podem ser combatidas pelos meios próprios, não se justificando o total banimento de contratos que têm papel relevante no

---

<sup>44</sup> Tratando de suposto problema concorrential em razão de um mesmo revendedor varejista estar associado a bandeiras diversas, o Conselho sugeriu que, para ampliar o nível de informação ao consumidor, se indicassem o nome do posto, suas marcas e quantos postos há no município do mesmo dono. Como medidas alternativas, o CADE cogitou “**estipular que o varejista de combustíveis pudesse apenas estar vinculado a um único distribuidor embandeirado** e ou eventualmente ter a sua própria marca (bandeira branca). Tal situação de única marca poderia ter em si maior nível de concorrência do que a situação multimarcas detida por um único agente.” CADE, relatório “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”, p. 25. Disponível em: <https://goo.gl/o3ERkH>. Grifou-se.

<sup>45</sup> De acordo com dados publicados pela ANP, os postos bandeira branca correspondiam, em 10 de outubro de 2018, a 44,1% do mercado, ou seja, parcela próxima à metade. Disponível em [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim\\_Abastecimento/59/Boletim\\_n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Abastecimento/59/Boletim_n59.pdf); acesso em 27 de outubro de 2018.

<sup>46</sup> Confira-se, nesse sentido, notícia veiculada em 21 de fevereiro de 2017 pelo jornal O Globo, “Gasolina: postos de bandeira avançam no país em meio à crise.” Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/gasolina-postos-de-bandeira-branca-avancam-no-pais-em-meio-crise-20955092>; acesso em 27 de outubro de 2018.

setor de revenda de combustíveis para facilitar a fiscalização e a transparência na relação com o consumidor. Há, assim, meios menos gravosos de se evitar que tais contratações repercutam em efeitos deletérios sobre a concorrência.

Por fim, a vedação cogitada não seria proporcional em sentido estrito. A pretexto de tutelar a concorrência, se restringiria de forma fatal a liberdade de iniciativa, subtraindo-se, ainda, dos revendedores varejistas, modelo que pode ser crucial para o início de sua operação no setor e, dos consumidores, o direito de optar por adquirir somente produtos de uma específica marca, a facilidade de identifica-los e acessá-los.

Com efeito, via de regra, contratos de exclusividade no setor de combustíveis pressupõem o investimento, pelo distribuidor, na estrutura do posto de gasolina (locação do imóvel, aquisição e manutenção dos equipamentos, eventual loja de conveniência) tendo como contrapartida a venda exclusiva de seus produtos pelo revendedor por determinado período de tempo, que lhe propicie o retorno financeiro do valor investido. Mais ainda: do ponto de vista do revendedor varejista, a contratação de exclusividade lhe permite exercer a atividade sem ter que despender os elevados recursos necessários para tanto, ao mesmo tempo em que representa um ganho de freguesia, e/ou sua fidelização, em razão do prestígio inerente à marca ostentada. Com isso, facilita-se a entrada de novos atores no mercado o que acaba por favorecer a concorrência.

O consumidor também sentiria os impactos da precarização dos postos e dos serviços oferecidos, decorrente da ausência de investimentos inerente à associação a uma marca. Além disso, a medida dificultaria a fiscalização, podendo aumentar a ocorrência de fraudes e adulteração, além de poder criar embaraços à responsabilização ambiental. Isto porque o distribuidor que associa a sua marca a um posto tem incentivos para investir na segurança e na manutenção dos equipamentos, para que mantenha a parceria que lhe é favorável e envolve supervisão contratual. A

distribuidora, que tem um elevado risco reputacional, tem todos os incentivos para monitorar os combustíveis vendidos e a atuação da revendedora.

Isso sem mencionar que, em caso de acidentes, é mais fácil identificar o responsável (ou potenciais responsáveis) em postos bandeirados do que em postos bandeira branca, que implicam um ônus consideravelmente maior para a Administração Pública. Ainda, haveria o incremento do risco de fraudes e adulterações nos combustíveis, cuja incidência é maior nos postos bandeira branca. Os prejuízos, assim, superariam em muito os eventuais e supostos ganhos concorrenciais.

A mesma lógica acima se aplica a eventual restrição parcial do escopo de tais contratos, para abranger somente combustíveis *premium*, aditivados. De forma específica, essa alteração não traria qualquer ganho para o consumidor (que ou acabaria optando por sempre adquirir o produto da linha *premium* da marca correspondente ao posto bandeirado<sup>47</sup> – vendo-se obrigado a arcar com custo superior ao que desejaria –, ou teria que peregrinar em busca de um posto que vendesse o combustível comum da respectiva marca), incrementaria o risco de fraudes e adulterações e repercutiria em ineficiências em relação à distribuição do combustível.

É assim que o regime da Resolução nº 41/2013 é adequado para a proteção do consumidor ao mesmo tempo em que garante um espaço de liberdade. Nessas circunstâncias, tem-se que o formato contratual interessa ao distribuidor, ao revendedor varejista e aos consumidores. De fato, ao passo em que vincula a bandeira da distribuidora ao posto, prevê que o varejista tem liberdade para escolher entre se associar, com exclusividade, a determinado distribuidor de combustíveis ou constituir-se como um posto *bandeira branca*, hipótese em que poderá adquirir combustível livremente do distribuidor que oferecer o melhor preço ou as melhores condições de

---

<sup>47</sup> Relembre-se que o consumidor que opta por abastecer em postos bandeirados confia na marca e vê valor em ter um distribuidor por trás da operação do posto de combustível.



pagamento. Em todo caso, sem qualquer bandeira, o consumidor sabe que precisa, de antemão, avaliar se é ou não vantajosa a compra do combustível, cuja origem deve ser especificada.

Anote-se que 44,1%<sup>48</sup> dos postos revendedores de combustíveis automotivos no Brasil, hoje, são bandeira branca. Esse número, inclusive, tem crescido recentemente<sup>49</sup>, como reflexo da crise econômica. Isso porque os consumidores passaram a privilegiar o preço em detrimento da qualidade que associavam a determinadas bandeiras, ao mesmo tempo em que aos revendedores varejistas, impactados com a redução do consumo de combustíveis, tornou-se interessante reduzir seu custo, mediante a possibilidade de adquirir combustível do distribuidor que oferecer o melhor preço. Esse crescimento dos postos bandeira branca e a possibilidade de adaptação do setor ao cenário econômico denota, por fim, que a existência de postos exclusivos de determinados distribuidores não importa em barreiras à entrada de outros distribuidores no mercado.

#### **IV – CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, a conclusão que se pode adiantar no presente sumário executivo é a de que a TPC nº 4/2018 não se reveste de juridicidade. De um ponto de vista procedimental, a medida subverte o devido processo regulatório na medida em que: (i) deixa de realizar a **prévia Análise de Impacto Regulatório (AIR)**; (ii) desconsidera a legislação de regência que traz rito específico de participação por meio de **consulta ou audiência pública**, e (iii) ignora o dever de **motivação técnica e adequada**, exigível da ANP na edição ou alteração de atos normativos regulatórios.

---

<sup>48</sup> De acordo com dados publicados pela ANP tendo como base a data de 10 de outubro de 2018. Disponível em [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim\\_Abastecimento/59/Boletim\\_n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Abastecimento/59/Boletim_n59.pdf); acesso em 27 de outubro de 2018.

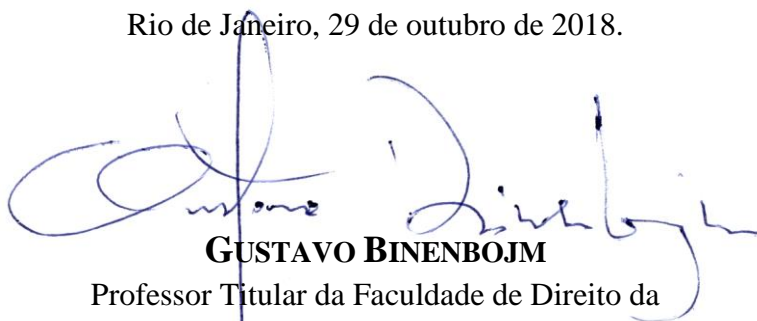
<sup>49</sup> Nesse sentido, confira-se, por exemplo, a notícia publicada n'O Globo em 21 de fevereiro de 2017, intitulada "Gasolina: postos de bandeira branca avançam no país em meio à crise". Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/gasolina-postos-de-bandeira-branca-avancam-no-pais-em-meio- crise-20955092>; acesso em 25 de outubro de 2018.



Sob a ótica material, saliente-se que ambos cenários cogitados neste sumário executivo como pretendidos pela ANP por meio da TPC (*i.e.* a desregulação completa da matéria e a vedação, total ou parcial, à exclusividade nos contratos entre distribuidor e revendedor varejista) são ilegítimos. A medida hipotética de desregulação da matéria afronta o direito por esvaziar as missões institucionais da ANP de tutela do consumidor, lançado a um cenário com incentivos significativos a fraudes e a práticas de concorrência desleal entre postos de combustível.

A vedação à exclusividade, de sua vez, agride, na medida em que se revela desproporcional, a liberdade de iniciativa e de empresa, com prejuízo para distribuidores, varejistas e consumidores. A pretensão regulatória, nesse sentido: (i) não é *adequada* ou apta a incrementar, de forma significativa, a concorrência neste mercado; (ii) não se revela *necessária* para tal fim, visto que há meios menos gravosos de se evitar que cláusulas de exclusividade repercutam em efeitos deletérios sobre a concorrência no setor; e (iii) como, ainda, não é *proporcional em sentido estrito*, uma vez que seus custos superariam, em muito, os eventuais benefícios.

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2018.



**GUSTAVO BINENBOJM**  
Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ  
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ  
*Master of Laws (LL.M.)* pela Yale Law School (EUA)