

**Excelentíssimo Senhor Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo,
Gás Natural e Combustíveis (ANP), Sr. Décio Oddone**

**Ref. Tomada Pública de Contribuições n.º 04/2018 (“Fim da tutela
regulatória da fidelidade à bandeira”)**

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS
DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, LOGÍSTICA E
CONVENIÊNCIA (“PLURAL”)**, associação civil de âmbito nacional, inscrita no
CNPJ sob o n.º 28.616.136/0001-40, com sede na Avenida Almirante Barroso, nº. 52,
sala 2001, CEP 20.031-918, na cidade e Estado do Rio de Janeiro
(<http://www.somosplural.com.br>), vem, respeitosamente, perante a V. Exa.,
fundamentada no direito de petição (art. 5, XXXIV, “a” da Constituição da República) e
no art. 68, § 3º da Lei n.º 10.233/2011, apresentar suas ponderações em atenção à
Tomada Pública de Contribuições (“TPC”) n.º 04/18 – detalhadas, em pontos
específicos, nos Anexos I e II (**Doc. 01**), bem como a juntada dos pareceres técnico-
jurídicos dos Professores Alexandre Santos de Aragão (**Doc. 02**) e Gustavo Binenbojm
(**Doc. 03**), bem como pareceres técnicos elaborados pela Kantar Consulting (**Doc. 04**)
e pela IHS Markit (**Doc. 05**), nos termos a seguir expostos.

SUMÁRIO EXECUTIVO

- A **PLURAL**, histórica representante do setor de distribuição de combustíveis no Brasil, reconhece os valiosos esforços e o papel crucial exercido pela i. Agência Nacional do Petróleo (ANP) na promoção da melhor regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas de um setor tão complexo quanto fundamental à sociedade e economia nacional.
- Neste espírito, a Tomada Pública de Contribuições (“TPC”) – se entendida como um primeiro contato com a sociedade para recebimento de subsídios no contexto de um procedimento transparente, previsível e que não prescinde de Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) – pode ser um instrumento útil de participação popular.
- A presente TPC nº 4/2018 apresentou, nos *Consideranda* de seu Aviso de Chamamento, menção ao estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” de maio de 2018, de autoria do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE), órgão apenso e meramente consultivo às deliberações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Não foi objeto de debate e formal deliberação, sendo, outrossim, objeto de públicas reflexões críticas por membros daquela própria autarquia. Seu papel, neste contexto, deve ser visto com ponderação e cuidado, prestando-se, notadamente, mais a desencadear reflexões do que demonstrar certezas sobre os rumos exatos da regulação no setor.
- Ocorre que, não obstante todos os esforços desta i. Agência e boas intenções do estudo do DEE/CADE, a **PLURAL** entende que diversos problemas e desafios ínsitos ao setor sequer foram abordados por tais autoridades no seu mister, o que, no nosso entendimento, deslegitima mudanças regulatórias abruptas em um setor, como dito, sensível e fundamental. A presente TPC, diga-se respeitosamente, desperta fundadas preocupações na **PLURAL**, consoante as seguintes **razões preliminares e de mérito:**

Questões preliminares

- **Ausência de AIR previamente à abertura da presente TPC (v. Seção B.I):**
Cumprir observar que o primeiro passo à cogitação de qualquer avaliação de legislação existente e adoção de nova regulamentação se dá por meio de Análise de Impacto Regulatório (AIR), exigido expressamente pelo Regimento Interno da ANP, nos arts.12, XXI e 30-A, IX. Entretanto, tal procedimento não vem sendo observado pela Agência no presente caso. Constata-se essa verificável pela falta de clareza sobre a finalidade e motivação da TPC, pelas informações limitadas

acerca passos prévios à sua divulgação, bem como a ausência de informações precisas sobre os passos subsequentes ao encerramento da presente TPC.

- **Imperativo dever de cautela em relação à política pública sobre o setor de combustíveis (v. Seção B.II).** Não foram observadas premissas fundamentais de políticas públicas que nortearam a construção do setor de combustíveis no Brasil: o estudo do DEE/CADE que foi mencionado nos *Consideranda* do Chamamento da presente TPC conferiu grande peso à preocupação com preços baixos ao consumidor. Trata-se de preocupação legítima e compartilhada pelos associados da **PLURAL**, todavia, fundamental ponderar que não se trata do único interesse a guiar a atuação e as decisões regulatórias desta I. Agência, havendo um punhado de (outras) premissas de políticas públicas essenciais, que, se desconsideradas pela autoridade, poderão resultar em regulação desbalanceada e míope à realidade do país, a saber: (i) proteção do consumidor; (ii) abastecimento nacional de combustíveis, que inclui Refino, Distribuição e Revenda, como utilidade pública; (iii) segurança do meio-ambiente; e (iv) sustentabilidade fiscal do Estado.
- **Em síntese: mudanças regulatórias sem o pertinente procedimento técnico (AIR) e “em tiras”, i.e. sem a visão do todo, têm alto potencial de criar disfuncionalidade sistêmica no setor:** a I. ANP, ao abrir sucessivas TPCs sobre temas distintos, mas não-independentes, todos afeitos à mais fulcral organização do setor, desencadeia importantes e, permita-se dizer, desnecessárias incertezas àqueles que tradicionalmente atuam e investem no segmento.

Questões de mérito

- **A marca é fator de promoção de bem-estar e de defesa do consumidor, merecendo proteção pelas autoridades, em particular pela ANP, via fiscalização contínua da fidelidade do revendedor à bandeira (v. Seção C.I).** A defesa do consumidor, princípio constitucional inalienável à atividade de distribuição de combustíveis, é assegurada sobretudo pelo direito de ampla informação do consumidor sobre a qualidade e a procedência do produto – o que pode ser garantido pela proteção à marca –, protegendo-o contra episódios de adulteração e de sonegação fiscal, que acarretam potenciais danos materiais de natureza ambiental e sanitária. Recorde-se que o papel de fiscalização é de responsabilidade das autoridades, **não tendo os distribuidores responsabilidade solidária sobre os postos bandeirados**, independente da existência de culpa, visto que se trata de tema amplamente legislado e além das competências reguladoras da I. ANP.
- **Havendo infidelidade à marca, há inegável risco de comportamentos oportunistas, de *free riding* por parte de distribuidores e revendedores, desincentivo**

a investimentos na cadeia de revenda, ou de comportamentos colusivos. Não só: eventuais deficiências no *law enforcement* fragilizam a diferenciação do combustível pela marca, e incentivam a homogeneização do combustível, fato que reforça a necessidade da manutenção da tutela pela Agência (v. **Seção C.II**).

- **Há eficiências intrínsecas às obrigações de fidelidade à bandeira (v. **Seção C.III**)**, pertinentes: (i) à redução de custos de transação; e (ii) aos incentivos ao maior planejamento logístico e de abastecimento. Portanto, devem ser preservadas sob um interesse claramente pró-competitivo.
- **Não há fechamento de mercado decorrente da fidelidade à bandeira (v. **Seção C.IV**)**. Com efeito, há forte rivalidade já exercida por postos de bandeira branca. Ademais, d'um lado, a quantidade de revendedores sem qualquer contrato é, para dizer no mínimo, expressiva (44,1%). D'outro, o mercado de revenda apresenta baixíssimas barreiras à entrada e de saída, descartando qualquer possibilidade de fechamento de mercado por força de contratos de fidelidade.

//*

Por todo o exposto, permanece a necessidade de fiscalização contínua pelas autoridades, particularmente da I. ANP, para tutela da proteção à fidelidade à bandeira. Importante esclarecer, todavia, que tal dever **não se confunde com qualquer possibilidade de intervenção do poder público sobre a liberdade de contratar das partes**.



ÍNDICE

A. DO OBJETO DA PRESENTE TPC.....	6
B. QUESTÕES PRELIMINARES FUNDAMENTAIS	7
I. Da devida, esperada e ainda pendente Análise de Impacto Regulatório: fundamental requisito procedimental na presente TPC	7
II. Imperativo dever de cautela à luz da organização do setor de combustíveis no Brasil: existência de premissas fundamentais de políticas públicas que impedem mudanças repentinas e desbalanceadas na regulação do setor	10
C. DAS QUESTÕES DE MÉRITO DA TPC	17
I. Os drivers concorrenciais da atividade de distribuição de combustíveis no Brasil: marca como fator de promoção de bem-estar e de defesa do consumidor	17
1. Defesa do consumidor como princípio constitucional basilar: amplo e absoluto direito à informação	17
2. A incorreta caracterização do combustível brasileiro como simples “commodity”; necessidade histórica e persistente de informações sobre a qualidade e procedência desse produto; marca e fidelidade como mecanismos concorrencialmente eficientes de correção de assimetrias informacionais ao consumidor	19
3. O papel do setor público e da ANP na fiscalização da fidelidade à bandeira e a irrazoabilidade de se atribuir responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa	27
II. O risco de condutas oportunistas em cenário de infidelidade: free-riding, desincentivo a investimentos na cadeia de revenda, e comportamentos colusivos	32
III. Eficiências intrínsecas às obrigações de fidelidade à bandeira.....	37
1. Redução dos custos de transação	40
2. Planejamento de abastecimento e de aquisição de produtos	41
IV. Não há fechamento de mercado decorrente da fidelidade à bandeira: forte rivalidade já exercida por postos de bandeira branca; barreiras à entrada no elo da revenda são muito baixas	42
1. Ampla quantidade de revendedores sem contrato.....	43
2. Baixas barreiras à entrada no segmento de revenda	44
V. Impactos adversos da proposta sobre a política pública de distribuição de combustíveis no Brasil	45
D. CONCLUSÕES.....	49

A. DO OBJETO DA PRESENTE TPC

1. A Tomada Pública de Contribuições ora em comento versa sobre a tutela regulatória da fidelidade à bandeira (TPC 04/2018), com foco na proteção das relações contratuais entre distribuidores e revendedores, conforme esclareceu o próprio Diretor-Geral desta I. Agência¹, em discurso realizado publicamente em um dos maiores eventos do setor no Brasil.
2. Para tanto, a mesma TPC alega a existência de supostos fundamentos de natureza pró-competitiva, fato evidenciado pela menção, nos *Consideranda* do Chamamento da presente TPC, ao documento intitulado “Repensando o setor de combustíveis”, elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/CADE).
3. Considerando esta delimitação quanto ao seu objeto, o Edital de Chamamento da presente TPC propõe a discussão dos seguintes aspectos específicos:
 - a. Defesa do consumidor;
 - b. Fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores;
 - c. Fiscalização pela ANP da utilização da marca;
 - d. Responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa;
 - e. Experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities;
 - f. Possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

¹ Cf. Discurso do Diretor-Geral da ANP, Décio Oddone, Cerimônia de abertura da Rio Oil & Gas 2018 -24/9/2018, http://www.anp.gov.br/images/Palestras/discurso_DG_abertura_ROG.pdf

B. QUESTÕES PRELIMINARES FUNDAMENTAIS

4. Feitas as essenciais delimitações quanto ao objeto da presente TPC, parece-nos imprescindível, ainda, superar importantes questões preliminares que, com a máxima *venia*, obstam a regular continuidade da presente Tomada, notadamente:
a) a inexistência de Análise de Impacto Regulatório (AIR); e b) inobservância de fundamentais premissas de políticas públicas que impendem mudanças repentinas e desbalanceadas na regulação do setor de combustíveis.
5. Trata-se de questões que se apresentam como *conditio sine quan non* à continuidade do eventual processo de mudança/calibração regulatória e que, pela sua relevância, permitimo-nos dedicar os **Anexos I e II**, respectivamente – inclusive subsidiados pelos pareceres dos ilustres juristas, Prof. Alexandre Aragão e Prof. Gustavo Binenbojm –, cumprindo-nos a seguir apresentar uma síntese executiva dos argumentos ali esmiuçados, senão vejamos.

I. Da devida, esperada e ainda pendente Análise de Impacto Regulatório: fundamental requisito procedimental na presente TPC

6. Primeiramente, com o devido respeito à usual seriedade desta c. Agência, a presente TPC sofre de **vícios de devido processo legal**, sobretudo pela ausência da essencial “**Análise de Impacto Regulatório**” (AIR).
7. Como se bem sabe, o Regimento Interno da ANP prevê expressamente a utilização de AIR, nos arts.12, XXI e 30-A, IX, a qual, ao que tudo indica, **não vem sendo, porém, observada pela Agência no presente caso**. Com efeito, tal constatação se dá, por exemplo, pela falta de clareza sobre a finalidade e motivação da TPC, pelas informações limitadas acerca dos passos prévios à sua divulgação, bem como pela total ausência de informações precisas sobre os passos subsequentes ao encerramento da presente TPC.
8. Em verdade, a forma como a presente TPC foi publicada, em antecipação a qualquer AIR, somente vem a sugerir a existência de pré-posicionamentos sobre o tema, gerando imediata insegurança jurídica ao setor. Neste sentido, consoante parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, *in verbis*:

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.).

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 49)

9. Não pode ser assim. Por suposto, antes mesmo de qualquer TPC, fundamental identificar, por conseguinte, as normas existentes e vigentes, bem como avaliar o arcabouço regulatório e seus eventuais reflexos como políticas públicas (os *objetivos almejados foram atendidos? a norma foi cumprida? a norma teve efetividade? a norma causou algum prejuízo à sociedade? o que mudou no cenário para cogitar a mudança da norma?*).
10. A regulamentação, sobretudo no setor de combustíveis, tem impacto em diversas áreas, o que impõe, quando da realização de AIR, a análise dos diversos ramos potencialmente impactados por determinada regulamentação, sem pré-julgamentos.
11. Consoante a análise feita para a **PLURAL** pelo Professor Gustavo Binenbojm sobre as questões jurídicas e regulatórias que gravitam em torno da presente TPC:

*Definido o problema, devem ser **delimitados os objetivos desejados** com a intervenção regulatória; **mapeadas**, da forma mais ampla possível, as **alternativas de ação**; e **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, após avaliação dos prós e contras. Ainda no âmbito do processo de elaboração da 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. Realmente, se o regulador não tiver meios para implementar, fiscalizar ou 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 procedimental**, 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 legislação). Jamais antes. Dentre outras razões, a justificativa para sua realização a posteriori está justamente em testar as análises técnicas, submetendo a proposta a críticas e questionamentos que podem ter passado*

desapercebidos pelo órgão regulador. Daí porque a AIR não deve ser feita quando a entidade administrativa já tiver tomado decisão. Tal procedimento não pode representar apenas um referendo de uma decisão já tomada, mas um exame sobre como decidir. Em todo caso, se há uma abertura ao diálogo com eventuais interessados, a Administração deve ser clara quanto às suas intenções.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 09-10)

12. Contudo – avança na análise o Professor Binenbojm –, a presente TPC parece descumprir todos os requisitos para AIR e também para validade do ato administrativo, previstos no art. 2º da Lei n. 9.784/99, tais como a obediência aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência:

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 potenciais impactos, a ANP definiu de antemão um caminho (i.e., a revisão das normas que vedam a verticalização no setor de combustíveis), apresentando-o para contribuições pelos interessados. Ou seja, o regulador decidiu previamente a medida que julgava adequada tomar, sem embasamento empírico e técnico quanto à sua necessidade, adequação e efeitos. E transferiu aos interessados o ônus – que é seu – de apresentar e avaliar as consequências, custos e benefícios da intervenção regulatória.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 12)

13. Ocorre que, muitos méritos possa ter a iniciativa da ANP em prol da melhor regulação setorial, sem o preenchimento destes requisitos mínimos, o administrado não tem condições de contribuir de modo eficiente, coeso e concatenado, o que torna a TPC totalmente um dispêndio desnecessário dos escassos recursos da administração pública (colisão com o princípio da eficiência), além de onerar os agentes regulados.
14. Em apertada síntese, **a presente TPC padece de fundamentais vícios, haja vista que:**
- i) A TPC não está inserida em (ou não foi precedida de) AIR;
 - ii) Não há previsão legal esclarecendo o procedimento desta TPC;

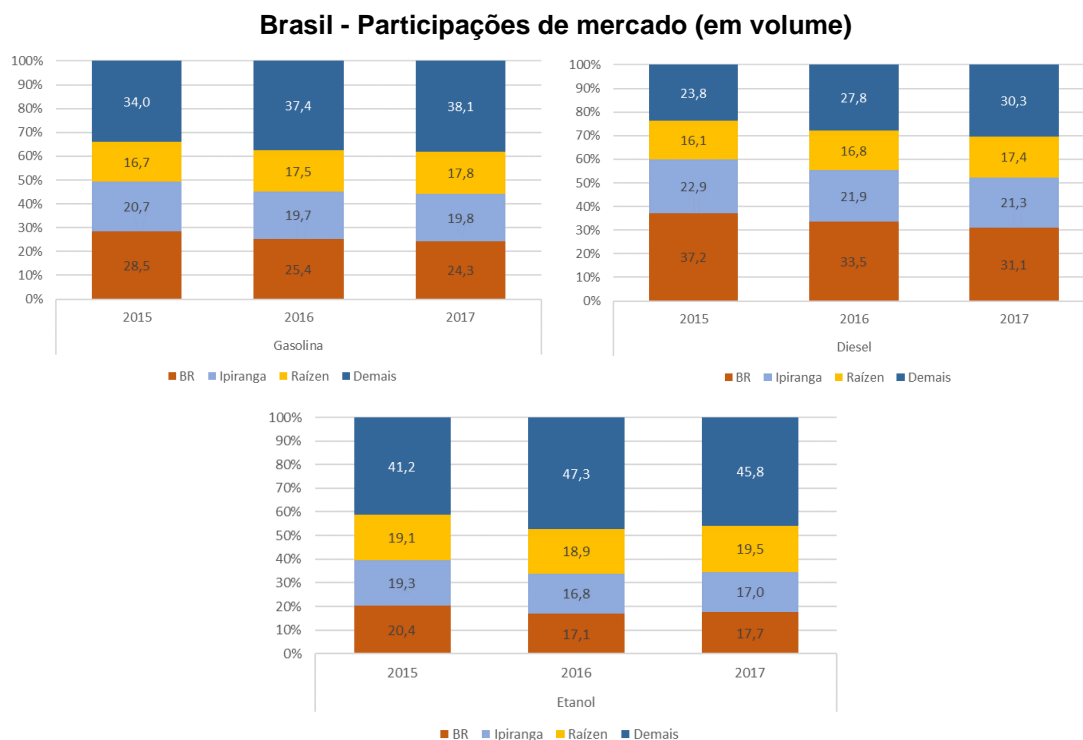


- iii) O objetivo da TPC não está claro, uma vez que não foram identificados os problemas precisos que estão aptos a justificá-la, havendo **insegurança jurídica ao administrado**;
- iv) O ato administrativo em questão não possui finalidade e motivação;
- v) A ANP menciona, nos *Consideranda* do Chamamento da presente TPC, documento de outro órgão (o DEE/CADE), sem esclarecer o grau de escrutínio e de aceitação ao qual submeteu tal documento internamente;
- vi) As medidas para alterar a legislação devem ser analisadas sob diversos aspectos, não podendo ser concebidas a partir de uma análise exclusivamente concorrencial; e
- vii) Caso o intuito da ANP seja efetivamente alterar o arcabouço regulatório, é **imprescindível a realização de AIR** consoante todas as etapas indicadas no Guia e nas Diretrizes da Presidência da República, documentos que devem ser respeitados pelos entes da Administração Pública.

II. Imperativo dever de cautela à luz da organização do setor de combustíveis no Brasil: existência de premissas fundamentais de políticas públicas que impedem mudanças repentinas e desbalanceadas na regulação do setor

- 15. Por outro lado, como adicional obstáculo fundamental à proposta atual desta I. Agência de se promover mudanças regulatórias exclusivamente sob uma justificativa concorrencial, inclusive com menção, nos *Consideranda* do Chamamento desta TPC, a estudo preliminar de um órgão apenso ao CADE – no caso, o DEE – incorre, injustificadamente, em grave risco de desestruturação do setor, bem como de comprometer insanavelmente outros interesses estratégicos protegidos pelo modelo vigente.
- 16. Isto porque, ao se observar o processo de liberalização e concomitante regulação do setor de combustíveis no Brasil, verifica-se que o modelo de políticas públicas adotado privilegiou todo um conjunto coerente de valores, nos quais a dinâmica de competição entre preços foi apenas um dos seus elementos constituintes.
- 17. Destarte, de visão unívoca, a presente TPC revela equívoco de largada ao presumir que eventual reforma do marco regulatório do setor de combustíveis brasileiro possa ser orientada predominantemente por uma política supostamente centrada na redução de preços e no aumento da livre competição, como aparentemente se entende a partir de suas considerações iniciais. Não é assim.
- 18. Neste propósito, vale mencionar inclusive que a proposta de se repensar o setor de combustíveis sob um prisma da concorrência é menos urgente do que se

imagina e, portanto, não necessita de movimentos prematuros. Com efeito, o setor de combustíveis vem ganhando notória competitividade nos últimos anos, a despeito da ausência de qualquer alteração regulatória significativa. Apenas a título exemplificativo, veja-se que, de 2015 a 2017, a participação de mercado de outros distribuidores além da BR, a Ipiranga e a Raízen aumentou dramaticamente (cerca de 8-10 p.p), sobretudo no que se refere aos segmentos de gasolina e diesel.



Fonte: ANP

19. Assim, o desafio de se promover maior competitividade no setor de combustíveis reside justamente em função das características históricas desse mercado no Brasil, que demandaram que a estrutura do setor adotasse um modelo de liberalização controlado e ponderado com diversos outros objetivos que foram se desenhando ao longo desse processo histórico, os quais não podem ser simplesmente colocados à margem de reforma supostamente pró-competitiva.
20. Ora, com a abertura do mercado de combustíveis no Brasil a partir de meados da década de 1990 e a subsequente liberdade de precificação na década seguinte, a política nacional de abastecimento de combustíveis foi drasticamente reformulada no sentido de aumentar a liberdade dos agentes e, com isso, elevar a responsabilidade por suas condutas no mercado, razão pela qual o Estado passou

a restringir a sua intervenção direta e tornando-se, muito mais, um regulador do mercado por meio de agência autônoma, a ANP.

21. Assim, após a Emenda Constitucional nº 9/95 e com a edição da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), a importação de derivados do petróleo foi liberada (artigo 60), assim como foi garantido o livre acesso a oleodutos, tanques e terminais marítimos (artigo 58), além de ter sido extinto o mecanismo de equalização dos preços ao consumidor em todo o país, efetivando a liberdade de precificação dos agentes econômicos.
22. Um dos primeiros resultados da política liberalizante foi justamente a entrada de uma multiplicidade de novas distribuidoras no mercado e, como se sabe, a ANP chegou a manter o registro de mais de três centenas de distribuidoras no país, sendo hoje certa de 164.²
23. No entanto, na esteira dessa rápida e descontrolada expansão, verificou-se uma ampla disseminação de práticas de concorrência desleal que, embora notadamente ilegítimas e inaceitáveis, tornaram-se estratégias de competitividade (predatória) por muitas distribuidoras, a saber:
 - i) **Decisões judiciais para não-cumprimento das normas da ANP.**
 - ii) **Sonegação de ICMS.**
 - iii) **Decisões judiciais para não recolhimento da substituição tributária.**
 - iv) **Decisões judiciais contra o recolhimento de PIS/COFINS.**
 - v) **Adulteração do produto, com danos ao consumidor, segurança e meio-ambiente.**
24. Enfim, o setor de combustíveis passou a se deparar com práticas de competição desleal para as quais a estrutura de fiscalização da ANP e dos Estados não estava preparada, o que, inclusive, tornou o ambiente para algumas distribuidoras bastante inóspito. Não por outro motivo, as grandes distribuidoras internacionais gradualmente deixaram o país por força da competição predatória exercida por uma massa de distribuidoras regionais.³

² ANP. Panorama de abastecimento de combustíveis. Rio de Janeiro: ANP (2017), http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/livros_e_revistas/Panorama_do_Abastecimento2017.pdf.

³ “Com a consolidação do marco regulatório (Lei 9.478/97), a recém-criada Agência Nacional do Petróleo (ANP) começou uma grande batalha para corrigir as distorções que promoviam uma competição desigual. No fim dos anos 90, o aumento da informalidade prejudicou muito o bom funcionamento do mercado de distribuição e fez com que as empresas que funcionavam na legalidade tivessem grandes perdas econômicas e financeiras. Por isso a regulação passou a centrar sua atuação em ações de prevenção à adulteração de combustíveis e de alteração na estrutura de coleta de impostos, limitando as oportunidades de evasão e restituindo a fidelidade à bandeira da distribuidora que tinha contratos com postos revendedores. No terceiro ciclo do setor, a restrição da informalidade limitou a atuação dos pequenos distribuidores e as

25. Mesmo com o posterior desenvolvimento da ANP e o amadurecimento do mercado nos dias atuais, tais problemas não apenas vêm persistindo no setor, como têm cada vez mais se sofisticado em contraposição ao interesse público maior, na esteira de:
- i) **Evasão fiscal.** Segundo dados da Fundação Getúlio Vargas (FGV), o Brasil perde mais de R\$ 4.8 bilhões em sonegação e inadimplência de impostos, sendo o etanol hidratado responsável pela maior parte desta perda.
 - ii) **Vício de quantidade.** A bomba medidora era fraudada através de uma alteração mecânica na bomba. Atualmente, são também instalados chips eletrônicos nas placas eletrônicas das bombas, podendo, inclusive, ser acionados por controle remoto.
 - iii) **Vício de qualidade.** A gasolina era adulterada com adição de anidro ou com solvente e o etanol hidratado adulterado com água (álcool molhado). Hoje, ambos produtos são adulterados com metanol, produto importado e altamente cancerígeno.
 - iv) **Furto de combustível.** Antes apenas realizado nos caminhões, hoje se verifica o furto de combustível dos próprios dutos para revenda nos postos.
26. Posto isto, bem se vê que a regulação do setor exige uma visão holística, não em tiras. Mudanças unilaterais e motivadas por apenas um “gene dominante” podem colocar em risco a estrutura do setor, que, a bem da verdade, desenvolveu-se – e assim deve continuar – gravitando em torno de ao menos quatro esferas de interesse estratégico nacional, quais sejam:
- i) **Garantia de abastecimento energético em todo o território nacional, como questão de interesse público:** o abastecimento nacional de combustíveis visa a garantir a plena segurança energética do País à luz de suas características geográficas (sua dimensão continental, que amplifica o desafio da dependência do modal rodoviário para escoamento de pessoas

empresas que tinham escala e faziam grandes investimentos recuperaram o market share. A instabilidade regulatória e a insegurança jurídica promovida nos anos 90 levaram à saída do mercado brasileiro de importantes players internacionais, à entrada de novos grupos, muitos nacionais, no segmento de distribuição de combustíveis e a uma nova consolidação no setor. Ocorreram a compra da Esso pela Cosan, posteriormente a joint venture entre Shell e Cosan, que resultou na Raízen, e a venda do Grupo Ipiranga para o Ultra e para a BR. Depois, a compra da Texaco pelo Grupo Ultra e, mais recentemente, a aquisição da ALE Distribuidora.” (OESP, Distribuição de combustíveis no Brasil, 21/09/2016, <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,distribuicao-de-combustiveis-no-brasil,10000077249>)



e de mercadorias no país⁴) e políticas – tendo as distribuidoras papel central na organização do abastecimento⁵, sendo este considerado de utilidade pública consoante o art. 1º, § 1º da Lei 9.874/99;

- ii) **Interesse difuso da segurança e o bem-estar do consumidor:** o foco não está somente no preço, mas inclui a qualidade e oferta do produto, com vistas a proteger o consumidor do problema da adulteração;
- iii) **Interesse difuso da segurança ambiental:** o combustível fora das especificações queima de forma irregular e aumenta a emissão de compostos prejudiciais ao meio ambiente, ponto em que as distribuidoras exercem um importante papel de controle da qualidade do produto comercializado pelos revendedores;
- iv) **Sustentabilidade econômico-financeira do Estado na figura da arrecadação fiscal:** a cadeia de produção de combustíveis sofre a incidência de quatro espécies de tributos⁶, os quais, além de impactarem consideravelmente o preço final do produto ao consumidor, representam grande peso nos orçamentos Federal e Estaduais, sendo a sonegação um problema observado nos diferentes elos da referida cadeia.

27. Importante ressaltar que **a própria ANP reconheceu perante o Juízo a importância de analisar o setor de forma sistemática e pluridimensional antes de realizar qualquer eventual ruptura dessa sistemática**, conforme evidencia o trecho abaixo, extraído de petição da própria Agência:

“Diante desse contexto, é evidente que uma ruptura abrupta dessa sistemática do mercado, há tanto tempo estabelecida, sem considerar toda a legislação correlata, os possíveis impactos e os diversos setores envolvidos, importa em violação direta aos dispositivos constitucionais e legais que regulamentam o setor há mais de quarenta anos, bem como estabelecem, mais recentemente, o Poder Regulador da ANP sobre a

⁴ 60% do transporte de cargas no Brasil é feito via rodovias. Cf. RODRIGUES COELHO, Ludmar. Infraestrutura das rodovias no Brasil. Logística Descomplicada, 11 de março de 2010. Disponível em: <https://www.logisticadescomplicada.com/infra-estrutura-das-rodovias-no-brasil/>

⁵ A título de exemplo, mencione-se o “Protocolo de Crise do Abastecimento” celebrado entre as empresas Raízen Combustíveis S/A, Petrobras Distribuidora S/A e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, e autorizado pelo CADE em 28 de maio de 2018 para se reestabelecer rapidamente o abastecimento após a crise dos caminhoneiros.

⁶ Quais sejam: (i) o ICMS; (ii) a Contribuição Social de Intervenção no Domínio Econômico (Cide); (iii) o Programa de Integração Social (PIS); e (iv) a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

matéria, além de importar grave lesão direta, inclusive arrecadatória, à União e aos Estados afetados (...).⁷

28. Ademais, o Programa Combustível Brasil é o fórum mais adequado para discutir o setor, considerando todas as suas complexidades e objetivos. Nesse sentido, comenta o Professor Gustavo Binembojm, consoante a análise feita para a **PLURAL** sobre as questões jurídicas e regulatórias que gravitam em torno da presente TPC:

“(...) enquanto as TPCs parecem ter, ao menos, declaradamente, o objetivo estrito de promover a concorrência,⁸ o programa Combustível Brasil tem como pilar não somente intensificar a concorrência, mas também estimular investimentos na infraestrutura do setor.⁹ E esses são objetivos que podem, em um mercado caracterizado por economias de escala e de rede, estar em contraposição.¹⁰
(Parecer do Professor Gustavo Binembojm, Doc. 03)

29. Prossegue o ilustre Professor:

“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

⁷ TJPE, Apelação Cível interposta pela ANP em face de sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco em ação de autoria do Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool do Estado de Sergipe e Outros, Processo n. 0808280-47.2018.4.05.8300, 30.10.2018, p. 7.

⁸ 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. Parecer do Professor Gustavo Binembojm, Doc. 03.

⁹ Nesse sentido, vejam-se 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 abastecimento nacional; e a prática de preços livres fortalece a concorrência, bem como propicia segurança e confiança necessárias para incentivar investimentos privados”. Parecer do Professor Gustavo Binembojm, Doc. 03.

¹⁰ 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). Parecer do Professor Gustavo Binembojm, Doc. 03.

*TPCs de forma isolada e contrária às diretrizes traçadas pelo próprio
CNPE no âmbito do programa Combustível Brasil.
(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03)*

30. É neste sentido que a **PLURAL**, respeitosamente, entende por imprescindível que cada um dos interesses acima elencados seja cotejado e posto na balança, quando de qualquer mudança regulatória, sobretudo no âmbito do TPC. A regulação desse setor exige reflexão aprofundada, sob pena de destruição de um frágil bioma normativo e econômico, além de se causar externalidades negativas em série à coletividade.

C. DAS QUESTÕES DE MÉRITO DA TPC

I. **Os drivers concorrenciais da atividade de distribuição de combustíveis no Brasil: marca como fator de promoção de bem-estar e de defesa do consumidor**

1. Defesa do consumidor como princípio constitucional basilar: amplo e absoluto direito à informação

31. Uma das premissas fundamentais que devem sempre nortear qualquer discussão sobre a tutela da fidelidade à bandeira consiste, como reconhece o próprio TPC, no princípio da defesa do consumidor.
32. Neste contexto, há que se considerar que o principal fundamento de defesa do consumidor é a sua reconhecida condição material e formal de **vulnerabilidade, sobretudo ocasionada pela assimetria de informação em relação ao vendedor/prestador de serviço**. Trata-se de condição amplamente reconhecida pela Constituição brasileira, em todas as ocasiões em que consagre esta figura econômica:

Art. 5º.

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 150.

§ 5º. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços."

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

"ADCT

33. Não por outro motivo, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou, em seu art. 48, a elaboração de Código de Defesa do Consumidor no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição. Ato seguinte, a promulgação da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em consideração à

condição de vulnerabilidade do consumidor, passou a assegurar o princípio do **acesso à informação** entre os seus direitos básicos:

"Art. 6º.

"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 e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

"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;"

34. Resta evidente que os objetivos do Código, em consonância ao que determina a Constituição, residem centralmente na ampla e correta informação ao consumidor. Conforme ensina José Geraldo Brito Filomeno, a fim de que o consumidor consiga exercer suas preferências e escolhas de forma consciente na aquisição de produtos e serviços, é necessário que o consumidor esteja bem informado sobre todos os seus atributos relevantes:

"É indispensável, por conseguinte, que haja uma ligação permanente, ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores para que esses últimos possam efetivamente ter acesso às informações sobre os produtos e serviços(...). "Referido trabalho educativo não tem apenas a finalidade de alertar os consumidores com relação a eventuais perigos representados à sua saúde, por exemplo, na aquisição de alimentos com certas características que podem indicar sua deterioração, mas também para que se garanta ao consumidor liberdade de escolha e a almejada igualdade de contratação, informando-o previamente das condições contratuais, e para que ele não seja surpreendido posteriormente com alguma cláusula potestativa ou abusiva"¹¹.

35. Não por outro motivo, o atual quadro regulatório da ANP consagra justamente a obrigação de informar, e bem, ao consumidor sobre a origem do combustível comercializado, conforme dispõe a Resolução ANP 41/2013 já mencionada anteriormente e novamente destacada abaixo:

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et. ai.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 145-156.

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

§ 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;

2. A incorreta caracterização do combustível brasileiro como simples “commodity”; necessidade histórica e persistente de informações sobre a qualidade e procedência desse produto; marca e fidelidade como mecanismos concorrencialmente eficientes de correção de assimetrias informacionais ao consumidor

36. Sendo a informação o aspecto central da defesa do consumidor no que tange à atividade de distribuição de combustíveis no Brasil, passa-se a perguntar se o art. 25 da Resolução 41/2013, destacado acima, mereceria ser revisado ou suprimido à luz de suposta justificativa pró-competitiva.
37. Neste sentido, surge uma das premissas fundamentais a respeito do setor de combustíveis no País, e que, com a máxima *venia*, foi surpreendentemente posta pela presente TPC como passível de discussão: **combustíveis são um produto cuja procedência e qualidade são críticos para a correta decisão de compra pelo consumidor; são, portanto, merecedores de proteção pela marca conforme a sua reputação no mercado, e cuja fidelidade deve ser fiscalizada pelo setor público, incluindo esta ANP.**
38. Trata-se, com efeito, de pilar fundamental do mercado de combustíveis brasileiro, construído sob razões históricas, como se verá a seguir. No entanto, ao propor a presente TPC, a ANP pressupõe ter já surgido, no Brasil, condições econômicas para que combustíveis sejam tratados puramente como simples *commodities* e, portanto, orientados exclusivamente por preços, de tal forma que qualquer outra informação ao consumidor já fosse dispensável, incluindo a própria necessidade de associação desse produto à proteção da marca. Mais do que isso, a presente TPC cogita tamanha ruptura regulatória sob uma precária justificativa de que haveria uma aceitação internacional consolidada sobre o tema, ao pressupor a

existência de *experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities*”.

39. Ora, tal hipótese não poderia ser mais equivocada e distante dos fundamentos econômicos sobre os quais têm se organizado o setor de distribuição de combustíveis no Brasil. Fato é que, em que pese combustíveis líquidos serem teoricamente associados a uma característica de homogeneidade, diversos desafios intrinsecamente associados ao desenvolvimento dessa atividade no País tornam esse produto significativamente diferenciado de acordo com a sua origem, particularmente no que tange ao seu respectivo distribuidor e derradeiro tratamento pelos revendedores.
40. Para que se compreenda tal equívoco, é importante observar que, com a abertura do mercado de combustíveis no Brasil a partir de meados da década de 1990 e a subsequente liberdade de precificação na década seguinte, a política nacional de abastecimento de combustíveis, antes prevista pelo Decreto n. 4.071, de 12 de maio de 1939, foi drasticamente reformulada no sentido de aumentar a liberdade dos agentes e, com isso, elevar a responsabilidade por suas condutas no mercado, razão pela qual o Estado restringe a sua intervenção direta e passa a regular o mercado por meio de agência reguladora autônoma. Assim, após a Emenda Constitucional nº 9/95 e com a edição da Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo), a importação de derivados do petróleo foi liberada (artigo 60), assim como foi garantido o livre acesso a oleodutos, tanques e terminais (artigo 58), além de ter sido extinto o mecanismo de equalização dos preços ao consumidor em todo o país, efetivando a liberdade de precificação dos agentes econômicos.
41. Dessa forma, um dos primeiros resultados da política liberalizante foi a entrada de uma multiplicidade de novas distribuidoras no mercado. A ANP chegou a manter o registro de mais de três centenas de distribuidoras no país. No entanto, como efeito adverso concomitante à ampliação do número de distribuidoras concorrentes, ocorreu a ampla disseminação de práticas de adulteração de combustível e de evasão fiscal – práticas tais de concorrência desleal que, embora notadamente ilegítimas e inaceitáveis, acabaram efetivamente incorporadas como estratégias de competitividade (predatória) por parte de muitas distribuidoras.
42. Neste contexto, duas frentes de competitividade desleal se consolidaram como desafios permanentes para o mercado de combustíveis brasileiro:
 - a) Sob o aspecto da **evasão fiscal**, diante do surgimento de grande número de empresas distribuidoras, os estados passaram a encontrar dificuldades crescentes para exercer a fiscalização tributária sobre o setor, acostumados a um mercado em que um número reduzido de grandes companhias recolhia



regularmente o ICMS. Algumas novas distribuidoras, aproveitando-se das deficiências da fiscalização e da morosidade das máquinas estaduais, deixaram de recolher o ICMS, multiplicando ilegalmente seus lucros.¹² Em resposta, a substituição tributária do ICMS nas refinarias, proposta pelo Sindicom (atual **PLURAL**), foi adotada pelos estados em outubro de 1996.¹³ Tal mudança abriu, contudo, nova frente de batalha no Judiciário, no qual várias distribuidoras impetraram mandados de segurança para se desobrigarem do pagamento antecipado do ICMS. Uma onda de liminares abateu-se sobre o mercado, desequilibrando a livre concorrência, na medida em que empresas que obtinham as medidas judiciais deixavam de recolher os impostos.

- b) Ainda mais importante no que tange aos interesses do consumidor, o setor de distribuição passou a enfrentar um permanente – e ainda longe de superado – desafio quanto a práticas de **adulteração do produto**. A adulteração da gasolina ganhou proporções sem precedentes no fim dos anos 1990, seja com a adição excessiva do álcool anidro, seja com a mistura de solventes gerados na cadeia do refino e usados na indústria de borracha, tintas e outros produtos. O uso fraudulento de solventes, de preço inferior, por serem menos tributados, permitia descontos nos preços cobrados pela gasolina nos postos, em prejuízo da mecânica e do rendimento dos motores. **Mas mais do que isso, as práticas de adulteração resultaram em prejuízos diretos ao consumidor, o qual, desconhecendo a procedência e verdadeira qualidade do combustível adquirido, passou a incorrer no risco contínuo de arcar com sobrepreços e danos materiais sobre seus veículos automotivos.**

43. Tanto para a questão da evasão fiscal como para a adulteração do produto, o setor de combustíveis passou a se deparar com práticas de competição desleal para os quais a estrutura de fiscalização da ANP nos Estados não estava preparada, o que, inclusive, tornou o ambiente para algumas distribuidoras bastante inóspito. Não por outro motivo, as grandes distribuidoras internacionais gradualmente deixaram o país por força da competição predatória exercida por uma massa de distribuidoras regionais. Mesmo com o posterior desenvolvimento da ANP e o amadurecimento do mercado nos dias atuais, tais problemas não

¹² Em 1992, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) tinha atribuído às empresas de distribuição a responsabilidade pelo recolhimento também do tributo devido pela revenda, mas várias empresas passaram a impedir na Justiça a retenção nas operações interestaduais. Outras questionaram o regime de substituição tributária, sob o argumento de que ele não fora adotado por lei complementar. [Sindicom, p.111]

¹³ O deslocamento da substituição para as refinarias fez com que elas passassem a recolher o tributo de toda a cadeia de comercialização — refino, distribuição e revenda —, cabendo às distribuidoras informar ao estado o destino final dos produtos, para que os créditos do ICMS pudessem ser repassados a essas unidades da federação. [Sindicom, p.111]

apenas persistem no setor, como vêm se sofisticando cada vez mais, em claro prejuízo para três esferas: a arrecadação do Estado, a livre e justa concorrência, e sobretudo, o bem-estar do consumidor.

44. Mencione-se, por exemplo, problemas relativos a vícios de quantidade, de qualidade e de furtos de combustíveis. Os vícios de quantidade se davam, por exemplo, por meio de bombas medidoras fraudadas através de alterações mecânicas, atualmente, a fim de melhor enganar a fiscalização, são instalados chips eletrônicos nas placas eletrônicas das bombas, os quais podem, inclusive, ser acionados por controle remoto. Os vícios de qualidade, por sua vez, eram verificados, por exemplo, pela adição de anidro ou de solvente nos combustíveis. Os furtos, a seu turno, antes eram realizados quando do transporte do combustível por meio de caminhões, situação que, atualmente, também é observada no transporte de combustível por meio de dutos.
45. É justamente neste contexto que reside o erro de se pensar que combustíveis líquidos são simples commodities. Na realidade brasileira, o consumidor de combustíveis encontra-se permanentemente exposto ao risco da enganiosidade e da confusão, ocasionados por práticas de distribuidoras e revendedores à margem da lei e magnificados pela restrição de canais de venda à disposição do consumidor, que somente adquire combustíveis em um único canal, o posto revendedor.
46. Embora exista uma aparente homogeneidade do combustível líquido, não se pode assumir – sobretudo da perspectiva informacional ao consumidor – que isto se traduza diretamente em uma característica de commodity frente às características específicas da distribuição desse produto no Brasil, conforme se verá a seguir. Infelizmente, são extremamente diversas as procedências, qualidades e práticas (leais e desleais) desse produto no País, **todas as quais sempre associadas a um fator central: a reputação e seriedade do seu distribuidor, bem como dos revendedores nos quais este decide confiar como agentes capazes de fornecer o melhor produto ao consumidor final.**
47. Dessa forma, o consumidor, sem dispor de mecanismos visuais que lhe permitam rapidamente compreender a origem do combustível comercializado e a reputação do revendedor (o qual, vale dizer, é o ponto focal com o qual o consumidor se relaciona direta e exclusivamente por ocasião do abastecimento), encontra-se constantemente exposto a adquirir equivocadamente produtos de procedência desconhecida e prejudicial ao seu bem-estar. **A proteção da marca do combustível, portanto, constitui elemento imprescindível de defesa do consumidor, na medida em que é o mecanismo informacional mais eficiente**

de correção de assimetrias informacionais entre os combustíveis de qualidades variadas em nosso mercado. E o fato de que **a marca influencia, em média, em 33,7% da decisão de compra dos consumidores** (cf. Parecer da Kantar Consulting sobre a contribuição das marcas para o setor de combustíveis – Doc. 04, slides 22, 42 e 45) corrobora esse diagnóstico.

48. Se tal for a mudança regulatória que passe a abolir a marca como fator diferencial do revendedor e de seus espaços relevantes, o distribuidor que vender em posto com determinada bandeira aproveita-se indevidamente da reputação construída por outra distribuidora. Como resultado, estimula-se um comportamento de sinalização equívoca ao consumidor, valendo-se da associação que este inevitavelmente faz com a marca exposta no posto.
49. Mais do que isso, mesmo que uma alteração regulatória ainda obrigasse a informar ao consumidor que uma determinada bomba teria combustível de procedência diversa da distribuidora cuja marca está estampada no posto, o consumidor encontra-se evidentemente em situação muito mais desfavorável em relação ao quadro regulatório vigente, pois não é esperado que o consumidor presuma ou faça alguma associação entre a reputação daquele revendedor, ligado à distribuidora escolhida, e qualquer combustível que lá seja vendido.
50. Tal constatação é traduzida de forma cristalina pelo Professor Alexandre Santos de Aragão, em parecer anexo:

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. 1, 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, 1, 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 tutelá-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 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.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 16-17)

51. Como se facilmente percebe, a proposta da presente TPC ignora a realidade empírica e leva a uma grave redução de bem-estar do consumidor: ao ver uma marca estampada no posto, ele passa a se submeter ao risco de adquirir um combustível que não tem absolutamente nenhum compromisso ou responsabilidade com aquela marca, justamente em um cenário no qual a prática de adulteração e sonegação ainda são realidade assombrosa no Brasil. **Ademais, não é razoável presumir que o consumidor médio de combustível – apressado e movido pelo impulso – queira incorrer no custo adicional de se informar se o produto é, na realidade, diverso da marca exposta na bomba.**
52. **Atente-se também para o fato de que, do ponto de vista do consumidor, está-se diante de um dano de difícil identificação e reparação. Isto porque, no caso de eventual enganiosidade e/ou adulteração do produto, os efeitos da prática serão sentidos, sobretudo no automóvel do cliente após a aquisição.** Frise-se que o combustível não é um produto de prateleira exposto em um supermercado, para onde o consumidor poderia olhar e comparar diversas opções antes da realização da compra. Não, ao contrário, o consumidor, por razões de segurança no abastecimento, é refém do posto de combustíveis, não possui a opção de adquirir em outras lojas ou estabelecimentos, tão pouco lhe é permitido destinar o produto para qualquer outro fim que não seja o imediato consumo do seu veículo. **Para além disso, os danos ao meio ambiente também são de caráter difuso e a longo prazo.**
53. **De mais a mais, vale dizer que a proposta da TPC não apenas resulta em deterioração regulatória, mas sobretudo em medida abertamente anticompetitiva.** Com a abolição da marca como fator de diferenciação do produto e de seus fornecedores (i.e. boa ou má procedência, cumpridor da lei ou sonegador), o revendedor não terá incentivos para trabalhar a marca que levou o consumidor a visitar o estabelecimento: **estaria se homogeneizando aquilo que é, no Brasil, intrinsecamente diferenciado e variado, de forma a degradar as condições de concorrência pela qualidade do produto.**
54. Assim, a ideia de que combustível é, por definição, uma simples *commodity*, bem como a suposta desnecessidade de atribuição da proteção da marca, dariam espaço para que distribuidoras se aproveitassem da histórica hipossuficiência do consumidor nesse setor, o qual confia que o posto de marca somente lhe venderá produtos confiáveis, ou de qualidade consistente ou similar ao de sua marca de preferência, para oferecer o seu combustível, conforme se verá a seguir.
55. Com a sua capacidade de escolha afetada por uma sinalização equívoca (uma marca no posto e um combustível que não tem nada a ver com aquela marca), o consumidor é lesado e, se não pode escolher com clareza e comparar seus

fornecedores, a concorrência é também afetada, na medida em que o livre e correto discernimento do consumidor é o *driver* fundamental de competição pela oferta do produto de melhor qualidade. Assim entende o parecer do Prof. Gustavo Binenbojm, *in verbis*:

Foi justamente essa, aliás, a preocupação que levou à inclusão da tutela da fidelidade à bandeira na Portaria ANP nº 116/2000, posteriormente substituída pela Resolução nº 41/2013. Num ambiente com notória ocorrência de fraudes e práticas desleais e marcado pela assimetria informacional em desfavor do consumidor – que não tem como identificar, de imediato, a qualidade do produto e tampouco se ele efetivamente corresponde àquele anunciado –, era fundamental que ele fosse protegido. Por meio da regulação em vigor, protege-se o consumidor na origem, ao mesmo tempo em que se garante (ou se criam mecanismos mais aptos a garantir) na ponta da cadeia que o combustível seja aquele anunciado na marca (e não um produto adulterado, ou procedente de distribuidora diversa daquela cuja marca tenha sido exibida com destaque em locais como o totem ou o painel de preço do posto revendedor). Assegura-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.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 31)

56. Neste contexto, vale citar que, segundo informações publicadas pela ANP,¹⁴ ainda se concentram em postos de bandeira branca e em postos de bandeiras de menor expressão os maiores índices de amostra de produtos que não atendem a todas as características definidas pelas especificações técnicas na Agência (os chamados "produtos não conformes"), corroborando ainda mais a existência de diferenciação efetiva entre os combustíveis de diversos distribuidores e revendedores.
57. Nem se diga, ainda, que *combustíveis aditivados* seriam o único tipo a justificar a proteção da marca, como sugere a TPC ora em comento. Isto porque, como se bem sabe na dinâmica de competição no setor de combustíveis, não existe um nível de demanda minimamente representativo de aditivados que justifique a segmentação desse produto. Na realidade, os postos de revenda no Brasil invariavelmente atuam no mercado contando com um *mix* de diferentes combustíveis líquidos (no qual o combustível aditivado representa cerca de 10%¹⁵

¹⁴ Segundo o Boletim de monitoramento da qualidade dos combustíveis da ANP de setembro de 2018, o percentual de amostras conformes em postos bandeirados foi maior que e postos bandeira branca, com 97,5% e 96,3% de conformidade, respectivamente.

Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/QUALIDADE/BOLETIM/BQ_COMBUSTIVEIS_092018.pdf.

¹⁵ Fonte ANP.

do portfólio do posto, em faturamento médio), e cujo valor é determinado pelo consumidor conforme a reputação do revendedor e seu respectivo distribuidor.

58. **Não por outro motivo, o CADE jamais fez qualquer distinção entre combustíveis aditivados e não-aditivados em termos de mercado relevante,¹⁶ de tal forma que segmentar o mercado de combustíveis aditivados para se lhes atribuir a proteção da marca simplesmente foge de qualquer racionalidade concorrencial.**
59. É deste modo que conclui o Parecer dos Professores Alexandre Santos de Aragão e Gustavo Binenbojm, em contundente e uníssona análise sobre esse mercado:

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

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 18-19)

A extinção da proteção ou a sua limitação apenas aos combustíveis aditivados, nessa toada, não se justifica. Nem mesmo sob o suposto

¹⁶ Neste sentido, no Ato de Concentração 08700.006444/2016-49 (IPP-Alesat), o mercado relevante na dimensão produto foi definido como “mercado de distribuição de combustíveis” (cf. § 48 do Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende); no Ato de Concentração 08012.001066/2001-89 (Agip-Shell), o mercado relevante produto abrangeu os seguintes produtos/serviços: “1) distribuição de combustíveis automotivos (gasolina, óleo diesel e álcool etílico hidratado) a postos revendedores; 2) revenda de combustíveis automotivos; 3) distribuição de lubrificantes automotivos.” (p. 9 do Voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer).

pretexto – não fundamentado – de incrementar a concorrência no setor. Mais do que isso: a desregulação tende a ser extremamente nociva, por criar incentivos a fraudes e à concorrência desleal entre postos de combustível, com o que se afronta o sistema de proteção ao consumidor ao qual a ANP está estritamente vinculada.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 34)

60. De qualquer modo, cumpre notar que **a suposta experiência internacional mencionada pelo estudo do CADE, na realidade, consiste no fato de que a ostentação da marca e a aplicação de obrigações de fidelidade à bandeira não se confundem com o fato de o combustível ser commodity ou não.** Neste sentido, o estudo de mercado realizado pela IHS Markit (Doc. 05 anexo) evidencia, de forma exaustiva ao longo de várias experiências e países, como obrigações privadas de fidelidade entre distribuidor e revendedor são amplamente disseminadas nos principais mercados do mundo, sem qualquer intervenção do Estado nessa relação. O mesmo estudo conclui, *in verbis*:

Na maioria dos mercados desenvolvidos, o contrato entre o distribuidor e o revendedor são instrumentos privados e estão sujeitos a acordos típicos de comprador/vendedor, proteções legais que não são de responsabilidade do regulador. Por exemplo, não é responsabilidade da agência reguladora ambiental controlar ou intervir em um contrato entre um fornecedor de combustível e um proprietário de revenda.¹⁷

(IHC Markit, International Benchmarking of Downstream Fuel Chain, p. 89)

3. O papel do setor público e da ANP na fiscalização da fidelidade à bandeira e a irrazoabilidade de se atribuir responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa

61. Por fim, e diante de todas as considerações anteriores, resta claro que a tarefa de preservar a fidelidade à marca, enquanto interesse claramente coletivo, não pode ser isentada do setor público e, em particular, desta ANP. Afinal, o próprio art. 8º, I da Lei nº 9.478/1997 estabelece que a competência normativa da ANP inclui, sobretudo, a tutela dos consumidores no setor de combustíveis:

¹⁷ In most developed markets, the contract between the distributor/jobber and retailer are private instruments and are subject to typical buyer/seller agreements legal protections that are not responsibility of the regulator. For example, it's not EPA's responsibility to control or intervene in a contract between a supplier of fuel and a retailer owner.



Art. 8. 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;

62. Note-se que **a própria ANP reconheceu e defendeu tal atribuição perante o Juízo em Contestação datada de 06.11.2018**, em processo judicial em que fora arrolada como parte requerida por distribuidora que buscava a nulidade de itens das Resoluções da ANP nº 58/2014 e 41/2013 que preveem a vedação da compra pelo revendedor de combustíveis de distribuidora que não aquela de sua bandeira, como se observa nos seguintes trechos:

*“De fato, incumbe à ANP regular e fiscalizar a atuação de cada agente integrante do abastecimento nacional de combustíveis no mercado, verificando a adequação às normas de qualidade, segurança, bem como à legislação consumerista. A partir do momento que começa a atuar no comércio de combustíveis, a pessoa jurídica passa a integrar um grupo de subordinados às regras do setor. Assim, não lhe incumbe mais cumprir apenas deveres de cunho geral, mas também os de efeitos restritos ao seu ramo de mercado, decorrentes, como visto anteriormente, do poder regulatório da Administração Pública, no caso, da ANP, com amparo constitucional, inclusive.”*¹⁸

63. Na mesma ocasião, inclusive, a ANP manifestou o entendimento de que a norma então impugnadas – de tutela à marca – “*não tem nada de ilegal*”, indo, aliás, “*ao encontro da defesa do consumidor*”:

*“A norma impugnada pela autora não tem nada de ilegal ou mesmo demonstra qualquer abuso de poder. Pelo contrário, demonstra o exercício da Política Nacional do Petróleo que é adotada pelo Governo Federal via ANP, por pura disposição legal, indo, aliás, ao encontro da defesa do consumidor determinada pela própria legislação.”*¹⁹

¹⁸ Cf. Justiça Federal da 3ª Região, Processo n. 5022139-39.2018.4.03.6100 (Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. vs. ANP), Contestação da ANP protocolada em 06.11.2018, pp. 19-20.

¹⁹ Idem, p. 11.

64. É justamente neste sentido que o Professor Alexandre Santos de Aragão, em seu Parecer anexo, atribui à ANP o papel imprescindível e destacado no setor público de defender a lealdade à marca, posto que fundamentalmente no interesse do consumidor:

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.

(...)

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.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 7)

65. Do mesmo modo, eventual saída irrefletida da ANP e do setor público dessa responsabilidade de fiscalização implicaria diretamente em imprevisível impacto (e provável prejuízo) ao consumidor, conforme reconhece o parecer do Prof. Gustavo Binenbojm:

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.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 29)

66. De outro lado, nunca é demais lembrar que o poder-dever da ANP de fiscalizar o devido cumprimento das obrigações de fidelidade à bandeira entre revendedores e distribuidores **não pode jamais implicar em qualquer possibilidade de intervenção do poder público sobre a liberdade de contratar das partes**. Com efeito, os termos de natureza estritamente comercial que sejam celebrados entre

revendedores e distribuidores situam-se absolutamente fora do escopo da Resolução ANP 41/2013 (bem como da antiga Portaria ANP 116/2000), sobretudo à luz da própria Emenda Constitucional nº 9/95 e a respectiva Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), que efetivaram a liberdade constitucional de negociação e precificação dos agentes econômicos neste setor. Neste sentido, cumpre mencionar mais uma vez a leitura do Professor Gustavo Binenbojm sobre o tema:

Por fim, a vedação cogitada não seria proporcional em sentido estrito. A pretexto de tutelar a concorrência, a proibição 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 identificá-los e de acessá-los.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 39)

67. Nesta mesma toada, não cabe a qualquer ente regulador, incluindo esta I. Agência, atribuir qualquer **suposta responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados**, independente da existência de culpa, posto que se trata de tema já amplamente legislado e além das competências desta ANP.
68. Ora, ao contrário do que parece pretender a presente TPC, o tema da responsabilidade solidária, independente da existência de culpa, não encontra qualquer guarida na competência reguladora desta Agência. Conforme demonstrado pelo Prof. Alexandre Santos de Aragão em seu Parecer, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a responsabilização administrativa objetiva, isto é, independente da verificação de dolo ou de culpa do infrator, seja na seara regulatória *stricto sensu*, seja na tutela administrativa dos direitos do consumidor, consoante os arts. 55 e seguintes do CDC.

A impossibilidade de a ANP propor responsabilização solidária dos distribuidores de combustíveis sobre os postos bandeirados é ainda mais forte, já que inexistente 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, a fortiori incide para proibir a responsabilização solidária de agentes regulados, por autoridades administrativas, na ausência de previsão sequer infralegal, inclusive como 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.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 47-48)

69. Por outro lado, a solidariedade não se presume, mesmo na esfera civil – na qual se admite responsabilização objetiva, devendo decorrer de expressa determinação legal interpretada estritamente, de forma que não poderia ser imposta por norma infralegal editada por agência reguladora:

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.

(Parecer do Professor Alexandre Santos de Aragão, Doc. 02, p. 49)

70. Vale ressaltar, tal como o fez o Prof. Aragão, que não se está a defender que o distribuidor não possa ser responsabilizado por eventuais vícios do produto por ele fornecido, e que esteja sendo comercializado pelo posto revendedor ao consumidor final. Tal responsabilidade é possível, mas não de forma objetiva, mas desde que haja culpa ou dolo pelo problema existente no produto.
71. Enfim, diante de tudo o quanto exposto nesta seção, resta claro que a presente TPC não pode se subsidiar em suposta característica de simples commodity do combustível (sobretudo da perspectiva informacional do consumidor), tornando imprescindível a manutenção do atual teor do art. 25 da Resolução 41/2013 em consagração ao princípio constitucional da defesa do consumidor, ou seja:
- (i) A manutenção da fidelidade à marca como mecanismo de preservação de elevado padrão de defesa e orientação informacional do consumidor
 - (ii) O papel fundamental do setor público, e em particular da ANP, na proteção e defesa do consumidor, ainda que isso em última análise represente uma fiscalização sobre as obrigações entre distribuidores e revendedores exclusivamente em relação à utilização da marca e suas obrigações de fidelidade (i.e. aquisição, armazenamento e comercialização exclusiva, bem como espaços de exposição da marca); e
 - (iii) A manutenção da marca como fator de diferenciação da qualidade do produto.

II. O risco de condutas oportunistas em cenário de infidelidade: free-riding, desincentivo a investimentos na cadeia de revenda, e comportamentos colusivos

72. Não bastasse o grave prejuízo direto ao consumidor que seria ocasionado pelo fim da tutela regulatória sobre a fidelidade à bandeira, ocorre que a proposta do presente TPC tampouco se sustenta sob o lado da oferta, i.e. em termos de benefícios líquidos na organização econômica no elo da distribuição e da revenda no setor de combustíveis.
73. Muito pelo contrário: com o eventual fim das obrigações e vedações decorrentes de fidelidade à bandeira, um profundo desequilíbrio concorrencial seria desencadeado por força de condutas oportunistas entre revendedores e distribuidores, prejudicando expectativas de investimentos de longo prazo e comprometendo a estrutura de abastecimento desse produto por todo o País.
74. Neste sentido, é certo que distribuidores que optam pela diferenciação arcam com uma série de custos significativos ligados a investimentos em sua marca e nos revendedores a elas ligados, não apenas de forma a garantir a qualidade do combustível, mas também de outros serviços e produtos (e.g. limpeza e iluminação, infraestrutura, lojas de conveniência, etc.) que aumentem a atratividade do ponto de venda e, em última instância, o seu valor econômico.
75. Tal estratégia de diferenciação é perceptível, por exemplo, nos investimentos em produtos inéditos no mercado, na oferta de serviços complementares de alto valor agregado, e em programas de descontos por fidelidade.
76. A Petrobras Distribuidora S.A., por exemplo, criou o programa de fidelidade Petrobrás Premmia²⁰ – que permite o acúmulo de pontos pelo consumidor, para troca por promoções ou recompensas diversas. Desenvolveu também combustíveis de alta performance, tais como a Gasolina Petrobras Podium, a Gasolina Premium e a Gasolina Petrobras Grid, que proporcionam maior e melhor desempenho e eficiência aos veículos, e/ou menor desgaste de peças²¹. Outrossim, oferece a loja de conveniências BR Mania²², que oferece produtos variados – como cafés, pães e sobremesas – para maior comodidade do consumidor.

²⁰ Cf. <http://www.br.com.br/pc/petrobras-premmia>.

²¹ Cf. <http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/produtos/automotivos/gasolina/>.

²² Cf. <http://www.br.com.br/pc/produtos-e-servicos/para-voce/br-mania>.

77. A Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., por seu turno, desenvolveu o programa Km de Vantagem²³, pelo qual o consumidor acumula pontos para troca por descontos e benefícios nos postos Ipiranga ou em mais de cem parceiros da distribuidora. Ademais, introduziu no mercado produtos inéditos tais como a gasolina DT Clean – que possui aditivos únicos que limpam o motor do veículo, e a Octapro, gasolina de alta octanagem, a qual melhora a dirigibilidade do veículo, e reduz as emissões de gases nocivos ao meio ambiente.²⁴ A Ipiranga conta, ainda, com o modelo de lojas de conveniência denominado AMPM²⁵, que comercializa, inclusive, produtos de marca própria.
78. A Raízen Combustíveis S.A., licenciada da Shell no Brasil, também implementou programas e aplicativos de relacionamento com o consumidor final, como o Shell Box e o Shell Resgate Fácil, que permite a o acúmulo de pontos que se transformam em créditos, para resgate nos postos Shell credenciados ou nos seus diversos parceiros.²⁶ A Shell investe ainda no desenvolvimento e aprimoramento de seus produtos premium, tais como a gasolina e o etanol Shell V-Power²⁷ e Shell Evolux Diesel –, que traz diversos benefícios ao consumidor. A Raízen ainda oferece o modelo de lojas de conveniência denominado Shell Select²⁸ aos revendedores interessados em agregar ainda mais valor ao seu negócio.
79. Trata-se, portanto, de investimentos que distribuidores não incorreriam, se estes passassem a poder fornecer seu produto para um posto revendedor no qual outro distribuidor já tenha investido.
80. Dessa forma, a possibilidade de comportamentos infiéis entre revendedores embandeirados e seus distribuidores resulta em uma clara distorção concorrencial no que tange a uma alocação eficiente de recursos. O agente privado é incentivado a realizar investimentos em sua marca e na qualidade de seu produto, na medida em que possa receber, como contrapartida, o retorno do seu investimento, ou seja que a recompensa seja internalizada.

²³ Cf. <https://www.kmdevantagens.com.br/wps/portal/Applications/MarketPlace/como-funciona>.

²⁴ Cf. https://portal.ipiranga/wps/portal/ipiranga/produtoseservicos/produtos/combustiveispiranga!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOK9PUxMPJxMDLz8ncKMDByN_I2N3YJDnHzdTYEKInErMAyJ06_AQ7gaEBlvxdeBQZgC4yKfJ190_WjChJLMnQz89Ly9SOS83OTSotLMstSc_KLMtMzwX5NSS0uSSwsTS0GMkuSc1IT8_TD9aMIWYBXgVmYQCQEFoCA CK8ATBgW5oRFVPk6WnpmeigBV_-24/dl5/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/

²⁵ Cf. <https://portal.ipiranga/wps/portal/ipiranga/postoselojas/ampm>.

²⁶ Cf. <https://resgatefacil.com.br/>.

²⁷ Cf. <https://www.shell.com.br/motoristas/combustiveis/shell-v-power.html>.

²⁸ Cf. <https://www.shell.com.br/motoristas/lojas-shell-select.html>.

81. Neste sentido, note-se que as distribuidoras atualmente associadas à **PLURAL** têm programas extensos e bastante custosos de controle de qualidade e de fiscalização dos combustíveis por elas comercializados.
82. A Petrobras Distribuidora S.A., por exemplo, desenvolveu o programa “De Olho no Combustível”²⁹, com o objetivo de comprovar e de monitorar a qualidade dos combustíveis comercializados nos postos Petrobras, além de sensibilizar tanto o consumidor final quanto o revendedor quanto ao problema da adulteração de combustíveis e seus prejuízos. O programa percorre os postos Petrobras com laboratórios móveis da qualidade, realizando análises de combustíveis em campo e capacitando os responsáveis pela comercialização dos produtos quanto ao recebimento, manuseio e armazenagem dos combustíveis.
83. A Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., por sua vez, desenvolveu o Programa de Controle de Qualidade de Combustíveis – programa de qualidade que conta com laboratórios móveis denominados Veículos de Controle da Qualidade (VCQ)³⁰, que visitam diariamente os postos Ipiranga – escolhidos aleatoriamente – para testar e comprovar a origem controlada dos produtos, além de checar a sua qualidade, com vistas a proteger o consumidor dos riscos de abastecer seu veículo com combustíveis fora dos padrões estabelecidos pela legislação vigente.
84. Já a Raízen Combustíveis S.A. tem o Programa DNA Shell que tem por objetivo aferir a qualidade e origem dos produtos combustíveis comercializados nos ostentam a marca Shell. São milhões de reais investidos pela distribuidora para assegurar ao consumidor final um produto confiável. Além disso, promove internamente a campanha “100% Qualidade”³¹ – a qual reúne, entre outros aspectos, a Política de Qualidade da Raízen, informações sobre equipamentos de aferição, recebimento de produtos e limpeza dos tanques. Além do conteúdo técnico, o projeto conta com o “Dia da Qualidade”, no qual ocorrem visitas programadas de uma empresa contratada, que realiza análises com um laboratório móvel em todos os produtos dos terminais e postos visitados, verificando e validando a qualidade e especificações dos combustíveis.
85. Vale mencionar ainda o exemplo de outras distribuidoras as quais, não obstante não serem associadas à **PLURAL**, também investem em programas de controle e de monitoramento de qualidade de seus combustíveis. A ALE, por exemplo,

²⁹ Cf. http://www.br.com.br/pc/produtos-e-servicos/para-seu-veiculo/de-olho-no-combustivel/!ut/p/z1/jZDLCslwEEW_pV-QO7GpdTIKCIZKUPsyG8mqBLS6EL_fbmuxdnYD554ZrvCiFb4P79iFV3z04TbsF59dDQpDLiVrjFPgo6o21u4lRopmDDitcjAjq_OSJE4k_Jl8fgxjWX4G8PP6RvjxCXdlV4NBqy2XVqKW30BOVoOzNXNhiXDGxDDt4N8Xz3tVtYj7jpPkAy9yiQI!/.

³⁰ Cf. <https://portal.ipiranga/wps/portal/ipiranga/produtoseservicos/produtos/controledequidade>.

³¹ Cf. <https://www.raizen.com.br/pt/raizen-lanca-campanha-100-qualidade-para-reforcar-boas-praticas-de-controle-de-qualidade-nos>.

implementou o Programa Ligados na Qualidade³², que conta com laboratórios móveis que visitam os postos de sua bandeira regularmente, realizando avaliações *in loco* da qualidade dos produtos, da limpeza e da organização dos postos em todos os serviços oferecidos. A Petronac também investe em laboratórios móveis, e realiza testes laboratoriais³³ para assegurar que os combustíveis fornecidos estão em conformidade com os padrões estabelecidos pela ANP. Já a ZEMA Petróleo, por meio do Sistema de Gestão Integrada³⁴, desenvolve um conjunto de ações baseadas em padrões internacionais de qualidade (ISO9001) com o objetivo de buscar e garantir a qualidade dos seus produtos e serviços.

86. Os referidos programas de controle e de monitoramento, somados à aditivação dos combustíveis realizada por cada distribuidora – com o incremento de aditivos que vão desde moléculas identificadoras (para controle de qualidade e rastreamento) até compostos para melhora da octanagem, da combustão e para diminuição de resíduos no motor do veículo – constituem os investimentos em qualidade do produto, com vistas a combater o problema da adulteração.
87. Por outro lado, quando se admite que a recompensa supra referida – isto é, o retorno dos investimentos – seja externalizada, pulverizada ao público, com o aproveitamento do investimento individual por outros agentes que não incorreram nesse custo, cria-se um óbvio desincentivo para o investimento no mercado, o que traz um saldo negativo em termos de qualidade do produto e no serviço de distribuição.
88. Trata-se, como já é de amplo conhecimento da literatura antitruste, daquilo que se chama de conduta oportunista ou *free-riding*. O distribuidor que possa se aproveitar de marca construída por outro distribuidor auferirá benefícios nos quais não investiu. Sem incorrer nos custos e riscos associados à reputação de sua marca, o distribuidor que se aproveita da infidelidade de outros revendedores ganha vantagens de preço e conquista deslealmente o consumidor, uma vez que sua confiança foi construída com base no esforço de outro concorrente, no caso, o distribuidor com a marca estabelecida no mercado.
89. Cumpre lembrar que garantir a concorrência não é apenas garantir a liberdade negocial. A tutela concorrencial, como ensina Calixto Salomão Filho, é também uma tutela da lealdade: estabelecem-se padrões de comportamento, de forma a:

³² Cf. <https://www2.ale.com.br/postos/#ligados-na-qualidade>.

³³ Cf. <http://site.petrnac.com.br/#lp-pom-block-648>.

³⁴ Cf. <https://portal.zema.com/negocios/petroleo/institucional/>.

"(...) garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua 'esperteza negocial' - isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado" (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56).

90. Observe-se que a reputação e a imagem são tão importantes para a distribuidora quanto para o posto revendedor, tomado individualmente, por conta do efeito de rede. A perda de reputação de uma distribuidora tende a afetar suas vendas para toda a rede de revendedores por ela abastecida, causando um dano de difícil reparação. Para o posto, o dano pode até ser menor em virtude da alternância da clientela, mas está presente.
91. Portanto, ao preservar um mecanismo de fidelização sobre os produtos por ela vendidos, a distribuidora beneficia o consumidor tanto pela maior segurança quanto à qualidade do produto, quanto pelo estímulo que representa para a concorrência por meio do aumento do número de empresas confiáveis no mercado.
92. Neste contexto, um cenário regulatório em que se permita a infidelidade de postos embandeirados sobre seus distribuidores implicaria em claro desincentivo econômico para que estes continuem a investir na qualidade de seu produto, bem como dos postos em que se queira fornecê-lo, uma vez que acaba a expectativa de retorno, pois a recompensa torna-se externalizada, pulverizada em favor de terceiros alheios ao investimento. O resultado desse cenário é uma severa queda na qualidade do produto, no serviço prestado e na própria capacidade de informar o consumidor. Por consequência, deteriora-se a rivalidade entre postos (inclusive intramarca), provocando-se um efeito uniformizador da competição, aumentando as condições para a implementação de condutas colusivas na revenda e, ao fim e ao cabo, elevando o preço final do combustível para a população. Tudo em detrimento do interesse do consumidor.
93. A uniformização artificial da concorrência na distribuição de combustíveis, por meio da eliminação das obrigações de fidelidade à bandeira, ainda ocasiona prejuízos específicos no que tange à **diferenciação e inovação tecnológica** desse serviço. A fidelização incentiva as distribuidoras a investirem mais no desenvolvimento de equipamentos e materiais para uso nos postos a ela integrados, uma vez que os benefícios de eventuais melhorias estariam menos sujeitos à apropriação por postos e distribuidoras oportunistas.

94. De fato, diversas têm sido as inovações geradas por distribuidoras pelo Brasil, a exemplo de algumas iniciativas de associadas da **PLURAL**. Além do desenvolvimento de bombas de combustíveis e novos equipamentos para controle de qualidade, diversas distribuidoras têm recentemente investido no desenvolvimento de aplicativos e outros sistemas digitais para o consumidor, sobretudo com o objetivo de oferecer programas promocionais de descontos sobre seus combustíveis. Ora, se o consumidor passa a ser impedido de claramente associar determinado posto a uma marca com o qual ele desenvolveu confiança e até mesmo uma relação de lealdade, programas de descontos e ofertas promocionais temporárias deixam de ser economicamente viáveis para as distribuidoras, prejudicando a competitividade no setor como um todo. Ao mesmo tempo, revendedores que aparentemente estariam mais livres para competir por preço não têm qualquer capacidade de oferecer benefícios semelhantes, já que suas oportunidades de desconto sobre suas margens são muito mais restritas.
95. Enfim, a proteção regulatória da fidelidade à marca é um reconhecimento legítimo de que ela representa um esforço de investimento que não pode ser usurpado por terceiros, sendo assim notadamente uma medida pró-competitiva.

III. Eficiências intrínsecas às obrigações de fidelidade à bandeira

96. Além dos impactos negativos resultantes de possível fim da tutela regulatória objeto da presente TPC demonstrados nos dois itens acima, cumpre observar que a própria existência do atual quadro regulatório justifica-se por razões eminentemente pró-competitivas, uma vez que promovem eficiências intrinsecamente decorrentes da formação de contratos privados entre revendedores e distribuidores.
97. Neste contexto, há que se fazer antes de tudo uma distinção importante entre *relações verticais decorrentes de contratos* – tal como é o presente caso da fidelidade à bandeira – e *integrações verticais efetivas* – isto é, a formação de novos grupos econômicos completamente integrados em todas as etapas da cadeia produtiva. Enquanto integrações verticais efetivas podem apresentar impactos econômicos ainda bastante incertos sobre toda a organização do setor de combustíveis (e, portanto, com potencial de anticompetitividade), a promoção de relacionamentos meramente contratuais entre distribuidores e revendedores obedece a uma racionalidade econômica bastante limitada em seus efeitos e, via de regra, benéfica a todas as etapas da cadeia de combustíveis, bem como ao consumidor. Não por outro motivo, o tema da verticalização no setor de combustíveis tornou-se objeto de TPC específica por parte desta ANTT – no caso,

a TPC nº 3/2018, sobre o qual a **PLURAL** também tem se manifestado oportunamente.

98. Por outro lado, a formação de obrigações de fidelidade à bandeira entre distribuidores e revendedores por meio de contratos de duração determinada, objeto da presente TPC, supera praticamente todas as preocupações tipicamente manifestadas pela literatura antitruste no que tange ao tema das restrições verticais. Senão vejamos.
99. Grande parte das preocupações dos órgãos de defesa da concorrência nos casos de restrições verticais refere-se aos seus potenciais efeitos anticompetitivos de caráter horizontal, sobretudo no que diz respeito: (i) à criação de barreiras à entrada nos mercados de comercialização do produto; (ii) à criação de dificuldades para o desenvolvimento de concorrentes, i.e., fechamento de mercado (*market foreclosure*) e (iii) à coordenação das ações dos distribuidores no sentido de diminuir a rivalidade e a competição com seus congêneres. De fato, como já declarou uma autoridade do Departamento de Justiça dos EUA, os únicos possíveis efeitos negativos de uma prática vertical residem nas suas consequências horizontais³⁵.
100. Por outro lado, é amplamente reconhecido pela doutrina e pela prática antitruste em todo o mundo que as restrições verticais, como, por exemplo, os contratos de fornecimento e distribuição exclusivos, são geralmente pró-competitivas, uma vez que seus benefícios usualmente superam seus eventuais efeitos negativos. Este reconhecimento vem, pelo menos, desde a decisão da Suprema Corte dos EUA referente ao caso *Continental TV v. GTE Sylvania*, em 1977, na qual admitiu-se que restrições verticais não referentes a preços, tal como no caso da fidelidade à bandeira, não são condenáveis *per se*, devendo, isto sim, ser julgadas de acordo com sua razoabilidade frente aos seus efeitos sobre a concorrência.³⁶
101. A mencionada decisão reconheceu que este tipo de restrição vertical é capaz de promover a concorrência, ao permitir que o fabricante torne mais eficiente a distribuição de seus produtos. Se o produtor não tem possibilidade de exercer poder de mercado, então os contratos de fornecimento exclusivo, por exemplo, são considerados pró-competitivos, porque contribuem para:
- (i) aumentar a eficiência da distribuição;
 - (ii) manter a regularidade do abastecimento ao consumidor; e

³⁵ Cf Tirole, J., *The theory of industrial organization*. 10ª ed., 1998, Cambridge, Massachusetts - EUA, The MIT Press, p. 185.

³⁶ Cf ABA (American Bar Association), *Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3ª edição, 1992, e.g., p. 100 e seguintes, nota 547, e p. 331 e seguintes.

- (iii) aumentar a concorrência entre marcas, uma vez que aumentam a capacidade competitiva dos distribuidores.

102. Considera-se, ademais, que os riscos anticompetitivos deste tipo de restrição são pequenos, dado que o maior interesse do produtor é melhorar a eficiência do seu sistema de distribuição e revenda a fim de aumentar suas vendas, de tal forma a intensificar a sua capacidade de rivalização com outros distribuidores e revendedores.
103. Com efeito, principalmente em casos como o de distribuição de combustíveis (no qual o produto consiste em proporções fixas de insumos), os contratos de relacionamento vertical são instrumento pouco eficaz para concretizar as principais preocupações sobre essa conduta, a saber: (i) bloquear o acesso de revendedores concorrentes ao mercado, (ii) transferir poder de mercado para o segmento a jusante e (iii) facilitar a colusão na esfera da distribuição, dentre outras condutas anticompetitivas.
104. Complementando essa motivação, aduzem Mario Possas et al.:

Pelo menos três 'motivos' podem ser imputados [às estratégias de diversificação e integração vertical] que podem tomá-las instrumentais para a obtenção de incrementos de eficiência:

- *o aproveitamento de oportunidades criadas pelo **aprendizado tecnológico** dentro das firmas, que as permite acumular capacidades diferenciadas e potencialmente utilizáveis para a expansão em novos mercados.[...];*
- *a **minimização de problemas de coordenação expressos em custos de transação** [...], na medida em que a presença de especificidade de ativos toma as interfaces de mercado entre os elos da cadeia produtiva uma fonte de desavenças e conflitos contratuais;*
- *a necessidade de explorar **sinergias ou oportunidades de aprendizado** interativos para o desenvolvimento de tecnologias que apresentam algum grau de complexidade sistêmica, de modo que a integração vertical ou a diversificação podem constituir um meio para a construção dos canais indispensáveis para a troca de informações e conhecimentos tácitos.*

Nos três casos, temos estratégias empresariais que podem ser ditas pró-competitivas, no sentido de que são parte essencial do processo de inovação ou descoberta de novas formas organizacionais que a dinâmica

concorrencial proporciona. Um dos desafios na regulação da transição do monopólio natural para o oligopólio (competitivo) está em distinguir entre os possíveis elementos anticompetitivos e a busca de ganhos de eficiência nas ações empreendidas pelas empresas dominantes. A experiência acumulada pelas instituições responsáveis pela aplicação de políticas antitruste pode ser útil na discussão desta temática.³⁷

105. Da mesma sorte, constata o Professor Gustavo Binenbojm:

É por força dessas razões que o regime das Resoluções nº 41/2013 e nº 58/2014 se revela 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 tempo em que vincula a bandeira da distribuidora ao posto, ele 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 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.

(Parecer do Professor Gustavo Binenbojm, Doc. 03, p. 42)

106. De qualquer forma, em que pese os efeitos de fidelidade à bandeira poderem variar de caso a caso, vale ainda detalhar duas outras eficiências econômicas tipicamente evidenciadas nessa forma de relacionamento, a saber: (i) redução nos custos de transação; e (ii) maior planejamento logístico e de abastecimento.

1. Redução dos custos de transação

107. Conforme já visto acima, a manutenção de obrigações de fidelidade sobre o posto revendedor proporciona às distribuidoras uma redução dos riscos de investimento em imagem, reputação, melhoria de produtos (via controle de qualidade) e de serviços, com vistas a diferenciar seu produto dos demais no que tange a estas características.

³⁷ Possas, Mario L., Fagundes, Jorge e Pondé, João L., Defesa da Concorrência e Regulação na Transição de Monopólios Naturais para Estruturas Oligopolistas, cópia eletrônica, p. 60

108. Por outro lado, as melhores perspectivas de retorno e o menor risco de investimento na atividade integrada têm também se traduzido em menor custo financeiro dos recursos obtidos junto ao sistema bancário para tais finalidades, já que os bancos podem valorizar o fato de que a distribuidora tem maior controle sobre os resultados do investimento. Note-se que vantagens desse tipo tendem a beneficiar mais as novas empresas do que as mais tradicionais, que já têm credibilidade no mercado.
109. A fidelização à bandeira tem ainda contribuído para a redução da assimetria de informações normalmente existente entre a distribuição e a revenda, e que pode representar importante insumo para a definição de estratégias comerciais ou mercadológicas de ambos os segmentos. Por exemplo, uma distribuidora consegue otimizar as vendas de certos postos da sua rede quando é capaz de dar cumprimento, sobre seus revendedores embandeirados, a obrigações de exclusividade na aquisição, armazenamento e comercialização de seus combustíveis.
110. Da mesma forma, a fidelização pode contribuir para a redução dos esforços de coordenação entre os elos da cadeia produtiva necessários para obter os melhores resultados possíveis de ações e políticas cuja implementação cabe necessariamente ao posto, como, por exemplo, programas de comunicação e marketing sazonais e promoções especiais de venda (e. g., sorteios, concursos).
111. Por fim, sob o aspecto de infraestrutura e investimentos no espaço do revendedor, é sabido que contratos de fidelidade são especificamente motivados pelo interesse mútuo entre revendedores e distribuidoras para que estas últimas invistam no desenvolvimento de equipamentos, materiais e serviços para uso nos postos a ela afiliados. No entanto, tais benefícios somente são realizados quando tais contratos efetivamente geram uma expectativa de cumprimento, condição esta que a presente TPC passa a colocar em risco.

2. Planejamento de abastecimento e de aquisição de produtos

112. A logística do abastecimento é um fator da maior relevância para a competitividade do setor, tanto pelo fato de envolver os custos de transporte e armazenamento do produto, quanto por ser a responsável pela disponibilidade do produto no ponto de venda no momento adequado, dadas as limitações de tancagem dos revendedores, dentre outras variáveis.

113. Assim, é possível perceber que, quanto mais fácil e confiável for a comunicação entre a distribuição e a revenda, mais preciso e eficaz tende a ser o planejamento das vendas e das entregas, bem como o dimensionamento dos investimentos em meios de transporte e em armazenamento. Se por um lado a integração vertical completa entre distribuidor e revendedor pode atingir este objetivo, ela ainda pode também produzir diversos outros efeitos potencialmente anticompetitivos. Dessa forma, contratos de fidelidade conseguem naturalmente suprir o papel de promover maior eficiência logística de forma minimamente satisfatória, sem incorrer nos riscos associados a uma completa integração vertical.
114. Ressalte-se que a melhoria das condições para planejar vendas tende a beneficiar principalmente as distribuidoras mais novas, entrantes no mercado e em fase de crescimento, pois a importância da garantia de vendas e dos investimentos acima comentados deve ser relativamente maior para estas. As distribuidoras mais antigas já realizaram os investimentos mais pesados e a importância deste ponto relaciona-se mais à otimização do uso de suas instalações e equipamentos do que propriamente à criação de condições para expandir-se.

IV. Não há fechamento de mercado decorrente da fidelidade à bandeira: forte rivalidade já exercida por postos de bandeira branca; barreiras à entrada no elo da revenda são muito baixas

115. Uma vez demonstrados os efeitos positivos da atual tutela regulatória de fidelidade à bandeira, cumpre ainda observar que os seus possíveis efeitos negativos não são significativos o suficiente para se justificar a sua revisão.
116. De forma geral, e como já visto na seção anterior, a principal preocupação decorrente de práticas de fidelidade é a hipotética capacidade de exclusão de rivais no seu aspecto horizontal. Dito de outra forma, contratos de fidelização à bandeira poderiam resultar no fechamento de mercado sobre parte relevante da cadeia de revenda, impedindo outros distribuidores de acessarem o consumidor final de forma competitiva.
117. No entanto, tal hipótese não se mostra de nenhuma maneira crível ao se considerar a realidade do mercado de revenda de combustíveis no Brasil. Afinal, não apenas inexistente, atualmente, qualquer fechamento de mercado aos distribuidores diante do atual cenário de revendedores disponíveis (i.e. sem contrato), como é extremamente elevada a possibilidade de entrada de novos revendedores, de tal forma a disciplinar qualquer tentativa de *market foreclosure* sobre os revendedores atualmente existentes. Senão vejamos.

1. Ampla quantidade de revendedores sem contrato

118. No que tange à inexistência de qualquer fechamento significativo de fato no atual cenário regulatório, cumpre observar a massiva quantidade de revendedores absolutamente livres de qualquer vinculação contratual ou obrigação de fidelidade a uma bandeira – fato que, com a *maxima venia*, por si só já torna a presente TPC injustificável em seus propósitos.
119. A liberalização ocorrida em meados da década de 1990 promoveu uma substancial desconcentração do mercado, além de revelar uma preferência por uma estrutura de mercado sem integração vertical entre distribuição e revenda e com a presença de contratos de fidelidade, com uma redução do número de postos pertencentes às mais tradicionais distribuidoras e um extraordinário aumento dos postos de bandeira branca e daqueles vinculados a bandeiras de novas distribuidoras. Em paralelo, registrou-se também o surgimento de um novo tipo de revendedor, qual seja, aquele pertencente a grandes redes de hipermercados (e.g., Extra, Walmart, Carrefour), situado nos estacionamento desses estabelecimentos.
120. Por conseguinte, o atual cenário de revenda de combustíveis encontra-se bastante diversificado e sob forte condição de rivalidade. Neste sentido, os aproximadamente 42 mil postos revendedores existentes no Brasil estão divididos em da seguinte forma³⁸:
- (i) Aproximadamente 56% dos postos exibem a marca de uma distribuidora: são conhecidos como postos vinculados ou "com bandeira". Nesta categoria estão incluídos os postos escola, operados pelas distribuidoras, que perfazem menos de 0,2% do universo de postos.
 - (ii) **Os 44% dos postos restantes não exibem a marca de uma distribuidora** e são conhecidos como postos sem bandeira ou postos de bandeira branca. Neste caso, o posto não tem vínculo de fornecimento exclusivo com uma distribuidora, podendo adquirir produtos de quaisquer fontes supridoras, de acordo com a sua conveniência.
121. Ademais, considerando o número total de postos e que o prazo médio de duração dos contratos de fornecimento é de cerca de cinco anos, tem-se que milhares de contratos expiram continuamente, abrindo a vários revendedores a possibilidade de trocar de distribuidora anualmente.

³⁸ Dados ANP.

122. Com efeito, a dinâmica contratual entre o posto revendedor e a distribuidora é bilateral, não havendo, inclusive, barreiras à saída do revendedor uma vez cumprido o contrato firmado com a distribuidora e respeitadas as cláusulas estipuladas. Nesta esteira, o posto revendedor contratante possui total liberdade de: (i) solicitar a permanência na vinculação; (ii) rescindir o contrato e tornar-se embandeirado de outra distribuidora; ou (iii) rescindir o contrato e tornar-se bandeira branca. Ou seja, o custo de migração é extremamente baixo, permitindo um fluxo do posto entre as bandeiras disponíveis ou, até mesmo, para bandeira branca.
123. Destarte, os postos embandeirados não são cativos das distribuidoras, visto que a relação entre ambos é equilibrada e, portanto, proveitosa a ambas as partes, e por isso ela se renova para parte dos agentes, em um mercado regulado, no qual é vedado às distribuidoras serem titulares de postos. Dito de outra forma, a vinculação a um contrato de embandeiramento é uma decisão das partes e particularmente do revendedor, o qual, inclusive, ainda dispõe de inúmeras opções para abastecer seu posto via contratos *spot* no mercado, caso decida não se vincular a uma distribuidora específica.

2. Baixas barreiras à entrada no segmento de revenda

124. Mesmo na hipótese em que se verificasse a existência de um número bastante restrito de postos sem contrato no mercado brasileiro, o que não ocorre, frise-se, eis que isto também não caracteriza qualquer impeditivo à concorrência no setor de distribuição que justifique o rompimento das atuais regras sobre fidelidade à bandeira. Isto porque, nessa eventualidade, ainda é bastante fácil para qualquer distribuidor estimular a entrada de novos revendedores no mercado.
125. Neste sentido, não são demasiadamente elevados os custos e investimentos para montar e operar um posto revendedor, cabendo ainda lembrar que o transporte do produto da base da distribuidora até o posto pode ser feito pela distribuidora ou por terceiros, ou seja, sem que haja a necessidade de imobilização de recursos em caminhões-tanque por parte do posto. As exigências legais tampouco constituem barreira significativa à entrada.
126. Tanto é que a SEAE, em análises de atos de concentração nesse mercado, já constatou o seguinte:

"[...] nota-se que, nos mercados relevantes em tela, as barreiras legais à entrada não são significativas, não podendo ser consideradas como



fatores que dificultem consideravelmente a entrada de novos concorrentes. Quanto ao valor dos investimentos necessários para a entrada no segmento de revenda de combustíveis, viu-se que não são muito expressivos (principalmente caso se considere que, em geral, as distribuidoras colaboram nos investimentos iniciais referentes à construção de postos de sua bandeira)".³⁹

"Dessa forma e com base nas explanações acima, esta Secretaria verificou que as barreiras à entrada no mercado relevante de revenda de combustíveis não são significativas, não podendo ser consideradas como fatores que dificultam a entrada de novos concorrentes." ⁴⁰

127. Não há, portanto, qualquer cenário concreto ou hipotético de fechamento de mercado que possa justificar eventual mudança regulatória sobre a tutela da fidelidade à bandeira.

V. Impactos adversos da proposta sobre a política pública de distribuição de combustíveis no Brasil

128. À luz de todas as considerações acima, resta claro que, do ponto de vista estritamente concorrencial, são diversos os fundamentos que já tornam completamente injustificada a alteração do atual modelo de tutela regulatória da fidelidade à bandeira.
129. Contudo, e conforme já exposto na introdução da presente manifestação, a sensibilidade da presente TPC não pode ser tomada apenas sob a ótica concorrencial. Isto porque o atual marco regulatório teve em mente a proteção de outros objetivos fundamentais, muito além do mero barateamento dos preços ao consumidor apresentado como justificativa no edital desta TPC.
130. Neste sentido, fica evidente que a presente TPC, assim como diversas outras iniciativas semelhantes da ANP atualmente em curso, não apresenta uma visão minimamente coesa a respeito do impacto de tais mudanças regulatórias sobre outros interesses consagrados no modelo regulatório vigente. Pretende-se mudanças regulatórias “em tiras”, o que tem alto potencial para criar uma disfuncionalidade sistêmica ao setor de distribuição e revenda de combustíveis.

³⁹ SEAE/MF, Parecer nº 147 COGSI/SEAE/MF, AC 08012.002810/00-74 (Agip/Shell), 12.04.2001, p. 8.

⁴⁰ SEAE/MF, Parecer nº 06452/2005/RJ, no AC n.º 08012.005539/2004-60 (BR/Agip), fl. 57.

131. Em primeiro lugar, cumpre reiterar mais uma vez que esta ANP ainda não se manifestou, de forma ampla e documentada, a respeito do conjunto de medidas propostas pelo DEE/CADE sobre o setor de distribuição de combustíveis no Brasil. Em não havendo sequer conhecimento mínimo sobre a visão desta Agência a respeito de alterações regulatórias tão fundamentais sobre o tema, torna-se claro que as TPCs atualmente em curso – incluindo a presente TPC nº 4/2018 – mostraram-se indevidamente apressadas e pouco amadurecidas, merecendo assim uma reflexão prévia e verdadeiramente abrangente por parte da ANP sobre todas as questões colocadas pelo estudo do DEE/CADE.
132. Neste particular, é curioso notar que o próprio estudo do DEE/CADE sequer chegou a endereçar diretamente a questão da fidelidade à bandeira dentre as suas possíveis medidas de aumento da competitividade no setor de combustíveis brasileiro. **Ora, se nem mesmo o DEE/CADE manifestou qualquer preocupação minimamente explícita sobre as atuais formas de contratação e uso da marca entre distribuidores e revendedores, a presente TPC parece ter sido convocada sem qualquer motivação substantiva, seja de natureza concorrencial, seja de interesse público.**
133. Mas os impactos adversos da presente TPC sobre os objetivos de política pública definidos pelo Estado brasileiro não se encerram apenas neste aspecto. Apenas para que ilustre o atropelo geral deste procedimento, é possível identificar ao menos três considerações de ordem pública que esta Agência parece ter completamente ignorado:
- (i) **Risco de comprometimento da segurança ambiental e dos padrões mínimos de qualidade ao consumidor**: como visto, eventual abolição das obrigações de fidelidade à bandeira tende a estimular práticas de adulteração do combustível por parte de distribuidores e revendedores. Ora, os impactos dessa prática nociva e desleal vão muito além do seu mero aspecto concorrencial, e tampouco podem ser satisfatoriamente disciplinados apenas por este mecanismo.

Com efeito, uma dinâmica de suposta pró-competitividade e busca acirrada pelo menor preço jamais conseguirá evitar que agentes mal-intencionados continuamente cogitem a possibilidade de adulterar seus combustíveis, já que a redução do preço seria o único driver de suas decisões de firma. **Os danos à coletividade são óbvios: combustíveis contaminados que causarão danos irreparáveis ao meio-ambiente, bem como à saúde da população.**

Mais do que isso, sem um mecanismo de fiscalização contínua por parte do Estado (incluindo a ANP) que garanta que o revendedor esteja integralmente comprometido com o produto fornecido pelo seu respectivo distribuidor de reconhecida reputação, a dinâmica pura de livre competição entre agentes movidos pelo lucro irá necessariamente resultar em muito mais episódios de adulteração e consequentes danos materiais de natureza ambiental e sanitária.

- (ii) **Risco de severa redução na arrecadação fiscal por parte da União e das Unidades Federativas**: assim como no caso da adulteração do produto, o fim da tutela de fidelidade à bandeira tende também a estimular práticas cada vez mais recorrentes de sonegação fiscal por parte de distribuidores e revendedores.

O dano, aqui, não é apenas de natureza concorrencial (competição desleal) e portanto jamais poderá ser suficientemente combatida por esta: com a maior possibilidade de fornecer combustíveis de valor “sonegado” a postos livres de qualquer fidelidade, ou na ausência de entidade reguladora que fiscalize o devido cumprimento de obrigações de fidelidade, muitas distribuidoras passarão a adotar tais práticas desleais de forma massiva, comprometendo severamente a arrecadação de todas as entidades federativas do Estado.

- (iii) **Risco de desorganização geral do abastecimento de combustíveis no Brasil**: como esta própria Agência reconheceu por ocasião da convocação desta TPC, um dos principais motivadores da presente discussão foi a greve dos caminhoneiros em maio de 2018, fato tal que notoriamente causou uma gravíssima desorganização de toda a cadeia de abastecimento de combustíveis por todo o território nacional.

O dano ocasionado por este evento foi sentido por praticamente cada cidadão brasileiro e dispensa maiores detalhes. No entanto, mais grave é o fato de que a presente TPC parece pouco levar em consideração o risco iminente de que a mesma desorganização se repita, ao propor a abolição de um dos mecanismos mais importantes de organização logística da distribuição de combustíveis no Brasil: afinal, como já visto acima, os contratos de fidelidade entre distribuidores e revendedores constituem um modelo bastante eficaz de redução dos custos de transação para derradeiro fornecimento do combustível a todos os cantões do País, permitindo assim maior planejamento logístico e contínuo abastecimento

em nível nacional. Enfim, comprometer este modelo apenas sob uma justificativa supostamente concorrencial e de curto prazo poderá acarretar prejuízos incalculáveis sobre a economia e nova instabilidade política sobre o País.

Foi o atual modelo de regulação que permitiu que os distribuidores, após a retirada dos manifestantes das bases pelas forças policiais, regularizassem o abastecimento de combustível em todo país em apenas 5 dias.

- (iv) **Dramático e esperado aumento dos custos de fiscalização para a ANP.** Por fim, é certo que o fim da tutela de fidelidade à bandeira ocasionará a significativa elevação do custo regulatório de fiscalização da ANP sobre os diversos agentes da cadeia produtiva – que, como se viu, permanece imprescindível a despeito das discussões concorrenciais expostas ao longo desta manifestação. Atualmente, a fiscalização é simplificada pela existência de marcas que garantem a qualidade dos seus produtos. Eliminada a proteção da marca, a fiscalização passará a ter que ser muito mais abrangente, adicionando itens sobre os quais deverá avaliar para aferir o atendimento aos padrões mínimos de qualidade exigidos pela regulação.

D. CONCLUSÕES

134. Por todos os motivos acima expostos, e conforme solicitado pela presente TPC, a **PLURAL**, respeitosamente, manifesta-se sobre a proposta de nova tutela regulatória sobre a fidelidade à bandeira nos seguintes termos:

Defesa do consumidor

Conforme destacado na seção C.I.1 supra, a **PLURAL** entende que a defesa do consumidor é princípio constitucional inalienável à atividade de distribuição de combustíveis. Tal defesa, quando pensada especificamente nas características do setor de combustíveis, reside acima de tudo no direito de ampla informação do consumidor sobre a qualidade e procedência do produto.

Afinal, o consumidor, para que consiga exercer suas preferências e escolhas de forma consciente na aquisição de produtos e serviços, deve ter condições de estar bem informado sobre todos os seus atributos relevantes.

Tratam-se de informações que não podem jamais serem comprometidas em benefício de suposta medida pró-competitiva, sob pena de danos permanentes à coletividade, nos seus aspectos consumeristas, ambientais, fiscais e sanitários, entre outros.

Experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities

Conforme detalhado na seção C.I.2 acima, a **PLURAL** entende que não existem fundamentos para se considerar o combustível líquido como uma simples e clássica commodity no Brasil, sobretudo do ponto de vista do consumidor. Combustíveis são um produto cuja procedência e qualidade são críticos para a correta decisão de compra pelo consumidor, e, portanto, merecedoras de proteção pela marca ostentada pelo posto revendedor conforme a sua reputação no mercado brasileiro.

Embora exista uma aparente homogeneidade dos combustíveis, não se pode assumir que isto se traduza diretamente em uma característica de commodity frente às características particulares do mercado nacional, onde as distribuidoras compram, armazenam, formulam e comercializam seus



produtos dentro dos padrões de qualidade adotados por cada empresa distribuidora.

Seria como dizer, por exemplo, que a água mineral produzida pela *Perrier* francesa é a mesma água mineral produzida pela *Minalba* brasileira somente pelo fato de a fórmula H₂O estar presente em ambas – quando, na verdade, visto no detalhe, trata-se de produtos diferentes, haja vista diferenças presentes na extração, no tratamento, no envasamento, no transporte e na conservação da água realizadas pelas referidas empresas.

Nesse sentido, infelizmente, são extremamente diversas as procedências, qualidades e práticas (leais e desleais) na comercialização desses produtos no País, **todas as quais sempre associadas a um fator central: a reputação e seriedade do seu distribuidor, bem como dos revendedores nos quais este decide confiar como agentes capazes de fornecer o melhor produto ao consumidor final.**

Dessa forma, o consumidor, sem dispor de mecanismos visuais que lhe permitam rapidamente compreender a origem do combustível comercializado e a reputação do seu revendedor (o qual, vale dizer, é o ponto focal com o qual o consumidor se relaciona direta e exclusivamente), encontra-se constantemente exposto a adquirir equivocadamente produtos de procedência desconhecida e prejudicial ao seu bem-estar. **A proteção da marca do combustível, portanto, constitui elemento imprescindível de defesa do consumidor, na medida em que é o mecanismo mais eficiente de correção de assimetrias informacionais entre os combustíveis de qualidades variadas em nosso mercado.**

De qualquer modo, recorde-se, por fim, que **a suposta experiência internacional mencionada pelo estudo do CADE, na realidade, consiste no fato de que a ostentação da marca e a aplicação de obrigações de fidelidade à bandeira não se confundem com o fato de o combustível ser commodity ou não**, inclusive evidenciado de forma contundente pelo estudo de mercado realizado pela IHS Markit (Doc. 05 anexo).

Possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira

Diante de todo o exposto ao longo da presente manifestação, a **PLURAL** entende que o fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira não se justifica



nem do ponto de vista concorrencial, nem do ponto de vista do interesse público constitucionalmente protegido.

Vale destacar que, segundo Parecer da Kantar Consulting sobre a contribuição das marcas para o setor de combustíveis (Doc. 04, pp. 22, 42 e 45), a marca influencia, em média, em 33,7% da decisão de compra de consumidores

Do ponto de vista concorrencial, restou demonstrado que:

- (i) A proteção da marca é fundamental para se garantir a procedência e qualidade do combustível, desafios tais que ainda permanecem uma realidade inegável no País;
- (ii) O fim da tutela regulatória incentivará comportamentos oportunistas e *free-riding* por parte de distribuidores e revendedores, desincentivando investimentos de forma geral no setor de distribuição;
- (iii) Existem eficiências intrínsecas aos contratos de fidelidade à bandeira, sobretudo no que tange à redução de custos de transação e incentivos ao maior planejamento logístico e de abastecimento. Portanto, devem ser preservadas sob um interesse claramente pró-competitivo;
- (iv) Não há efeitos negativos significativos decorrentes das práticas verticais de fidelização. De um lado, a quantidade de revendedores sem qualquer contrato é, para dizer no mínimo, expressiva (44,1%). De outro, o mercado de revenda apresenta baixíssimas barreiras à entrada, descartando qualquer possibilidade de fechamento de mercado por força de contratos de fidelidade.
- (v) **As deficiências no *law enforcement* fragilizam a diferenciação do combustível pela marca** e incentivam a homogeneização do combustível, o que reforça a necessidade da manutenção da tutela pela Agência. Inclusive, a homogeneização do produto poderá servir de incentivo a comportamentos colusivos entre revendedores. Obrigações de fidelidade à bandeira têm atuado como importante mecanismo para os distribuidores imporem controles mais rigorosos sobre as condutas potencialmente ilícitas de seus revendedores.

Do ponto de vista do interesse público amplo, a **PLURAL**, sempre com todo acatamento devido, reitera sua posição de que a distribuição de combustíveis



não pode ser exclusivamente tratada em seu aspecto concorrencial, em se tratando de serviço de utilidade pública. Trata-se, regulatoriamente falando, de uma visão limitada. Impactos adversos na segurança ambiental, consumerista, fiscal e de abastecimento estratégico são fatores necessariamente decorrentes da eventual alteração regulatória sobre o fim da fidelidade, e não podem ser superadas por esta Agência sem a devida Análise de Impacto Regulatório.

Fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores

Nunca é demais lembrar que o poder-dever da ANP de fiscalizar o devido cumprimento das obrigações de fidelidade à bandeira entre revendedores e distribuidores **não pode jamais se confundir com qualquer possibilidade de intervenção do poder público sobre a liberdade de contratar das partes**. Com efeito, os termos de natureza estritamente comercial que sejam celebrados entre revendedores e distribuidores situam-se absolutamente fora do escopo da Resolução ANP 41/2013 (bem como da antiga Portaria ANP 116/2000), sobretudo à luz da própria Emenda Constitucional nº 9/95 e a respectiva Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), que efetivaram a liberdade constitucional de negociação e precificação dos agentes econômicos neste setor.

Fiscalização pela ANP da utilização da marca

A **PLURAL** entende que permanece fundamental o papel do setor público, e em particular da ANP, **exclusivamente no que tange às obrigações sobre fidelidade à bandeira** (i.e. aquisição, armazenamento e comercialização exclusiva, bem como espaços de exposição da marca), tendo em vista a necessária manutenção do atual regime sobre esse tema.

Mais do que isso: sem um mecanismo de fiscalização contínua por parte do Estado (incluindo a ANP) que garanta que o revendedor esteja integralmente comprometido com o produto fornecido pelo seu respectivo distribuidor de reconhecida reputação, não apenas o cenário de livre concorrência se verá prejudicado por condutas desleais, como a própria dinâmica de livre competição entre agentes movidos pelo lucro se mostrará incapaz de impedir a proliferação de episódios de adulteração e sonegação fiscal, com consequentes danos materiais de natureza ambiental e sanitária.

Resta claro, portanto, o papel fundamental da Agência na efetivação do *law enforcement*, via fiscalização ampla e contínua das obrigações sobre fidelidade à bandeira.

Responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa

Conforme exposto na Seção C.I.3 acima, não cabe a qualquer ente regulador, incluindo esta I. Agência, atribuir qualquer **suposta responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados**, independente da existência de culpa, posto que se trata de tema já amplamente legislado e além das competências desta ANP.

Ao contrário do que parece pretender a presente TPC, o tema da responsabilidade solidária não encontra qualquer guarida na competência reguladora desta Agência. Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a responsabilização administrativa objetiva, isto é, independente da verificação de dolo ou de culpa do infrator, seja na seara regulatória *stricto sensu*, seja na tutela administrativa dos direitos do consumidor, consoante os arts. 55 e seguintes do CDC.

Ademais, a solidariedade não se presume, mesmo na esfera civil – na qual se admite responsabilização objetiva, devendo decorrer de expressa determinação legal interpretada estritamente, de forma que não poderia ser imposta por norma infralegal editada por agência reguladora.

Vale ressaltar que não se está a defender que o distribuidor não possa ser responsabilizado por eventuais vícios do produto por ele fornecido, e que esteja sendo comercializado pelo posto revendedor ao consumidor final. Tal responsabilidade é possível, mas não de forma objetiva, mas desde que haja culpa ou dolo pelo problema existente no produto.

//*

Agradecendo a oportunidade de trazer esclarecimentos a essa c. Agência, a **PLURAL** reitera as suas homenagens à ANP e todos os técnicos e órgãos envolvidos na presente TPC para, então, colocar-se, como sempre, à inteira disposição para quaisquer informações adicionais necessárias. Como de praxe, a **PLURAL** pode ser oficiada diretamente e/ou por meio de seu Presidente Executivo,

Sr. **LEONARDO GADOTTI FILHO**, brasileiro, casado, engenheiro, RG n.º 6.762.838 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 024.949.008-08, e/ou seu Diretor Executivo, Sr. **JORGE LUIZ DE OLIVEIRA**, brasileiro, casado, Advogado, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 94472 e no CPF/MF sob o n.º 070.440.625-04.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2018.

**PLURAL - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DISTRIBUIDORAS DE
COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, LOGÍSTICA E CONVENIÊNCIA**