**[VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO]**

Tomada Pública de Contribuições nº 04/2018

**Tutela Regulatória da Fidelidade à Bandeira**

*Position Paper*

Novembro/2018

Prezado(a) Senhor(a),

Em 20 de setembro de 2018, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) o aviso da Tomada Pública de Contribuições nº 04/2018 da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (TPC nº 04/2018), convidando a sociedade a apresentar contribuições, dados e informações sobre a tutela regulatória da fidelidade à bandeira, no período de 21 de setembro a 20 de outubro de 2018. Em 05 de outubro de 2018, este prazo foi prorrogado por 30 dias, portanto, a data limite para envio das contribuições passou a ser o dia 19 de novembro, motivo pelo qual esta contribuição é tempestiva.

A iniciativa insere-se no contexto das medidas regulatórias adotadas após a greve dos caminhoneiros em maio de 2018. Insere-se, também, no bojo das discussões do Grupo de Trabalho (GT) entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a ANP, criado em junho de 2018, com o objetivo de estudar a estrutura do mercado de combustíveis e avaliar medidas regulatórias pró-concorrenciais ao setor.

Desde a instituição do GT, diversas Consultas e TPCs foram abertas pela ANP tangenciando as propostas regulatórias apresentadas ao longo do ano.[[1]](#footnote-2) Citam-se como exemplos a Consulta Pública nº 20/2018, por meio da qual foi apresentada minuta de resolução dispondo sobre a transparência de preços e fórmulas no setor de combustíveis, e a Tomada Pública de Contribuições nº 02/2018, em que foi discutida a possibilidade de venda direta de etanol pelas usinas aos pontos revendedores varejistas. Como será demonstrado a seguir, a maneira fragmentada com que o debate relativo à reestruturação do mercado de combustíveis no Brasil vem sendo conduzido pela Agência acaba prejudicando o desenvolvimento de uma agenda sólida e apta à promoção efetiva da concorrência e da produtividade do setor de combustíveis no Brasil. Ao mesmo tempo em que consultas são lançadas sem que o foco esteja claramente definido, as prioridades definidas no âmbito do iniciativa Combustível Brasil (coordenado pelo Ministério de Minas e Energia) vem sendo constantemente ignoradas e temas estruturais como o modelo tributário, o monopólio de fato no refino e os investimentos em infraestrutura logística necessários para ampliação da produtividade no setor têm sido deixados de lado.

Cumpre pontuar que, diferentemente do debate relativo à proibição da verticalização do setor de varejo de combustíveis, apresentada como a segunda contribuição de caráter regulatório do Cade no documento “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”,* [[2]](#footnote-3)publicado em maio de 2018, e objeto de outra Tomada Pública de Contribuições (TPC nº 03/2018), a tutela regulatória da fidelidade à bandeira não foi alvo de propostas específicas da autoridade de defesa da concorrência. Poucas considerações quanto a contratos de exclusividade foram feitas ao longo dos comentários que as autoridades teceram ao repensar a proibição da verticalização e os estudos empíricos citados pelo Cade sobre restrições verticais de exclusividade, além de territoriais, não diziam respeito ao setor de combustíveis.[[3]](#footnote-4) Entende-se, assim, que a TPC nº 4/2018 é um instrumento inicial de consulta à sociedade sobre eventuais vantagens e desvantagens do modelo regulatório atual.

Ainda nesse sentido, deve ser evidente que qualquer andamento que a ANP venha a dar ao tema discutido nessa TPC deve ser antecedido de um minucioso estudo de impacto regulatório, tendo em vista a ausência de dados empíricos mais objetivos que sustentem o eventual fim da tutela regulatória de fidelidade de bandeira e, principalmente, por conta dos diversos riscos que advêm da adoção das modificações da regulação existente.

O presente documento tem por objetivo apresentar, da perspectiva concorrencial, alguns pontos essenciais ao debate sobre tutela regulatória da fidelidade à bandeira identificados pela **Raízen**, que devem ser ponderados em qualquer discussão que se volte à alteração das normas regulatórias atualmente vigentes. Ressalta-se que o presente texto reflete somente a opinião das empresas que compõem o **Grupo Raízen** – leia-se, Raízen Combustíveis S.A., Raízen Energia S.A. e suas respectivas controladas –, sendo desautorizada qualquer interpretação ou entendimento em sentido diverso.

**INTRODUÇÃO**

Como destacado, a presente manifestação tem por objetivo apresentar as contribuições da Raízen ao debate relativo à manutenção da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, escopo da TPC nº 04/2018 da ANP. Ressalta-se que, nos termos do aviso da TPC, tal qual publicado no DOU, o que está em análise no âmbito desta tomada pública é apenas a manutenção da tutela regulatória hoje existente sobre os contratos de exclusividade estabelecidos entre distribuidores e postos revendedores, e não a possibilidade da existência destes arranjos contratuais.

Ao longo desta manifestação, serão apresentados os motivos pelos quais acreditamos que **o fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira não é o caminho mais adequado para ampliar a concorrência no setor de combustíveis.** Na realidade,a exclusão das sanções regulatórias poderia gerar mais prejuízos do que benefícios ao mercado, afastando o Brasil de um modelo que ao mesmo tempo zele pela garantia do abastecimento, qualidade do combustível e preço acessível ao consumidor.

A exclusividade contratual no setor de combustíveis gera eficiências econômicas, evitando o *hold-up* de investimentos e protegendo aportes em ativos específicos. O modelo regulatório atual ainda produz uma multiplicidade de modelos de governança no mercado *downstream* de combustíveis, o que tem gerado resultados positivos à concorrência e ao consumidor.

Ao viabilizar o *enforcement* contra condutas oportunistas, a tutela regulatória alinha tanto os incentivos para o investimento em diferenciação, viabilizando o modelo de competição dual (revendedores com marcas de distribuidores *vs* revendedores com marca própria), como alinha os incentivos para investimentos em ativos específicos, permitindo a continuidade da competição por embandeiramento. Além disso, ela acaba por reduzir os incentivos à adoção de condutas anticompetitivas no mercado, ao possibilitar uma diferenciação substancial de serviços e produtos.

Ademais, quando usam contratos de exclusividade, as distribuidoras se tornam financiadoras da expansão das redes revendedoras e garantem a qualidade da oferta do produto. Esse quadro ganha ainda mais relevância frente ao elevado risco de comportamentos oportunistas no setor, dada a facilidade de adulteração de combustíveis, de burla aos arranjos de exclusividade e da estrutura tributária hoje vigente. O fim da tutela regulatória teria como consequência a necessidade de incremento significativo dos mecanismos de controle hoje utilizados pelas distribuidoras, implicando aumento de custos para o setor, uma vez que as distribuidoras passariam a ser responsáveis por medidas de controle mais amplas e complexas para garantir a origem e a qualidade do produto adquirido pelo consumidor nos postos de combustíveis.

Em resumo, esta manifestação demonstrará que a manutenção da tutela regulatória da fidelidade à bandeira mostra-se adequada para a continuidade de um mercado competitivo e para a garantia da realização de investimentos de diferenciação por parte das distribuidoras, possibilitando a oferta de produtos e serviços de qualidade ao consumidor, além de diminuir os riscos de práticas anticompetitivas.

Para desenvolver esses argumentos, este documento é dividido em seis partes, para além desta Introdução. Na **Seção 1**, apresentamos críticas ao modo com que a ANP vem conduzindo as propostas recentes de reformas estruturais para o setor de combustíveis, destacando como estes procedimentos são desprovidos de legitimidade e de legalidade. Conforme será demonstrado ao longo desta manifestação, a ANP, impulsionada pelo contexto da crise de abastecimento que se instaurou em maio deste ano, vem conduzindo essas discussões sem adequadamente avaliar os profundos impactos setoriais que apresentam, gerando insegurança e instabilidade aos agentes econômicos, além de aumentar os riscos de postergação de importantes investimentos setoriais.

Na **Seção 2**, apresentamos como o modelo regulatório atual tutela a fidelidade à bandeira, apontando sua relação com a estruturação do setor *downstream* de combustíveis. Cumpre salientar, desde já, que a tutela regulatória da fidelidade à bandeira está presente nos principais mercados mundiais e, até o momento, não há referências concretas sobre o funcionamento positivo de mercados onde a tutela regulatória não ocorra.

Feitas estas ponderações, na **Seção 3**, demonstramos como a obrigação de exclusividade, originada neste contexto regulatório, encontra respaldo em razões relacionadas à eficiência econômica, tendo como um de seus principais efeitos evitar o *hold-up* de investimentos, promovendo, com isso, eficiência econômica a partir da proteção de substanciais investimentos por parte das distribuidoras em ativos específicos no setor de combustíveis. Apresentaremos, ainda, dados de dez países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Argentina, Austrália, Tailândia, Turquia, Chile e México), nos quais se verificou que os contratos de fornecimento de combustíveis estabelecidos entre distribuidores e revendedores poderiam apresentar cláusulas de exclusividade e que, para além das penalidades contratualmente previstas, órgãos reguladores exerciam um papel essencial de fiscalização dessas relações.

Já na **Seção 4**, diferenciamos os modelos de governança que emergem da racionalidade econômica embutida no atual modelo regulatório: de um lado, os contratos de exclusividade, estabelecidos com postos que ostentam marca comercial de uma distribuidora e que possuem vários níveis de proteção aos investimentos em ativos específicos; de outro, as relações comerciais estabelecidas com postos com marca do varejista/revendedor, em que não há preocupação com esses tipos de investimentos. Esse modelo dual aumenta o bem-estar geral no setor, desempenhando a tutela regulatória um papel central no combate a comportamentos oportunistas.

Feitas essas ponderações, analisamos, ao longo da **Seção 5**, os prováveis impactos na concorrência a partir do fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, demonstrando que o modelo de competição por diferenciação relacionado à exclusividade somente foi possível a partir do *enforcement* não só contratual, mas também regulatório da fidelidade. Ou seja, sem a tutela regulatória da exclusividade, corre-se o risco de não acontecerem os benefícios de eficiência econômica discutidos nas seções anteriores.

Por fim, na **Seção 6**, faremos uma breve conclusão, reforçando a necessidade do aparato regulatório para a manutenção dos incentivos para o investimento em ativos específicos no setor *downstream* de combustíveis.

1. **CRÍTICAS AO PROCESSO REGULATÓRIO ATUALMENTE CONDUZIDO PELA ANP**

Nos últimos meses, a ANP lançou uma série de Tomadas Públicas de Contribuições – que não contam com previsão em qualquer regulamento da Agência – com o intuito de discutir propostas de mudanças estruturais ao setor de combustíveis no Brasil. A primeira delas (TCP nº 01/2018), que ocorreu como resposta rápida e urgente da ANP à crise de abastecimento que se instaurou em maio deste ano, se voltou à “*análise sobre eventual elaboração de ato normativo estabelecendo periodicidade mínima para o repasse do reajuste do preço dos combustíveis*”, uma das propostas dos transportadores envolvidos na greve.

Subsequentemente, outras três TPCs, com motivos e objetos diferentes, foram abertas. A TPC nº 02/2018 buscou colher contribuições sobre a revisão do art. 6º da Resolução ANP nº 43/2009, que proíbe a venda direta de etanol das usinas para os postos varejistas. Já a TPC nº 03/2018, atualmente em curso, analisa “*a verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis*”, indicando a possível revisão de importantes normas setoriais específicas. Por fim, a TPC nº 04/2018, objeto da presente manifestação, abriu prazo para contribuições sobre a elaboração de um ato normativo que determinasse o “*fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira*”. Além destas TPCs, outras propostas de revisão de normas importantíssimas e estruturais do setor foram apresentadas pela Agência, como a minuta de resolução dispondo sobre a transparência de preços e fórmulas no setor (Consulta Pública nº 20/2018).

A abertura de parte das propostas elencadas acima (TPCs nº 2, 3 e 4) foi justificada nas medidas apresentadas pelo Cade no documento “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”*, bem como nas recomendações específicas do Conselho que sobrevieram após a crise de abastecimento que assolou o país no início do ano.

Além de incorrer em vícios de legalidade e ir de encontro às boas práticas regulatórias, a série de medidas propostas pela ANP desconsiderou por completo o contexto deliberativo anteriormente criado no âmbito da iniciativa Combustível Brasil. Com efeito, as ações recentes da Agência, feitas às pressas após a crise de abastecimento de maio deste ano, revelam uma ação estatal que não foi devidamente ponderada e que busca respostas fragmentadas para questões extremamente complexas, sem as devidas análises do impacto regulatório que apresentam. É o que se passa a demonstrar a seguir.

* 1. **A atual revisão vai de encontro ao que vinha sendo deliberado no âmbito da iniciativa Combustível Brasil**

Entre setembro de 2016 e fevereiro de 2017, o governo federal conduziu 23 reuniões com a participação de todas as instituições e agentes do mercado de combustíveis[[4]](#footnote-5) para discutir o panorama do setor e identificar diretrizes, mudanças e intervenções necessárias à reestruturação do mercado que se iniciava, motivada principalmente pela nova política de preços da Petrobras e pela redução da atuação da estatal no mercado *downstream*.[[5]](#footnote-6) Assim, como resultado direto destas discussões, o Ministério de Minas e Energia (MME), a ANP e a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) lançaram, conjuntamente, a iniciativa “Combustível Brasil”, com o objetivo de “*buscar um mercado de combustíveis com oferta compatível com o crescimento da demanda, capaz de atender ao consumidor brasileiro em condições adequadas de preço e qualidade, em um ambiente regulatório objetivo, claro e favorável aos investimentos para expansão do setor de downstream*”.[[6]](#footnote-7)

As discussões travadas nos inúmeros encontros setoriais que ocorreram no âmbito da iniciativa deram origem a 32 propostas para a promoção da concorrência e dos investimentos no setor de combustíveis, que foram objeto de Consulta Pública aberta pelo MME[[7]](#footnote-8), por meio da qual qualquer interessado pôde propor alterações ao relatório e a qualquer uma das propostas. Com base nestas contribuições, uma versão final das propostas e do relatório foi consolidada, mais uma vez a partir de reunião que contou com a participação de atores governamentais e privados, realizada em 03 de maio de 2017.

Com a definição das diretrizes estratégicas para o setor e a criação do Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis, demais Derivados de Petróleo e Biocombustíveis (CT-CB) [[8]](#footnote-9), responsável pela implementação das propostas da iniciativa Combustível Brasil, o referido Comitê vem discutindo e propondo estas medidas. Inúmeras reuniões foram realizadas e houve divulgação de relatórios abrangentes com as decisões e propostas sugeridas pelos seus Subcomitês temáticos.[[9]](#footnote-10)

Este contexto deliberativo foi desconsiderando por completo pela revisão proposta pela ANP por meio das TPCs recentemente abertas – as quais, ressalta-se, não contam com previsão em qualquer regulamento da Agência. A atual revisão vai de encontro ao que vinha sendo deliberado pela Agência juntamente com outras instituições e agentes regulados, tanto no conteúdo quanto na forma de condução do debate, e vem gerando uma enorme insegurança e instabilidade aos agentes econômicos que atuam no mercado de combustíveis. Além da ação contraditória, a ANP sequer justificou o abandono da iniciativa Combustível Brasil, tampouco os motivos pelos quais as novas diretrizes foram priorizadas.

Resta patente, portanto, que a Agência não cumpriu com os deveres de responsabilidade e racionalidade na condução de suas ações, agindo, na realidade, de forma descoordenada e contraditória com as propostas do Combustível Brasil, com riscos de encaminhamentos conflitantes nas duas esferas. Com efeito, por meio de Subcomitês Temáticos (Infraestrutura, Concorrência e Competitividade, Abastecimento e Tributação), o Comitê Técnico do Combustível Brasil vem conduzindo uma série de reuniões e trabalhos periódicos sobre reformas no setor, abrangendo objetivos buscados pela ANP nas TPCs atual ou recentemente em curso. A proposta nº 10, por exemplo, sob cuidados do Subcomitê de Concorrência, prevê justamente a “*realização de estudos acerca das estruturas de mercado e da atuação integrada nos diversos elos da cadeia de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo, tendo em vista a necessidade de garantir a atratividade para novos investimentos”*. De maneira conflitante à presente TPC, a proposta nº 23 prevê “*aperfeiçoar a atuação regulatória de modo a evitar cláusulas contratuais potencialmente danosas à concorrência e/ou que afetem a garantia do suprimento de combustíveis, biocombustíveis e demais derivados de petróleo”*.[[10]](#footnote-11)

A ausência de coordenação entre essas duas esferas também traz inúmeras preocupações à garantia de investimentos setoriais. Cumpre pontuar que, enquanto as TPCs visam apenas a ampliar a concorrência[[11]](#footnote-12), a iniciativa Combustível Brasil conjuga o aumento da competitividade ao estímulo a investimentos na infraestrutura do setor.

Em termos de responsabilidade do Estado, as ações recentes da Agência também violam este dever ao ignorar etapas essenciais da construção de boas políticas regulatórias. Ademais, diferentemente do que se verificava no âmbito da iniciativa Combustível Brasil, o processo regulatório que vem sendo conduzido pela ANP não traz consigo qualquer confiança, legítima e necessária, aos agentes atuando no setor.

* 1. **Ausência de motivação e de transparência na escolha administrativa**

As iniciativas recentes da ANP vão igualmente de encontro aos princípios de motivação e de transparência que devem pautar as ações da Administração Pública (art. 1º, art. 5º, inc. LIV, e 37 da CRFB), tornando-se questionáveis do ponto de vista das boas práticas regulatórias.

A propositura de TPCs com o potencial de alterar significativamente o setor de combustíveis no Brasil traz inúmeros impactos e acaba por desestabilizar o mercado, de modo que deveriam ter sido ser precedidas por motivação adequada e ampla transparência. Com efeito, a mera propositura das medidas consiste em indicativo de que a Diretoria da ANP, ainda que de maneira inicial, tende a se posicionar pela conveniência e oportunidade da alteração destes normativos. Contudo, os motivos destas revisões não foram devidamente explicitados.

Em um ambiente altamente regulado como o que ora se analisa, a deflagração de um processo de revisão normativa setorial gera custos e prejuízos externos significativos aos agentes do setor, os quais precisam ser considerados – de forma motivada e transparente. Os custos envolvem a inevitável desestabilização do mercado e o risco de postergação de investimentos setoriais.

* 1. **Imprescindibilidade de Análise de Impacto Regulatório efetiva**

Em linha com o anteriormente exposto, cumpre pontuar que, mesmo em estágios iniciais, as decisões da ANP geram profundos impactos setoriais, especialmente quando se voltam à revisão ou elaboração de atos normativos, cujos efeitos não raramente extrapolam o âmbito dos agentes regulados, afetando o bem-estar de toda a sociedade. Por esse motivo, tais iniciativas devem ser precedidas de uma ponderação racional e motivada entre os custos e benefícios econômicos e sociais envolvidos, efetivando princípios como o devido processo legal e a proporcionalidade.

À luz do exposto, observa-se desrespeito ao devido processo legal regulatório, na medida em que a Agência se posicionou pela conveniência da adoção de normas capazes de alterar fundamentalmente o marco setorial, sem que tenha sido realizado a necessária Análise de Impacto Regulatório (AIR).

É possível conceituar a AIR como um “*processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes*”[[12]](#footnote-13). O instrumento auxilia o agente público a identificar a abordagem regulatória mais efetiva e a considerar as alternativas existentes antes de eleger um curso de ação, conferindo racionalidade à ação estatal, sendo especialmente relevante no ambiente regulatório.

O procedimento é recomendado enquanto boa prática regulatória pela vasta doutrina acadêmica e por organismos internacionais, como a Organização pra Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).[[13]](#footnote-14) A OCDE é clara ao sugerir que, nos processos regulatórios, as agências disponibilizem, na medida do possível, todo o material e dados relevantes ao processo, além de recomendar a realização de AIR “*desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação*”.[[14]](#footnote-15) Em 2017, a própria ANP atribuiu a sua Secretaria Executiva a competência regimental de orientar a elaboração de AIRs e monitorar sua aplicação no âmbito da Agência, reconhecendo, assim, a importância do procedimento.[[15]](#footnote-16)

Como destacado anteriormente, a ausência de uma proposta efetiva de revisão normativa, como acontece na presente TPC, não prejudica em nada a necessidade de AIR. Ainda que em estágios iniciais, propostas de alterações setoriais, ainda que limitadas a intenções, já são capazes de sinalizar a diretriz da alteração pretendida e, com isso, causar impactos suficientes a exigir a realização de AIR.

Portanto, diante da complexidade e relevância das alterações setoriais propostas por meio das TPCs, a inexistência de AIR prévia à definição das normas que a ANP pretende revisar, além de evidenciar a ausência de devida motivação, impossibilita que a Agência identifique a abordagem regulatória mais efetiva e adequada dentre um leque de opções existentes para um curso de ação, viciando as iniciativas de patente ilegalidade.

No caso específico da presente TPC, que trata da manutenção da tutela regulatório da fidelidade à bandeira, esta análise deveria considerar, sem prejuízo de outros, os seguintes pontos:

1. Custos de fiscalização que a ANP incorre em atividades relacionadas à fiscalização da fidelidade à bandeira, avaliando se eles representam custos marginais da Agência de outras atividades por ela já realizadas (como a análise de dados cadastrais de forma remota e as visitas fiscalizatórias aos postos revendedores);
2. Número de denúncias de descumprimento da fidelidade à bandeira recebidas pela Agência nos últimos 3 ou 5 anos, bem como os índices de efetividade e de respostas da ANP a estas denúncias;
3. Número de autuações relacionadas ao descumprimento da fidelidade à bandeira registradas e os valores de multa aplicados pela Agência nos últimos 3 ou 5 anos;
4. Ponderação entre os custos envolvidos com a atividade fiscalizatória (cf. item ii) e o montante arrecadado pela Agência por meio da aplicação de multas nos casos em que restou comprovado o descumprimento da fidelidade à bandeira (cf. item iii);
5. Correlação entre a fiscalização da fidelidade à bandeira e outras irregularidades regulatórias. Em outras palavras, verificar se, nas autuações relacionadas à fidelidade à bandeira, também foram constatadas outras irregularidades, evitando, assim, danos aos consumidores e ao mercado;
6. Futura destinação dos recursos que atualmente são aplicados na fiscalização da fidelidade à bandeira;
7. Benefícios esperados com o fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira aos agentes regulados, ao mercado e aos próprios consumidores.
8. **A TUTELA REGULATÓRIA DA FIDELIDADE À BANDEIRA**

No Brasil, a legislação vigente, consubstanciada na Resolução da ANP nº 41/2013[[16]](#footnote-17), que regulamenta a atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos e que revogou a anterior Portaria da ANP nº 116/2000, prevê que os postos revendedores que optarem por se vincular a uma marca específica devem somente adquirir e vender combustíveis por ela fornecidos, sob pena de aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847/1999[[17]](#footnote-18). Esse quadro normativo embasa a tutela regulatória da fidelidade à bandeira e está na origem da relação de exclusividade entre distribuidores e revendedores.

O modelo protegido por meio desta regulação ao mesmo tempo em que veda a verticalização no setor *downstream* de combustíveis[[18]](#footnote-19), tutela a presença de contratos de exclusividade entre distribuidores e postos revendedores, por meio da aplicação de sanções regulatórias em caso de descumprimento das condições previstas para o embandeiramento. Esse modelo foi estabelecido simultaneamente à liberalização mais geral do mercado de combustíveis a partir da década de 1990. Desde então, o mercado de revenda de combustíveis, antes restrito a postos com contratos de exclusividade com distribuidoras, passou a contar com um novo segmento, os revendedores com marca própria, que não se vinculam por contratos de exclusividade a nenhuma distribuidora.[[19]](#footnote-20)

Tal estruturação do setor *downstream* de combustíveis, que estabeleceu dois pilares no elo da revenda (postos com marca da distribuidora e postos com marca própria), possibilitou o aumento da concorrência do setor, por meio do ingresso de novos investidores no mercado e do estabelecimento de várias distribuidoras com abrangência regional ou local que passaram a atuar em contestação às distribuidoras existentes, geralmente nacionais. Nos últimos meses, essas distribuidoras ganharam cerca de 7 (sete) pontos de *share* nos mesmos mercados, passando a deter, no pico, antes do congelamento do diesel, 34,5% do mercado, como demonstra o gráfico abaixo.

**Gráfico 1: Evolução da participação de mercado das distribuidoras (2015-2018)[[20]](#footnote-21)**

1. **FIDELIDADE À BANDEIRA: EXCLUSIVIDADE COMO MEIO DE GARANTIR A EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

A existência de dois segmentos de revenda, cada qual com uma tutela regulatória específica, trouxe consequências práticas para as estratégias negociais das distribuidoras de combustíveis. Por meio dos contratos de exclusividade, as distribuidoras engendraram formas de fortalecer sua marca e agregar serviços aos postos que optassem por vinculação direta com a bandeira, sem prejuízo de venderem seus combustíveis a postos com marca do varejista e sem contrato de longo prazo.[[21]](#footnote-22)

A análise do setor demonstra que a obrigação de exclusividade encontra respaldo em razões relacionadas à eficiência econômica, refletidas no contexto regulatório supracitado. Com efeito, a possibilidade de embandeiramento tem levado as distribuidoras a realizarem fortes investimentos em marca e na diferenciação de produtos, aprofundando, de maneira conexa, os investimentos em ativos específicos, como o fornecimento de maquinário a postos revendedores, a transferência de *know-how* e a infraestrutura necessária para garantir o abastecimento – afinal, ao respeitar a exclusividade, o revendedor recebe como contrapartida a garantia total de abastecimento, evitando que a revenda tenha que se preocupar com questões como estoques reguladores, aumento ou redução repentina de demanda, entre outras*.*

O investimento nesses ativos exige, como contrapartida, uma proteção que traga segurança e estabilidade a essas relações, de modo que a exclusividade e, em especial, sua tutela regulatória, torna-se essencial para evitar o problema de *hold-up* de investimentos (subinvestimento em ativos de produção relevantes para determinado propósito), com benefícios diretos ao consumidor, que se vê diante de um mercado com produtos diferenciados, e ao próprio mercado, ao diminuir os riscos envolvidos com a adoção de condutas anticompetitivas. No mais, inserida no modelo dual de concorrência entre postos, indicado no parágrafo anterior, a exclusividade acaba por sofrer pressão competitiva por preço dos postos com marca do varejista/revendedor, o que acaba, por fim, resultando em um mercado com crescente grau de diferenciação e com preços competitivos. É o que se passa a detalhar a seguir.

**3.1. Objetivos de eficiência econômica normalmente associados à exclusividade**

A racionalidade econômica por trás da exclusividade está centrada, como se verá adiante, na solução do problema de *hold-up*, na redução dos custos de transação e na proteção de investimentos em ativos específicos, e é intensificada em mercados onde é desejável, se não necessário, estabilizar a longo prazo as expectativas contratuais pactuadas e majorar as eficiências econômicas na distribuição.

As características do setor de distribuição de combustíveis contribuem para a necessidade de exclusividade entre distribuidoras e revendedores, gerando um modelo de negócios potencializado pelas eficiências econômicas da exclusividade que devem ser refletidas também no âmbito regulatório do setor. A racionalidade econômica existente, portanto, propicia benefícios mútuos diversos que devem estar apoiados também pela regulação setorial, sob pena de essa regulação estar descolada da prática do mercado.

Como mencionado, a pactuação da exclusividade está normalmente associada a objetivos de eficiência econômica, sendo esse o entendimento, inclusive, de órgãos judiciais e administrativos que se debruçaram sobre o assunto.

Nesse sentido, o STJ já se pronunciou sobre o tema em algumas oportunidades[[22]](#footnote-23), tendo consignado o entendimento de que os contratos de exclusividade estão de acordo com o direito da concorrência, como no Recurso Especial nº 188.947/PR:

4. Não há razão alguma para configurar, no caso, abuso de poder econômico, à medida que os contratos feitos sob a cobertura constitucional, legal e regulamentar não caracterizam domínio de mercado nacional ou eliminação total ou parcial da concorrência. **Todas as empresas que operam sob o regime de exclusividade de bandeira podem adotar o mesmo sistema contratual, não estando, no caso, configurada a concorrência desleal.** (STJ - REsp: 188947 PR 1998/0069066-2, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 09/12/1999, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação DJ 08/03/2000, p. 105, RSTJ, vol. 133, p. 301)

Ou seja, de acordo com o correto entendimento do STJ, a tutela regulatória da exclusividade pela ANP não impede que, caso postos revendedores entendam ser mais eficiente não atuar por meio de contratos de exclusividade, eles atuem sem esse modelo contratual.[[23]](#footnote-24) A tutela regulatória não obriga a exclusividade.

De modo semelhante, a evolução do Direito Antitruste vem há muito admitindo que restrições inter e intramarcas não devem ser consideradas ilícitas quando justificadas pela geração de eficiências na produção ou distribuição de produtos. De fato, ainda que acordos de exclusividade caracterizem a mais significativa restrição intermarcas, eles possibilitam eficiências que não poderiam ser alcançadas caso não fossem celebrados. Na ocasião do julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02[[24]](#footnote-25), por exemplo, em que foram analisados justamente contratos de exclusividade no fornecimento e revenda de combustíveis, o Cade considerou que, ao entrar em relação comercial estável com a distribuidora, ao invés de adotar o modelo sem exclusividade, o posto revendedor recebe influxo de investimentos, na forma de “*equipamentos e a estrutura necessária para vender seus produtos*”, o que em muito justificaria a adoção de cláusulas de exclusividade. Assim, a relação estabelecida entre as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores não ensejaria uma relação monopolista de uma parte em relação à outra, mas sim um contrato com vistas a viabilizar as atividades de revenda, já que as empresas distribuidoras somente podem escoar sua produção por meio de postos de gasolina:

“as distribuidoras de combustível não são permitidas a vender o produto diretamente ao consumidor e por isso, revendem o combustível para postos que, por sua vez, vendem para o consumidor. Os postos podem exibir a marca comercial de uma distribuidora ou podem optar por não ostentar marca alguma, os quais são chamados de ‘bandeira branca’.

Assim, no momento em que o posto revendedor decide por exibir uma marca de distribuidora, esta fornece àquele os equipamentos e a estrutura necessária para vender seus produtos.” [[25]](#footnote-26)

Reconhece-se, assim, que a exclusividade é medida relevante na promoção de eficiências econômicas múltiplas. Ao promover a lealdade dos postos e o alinhamento de esforços entre o elo da distribuição e da revenda, a exclusividade garante a realização de investimentos em ativos específicos por parte das distribuidoras, conferindo maior segurança ao retorno destes investimentos. Com isso, evita-se o problema de *hold-up*, especialmente problemático no mercado de combustíveis, tendo em vista a adoção frequente de comportamentos oportunistas, fruto da própria estrutura tributária do setor. A seguir, detalhamos essas eficiências.

1. ***Promoção da lealdade do revendedor, incentivando o esforço de venda do revendedor a um produtor específico, reduzindo o custo de monitoramento dos contratos.***

Uma primeira eficiência econômica da exclusividade a ser destacada é a promoção da lealdade, ou seja, do incentivo para que os esforços do distribuidor e do revendedor sejam empregados de forma alinhada. Por meio da exclusividade, o revendedor também passa a ter seu interesse voltado à maximização das vendas do produto de seu distribuidor exclusivo, que representa a totalidade de suas próprias vendas.

Situação muito diferente se constrói quando ausente a exclusividade, na medida em que, nesse caso, os esforços do revendedor são diluídos entre as diversas marcas negociadas e, consequentemente, a racionalidade econômica centra-se na maximização da quantidade de produtos vendidos, independentemente da procedência de um ou outro distribuidor. Em sentido contrário, se há exclusividade, ambos os contratantes buscarão expandir a venda dos mesmos produtos, o que, em última análise, diminui sensivelmente os custos de monitoramento do contrato: não há racionalidade econômica na busca por resultado diverso do que a maximização das vendas da marca exclusiva.

1. ***Aumento da possibilidade de produtores e distribuidores planejarem conjuntamente o negócio de forma mais estável, reduzindo custos de transação (garantia de fornecimento, manutenção de estoques, planos de expansão, além de outros).***

De forma conectada ao alinhamento dos esforços entre o revendedor e o distribuidor para maximização das vendas, a exclusividade também acaba fomentando o planejamento conjunto entre a distribuição e a revenda, diminuindo os custos de coordenação entre esses elos, o que a longo prazo estabiliza ativamente as expectativas contratuais e, portanto, diminui os custos de transação. Essa diminuição é intensificada ao se levar em conta os fatores determinantes aos quais a Teoria dos Custos de Transação dá maior destaque: a racionalidade limitada, a complexidade e incerteza, o oportunismo e a especificidade dos ativos.[[26]](#footnote-27)

Em termos práticos, por meio do estabelecimento desses contratos de exclusividade, que, como já destacado, duram em média de 5 (cinco) anos, as distribuidoras e revendedores conseguem planejar conjuntamente diversos fatores que não seriam possíveis na ausência da exclusividade. Por exemplo, com a certeza de que o revendedor somente adquirirá combustíveis da distribuidora com a qual firmou o contrato exclusivo de fornecimento, ambos conseguem ter informações mais claras quanto ao volume de combustíveis vendidos pelo posto ao consumidor final, possibilitando, com isso, o cálculo de um estoque adequado à operação do posto. Além de um estoque adequado, o posto encontrará, nesses contratos, uma garantia de que os combustíveis serão entregues em uma periodicidade determinada e flexível, e as distribuidoras de que haverá uma demanda por esses mesmos combustíveis. Essa sinergia gera estabilidade e segurança à relação.

A garantia de fornecimento e, frequentemente, também de demanda, repercute em mitigação de falhas de mercado relacionadas à assimetria de informações, especialmente por permitir que termos conjuntamente negociados reduzam as incertezas típicas da negociação de contratos. A complexidade, por sua vez, é mitigada através do alinhamento a longo prazo das expectativas, não mais completamente sujeitas às variações sazonais do mercado.

A redução de incerteza e da imprevisibilidade dos acontecimentos econômicos e mudanças nas condutas dos agentes incentiva investimentos e possibilita ganhos de coordenação expressos, por exemplo, em planos conjuntos de expansão, realizados com base na previsão de que o fornecimento não será interrompido sem motivação. Deve-se ressaltar, ainda, que por se tratar de um setor de negócios em que a margem é reduzida (em geral lucra-se pouco por unidade vendida), é necessário aumentar o volume das operações de modo a tornar a atividade sustentável.

1. ***Impedir o free-riding dos distribuidores, garantindo um maior fluxo de investimentos nas atividades de distribuição.***

Para além de fomentar a lealdade e permitir o planejamento conjunto entre as partes, cláusulas de exclusividade também impedem o efeito carona dos distribuidores, garantindo um maior fluxo de investimentos nas atividades de distribuição, na medida em que a garantia de fornecimento e demanda propiciada pelos acordos de exclusividade potencializa a realização de investimentos, tanto para a entrada quanto para aprimoração dos serviços.

Com a exclusividade, em suma, aquele distribuidor que realiza investimentos para aprimorar seu combustível, por meio de investimentos na capacidade de oferta e na infraestrutura, tem uma garantia adicional de que a demanda pelo seu produto não será afetada pelo comportamento oportunista de revendedores e outros distribuidores. Um exemplo do fenômeno de *free-riding* seria o de um posto de gasolina que anuncia que vende combustível de determinada marca, mas que, após o fim da tutela regulatória da exclusividade, passa a comprar e vender combustíveis também de distribuidores que não possuem investimentos substantivos em ativos específicos (e, portanto, que não são da marca anunciada).

1. ***Fomento ao investimento em ativos específicos, ao garantir a amortização e a remuneração dos aportes inicialmente feitos.***

Por meio dessas eficiências, a exclusividade acaba por garantir os investimentos em ativos específicos no mercado de combustíveis. Ativos específicos podem ser entendidos como aqueles que não podem ser utilizados em outras relações sem que se verifique uma perda relevante de seu valor. Ou seja, justamente porque *específicos* àquela relação, a continuidade do relacionamento entre as partes é condição para garantir que não ocorra a sua desvalorização. Como será profundamente explorado no item 3.2 desta manifestação, no mercado de combustíveis a marca da distribuidora, os maquinários, dentre outros, são exemplos de ativos específicos.

A lógica por trás desse reconhecimento da literatura econômica é relativamente simples. Quanto mais específico for um ativo a determinada relação comercial, ou seja, quanto maior for a sua chance de desvalorização caso as partes rompam o relacionamento, menores serão os incentivos esperados para que a distribuidora invista nesses bens e serviços. Isso porque a incerteza intrínseca a uma relação que poderia, ausente a exclusividade, sofrer descontinuidades ou mesmo ser rompida, naturalmente faria com que não fossem feitos os investimentos nesses bens. A exclusividade, assim, ao proporcionar a garantia da demanda, a lealdade e a estabilidade do contrato gera condições essenciais à realização desses investimentos.

À parte da relação de confiança, também pesam para o aumento de investimentos em ativos específicos a garantia de amortização e a remuneração dos aportes inicialmente feitos, potencializada pela estabilização de expectativas e constância do fornecimento, o que diminui as chances de que a distribuidora que investe em ativos específicos visando o sucesso da entrada de um revendedor não tenha retorno capaz de cobri-los, por exemplo. Em termos práticos, o valor que a distribuidora de combustíveis receberá através da venda de combustíveis a um posto que tem com ela um contrato de compra exclusivo tem que compensar os gastos que ela teve com os investimentos no fornecimento de maquinário, na sua marca, etc. A exclusividade garante, *a priori*, que essa remuneração esteja presente ao longo de todo o contrato (visto que o posto não pode comprar com outra distribuidora). Conseguindo fazer essa estimativa de remuneração, a distribuidora consegue calcular se conseguirá recuperar, ao longo do tempo, os investimentos específicos feitos naquele posto.

No setor de combustíveis, a exigência de um montante de investimento em ativos físicos específicos e em marca estimula um desenvolvimento institucional que propicie a confiança dos atores para a realização desse montante de investimento. Parte desse desenho institucional é justamente a tutela regulatória da exclusividade, que diminuirá os riscos de desvios súbitos de demanda.

1. ***Evitar o hold-up de investimentos, reduzindo o risco de subinvestimento por parte do setor privado.***

Consequentemente, a exclusividade acaba por reduzir o *hold-up* de investimentos, situação em que a existência de contratos incompletos em setores que exigem investimentos específicos repercute na indisposição de um dos agentes do contrato em investir por temer um futuro prejuízo. Assim, havendo benefícios mútuos para distribuidor e revendedor advindos da interação, sendo que um agente no mercado não é capaz de receber sozinho todos os proveitos do investimento, é necessário que os dois agentes estejam de alguma forma efetivamente integrados, para o ideal aproveitamento desses investimentos.

A estruturação de um mercado que reduza os riscos futuros de prejuízo estimula investimentos e contorna o subinvestimento por parte do setor privado, que passa a ter incentivos a investir nesses ativos específicos, ao mesmo tempo em que diminui seus riscos.

A situação é mais visível quando distribuidores e revendedores necessitam realizar investimentos específicos *ex ante*, já que, ainda que a concorrência no revendedor possa também trazer estímulos aos investimentos, produz ineficiências de vários tipos, mais notadamente sob a forma de *hold-up* de investimentos e problemas de coordenação.[[27]](#footnote-28) Assim sendo, como o investimento, tanto pela distribuidora quanto pelo revendedor, necessariamente produzirá externalidades positivas que serão absorvidas pelo outro agente, que não precisa ter realizado investimentos, a coordenação entre eles deve ser afinada a ponto de permitir a total absorção dessas externalidades.

Não fosse assim, a distribuidora, que em geral é o agente de mercado com maior capacidade de realizar investimentos, seria desincentivada a investir, já que as externalidades existentes, aliadas ao risco inerente da atividade, fariam com que a manutenção dos recursos fosse mais benéfica do que sua aplicação na forma de incentivos. Situação, portanto, em que se configuraria *hold-up* e subinvestimento.

Havendo exclusividade, esse quadro é alterado. Há melhor aproveitamento das externalidades, em primeiro lugar, e redução significativa do risco inerente, em segundo. Os ganhos de coordenação permitem que distribuidor e revendedor estejam alinhados em suas estratégias e na forma de sua operacionalização, permitindo que as externalidades do investimento se expressem sob forma de ganhos mútuos. A estabilização do fornecimento e da demanda, por sua vez, tem o condão de diminuir o risco de que os investimentos não sejam recuperados, situação econômica a ser evitada.

Portanto, sob o prisma da disponibilização de investimentos, os acordos de exclusividade desempenham papel central, justamente por permitir ganhos de coordenação e estabilização de expectativas em quantidade não acessíveis por transações contratuais *spot* ou outras de duração e relação de confiança menos intensas.

**3.2. A exclusividade no setor de combustíveis está intrinsicamente associada à proteção de investimentos específicos**

Dessa forma, considerando as eficiências econômicas discutidas acima, a exclusividade no setor de combustíveis está intrinsicamente relacionada ao estímulo e proteção de investimentos em ativos específicos. Com efeito, o mercado *downstream* de combustíveis reúne características que o tornam mais apto ser mais eficiente mediante exclusividade entre distribuidores e revendedores.

A tutela contratual e regulatória da fidelidade à bandeira é reflexo das próprias características da revenda de combustíveis, que tornam a exclusividade cláusula essencial à garantia de eficiência e de investimentos no setor. A revenda exige, por exemplo, fornecimento estável e sem interrupções, já que qualquer ineficiência de coordenação pode repercutir em graves perdas de bem-estar para o consumidor. No mesmo sentido, a distribuição busca, com o relacionamento com postos bandeirados, fortalecer sua marca e ter uma garantia de demanda estável, que propicie o investimento em pesquisas e desenvolvimento de linhas de produtos e serviços diferenciados, bem como planejamento de aquisição de insumos das fontes supridoras e investimento em ativos para importação de derivados de petróleo. A relação de exclusividade, assim, permite que sejam construídas conjuntamente formas de aprimorar a coordenação entre os agentes econômicos, como através do acompanhamento dos estoques no posto de revenda, implementação de sistemas integrados de informação ou outros benefícios que minimizem custos operacionais.

Da mesma forma, a exclusividade tem papel central no setor dada a importância da marca. A assimetria de informações entre o consumidor e o fornecedor é bastante reduzida quando há a salvaguarda de que, ao negociar com determinado posto que ostenta a marca de uma distribuidora, o consumidor terá mais garantias de qualidade que são fornecidas pela distribuidora também em outros postos sob mesma marca.

Sob o viés concorrencial, são ainda mais notáveis as vantagens relacionadas aos investimentos específicos, já que a existência de exclusividade acaba por reduzir sensivelmente as barreiras à entrada no setor, na medida em que as especificidades dos ativos poderiam levar a graves problemas de *hold-up* de investimentos, se não acompanhada pela exclusividade, o que dificultaria a entrada de concorrentes e arrefeceria a concorrência pelo consumidor.

Assim, pode-se afirmar que o estímulo de investimento em ativos específicos tem resultado claramente pró-competitivo e se dá por meio da pactuação de exclusividade graças à existência de ativos específicos físicos, humanos e, em menor grau, dedicados, além da própria marca.[[28]](#footnote-29)

Quanto aos ativos específicos físicos, em todo o ambiente do posto de revenda podem ser percebidos: o maquinário tem exigências próprias que devem ser atendidas por razões de segurança e de operabilidade com a distribuidora, além do *layout* que deve ser padronizado a fim de reduzir as assimetrias de informação com o consumidor, entre outras especificidades.

Os ativos humanos, por sua vez, estão relacionados principalmente à transferência de *know-how* de operação, o oferecimento de serviços relacionados à gestão técnico-administrativa, financeira, ambiental e normativa, o que é de especial importância considerando os impactos que uma má-gestão do revendedor pode infligir ao consumidor e ao meio ambiente.

Ativos dedicados existem quando é tamanha a relação de dependência que é inviável o uso do ativo se finalizado o relacionamento comercial. Quanto maior a coordenação entre o distribuidor e revendedor, maior a tendência que tenham aplicados ativos dedicados. São exemplos os sistemas integrados de informação ou de controle de estoque, ainda que não sejam necessariamente a regra em todas as redes revendedoras, além de referências explícitas à marca ou qualquer outro benefício exclusivo daquela relação contratual.

Por fim, a marca constitui ativo intangível que diferencia postos que ostentam marca comercial de distribuidores dos postos com marca do varejista/revendedor. Além de possibilitar a transmissão de informações ao consumidor relativas aos atributos do produto, especialmente de qualidade, a marca também está atrelada a uma série de benefícios a ela associados, como serviços exclusivos e programas de fidelidade. Com efeito, vultuosos são os investimentos em marketing e logística anualmente feitos pelas distribuidoras no mercado brasileiro de comercialização de combustíveis. [ACESSO RESTRITO]

Por isso, sabendo da recorrência de ativos específicos no mercado *downstream* de combustíveis, fica evidente que a exclusividade é essencial para evitar o problema de *hold-up* e promover eficiências diversas, protegendo os investimentos realizados pelo distribuidor, permitindo economias relativas aos custos de transação, e possibilitando ganhos consideráveis de coordenação, que permitem melhor rendimento de entes das duas etapas da cadeia do setor.

Essas eficiências não dizem respeito apenas aos agentes do mercado, como também repercutem diretamente no bem-estar do consumidor, tanto indiretamente, dada a maior eficiência do mercado como um todo, quanto diretamente, por meio da redução de preços e de assimetrias de informação devido à exclusividade da marca em determinado posto, por exemplo.

A presença de cláusulas de exclusividade entre distribuidor e revendedor com tutela regulatória é regra na experiência internacional. Analisamos os mercados de Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Argentina, Austrália, Tailândia, Turquia, Chile e México. Verificou-se que, em todos esses mercados os contratos de fornecimento firmados entre distribuidores e revendedores de combustíveis apresentavam cláusulas de exclusividade vigentes durante o todo o contrato. No mais, para além das penalidades contratualmente previstas, os órgãos reguladores também fiscalizam essas relações.

Quanto a este último ponto, cumpre pontuar que inúmeras limitações e exigências regulatórias aos contratos firmados entre distribuidores e revendedores foram verificadas nos países citados. Destacam-se as inspeções de adequação da infraestrutura (bombas, p.e.), testes de qualidade de combustíveis e verificação da conformidade do produto vendido (descritivo, volume e preço). Nos Estados Unidos, por exemplo, as limitações impostas aos contratos de fornecimento firmados entre distribuidores e revendedores de combustíveis podem ser relativas às misturas e tipos de combustíveis vendidos. Na Argentina, os revendedores normalmente têm suas bombas e tanques de combustíveis fiscalizados por terceiros. No Reino Unido, em caso de desconformidade do produto vendido com sua descrição, volume ou preço, os tanques podem ser confiscados e o combustível destruído. Na Turquia, a Autoridade de Regulamentação do Mercado de Energia (EMRA) exige a apresentação das cópias dos contratos-padrão de fornecimento e notifica as partes sobre as alterações a serem feitas antes da implementação. Os principais pontos verificados pela EMRA são a qualidade do produto comercializado, os sistemas de automação, a precificação, a automação de tanques e o contrabando.

1. **OS IMPACTOS NA CONCORRÊNCIA E NO BEM-ESTAR GERAL DAS DIFERENTES ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA PARA A PROTEÇÃO DE ATIVOS ESPECÍFICOS**

Como destacado anteriormente, a regulação atual do mercado *downstream* de combustíveis permite que as distribuidoras estabeleçam relações comerciais tanto com postos que ostentam a marca de um distribuidor como com postos que ostentam suas marcas próprias. Os modelos de governança dessas relações diferem significativamente em razão do grau de investimentos específicos intrínsecos a cada tipo de relação contratual, com efeitos extremamente positivos à concorrência.

Nos contratos estabelecidos com postos revendedores de marca própria, não há preocupação com investimentos específicos, fazendo com que as distribuidoras busquem apresentar preços mais competitivos com o objetivo de atrair esse tipo de posto e, consequentemente, ganhar em volume, além de não existir garantia de suprimento, investimento financeiro ou transferência de *know-how*. Assim, as relações estabelecidas com postos com marca própria são pontuais (mercado *spot*), raramente instrumentalizadas por meio de contratos escritos. De maneira diversa, no embandeiramento, a exclusividade mostra-se como medida voltada à proteção dos investimentos em ativos específicos, tais como maquinários, treinamentos e marcas, resultando em contratos de prazo e garantia de volume. Os níveis de proteção ao investimento em ativos específicos variam nesses contratos.

Tais características apresentam reflexo direto na concorrência do setor de combustíveis: ao passo em que nos contratos estabelecidos com postos que ostentam a marca de um distribuidor a competição se dá por diferenciação, serviços e preços nas relações com revendedores com marca própria, e nos quais as distribuidoras podem ou não estabelecer contratos de exclusividade com revendedores, a competição é primordialmente focada em preços, e não em investimento em marca.

Assim, apesar da existência de contratos de exclusividade, que, como visto, têm impactos importantes sobre a dinâmica do abastecimento do setor, a participação dos postos com marca própria é cada vez maior e mais relevante. Atualmente, 44,1% dos 42.536 postos de gasolina são bandeiras próprias[[29]](#footnote-30), garantindo a competição com os postos que têm contrato de exclusividade com distribuidoras. Os postos com marca própria têm efeitos diretos sobre o mercado (prática de preços inferiores aos dos postos que ostentam a marca de um distribuidor) e também efeitos indiretos (diminuição dos preços dos postos que ostentam a marca de um distribuidor e dos preços ótimos das distribuidoras para revendedoras de suas bandeiras). Se contarmos com os postos bandeirados por distribuidoras regionais, que, como visto, também apresentam participação relevante e crescente no mercado brasileiro, temos uma participação conjunta próxima de 60% (postos com marca própria e postos com marca das distribuidoras regionais), conforme evidencia o gráfico abaixo:

**Gráfico 2: Participações de mercado dos postos revendedores de combustíveis líquidos[[30]](#footnote-31)**



Ou seja, o modelo regulatório adotado na década de 1990, que combina liberdade de escolha por parte do posto revendedor (que pode optar por entrar em contrato de exclusividade ou não com distribuidoras) e tutela regulatória da fidelidade à bandeira tem aumentado a competitividade no setor de combustíveis, com postos com marca própria aumentando sua participação na revenda e postos bandeirados investindo cada vez mais para diferenciarem seus produtos. É evidente que a maior competição no elo da revenda impacta o elo da distribuição de combustíveis e distribuidores regionais e locais também tendem a ganhar maior espaço nos mercados relevantes a partir do crescimento de postos revendedores que optam por não atuarem com contratos de exclusividade com distribuidoras.

Na prática, portanto, a escolha pelo embandeiramento e da fidelidade à bandeira consequente é do posto revendedor, de modo que eventual supressão da tutela regulatória da fidelidade não aumentará a concorrência no mercado. Pinto e Silva[[31]](#footnote-32) concluíram que, dada a complementariedade da estratégia existente tanto entre agentes do mesmo elo (distribuidores ou revendedores), quanto entre agentes atuantes em elos diferentes, a existência dos revendedores com marca própria, sem vínculos de exclusividade, aproxima o mercado de um modelo ideal de concorrência perfeita, onde o excedente do consumidor é máximo, na medida em que acarreta preços ótimos menores e quantidades de equilíbrio maiores, aumentando, com isso, o bem-estar social.

Do ponto de vista do consumidor, a manutenção de uma estrutura de proteção de investimentos específicos é benéfica ao gerar investimentos em marca e em serviços diferenciados, ao garantir a oferta de combustíveis de melhor qualidade e com menor risco de irregularidades, bem como ao fazer com que as distribuidoras ofereçam vantagens e opções de serviços como forma de se diferenciar no contexto da concorrência por embandeiramento.

No que toca aos investimentos em marca e em serviços diferenciados, a tendência somente é possível caso seja possível manter uma estrutura de proteção aos investimentos específicos. [ACESSO RESTRITO]

Como visto, a situação regulatória atual gera uma multiplicidade de modelos de governança, que dão origem a dois tipos de contrato: com os postos que ostentam a marca de um distribuidor, contratos de longo prazo com exclusividade e investimentos específicos na marca; com postos com marca própria, vendas pontuais de combustíveis (mercado *spot*) sem exclusividade.

Já no que se refere à qualidade e riscos de irregularidades, a vantagem dos postos que ostentam a marca de um distribuidor está relacionada à maior qualidade dos produtos comercializados e do menor nível de autuações por irregularidades. Seiji Kumon Fetter[[32]](#footnote-33) concluiu que ser bandeirado é a variável explicativa mais importante que reduz a probabilidade de ofertar um combustível de qualidade baixa, reduzindo a assimetria de informações com consumidores e induzindo uma maior proporção de combustíveis de boa qualidade no mercado.

Por fim, a manutenção de uma estrutura de proteção de investimentos específicos, por meio da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, gera uma concorrência pelo embandeiramento, com efeitos benéficos aos consumidores e aos próprios postos revendedores. Isso porque as distribuidoras acabam oferecendo vantagens e opções de serviço como forma de se diferenciar e, com isso, conseguir ganhar a disputa por determinado contrato de exclusividade. O consumidor, a partir da marca construída, percebe valor nos serviços ofertados, reduzindo, como já destacado, a assimetria de informações no mercado.

Não por acaso, os grandes *players* no setor de distribuição e de revenda foram se consolidando por meio de investimentos realizados ao longo de décadas, com elevado gasto anual que sustentou o crescimento orgânico. Qualquer mudança regulatória, sem uma prévia análise aprofundada do seu impacto, pode resultar em impactos negativos nesses investimentos anuais e na competitividade do setor, gerando prejuízos para o consumidor.

Todos esses benefícios ganham ainda mais relevância ao se constatar que o risco de comportamentos oportunistas no setor é elevado, dada a facilidade de adulteração de combustíveis e de burla aos arranjos de exclusividade e fiscais. Deste modo, a adequação de governança revela-se como mecanismo de controle de incertezas.[[33]](#footnote-34) Esse ponto, inclusive, já foi explorado pelo Cade quando da análise da aquisição da Alesat pela Ipiranga (Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49). Na ocasião, o Conselheiro João Paulo de Resende reconheceu que, apesar de a existência de padrões técnicos dos motores e da regulação exercida pela ANP serem fatores que em teoria contribuiriam para que os combustíveis comercializados com os consumidores finais fossem homogêneos, a imperfeição da regulação em função da assimetria de informação torna comum a presença de combustíveis adulterados no mercado, de modo que a marca da distribuidora passou a ser um elemento de diferenciação para consumidores.[[34]](#footnote-35)

A própria estrutura tributária do setor gera um forte incentivo à adulteração e à burla do acordo de exclusividade. Práticas como a adulteração, contrabando, descumprimento de contratos de exclusividade e sonegação fiscal são facilitadas, inviabilizando a concorrência, lesando o consumidor e o contribuinte, além de reduzir a arrecadação estatal. Estimativas da FGV (2017) indicam que mais de 4,8 bilhões de reais foram sonegados em 2016 somente no mercado de combustíveis.

Com efeito, os tributos constituem os elementos mais relevantes para a conformação do preço final dos combustíveis[[35]](#footnote-36), de modo que a relevância da tributação, quando comparada com os demais componentes dos preços dos combustíveis, em especial a baixa margem de lucro, torna a evasão fiscal uma prática comercial extremamente atraente para as empresas dispostas a burlar o ordenamento jurídico. Para além do peso tributário, a existência de alíquotas diferenciadas de ICMS (que estimulam “manobras tributárias” e criam custos operacionais internos), além da própria estrutura de fiscalização abaixo do que seria necessária para combater práticas de sonegação fiscal são problemas estruturais que acabam estimulando a concorrência desleal por parte dos agentes que têm na evasão fiscal sua maior vantagem competitiva.

Todo esse quadro resulta em um alto custo de monitoramento para a garantia de proteção aos investimentos específicos. Atualmente, o descumprimento da cláusula de exclusividade gera consequências tanto interpartes quanto fora da relação contratual, constituindo-se um ilícito administrativo e um crime contra o consumidor. A transgressão contratual, apurada em devido processo administrativo, pode resultar na cominação de multas que variam entre R$5.000,00 e R$2.000.000,00, nos termos do artigo 3º, da Lei das Penalidades (Lei nº 9.847/1999) e levar a suspensões (art. 8º) ou até mesmo ao cancelamento da autorização de funcionamento (art. 10).

O fim da tutela regulatória da exclusividade implicaria o aumento significativo dos mecanismos de controle hoje utilizados pelas distribuidoras, notadamente a cláusula penal prevista nos contratos de exclusividade e o recurso ao Judiciário para a obtenção de perdas e danos, dependendo do nível de investimentos realizados e o grau de descumprimento da cláusula. Outros instrumentos para o controle da conformidade também são possíveis, como a instalação de medidores de bombas de combustíveis para verificar o cumprimento da exclusividade.[[36]](#footnote-37) A experiência internacional, evidenciada nesta manifestação, indica a existência de outras jurisdições nas quais há aplicação de penalidades contratuais em casos de descumprimento da cláusula de exclusividade. Tanto nos Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Argentina, Austrália, Tailândia, Turquia, Chile quanto no México, caso o revendedor descumpra a cláusula de exclusividade, adquirindo combustíveis automotivos de outro fornecedor que não o exclusivo, a penalidade prevista é a resolução contratual. Nos mesmos países, também se prevê o direito de resolução contratual à fornecedora nos casos em que o revendedor deixar de efetuar pedidos de fornecimento de combustíveis em um período de 7 dias. Em casos de fraudes relativas à qualidade ou à quantidade do combustível vendido ao consumidor, as penalidades variam de notificações até a resolução contratual, em caso de reiteração da conduta.

Especificamente na seara concorrencial, o modelo de competição por diferenciação (e investimento em marca), intrínseco aos contratos de exclusividade previstos pela regulamentação da ANP, é resultado direto do alto índice de conformidade dos postos revendedores que ostentam a marca de um distribuidor, o que só foi possível a partir do *enforcement* não apenas contratual, mas também regulatório, com vários impactos positivos para a concorrência no setor. Essa percepção permeia, inclusive, decisões do Judiciário, que frequentemente apresenta a tutela regulatória como argumento central para a concessão de tutelas em favor da continuidade contratual centrada na exclusividade.[[37]](#footnote-38)

Na hipótese de eliminação da tutela regulatória, o Judiciário assumiria o papel central para garantia dos contratos. No entanto, pode-se, no mínimo, ter dúvidas em relação à adequação do Poder Judiciário para realizar essa tarefa a contento de forma isolada, uma vez que as características dos processos judiciais específicos podem gerar divergência de posicionamentos, diferenças relevantes nos períodos de resolução, fragmentação e insegurança jurídica por conta de decisões interlocutórias, sem contar as dificuldades estruturais para garantir a efetividade das decisões.

1. **IMPACTOS CONCORRENCIAIS A PARTIR DO FIM DA FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA DA FIDELIDADE À BANDEIRA**

A análise dos impactos do fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira deve considerar, nos termos do aviso da presente TPC nº 04/2018, os interesses relativos à (i) defesa do consumidor; (ii) fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores; (iii) fiscalização pela ANP da utilização da marca; (iv) responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independentemente da existência de culpa; (v) experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities; e a (vi) possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

Na realidade, a intervenção da ANP ao fiscalizar o cumprimento da obrigação de exclusividade evita uma série de efeitos deletérios no mercado de combustíveis brasileiro. Isso porque, a fiscalização regulatória alinha tanto os incentivos para o investimento em diferenciação, viabilizando o modelo de competição dual (postos que ostentam a marca de um distribuidor vs. postos com marca própria), como os incentivos para investimentos em ativos específicos, permitindo a continuidade da competição por embandeiramento.

O modelo de governança meramente contratual diminuiria a confiança para investimentos em ativos específicos, dado que, como visto, a elevada carga tributária do setor aumenta a probabilidade da adoção condutas oportunistas, seja via adulteração, seja via quebra de contrato. Além disso, conforme destacamos acima, verifica-se a inadequação da atuação isolada do Poder Judiciário para fazer valer os contratos, seja pelos custos relacionados às demandas judiciais, seja pelo tempo de resposta das mesmas em conflitos complexos. Além disso, é preciso lembrar que não é necessário que os eventos sejam recorrentes para que haja impacto na marca (e, consequentemente, nos incentivos para investir em ativos específicos). Denúncias de adulteração ou mau atendimento ao consumidor em postos específicos podem ter o efeito de prejudicar a marca como um todo.

Como visto, quanto mais específico é o ativo, como é o caso de marca, maior a necessidade de mecanismos de proteção dos investimentos, ressaltando a relevância da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

Ademais, o modelo regulatório atual, ao viabilizar o *enforcement* contra condutas oportunistas e alinhar o incentivo para investimentos em ativos específicos, permite a continuidade da competição entre as distribuidoras por embandeiramento dos postos revendedores. Essa concorrência apresenta inúmeros benefícios ao consumidor, na medida em que, diante dela, as distribuidoras engajam-se no desenvolvimento de produtos e serviços diferenciados.

A concorrência pelo embandeiramento e seus efeitos ao consumidor já foram alvo de destaque pelo Cade. Na análise da operação entre a Ipiranga e Alesat[[38]](#footnote-39), por exemplo, o Cade reconheceu que a disputa pelos postos de revenda mais atrativos é uma dimensão de competição importante entre bandeiras, sendo a pactuação de exclusividade (embandeiramento) mecanismo essencial ao crescimento orgânico das distribuidoras. Neste cenário, além de competirem pelas localidades mais atrativas de revenda, as distribuidoras investem de maneira relevante em formas de diferenciação, como o posicionamento logístico e de infraestrutura, *marketing,* imagem, qualidade e produtos próprio, marcas de serviços e produtos agregados, programas de fidelidade, etc.[[39]](#footnote-40) Conforme já destacado, esse processo traz benefícios tanto ao consumidor, a partir da diversificação dos serviços oferecidos[[40]](#footnote-41), quanto aos revendedores, que se deparam com uma multiplicidade de opções contratuais que concorrem na gama de incentivos e serviços ofertados.

Além disso, o modelo atual acaba reduzindo os incentivos para cartelização no mercado, já que os postos competidores concorrem não somente com base em preço, mas sim por outras características específicas, como qualidade, marca, peso e durabilidade, o que torna mais difícil a formação e/ou o monitoramento de um eventual cartel.

Diferentemente do cenário de serviços e produtos homogêneos, a diferenciação acaba dificultando os custos de formação de cartéis, pela dificuldade de estabelecimento de um ponto focal, já que as informações e dados necessários para a fixação de preços e divisão de mercado não são padronizados, em virtude das diferentes bases comparativas de cada empresa, como modelos de produção, remuneração e das próprias estratégias de concorrência. No mesmo sentido, a diferenciação também aumenta os custos de monitoramento de eventuais condutas colusivas, na medida em que retaliações se tornariam menos efetivas em virtude da baixa substitutibilidade entre os produtos diferenciados.[[41]](#footnote-42) Ou seja, fica mais difícil de estabelecer e manter um cartel.

É possível concluir, assim, que em um cenário sem a tutela à fidelidade à bandeira teríamos como consequência a diminuição de investimentos em diferenciação (é possível supor que inexistiriam incentivos para gasolinas de maior qualidade, por exemplo) bem como em ativos específicos, como marca e transferência de *know-how*. Postos com marcas de distribuidoras perderiam espaço inclusive em regiões centrais, uma vez que distribuidores não teriam mais incentivos alinhados com postos revendedores para investirem nessas regiões. Consumidores também teriam mais dificuldade para utilizar a marca de distribuidores como elemento para identificar a origem de determinados combustíveis e diferenciar produtos, uma vez que não existiria mais a garantia regulatória da proteção à eventual quebra de exclusividade contratual. Por fim, como a competição se tornaria basicamente baseada em preços, a probabilidade de cartelização aumentaria e carteis poderiam ser mais facilmente monitorados pelos postos revendedores. Esse é um cenário bastante negativo que pode ser imaginado a partir do fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

1. **CONCLUSÃO**

Sem perder de vista as críticas ao modo com que a ANP vem conduzindo as propostas recentes de reformas estruturais para o setor de combustíveis, a manutenção da tutela regulatória da fidelidade à bandeira mostra-se adequada para a continuidade de um mercado competitivo e para a garantia da realização de investimentos de diferenciação por parte das distribuidoras, possibilitando a oferta de produtos e serviços de qualidade ao consumidor, além de diminuir os riscos de práticas anticompetitivas. Deve-se inclusive questionar quem seriam os atores que eventualmente poderiam ser beneficiados com o eventual avanço de uma medida de fim dessa tutela. Seguramente, não seriam os consumidores.

A análise do setor de combustíveis demonstra que a exclusividade gera eficiências econômicas, evita o *hold-up* de investimentos e protege investimentos em ativos específicos. O modelo regulatório permite um balanço ideal entre a competição focada em preços, pelos postos que não entram em relações de exclusividade, e a competição por diferenciação e serviços, pelos postos que ostentam a marca de um distribuidor, com efeitos benéficos ao consumidor, que tem garantia de acesso a produtos de melhor qualidade e é beneficiado com melhorias de serviços que extrapolam a aquisição de combustíveis.

A fidelidade à bandeira diminuiu ainda o risco de comportamentos oportunistas, incentivados pela facilidade de adulteração de combustíveis, de burla aos arranjos de exclusividade e da estrutura tributária hoje vigente. Assim, o fim da tutela regulatória teria como consequência a necessidade de incremento significativo dos mecanismos de controle hoje utilizados pelas distribuidoras, implicando aumento de custos para o setor, uma vez que as distribuidoras passariam a ser responsáveis por medidas de controle mais amplas e complexas.

Ao viabilizar o *enforcement* contra condutas oportunistas, a tutela regulatória promove diferenciação e alinha os incentivos para investimentos em ativos específicos, permitindo a continuidade da competição por embandeiramento. Além disso, ela acaba por reduzir os incentivos à adoção de condutas anticompetitivas no mercado, ao possibilitar uma diferenciação substancial de serviços e produtos.

Por fim, cumpre ressaltar que a tutela regulatória da fidelidade à bandeira não gera ônus à ANP e ainda está relacionada a outros aspectos não analisados nesta manifestação, relacionados a controle de qualidade, entre outros, gerando enormes benefícios à sociedade.

A exclusão das sanções regulatórias poderia, portanto, gerar mais prejuízos do que benefícios ao mercado de combustíveis, implicando sério prejuízo à produtividade e à competitividade da economia brasileira.

1. A liberação da vinculação de marca para vendas de distribuidoras, matéria discutida nesta contribuição, esteve entre as medidas anunciadas pela ANP por meio do Despacho nº 671/2018, de maio de 2018, e já revogado pelo Despacho nº 700/2018, para garantir a continuidade do abastecimento de combustíveis no contexto da crise do setor. Contudo, como destacado pela própria ANP, a flexibilização em questão era de caráter excepcional no auge do desabastecimento, oferecendo alternativa de suprimento por distribuidores cujas bases não haviam sido afetadas pelos bloqueios. É importante frisar que a medida não teve qualquer resultado prático e não logrou reabastecer os postos, tendo em vista que o problema não foi ocasionado por indisponibilidade de produto mas sim bloqueio da logística dos produtos. [↑](#footnote-ref-2)
2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf>. [↑](#footnote-ref-3)
3. Conforme indicado pela Tabela 1 do estudo do Cade (p. 22), os dois estudos que analisaram os efeitos da exclusividade territorial tiveram como objeto o mercado de distribuição de automóveis (SMITH II, R. L. *Franchise Regulation: An Economic Analysis of State Restrictions on Automobile Distribution*. Journal of Law and Economics, 1982, v. 25, p. 125-157) e o mercado de distribuição de cervejas (CULBERSTON, W. P., BRADFORD, D. *The price of beer: some evidence from interstate comparisons*. International Journal of Industrial Organization, 1991, v. 9, issue 2, p. 275-289). [↑](#footnote-ref-4)
4. Conferir Relatório Combustível Brasil de maio de 2017, p. 04 e 08, disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/24442563/2017+05+10+Combustivel+Brasil+vFinal.pdf>. [↑](#footnote-ref-5)
5. O Plano de Negócios e Gestão da Petrobras para o período de 2017-2021 (PNG 17-21) instituiu nova política de preços, alinhada aos preços internacionais de combustíveis; previu o ingresso de mais agentes para atender à totalidade da demanda; e previu o desenvolvimento de novas parcerias no *downstream*. [↑](#footnote-ref-6)
6. Programa Combustível Brasil, disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/combustivel-brasil/principal>. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consulta Pública MME nº 029/2017, acessível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_consultaId=29&_consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_mvcPath=/html/publico/dadosConsultaPublica.jsp>. [↑](#footnote-ref-8)
8. Por meio da aprovação da Resolução CNPE nº 15/2017 pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). [↑](#footnote-ref-9)
9. Disponíveis em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/combustivel-brasil/ct-cb>. [↑](#footnote-ref-10)
10. No mesmo sentido, a Proposta nº 21 prevê “*Aperfeiçoar os mecanismos regulatórios de incentivos e de definição de condicionantes para atuação dos agentes de mercado, quando necessário, tendo como objetivo a promoção da concorrência, a mitigação das falhas e a prevenção do abuso de poder de mercado*”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Em especial, as TPCs nº 2, 3 e 4, que apresentam como justificativa apenas as recomendações do Cade contidas no documento “*Repensando o setor de combustíveis”*, que, por sua vez, limita-se à propositura de medidas aptas a fomentara concorrência do setor, e não abrangendo entre seus objetivos ou fundamentos a garantia de investimentos. [↑](#footnote-ref-12)
12. É a definição contida nas Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de AIR (p. 23), elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, da Casa Civil da Presidência da República, em conjunto com as Agências Reguladoras Federais, Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e INMETRO, disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf>. [↑](#footnote-ref-13)
13. OCDE (2012). Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança, disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. [↑](#footnote-ref-14)
14. OECD (2012), p. 4. [↑](#footnote-ref-15)
15. Vide o inciso XXI no art. 12 do seu Regimento Interno, incluído pela Portaria ANP nº 473/2017, que prevê como competência da Secretaria Executiva: “*XXI - elaborar e disseminar as recomendações metodológicas que devem orientar a elaboração de Análises de Impacto Regulatório, bem como monitorar sua aplicação no âmbito da ANP, apoiando as unidades organizacionais na sua elaboração*”. [↑](#footnote-ref-16)
16. ***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 e no totem do posto revendedor, de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e*

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

    *§ 3º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por não exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista:*

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

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

    *III - deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba medidora, o nome fantasia, se houver, a razão social e o CNPJ do distribuidor fornecedor do respectivo combustível automotivo. § 4º Se o posto revendedor exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, o revendedor deverá adquirir, armazenar e comercializar somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial, exceto nos casos previstos no inciso I do art. 11. [...]* [↑](#footnote-ref-17)
17. O artigo 33 da Resolução dispõe que: *“[o] não atendimento às disposições desta Portaria sujeita o infrator às penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999”.* Dentre as penalidades impostas pela Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, estão as multas (art. 3º), suspensões temporárias (art. 8º) e até mesmo a revogação de autorização para exercício de atividade (art. 10). [↑](#footnote-ref-18)
18. ***Art. 26****. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.*

    *§ 1º O caput do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores, devendo observar a regulamentação referente ao exercício da atividade de posto revendedor escola.*

    *§ 2º O posto revendedor, de que trata o parágrafo anterior, deverá atender as disposições desta Resolução e possuir autorização específica da ANP, como posto revendedor escola.* [↑](#footnote-ref-19)
19. O marco legal da criação do segmento de postos com marca própria (usualmente conhecidos como bandeira branca) foi a Portaria nº 362/1993, editada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), que revogou o § 2º do art. 5º e o inciso VII do art. 6º da Portaria no 253/1991, do Ministério da Infraestrutura, bem como alterou a redação do seu art. 5º, transformando seu § 1º em parágrafo único. Foi autorizada a participação no mercado de revendedoras sem contrato exclusivo com qualquer distribuidora, dando origem ao que se chamou de “revendedor bandeira branca”. [↑](#footnote-ref-20)
20. Fonte: ANP (Ciclo Otto + Diesel). [↑](#footnote-ref-21)
21. OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MAIA, Vinícius Fernandes Costa. Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 123-147, mai. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8637>. Acesso em: 10 Out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v259.2012.8637. [↑](#footnote-ref-22)
22. Ver, por exemplo, Recurso Especial nº 858.239/SC e Recurso Especial nº 475.220/GO. [↑](#footnote-ref-23)
23. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo também assentou o entendimento da validade de contrato de fornecimento de gases industriais englobando cláusula de exclusividade, na medida em que, além de comum no mercado, possivelmente beneficiava o autor: “No que tange à cláusula de exclusividade, a demandante não justificou suficientemente o inconformismo no Apelo, sendo certo que a prática, que é comum no mercado, com possíveis benefícios financeiros aos contratantes, foi reconhecida como válida na sentença e não guarda, por si só, relação com o prejuízo à concorrência.” (27ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. Apelação n. 0220272-13.2009.8.26.0100. APTE/APDA Labroglas Indústria e Comércio de Materiais para Laboratório Ltda. e APDA/APTE White Martins Gases Industriais. J. 26/09/2017). [↑](#footnote-ref-24)
24. Representantes: Ministério Público Federal e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo. Representadas: Shell do Brasil S/A, Esso Brasileira de Petróleo Ltda., Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda, Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Agip Distribuidora S/A, Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellano Pfeiffer. Julgamento em 13 de outubro de 2005. [↑](#footnote-ref-25)
25. Conferir Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellano Pfeiffer na Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02, p. 6. [↑](#footnote-ref-26)
26. FIANI, Roberto. “Teoria dos custos de transação”, in: KUPFER, David. *Economia Industrial - Fundamentos Teóricos e Práticas No Brasil* - 2ª Ed. Revista e Ampliada, 2013. [↑](#footnote-ref-27)
27. FELLI, Leonardo; e ROBERTS, Kevin. *Does Competition Solve the Hold-up Problem?* Economica, v. 83, pp. 172-200, 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ecca.12170>. Acesso em: 10 Out. 2018. [↑](#footnote-ref-28)
28. É a conclusão de Selene de Souza Siqueira Soares e Maria Silvia Macchione Saes, em artigo ‘*Distribuição de combustível no estado de São Paulo: estruturas de governança e mecanismos complementares de coordenação*’. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rausp/v50n2/0080-2107-rausp-50-02-0241.pdf>. [↑](#footnote-ref-29)
29. Dados divulgados pela ANP no Boletim de Abastecimento em Números Ano 13 nº 59. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim\_Abastecimento/59/Boletim\_n59.pdf [↑](#footnote-ref-30)
30. Fonte: ANP (Boletim de Abastecimento em Números Ano 13, nº 59). [↑](#footnote-ref-31)
31. PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. O Brilho da Bandeira Branca: Concorrência no Mercado de Combustíveis no Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A086.pdf>. [↑](#footnote-ref-32)
32. FETTER, Seiji Kumon. Contratos de exclusividade e o trade-off entre preço e qualidade no varejo de combustíveis, EESP/FV – SPE/MF. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/documents/160445/781488/M3_Art_3.pdf/79ed5c0a-3900-420f-8432-e3515c1b54f0>. [↑](#footnote-ref-33)
33. SOARES, S. de S. S., PAULILLO, L. F., & CANDOLO, C. “Opportunistic behavior and stability of governances in automotive fuel negotiations in the State of São Paulo (Brazil)”, 2013. *Journal of Economic Issues*, 47(4), 983-1002. [↑](#footnote-ref-34)
34. No original: “*Por conta dos padrões técnicos dos motores que utilizam os combustíveis e da regulação exercida pela ANP, o produto comercializado pelas distribuidoras e pelos postos revendedores ao consumidor final, principalmente o etanol, a gasolina comum tipo C e o óleo diesel, deveria ser homogêneo. No entanto, como a regulação é imperfeita em função de assimetria de informação, não é incomum encontrar combustíveis adulterados no mercado, e a marca da distribuidora passou a ser um elemento de diferenciação para os consumidores”* (Cf. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende no Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49, parágrafo 25). [↑](#footnote-ref-35)
35. No caso da Gasolina C, eles são cerca de 2,6 vezes maiores que o valor dos fretes e margens da distribuição e da revenda, somados. Já no caso do Diesel, cerca de 1,46 vezes maiores. [↑](#footnote-ref-36)
36. Em 2008, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou legal a pretensão da distribuidora de combustíveis de instalar medidores de vazão para averiguar o cumprimento da exclusividade: “AÇÃO COMINATÓRIA — CONTRATO MISTO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL, LUBRIFICANTES E COMODATO — CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE — FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS — SENTENÇA REFORMADA. Se a parte celebra contrato contendo cláusula que prevê a compra exclusiva do produto fornecido pela contratada fica obrigada ao seu cumprimento, tendo em vista o princípio da força obrigatória dos contratos. Comprovado o descumprimento do contrato de prestação de serviços pela empresa adquirente dos combustíveis, resta justificado o pedido de instalação de medidores das bombas de combustíveis.” (TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0145.06.327142-6/004, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. 25/09/2008). [↑](#footnote-ref-37)
37. O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, no Agravo de Instrumento nº 958.894-7, manteve a decisão de concessão de tutela de urgência a fim de determinar que o posto revendedor réu, com contrato de exclusividade, se abstivesse de adquirir produtos combustíveis que não os fornecidos exclusivamente pela distribuidora contratada. Para além de destacar que a cláusula de exclusividade era válida e essencial à viabilidade do negócio, o Tribunal destacou a necessidade de obediência à regulamentação da ANP relativa à fidelidade à bandeira (Portaria ANP nº 116/2000 e Resolução nº 07/2007): “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – PLEITO LIMINAR CONCEDIDO – CONTRATO PARA POSTO REVENDEDOR QUE PREVÊ CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NA MERCANCIA DE PRODUTOS – LEGALIDADE - NORMAS REGULAMENTADORAS DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – REVENDEDOR SOMENTE PODERÁ COMERCIALIZAR COMBUSTÍVEIS FORNECIDOS PELO DISTRIBUIDOR DETENTOR DA MARCA COMERCIAL EXIBIDA - TENTATIVA DE DESCARACTERIZAÇÃO FÍSICA DO POSTO DE COMBUSTÍVEL – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO NO ESTABELECIMENTO DE TODOS OS ELEMENTOS DA MARCA QUE SE IMPÕE – RESSALVA DE QUE OS PRODUTOS COMBUSTÍVEIS FORNECIDOS EXCLUSIVAMENTE PELA AGRAVADA SEJAM UNICAMENTE DA MARCA CONTRATADA - DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. *[...]* Importante ressaltar que, o fato da agravada não vender exclusivamente produtos da marca SHELL, mas também produtos da marca ESSO, faz com que haja a possibilidade de manutenção da cláusula de exclusividade entabulada, tendo em vista a necessidade de obediência às normas reguladas pela Resolução nº 07/2007 e Portaria nº 116 da ANP (Agência Nacional do Petróleo).” (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 9588947 PR 958894-7 (Acórdão), Relator: Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Data de Julgamento: 09/04/2013, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1108 27/05/2013). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PARA AUTORIZAR POSTO DE COMBUSTÍVEL A ADQUIRIR PRODUTOS DERIVADOS DE PETRÓLEO DE OUTRAS DISTRIBUIDORAS - INVIABILIDADE - OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE - RECURSO PROVIDO. [...] A questão principal a ser observada é que a agravada, ao comercializar combustível, está se valendo, além dos equipamentos da agravante, também da marca desta última e, por estas razões, não resta razoável admitir que o posto recorrido possa vender produtos de outras distribuidoras, mesmo porque, ao contrário do que alegou a recorrida, tal conduta é vedada, tanto por estipulação contratual quanto pela Portaria n. 116 da Agência Nacional do Petróleo – ANP [...]” (TJ-SC - AI: 45799 SC 2002.004579-9, Relator: Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Data de Julgamento: 13/11/2003, Terceira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. 2002.004579-9, da Capital). [↑](#footnote-ref-38)
38. Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49. [↑](#footnote-ref-39)
39. Parecer nº 01/2017/CGAA4/SGA1/SG. O Conselheiro Relator do caso, João Paulo de Resende, também reconheceu a competição no mercado de embandeiramento, discordando da SG, contudo, na tese da verticalização de fato, a partir da consideração, dentre outros fatores, que os postos revendedores efetivamente trocam se de bandeiras e se tornam bandeirados após terem sido “bandeira branca”, e vice-versa, o que ficava patente com o dado de que cerca de 10% dos postos bandeirados trocam de bandeira a cada ano. [↑](#footnote-ref-40)
40. Os exemplos desses benefícios são diversos, passando por planos de fidelização diferentes, serviços online de compras de combustíveis, lojas de conveniência, leque de serviços conexos ao abastecimento, etc. Do ponto de vista do produto, os consumidores também acabam sendo beneficiados pela oferta de produto diferenciados, como as gasolinas premium aditivadas. [↑](#footnote-ref-41)
41. No julgamento de cartel no mercado brasileiro de peróxidos de hidrogênio (Processo Administrativo 08012.007818/2004-68), o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior destacou que a homogeneidade é fator de relevante importância para a viabilidade da prática colusiva: “*Isso porque, por ser essencialmente o mesmo produto, sem distinção entre fabricantes, as informações e dados necessários para a fixação de preço e divisão de mercado já são originalmente padronizados, uma vez que as bases comparativas são as mesmas – ou seja, inexiste variação entre os parâmetros e informações de volumes, produção e remuneração. Ademais, a homogeneidade do produto facilita eventuais retaliações em decorrência de descumprimento do acordo, pois o peróxido de hidrogênio produzido por uma é substituto do produto fornecido pela outra do ponto de vista do consumidor.”* (Cf. Voto do Conselheiro Relator, parágrafo 119). [↑](#footnote-ref-42)