Pernambuco, 19 de novembro de 2018.

À

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP

Superintendência de Distribuição e Logística

At.: Sr. Cezar Caram Issa

Ref.: Tomada Pública de Contribuições

Nº 04/2018, Publicada no DOU de 20/09/18

Prezados Senhores,

O **Sindicato da Indústria do Açúcar e do Álcool do Estado de Pernambuco – SINDAÇÚCAR/PE**, na qualidade de representante patronal de dezesseis empresas produtoras de açúcar e álcool do estado de Pernambuco, vem, tempestivamente, pela presente, apresentar suas contribuições à “Tomada Pública de Contribuições nº 04/2018” (“TPC”), publicada no Diário Oficial da União – DOU, em 20 de setembro de 2018, p. 86, seção 3, e cujo prazo foi estendido para 19 de novembro de 2018, em ato da ANP de 04 de outubro de 2018[[1]](#footnote-1).

Antes de serem apresentados comentários e contribuições do SINDAÇÚCAR/PE à referida TPC, é importante ressaltar a relevância e importância do tema objeto desta consulta, especialmente neste momento tão sensível à economia nacional, em que toda a sociedade urge por preços mais baixos e combustíveis com melhor qualidade.

Enaltecemos ainda nesse sentido, a iniciativa da Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP de abrir espaço para o aprofundamento do debate sobre os impactos competitivos e aos consumidores da regra de **embandeiramento**, prevista atualmente nas Resoluções ANP nºs 41/13 e 58/14, e sobre os **contratos de exclusividade,** celebrados entre distribuidoras e revendedores e aos quais, embora imputamos decorrerem desta regra, lamentavelmente, **não estão sujeitos à regulação desta agência**.

Como é de conhecimento notório, o Sindaçúcar/PE tem há anos levantado e defendido a bandeira sobre a relevância do etanol de cana-de-açúcar à economia do País e da Região Nordeste brasileira. Destarte, qualquer medida que vise elevar a sua oferta e demanda, como acredita-se ser o caso da revogação – ou pelo menos da atenuação – da regra de embandeiramento e, especialmente, da exclusividade nas relações de fornecimento de combustíveis entre distribuidoras e revendedores bandeirados, é salutar e extremamente relevante para o setor, tendo, portanto, a aprovação dos associados do Sindaçúcar/PE. Conforme será destacado adiante, os **contratos de exclusividade**, juntamente com a **regra que veda a venda direta**, têm demonstrado serem **grandes barreiras à entrada** de novos ofertantes de combustíveis; e, principalmente, **à elevação da oferta e consumo de etanol hidratado no país**.

Há, atualmente, no País cerca de 365 usinas produtoras de açúcar e álcool. A produção sucroalcooleira brasileira gerou, na safra de 2016-2017, uma receita de aproximadamente R$ 98 bilhões, sendo o segundo setor agropecuário mais importante para a balança comercial brasileira, perdendo apenas para a soja. O Brasil é atualmente o segundo maior produtor e exportador mundial de etanol e o primeiro produtor e exportador de açúcar. O setor é responsável pela geração de quase 800 mil postos de trabalhos diretos e cerca de 3 milhões de empregos indiretos.

O etanol é ainda a primeira fonte de energia renovável do País, superando, inclusive, a hidrelétrica, porém perdendo para os combustíveis derivados do petróleo.

Embora o Brasil seja um grande produtor mundial de etanol de cana-de-açúcar, atualmente este combustível representa **apenas** 17,5% de sua matriz energética brasileira, mesmo com o incremento da frota flex de veículos de passeio e pequenos utilitários nos últimos anos.

O etanol da cana-de-açúcar é ainda relevante para o país por ser uma fonte energética limpa, trazendo grandes benefícios em termos ambientais, se comparado com os combustíveis derivados de petróleo, como a gasolina C e o diesel, ou mesmo com outros tipos de etanol, como aquele de milho[[2]](#footnote-2) que vem sendo importado e utilizado pelas distribuidoras na mistura e elaboração de sua gasolina C. Apenas para ilustrar a importância ambiental do etanol, no período entre 2003 e 2007, o consumo do etanol hidratado no país permitiu a redução de 400 milhões de toneladas de CO2eq. Isso representa, em termos de ordem de grandeza, o equivalente à emissão de CO2eq. do Chile de 5 anos, ou de Portugal, de 8 anos, comparando os dados de 2012.

Além disso, o consumo de etanol hidratado no país também garantiu economias na importação de gasolina da ordem de US$ 412 bilhões, entre 1975 e 2016.

Estes e outros dados macroeconômicos e de proteção ambiental, que podem e merecem ser levantados e analisados de forma mais acurada pelos responsáveis pela avaliação da proposta ora sob consulta, demonstram, não somente a importância do etanol como matriz energética para o País, como, principalmente, apontam a importância, relevância e necessidade de a **ANP repensar e revisar a política energética nacional que tem sido implementada há anos dando preferência aos combustíveis a base do petróleo, ao invés de incentivar a produção e consumo do etanol no país**.

É **prioritária**, portanto, a **alteração do atual eixo de uma política energética baseada na matriz do petróleo e das distribuidoras como definidoras de oferta e demanda, para aquele de uma energia limpa, baseada na cana-de-açúcar e na biomassa** – como inclusive tem sido feito nos principais países desenvolvidos – com a participação ativa dos produtores, distribuidoras, revendedores e consumidores neste processo de incremento da oferta e da demanda dos diferentes combustíveis substitutos e mais limpos do que o petróleo.

Nesse sentido e como primeiro e principal ponto a ser colocado na pauta deste debate está aquele das **medidas que devem ser adotadas pela ANP para incentivar a produção, distribuição e consumo do etanol hidratado no país**.

É a partir deste tema central que o SINDAÇÚCAR/PE acredita que o objeto da “venda direta pelo produtor ao revendedor”, tratado na TPC 02/2018, assim como aquele do “embandeiramento” e dos “contratos de exclusividade”, objetos desta TPC; e, da verticalização, reportado na TPC 03/2018, devem se pautar e, portanto, ao qual suas contribuições se direcionam.

Feita esta breve introdução, passa-se a seguir a apresentação de suas contribuições e justificativas para a defesa da revogação – ou pelo menos da atenuação da regra do embandeiramento e, mais especificamente, do fim ou, pelo menos da maior regulação e regulamentação, dos contratos de exclusividade celebrados entre distribuidoras e revendedores, os quais criam uma real situação de monopólio entre a distribuidora bandeirada e seus revendedores.

Antes disso, apresenta-se, mais uma vez, uma brevíssima revisão do arcabouço regulatório atual, que tem na livre iniciativa, livre concorrência, incentivo aos biocombustíveis, proteção aos consumidores e perenidade de abastecimento, seus princípios basilares.

***I – Breve Panorama do Atual Arcabouço Regulatório da ANP e a Defesa da Concorrência como Princípio Basilar da Lei do Petróleo e das Normas Infralegais da ANP.***

Seguindo os ditames, preceitos e princípios constitucionais da Ordem Econômica da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 170 e ss. da Constituição da República Federativa do Brasil (“CF” ou “Carta Magna”), o Estado, no exercício de suas funções normativa-reguladora ou de agente econômico – assim como ocorre com os agentes privados – deve respeitar e pautar suas ações de forma a garantir a compatibilização e harmonização[[3]](#footnote-3) de interesses e direitos, algumas vezes contrapostos, associados à livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, função social da propriedade privada, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País[[4]](#footnote-4).

No âmbito desse espírito, o *caput* do artigo 173 da CF determina que “a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, destacando ainda em seu § 4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

O inciso I do artigo 174 da Carta Magna prevê ainda que a atividade de “agente normativo e regulador” do Estado, a partir das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, será definida em Lei, a qual “estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

A Lei nº 9.478/97 (“Lei do Petróleo”) foi editada com o objetivo de regulamentar a política energética nacional, o monopólio do petróleo e as demais atividades econômicas relacionadas ao setor de produção, comercialização, distribuição, revenda, exportação e importação de petróleo, gás natural e seus derivados, biocombustíveis e etanol.

Em seu artigo 1º foi expressamente determinado que a política energética nacional visará, dentre outros objetivos: (a) a promoção do desenvolvimento econômico, ampliação do mercado de trabalho e a valorização dos recursos energéticos; (b) a **proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos**; (c) **a promoção da livre concorrência**; e (d) o incremento, em bases econômicas, sociais e ambientais, da **participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional**.

Os artigos 7º e 8º da Lei do Petróleo conferiram à ANP, na qualidade de agência reguladora independente do setor, a função de promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis[[5]](#footnote-5), neste último incluindo-se o **etanol**[[6]](#footnote-6).

Os incisos I e XVI do artigo 8º da Lei nº 9.478/97, por seu turno, determinam que a ANP, no âmbito de sua função de agência reguladora do setor, detém: (i) a responsabilidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e **biocombustíveis** (incluindo aqui o etanol), dando-se ênfase à garantia do suprimento de petróleo, gás natural e seus derivados, e de **biocombustíveis**, para todo o território nacional; assim como à **proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos**; e (b) as funções de regular, autorizar e fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, as atividades relacionadas a produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, transporte, transferência, distribuição, revenda e comercialização de **biocombustíveis**, além da avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade.

Ainda no âmbito da definição da política energética nacional, foi determinado, no artigo 68-A da Lei do Petróleo, que qualquer empresa ou consórcio de empresas constituídas sob as leis brasileiras poderá obter autorização da ANP para exercer as atividades econômicas da indústria de biocombustíveis, sendo que essas autorizações destinam-se a permitir a **exploração das atividades econômicas em** **regime de livre iniciativa e ampla competição, nos termos da legislação específica**.

Observa-se, contudo, que ao definir o modelo regulatório para o setor de produção, distribuição, comercialização e revenda de biocombustíveis, especialmente do etanol, a ANP decidiu, no início de seus trabalhos, pela especialização das atividades. Nesse contexto, as usinas de açúcar e álcool ficariam exclusivamente responsáveis pela produção do etanol hidratado e anidro e as refinarias pela produção da gasolina, diesel e outros derivados de petróleo; as distribuidoras ficariam responsáveis pela armazenagem e distribuição do etanol hidratado, produzido pelas usinas, e gasolina C, diesel e outros derivados de petróleo, produzidos pelas refinarias; e os revendedores, pela comercialização desses combustíveis ao consumidor final (proprietários de automóveis de passeio, motocicletas, utilitários, caminhões, ônibus etc.). Haveria ainda a figura do importador de combustíveis, sendo que esta importação fora vedada, inicialmente, às distribuidoras. Ou seja, apenas os produtores e importadores independentes poderiam realizar esta atividade.

À época da formatação deste modelo regulatório, baseado na “especificidade dos agentes” dentro da cadeia, iniciavam-se as pesquisas para o “veículo flex” (automóveis e motocicletas), o qual garantiu a substituição perfeita entre a gasolina C e o etanol hidratado e, vice-versa. Esta substituição parece, no entanto, não ter sido objeto de análise e discussão no momento da formatação dessa política de especialização, dado que **a regulação setorial deixou de considerar**, por exemplo, **o produtor do etanol hidratado como um agente capaz de ofertar diretamente o seu produto a revendedores** e, portanto, de ser um **agente ativo para a contribuição e definição da oferta deste produto no mercado nacional**. Também parece não ter sido objeto de discussão e análise a possibilidade de o **segmento da distribuição tornar-se um oligopólio** formado por **três grandes distribuidoras**, que, conjuntamente, controlam mais de **60% da oferta total de combustíveis no país**.

Ao contrário, naquela época, o que se pretendia, aparentemente, era conferir **ao mercado a livre e ampla concorrência com a entrada de novas distribuidoras, com e sem bandeira, a ampliação do número de postos revendedores e a liberação dos preços dos combustíveis**. Este ambiente de concorrência chegou a ser, em maior ou menor grau, verificado na primeira década deste século XXI, com a entrada e estabelecimento no país de novas distribuidoras, bandeiradas ou não, bem como pela ampliação no número de postos revendedores sem bandeira.

Este movimento e ambiente de **ampla concorrência** passou, contudo, a **sofrer um revés**, com o incremento do **processo de concentração no setor de distribuição**, a partir do final dos anos 2000 e início dos anos 2010. Este movimento concentracionista na distribuição levou ao atual cenário que nos encontramos, no qual, três distribuidoras controlam mais de **60% da oferta total de combustíveis no país**; e que, segundo o CADE, **em mais de 50% dos municípios brasileiros os postos instalados pertencem a uma, duas ou, no máximo, três bandeiras**[[7]](#footnote-7).

É no âmbito desse cenário concentracionista que **o Sindaçúcar/PE acredita que a discussão sobre a revogação – ou pelo menos, a revisão completa – das atuais normas infralegais editadas pela ANP e que regulam o chamado embandeiramento, deve se enveredar e aprofundar.**

**Reitera-se que esta revisão deve sempre levar em conta a proteção aos interesses dos consumidores de etanol hidratado e da gasolina C, os quais relacionam-se tanto à redução de preço e à garantia de seu abastecimento, como ainda ao controle de sua qualidade, a livre concorrência e a livre iniciativa**. Como destacaremos adiante, o fim da regra de embandeiramento e dos contratos de exclusividade, ou pelo menos sua melhor regulação de forma a trazer maior concorrência e competitividade – e, portanto, maior oferta, menores preços e melhores serviços – nos diferentes elos da cadeia de combustíveis, não nos parece ferir qualquer desses princípios e objetivos da Lei do Petróleo.

***II – A Regra do Embandeiramento e seus Impactos à Concorrência e aos Consumidores de Combustíveis: Breve Síntese das Normas da ANP que Criaram e Regulam o Embandeiramento e a Inexistência de um Racional Econômico Pró-Competição, Competitividade e Eficiência.***

A partir de uma breve digressão sobre as normas infralegais da ANP, percebe-se que a regra do “embandeiramento” foi introduzida no ordenamento pátrio, em 2000, a partir da edição da Portaria ANP nº 116/00.

Esta Portaria, além de restringir a aquisição de combustíveis pelos revendedores-varejistas exclusivamente junto às distribuidoras de combustíveis autorizadas, determinou também, em seu artigo 11, § 2º, que, “caso o revendedor opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, **deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida**” (Destacamos). Em seu § 3º foi definido ainda que, “caso o revendedor opte por não exibir a marca comercial do distribuidor, **deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba abastecedora, o distribuidor fornecedor do respectivo combustível**”.

Enquanto no primeiro caso foi estabelecida, ainda que **implicitamente**, um modelo de **governança baseado em uma relação de “exclusividade não contratual” na aquisição do combustível por parte do revendedor-varejista**; no segundo, o modelo definido foi aquele de comercialização *spot* (via demanda e oferta pontual – “mercado”).

Observa-se, contudo, que em ambos os casos, **o regulador deixou de forma transparente sua preocupação em identificar,** expressamente e em local visível aos consumidores, a **origem do combustível comercializado pelo revendedor**. Esta medida, embora não tenha sido fundamentada expressamente no momento da criação desta norma infralegal, claramente visava facilitar a fiscalização, assim como a detecção de um dos possíveis responsáveis por uma eventual má qualidade do combustível ofertado pelo posto revendedor.

Para fins destes comentários, é ainda importante reiterarmos que o destaque ao termo “**exclusividade não contratual**” é proposital, uma vez que referida Portaria ANP nº 116/00 – ou qualquer outra norma da ANP, assim como a própria Lei do Petróleo – **não traz** qualquer previsão sobre a **obrigatoriedade** de o revendedor celebrar qualquer tipo de **contrato com a distribuidora bandeirada** a qual pretende se vincular; e, tampouco, contratos de longo prazo, com cláusulas de exclusividade e elevadíssimas e “proibitivas” multas, tornam impraticável a migração de um revendedor de uma bandeira para outra ou mesmo tornar-se bandeira branca.

Com efeito e conforme explicaremos mais adiante, a vinculação contratual, as cláusulas de exclusividade e as elevadas penalidades tornam mais dificultosa a mobilidade do revendedor de uma bandeira para outra, elevando as barreiras à entrada e expansão de novos distribuidores, bandeirados ou não, ou **comercialização direta de etanol hidratado**, especialmente quando há um número elevado de postos sujeitos a este vínculo contratual por um longo prazo. A expansão da própria oferta dos combustíveis e redução de seus preços também são prejudicadas por esses contratos, na medida em que mitigam e limitam a livre concorrência e a livre iniciativa em todos os elos da cadeia.

Esta observação é de suma relevância para a presente análise, pois, dentro do espírito da Lei do Petróleo, que tem no abastecimento, na defesa do consumidor, na livre concorrência e na livre iniciativa, quatro de seus princípios basilares, faz-se mister a adoção de uma interpretação sistemática do arcabouço regulatório.

Nesse contexto e a partir de uma interpretação sistemática, tem-se como cristalino que a **regra de embandeiramento jamais visou limitar ou restringir a escolha do revendedor-varejista de se associar à rede de uma bandeira** e, tampouco, **a sua escolha de se tornar um posto de bandeira branca**. **São os contratos de exclusividade, tratados mais adiante, que retiram esta liberdade, especialmente quando trazem longos prazos de vigência, multas elevadíssimas e desproporcionais e cláusulas abusivas, como por exemplo, que exigem a aquisição de volumes mínimos, sem qualquer regra de precificação**.

Observa-se ainda que a Portaria ANP nº 116/00 não trouxe, seja em seus “Considerandos”, seja ainda na forma de exposição de motivos ou nota técnica, maiores explicações sobre a racionalidade e eficiência desta regra de embandeiramento, ainda que possamos considerar que o seu objetivo maior seria conferir à distribuidora uma maior obrigação e incentivos para fiscalizar seus postos revendedores, garantindo ainda preços e condições competitivas para a implementação de uma concorrência intra e intermarca virtuosa, além, é claro, da oferta de combustíveis de alta qualidade e a preços competitivos aos consumidores-clientes dos postos de sua bandeira. Isto, contudo, não vem sendo verificado conforme destacaremos mais adiante.

Retomando a análise da evolução infralegal da regra do embandeiramento, a edição da Resolução ANP nº 07, em março de 2007, acrescentou à Portaria nº 29/99 o artigo 16-A. Esta norma além de ter reforçado, por meio deste dispositivo, a vedação da comercialização de combustíveis a postos bandeirados por outras distribuidoras[[8]](#footnote-8), apresentou em seus “Considerandos” as seguintes razões para esta vedação:

1. “a comercialização, sem procedimentos de controle, de combustíveis automotivos entre distribuidores vem implicando conturbações, anomalias e assimetrias para o ambiente concorrencial”;
2. “a necessidade de dotar o mercado de flexibilidade, de modo a contribuir para a normalidade do abastecimento quando da ocorrência de eventual problema na movimentação de combustíveis”;
3. “o grande número de distribuidores que, injustificadamente, paralisa por extenso período de tempo a atividade para a qual foi autorizado, causando prejuízos ao interesse público”; e
4. “a necessidade de atualização e aperfeiçoamento do arcabouço normativo-regulatório atinente à atividade de distribuição de combustíveis automotivos”.

Por essas explicações, percebe-se nitidamente que ao definir e editar esta norma, em nenhum momento a ANP se preocupou realmente em garantir e preservar um ambiente de livre iniciativa e ampla competição, conforme assim é determinado pela Lei do Petróleo. Afinal, o que significa o termo “anomalias e assimetrias para o ambiente concorrencial”? Seria garantir uma maior concentração de mercado? O que significa “a necessidade de dotar o mercado de flexibilidade”? Será que o embandeiramento associado a contratos de exclusividade de longuíssimos prazos realmente geram tal “flexibilidade”? Por quê o embandeiramento seria o “aperfeiçoamento do arcabouço normativo-regulatório atinente à atividade de distribuição de combustíveis automotivos”, e não o contrário?

Essas questões não parecem ter sido bem direcionadas e tampouco respondidas pela ANP ao editar tal norma.

Em um mercado liberal, onde a livre e ampla concorrência impera, o que se espera é um número grande de agentes ofertando o produto ou serviço demandado e uma “seleção natural”, a partir da maior eficiência dos agentes e capitaneada pelos consumidores, sobre quais revendedores / distribuidoras atendem melhor seus anseios e necessidades. O preço e a qualidade / credibilidade dos serviços e combustíveis ofertados seriam os principais objetivos dos revendedores e distribuidores neste processo de “seleção natural”. A regulação serviria apenas para garantir que assimetrias informacionais e abusos de posição dominante não impactassem ou influenciassem negativamente nesse processo de escolha do consumidor-demandante e, não, para definir quais agentes devem ser beneficiados ou prejudicados nessa disputa pelo mercado consumidor.

Nessa linha, se há distribuidoras que paralisam suas atividades por extenso período, a revenda deixará de adquirir combustível dessas distribuidoras e estas acabarão deixando o mercado. Além disso, se a Lei do Petróleo confere à ANP competência para regular as atividades das distribuidoras e estas não estão realizando adequadamente essas atividades às quais foram autorizadas pela ANP, caberia a esta agência cassar suas autorizações e não criar regras que limitem a livre iniciativa e a livre concorrência de produtores, distribuidoras e revendedores.

Conforme destacam VISCUSI, HARRINGTON JR. e VERNON, “*at a very minimum, it seems that society should not pursue policies that do not advance our interests. If the benefits of a policy are not in excess of the costs, then clearly it should not be pursued, because such efforts do more harm than good*”[[9]](#footnote-9). Ou seja, as justificativas e fundamentos trazidos pela ANP para a introdução desta nova regra regulatória, aparentemente, não levaram em consideração os custos e benefícios decorrentes das vedações ali trazidas; além de seus termos e objetivos não serem claros e transparentes. É ainda factível dizer, conforme inclusive destacado a seguir, que haveria outras medidas menos custosas à livre iniciativa e à livre concorrência que poderiam ter sido sugeridas e implementadas para solucionar os problemas de abastecimento ali destacados, como, por exemplo, elevar a fiscalização da agência e elevar o número de lacrações e cassação de autorizações de postos e distribuidoras que adulteram combustíveis.

Pode-se dizer ainda, em linhas gerais, que esta alteração reforçou a regra do embandeiramento, na medida em que criou expressamente obrigações e penalidades às distribuidoras não bandeiradas e bandeiradas que comercializassem combustíveis a revendedores de outra bandeira. Na Portaria ANP nº 116/00, não havia previsão de penalidades às distribuidoras que descumprissem a regra do embandeiramento, se restringindo a penalidade apenas ao revendedor.

É ainda interessante destacar que, antes da edição da Resolução ANP nº 07/07, foi realizada, em 27.11.06, Audiência Pública[[10]](#footnote-10) com o objetivo de angariar comentários e sugestões à minuta elaborada desta resolução.

Dentre os comentários e sugestões ali apresentados, destaca-se aquela do **Sindicato das Distribuidoras Regionais**, em que foi contestada exatamente a disposição que **limitava o revendedor-varejista de uma determinada bandeira de adquirir etanol exclusivamente junto ao distribuidor titular de sua bandeira**.

Segundo o representante deste sindicato, com a inclusão de referido dispositivo, “a ANP **estaria defendendo os contratos de distribuidoras com postos revendedores** ao exigir que o distribuidor apenas comercialize combustíveis com revendedor que ostente a sua marca comercial ou com posto bandeira branca”, em um momento em que “**os preços estão mais competitivos em função das distribuidoras regionais**”.

Diante deste quadro, sugeriu à ANP realizar “**mais fiscalização**”, ao invés de introduzir tal restrição. Esta sugestão não foi, contudo, acatada na versão final da Resolução ANP nº 07/07, dado ter sido ali inserida a previsão de penalização das distribuidoras que comercializassem combustível a um revendedor que fosse de outra bandeira.

Ainda sobre as justificativas trazidas para a adoção desta regra, faz-se mister levantar questionamentos acerca de sua eficiência, se o objetivo em questão era garantir maior qualidade ao combustível comercializado pelos postos revendedores.

Em outros termos e conforme destacaremos mais adiante, pelos dados de fiscalização da ANP, o número de postos bandeirados autuados por adulteração de combustíveis é muito próximo àquele de não-bandeirados, sendo certo que muitos postos bandeira branca são abastecidos pelas próprias distribuidoras bandeiradas. Estes dados não são, contudo, amplamente divulgados ao mercado, exatamente porque não interessam às distribuidoras bandeiradas informar aos consumidores que (1) o número de postos autuados por irregularidades de qualidade é baixo; e, especialmente, que (b) o número de postos bandeirados autuados é próximo àquele de não-bandeirados.

Além disso, se o real objetivo desta medida do embandeiramento era a garantia de uma melhor qualidade no combustível ofertado pelo posto-revendedor aos consumidores finais, entendemos que as normas do embandeiramento, assim como os próprios contratos de exclusividade celebrados entre as distribuidoras bandeiradas e seus postos-revendedores, deveriam trazer, por exemplo**, regras expressas e efetivas de cassação de autorização e descredenciamento do posto, na hipótese de ser verificado algum tipo de adulteração nos combustíveis comercializados por estes.**

**A responsabilidade solidária das próprias distribuidoras bandeiradas, na hipótese de serem verificadas tais regularidades pelos postos credenciados à sua bandeira, previstas nas normas da ANP, também deveria ser mais efetiva**. Ou seja, as distribuidoras deveriam ser penalizadas objetivamente, inclusive com a sanção de cassação, ou seja, “independentemente da verificação de sua culpa”. Afinal, um dos pilares do embandeiramento – e, consequentemente, da exclusividade por detrás desta regra, – é, não somente, transferência da responsabilidade da qualidade do combustível ofertado pelo posto bandeirado à distribuidora, como também forçar que a distribuidora bandeira fiscalize e puna com maior rigor os postos de sua bandeira que descumprem as regras de qualidade impostas pela ANP; e, não apenas garantir uma reserva de mercado e o monopólio sobre o posto bandeirado.

Com efeito, estes tipos de previsão e, especialmente, de efetivação de responsabilização e punição não parecem ser a regra adotada pelas distribuidoras bandeiradas e, tampouco, das ações e medidas adotadas pela ANP até o momento.

Estes tipos de medidas, além de reforçarem a preocupação levantada pela ANP em relação à proteção da qualidade dos combustíveis consumidos pelos clientes finais, ainda acabariam por reduzir os custos de fiscalização da própria agência, uma vez que as próprias distribuidoras bandeiradas se veriam na obrigação de manter seus postos bandeirados comercializando combustíveis de boa qualidade.

Em outros termos, a nosso ver **a regra de embandeiramento, atualmente implementada pela ANP, não tem, por um lado, solucionado o problema da adulteração de combustíveis pelos postos revendedores, bandeirados e não-bandeirados; porém, por outro, tem reforçado um oligopólio nacional (e, em muitos municípios brasileiros, monopólios ou duopólios) formado pelas três grandes distribuidoras (BR Distribuidora, Raízen e Ipiranga).**

**Observa-se ainda que, uma vez celebrado esses contratos, o que se cria é uma verdadeira relação de monopólio entre a distribuidora e o revendedor, uma vez que tais contratos, além de garantirem uma reserva de mercado às distribuidoras bandeiradas por longos períodos, não definem o preço que será pago pelo revendedor ao varejista.**

**Segundo destacado pela i. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“SG”) na análise do Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (“Caso Alesat / Ipiranga”[[11]](#footnote-11)) os contratos de exclusividade causam uma “verticalização *de facto*”, o que acarreta problemas competitivos, conforme aponta o trecho transcrito abaixo de seu parecer***, in verbis*:

“*406. Buscando melhor efetivar sua capacidade de induzir a coordenação na revenda, as* ***grandes distribuidoras*** *podem se valer do controle propiciado por seus* ***contratos de embandeiramento*** *para* ***reforçar substancialmente o alinhamento de incentivos já previamente existente entre a distribuição e a revenda no sentido da cartelização do mercado****. A* ***fidelização e a verticalização de fato causadas pelo embandeiramento*** *permitem* ***também aumentar a fragilização dos postos e, com isso, a capacidade da distribuidora de capturar margem a jusante****. Nas seções anteriores do presente parecer, já se ressaltaram* ***algumas características dos contratos de embandeiramento que majoram a elevada assimetria* *que caracteriza a relação entre distribuidora e posto. Com multas de rescisão proibitivas aos postos, os contratos duram, em média, de quatro a cinco anos, havendo casos em que duram até dez anos, e incluem cláusulas de exclusividade e de volume mínimo a ser vendido pelo posto. Mas o preço é livre – ou seja, o posto se vê obrigado a negociar preço diuturnamente com a distribuidora sem nenhuma possibilidade de recorrer a fornecimento alternativo no mercado, mesmo estando obrigado a dar vazão a um volume mínimo. Com isso, a distribuidora pode favorecer seus postos mais ‘comportados’ e retaliar os postos desviantes de uma mesma região***”. (Destacamos, p. 66 da Parecer nº 1/2017/CGAA4/SGA1/SG – SEI 0297660[[12]](#footnote-12))

Note-se ainda que a i. SG também apontou nesse trecho de seu parecer que os referidos **contratos de exclusividade** também são **indutores de cartel**, na medida em que “***a distribuidora pode favorecer seus postos mais ‘comportados’ e retaliar os postos desviantes de uma mesma região***”. Ou seja, esta regra de embandeiramento e, mais especificamente, a implementação de “contratos de exclusividade” acabam por elevar os preços dos combustíveis adquiridos pelos consumidores, sem uma contrapartida de melhoria no controle da qualidade dos combustíveis ofertados pelos revendedores bandeirados aos consumidores finais.

Retomando a análise da legislação infralegal sobre o embandeiramento, posteriormente, em 05 de novembro de 2013, a ANP editou a Resolução ANP nº 41/13; e, em 17 de outubro de 2014, a Resolução ANP nº 58/14. Essas duas Resoluções serviram para revisar, uniformizar e consolidar as normas que regulavam, respectivamente, as atividades dos revendedores e distribuidores de combustíveis líquidos.

Em brevíssima síntese, essas resoluções trouxeram, dentre outras previsões, a **manutenção das regras que (a) vedavam o revendedor-varejista[[13]](#footnote-13) de adquirir de produtor e este de alienar àquele combustível de qualquer natureza; (b) vedavam o revendedor-varejista bandeirado de adquirir combustível de distribuidores sem-bandeira ou de outro distribuidor com bandeira que não fosse aquele com quem detém a relação de uso da marca[[14]](#footnote-14); (c) vedavam o distribuidor sem bandeira de comercializar combustível a qualquer revendedor-varejista bandeirado; (d) vedavam o distribuidor bandeirado de vender combustível a revendedor-varejista de outra bandeira[[15]](#footnote-15)**; **e, ainda, que (e) vedavam o distribuidor de participar no quadro societário de revendedor-varejista, bem como de exercer diretamente a atividade de revenda**.

Com o objetivo de fundamentar e justificar a edição dessas duas resoluções, a ANP, por meio de sua Superintendência de Abastecimento (“SAB”), elaborou as Notas Técnicas nºs 366/SAB/12 e 40/SAB/13.

Especificamente em relação à Nota Técnica nº 366/SAB/12, chama novamente a atenção a ausência de explicações e fundamentações específicas e pormenorizadas sobre a adoção do modelo de embandeiramento e de todas as obrigações e vedações associadas a este. Observa-se, ainda, por um lado, a visão negativa da ANP em relação à criação de um mercado “atomístico”; e, por outro, um incentivo à oligopolização no elo da distribuição, conforme aponta o trecho transcrito abaixo:

“*2.2. É importante notar que a* ***ideia comumente associada à concorrência de que o parâmetro ideal de um mercado concorrencial deveria ser a existência do maior número possível de agentes******já foi em diversas ocasiões desmistificada pela teoria econômica****. De fato, como afirma Possas (2002, pp; 428-429)\*, um mercado atomístico, composto de empresas economicamente insignificantes e desprovidas de qualquer poder de mercado, enquanto paradigma competitivo,* ***é uma lamentável ficção da ortodoxia econômica que, se verdadeira, debilitaria o ambiente competitivo e o processo de concorrência ao ponto de tornar este último inoperante, com consequentes prejuízos ao consumidor e ao bem-estar social, quando visto em perspectiva dinâmica****.*

*2.3.* ***Em que pese o entendimento de que a eliminação de restrições de caráter institucional, de forma a permitir o ingresso de novos agentes em um dado setor, conduz a maior concorrência, com consequente redução de preços e das margens de lucro em benefício do consumidor, o mercado de distribuição de combustíveis no Brasil nos obriga a problematizar essa formulação e questionar sua eficiência****.*

*2.4. A abertura do mercado de distribuição de combustíveis teve seu início com a edição da Portaria MINFRA nº 842, de 01/11/90, que eliminou toda e qualquer barreira de entrada institucional nesse setor, gerando a expectativa de aumento de oferta de produtos e redução de preço em face do aumento da contestabilidade do setor. Tais efeitos, porém, não foram os que caracterizaram o processo que se inaugurou com o novo quadro regulatório.* ***O que se viu foi um crescente e assustador aumento nos problemas de qualidade dos produtos e de sonegação fiscal, levando o regulador a refletir sobre a eficiência dessa eliminação de barreiras institucionais****.*

*2.5. O mercado de distribuição, considerado de utilidade pública pela Lei nº 9.847/1999, por* ***não ser um mercado perfeitamente contestável****,* ***não pode prescindir de barreiras institucionais, sob risco de não atender o interesse público e não garantir a devida proteção ao consumidor****.*

*2.6. Dentro desse quadro de distorções geradas pela eliminação, pura e simples, de barreiras institucionais, é que foram editadas as Portarias ANP nºs 29/99 e 202/99 com o objetivo de* ***restabelecer restrições de acesso à atividade, visando garantir o comprometimento com o suprimento de combustíveis****. É importante destacar que tais regulamentos vinham operacionalizar o papel da ANP na regulação de entrada no segmento de distribuição de combustíveis. Isto porque, como destaca Pinto Jr. (2003)\*\*, um dos instrumentos tradicionais da regulação econômica era a regulação das condições de entrada e saída no(s) mercado(s), através da criação de barreiras institucionais visando assegurar* ***o aproveitamento dos ganhos de eficiência ao longo de toda a cadeia produtiva****. O principal objetivo do regulador, nestes casos,* ***é evitar que uma eventual fixação de critérios insuficientes acabe por atrair firmas ineficientes para o setor, elevando desnecessariamente os custos de produção e gerando prejuízos ao consumidor no curto e médio prazos****.*

*2.7. Considerando que a ANP não regula os preços praticados nem tampouco a quantidade ofertada de produtos na fase de produção,* ***é através da promoção de eficiência e da estruturação de um ambiente competitivo eficaz que a ANP pode garantir os interesses dos consumidores quanto a preço e oferta dos produtos por ela regulados****. Para isso,* ***o controle de entrada e saída de agentes no setor é um dos principais instrumentos de que dispõe a ANP para exercer sua competência regulatória****.*

\* Possas, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. *In* Kupfer, David. & Hasenclever, Lia, Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002

\*\* Pinto Junior, Helder Queiroz. As Missões de Regulação de Energia e a Revisão do Desenho Institucional: experiência internacional e lições para o caso brasileiro. Relatório de pesquisa MME – PNUD. Grupo de Economia da Energia, Instituto de Economia, UFRJ: Rio de Janeiro, 2003.

Embora respeitemos a posição doutrinária apontada no trecho acima, com a devida vênia, a confrontamos frontalmente na medida em que contraria, inicialmente, os citados princípios basilares da ordem econômica, previstos no art. 170 de nossa Carta Magna e relacionados especificamente à livre iniciativa, livre concorrência e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte. Esta fundamentação também confronta a teoria econômica neoclássica na qual mercados atomísticos ou moderadamente concentrados são aqueles que trazem, normalmente, os preços mais baixos aos consumidores.

Nesse sentido, é interessante relembrarmos as lições de BAIN[[16]](#footnote-16):

“*First,* ***‘high’ or ‘very high’ seller concentration in an industry generally seems to be conducive to poor performance*** *in the crucial matter of price-cost relations or profits, without evidently bestowing offsetting advantages in other dimensions of market performance. Tentative indications are that if the seller concentration exceeds that in which* ***the largest eight sellers supply from two-thirds to three-fourths of the output of an industry (the number and sizes of smaller sellers occurring as they usually do in these cases), there is a strong disposition toward significant monopolistic price-raising and excess profits****. On the other hand,* ***in industries where seller concentration is ‘moderate’ or less, so that, for example, the largest eight sellers supply less than two-thirds of the output of an industry, there is on the average a disposition toward much slighter excess profits and much closer approximation to a competitive price-cost and output adjustment****. At the same time, performance in other hand respects is not evidently poorer on the average than it is in highly concentrated industries.*

*Thus,* ***as a matter of public policy, it would be salutary to preserve and as necessary create market structures that are no more than moderately concentrated on the sellers’ side****. This rule is applicable, at any rate, to all industries except those in which economies of large-scale production are so great as to require high or very high seller concentration in order to secure plants and firms of optimally efficient scale. And it appears from evidence that this sort of exception will arise only in a* ***very small minority of cases****. In these exceptional cases, of course, high seller concentration may have to be accepted and dealt with in order to secure technical efficiency, and there is a fundamental impossibility of securing a market structure which is conducive to good performance in all important respects.*

*It is not evident from available findings that market performance in industries with low seller concentration or relatively atomistic structures tends to be systematically better or worse than that in industries of moderate concentration*”. (Destacamos)

Ainda nesse sentido, é interessante mencionar que o artigo de POSSAS, citado na Nota Técnica nº 366/SAB/12, visa explicar em linhas gerais os argumentos das teorias Schumpeteriana e neo-Schumpeteriana, em que inovações *lato sensu* seriam fatores de concorrência e competitividade e, portanto, não poderiam ser negligenciadas na análise das estruturas e modelos competitivos. Sobre este ponto, cabe aqui um breve questionamento sobre quais seriam as inovações existentes ou buscadas por esta regra de embandeiramento?

***Prima facie*, nos parece haver nenhuma**. Afinal, o embandeiramento, nú e crú – ou seja, sem qualquer obrigação maior da distribuidora quanto ao controle efetivo, e não meramente proforma, da qualidade dos combustíveis comercializados por seus postos bandeirados – nada mais é do que uma forma de alterar o modelo de concorrência “no mercado”, por aquele “pelo mercado”. Nesse modelo de concorrência “pelo mercado”, **as distribuidoras buscam fechar contratos de exclusividade de longo prazo, ao invés de garantir o menor preço, maior oferta de combustíveis ou melhor qualidade dos serviços prestados por seus revendedores bandeirados**.

Em alguns mercados de bens diferenciados, esta concorrência “pelo mercado” pode, dependendo de algumas condições, até ser bastante benéfica para a corrida por inovações e eventual conquista de uma hegemonia (monopólio) da empresa inovadora no curto prazo. No entanto, no caso do mercado de combustíveis, onde claramente o nível de diferenciação dos produtos e dos serviços acessórios ofertados pelas distribuidoras e revendedores é baixo – ou até mesmo inexistente –, esta corrida pela “inovação” parece-nos, no mínimo, supervalorizada. Desta feita, acreditamos, mui respeitosamente, que os ensinamentos e explicações trazidas no artigo de POSSAS sobre a concorrência Schumpeteriana ou neo-Schumpeteriana é de pouca ou nenhuma valia para a presente discussão sobre o modelo de embadeiramento.

Ademais, fica claro nos argumentos apresentados por POSSAS de que a competição pela inovação depende de uma série de fatores endógenos e exógenos dos mercados na qual seria introduzida e, nesse sentido, a própria regulação tem um papel importante para garantir a concorrência e competitividade no mercado, conforme destaca o trecho transcrito abaixo e retirado do mesmo artigo, *in verbis*:

“*Embora tanto concorrência como competitividade tenham como unidade a ‘empresa’ no nível da ação estratégica,* ***o ‘mercado’ é de fato, como reconhecido na tradição antitruste, um espaço privilegiado tanto na teoria como na intervenção normativa e reguladora****. Do ponto de vista teórico, isto se deve não só ao fato de* ***o mercado ser o ‘locus’ da concorrência****, mas especialmente porque* ***os ‘instrumentos’ da disputa competitiva são definidos por características técnico-produtivas específicas de cada indústria e por características do produto associadas à demanda****; isto é, no âmbito do mercado; podendo mesmo configurar determinados ‘padrões’ de concorrência – quando apresentem alguma regularidade.*

*Além disso,* ***aspectos regulatórios****, infraestruturais, sociais e mesmo macroeconômicos – ‘sistêmicos’, em suma – agem de forma decisiva para* ***calibrar a intensidade do processo competitivo*** *e eventualmente* ***reforçar a ‘competitividade’ das empresas ali atuantes*** *e, por extensão, da indústria correspondente.* ***Preservar e fortalecer a concorrência, nesse quadro, implica a criação/reprodução de um ‘ambiente competitivo’****. Este compreende: (1) estratégias empresariais ‘inovativas’ e a adoção de critérios de ‘eficiência’ produtiva, no plano das ‘empresas’; e, (2) no plano de ‘mercado’, a* ***presença sistemática de ‘pressões competitivas’ internas e potenciais (ameaça de entrada) e de ‘fatores sistêmicos’ favoráveis à concorrência e à competitividade, seja oferecendo externalidades positivas (infraestrutura adequada, mão-de-obra qualificada etc.), seja assegurando condições macroeconômicas favoráveis ao crescimento e ao financiamento, seja mesmo por meio de legislação adequada e outros instrumentos de defesa da concorrência e da política industrial (como por exemplo os instrumentos cambiais e de grau de proteção tarifária e não-tarifária, de política comercial)****.*

*A implicação mais clara dessas considerações é que a* ***‘concorrência’ e a ‘competitividade’ não surgem de forma ‘espontânea’*** *– como supõem frequentemente os economistas com viés mais liberal –, mas dependem de modo crucial da* ***adequação das condições ambientais e, por extensão, de medidas de política econômica****. Em outras palavras,* ***‘concorrência’ e ‘competitividade’ – em particular, as políticas industrial e de concorrência (desde que tratadas de forma não-antagônica) – com apoio da própria legislação antitruste e regulatória, quanto pelas ‘estratégias’ das próprias empresas, pressionadas pela concorrência local ou (principalmente) pela mundial, num contesto globalizado como o atual***”. (Destacamos)

Analisando todo o arcabouço normativo regulatório implementado até o momento por esta i. ANP, não nos parece haver – pelo menos não até o momento – maiores preocupações ou incentivos para instaurar no mercado de combustíveis, especialmente nos elos da distribuição e revenda, uma competição focada e concentrada na inovação. Estes incentivos à inovação, inclusive se passarem a ser introduzidos e implementados no Brasil, **deveriam estar associados à ampliação da parcela de mercado do etanol e de outros biocombustíveis, dadas as suas maiores eficiências em termos ambientais; e, nesse caso, como já explicado na resposta do Sindaçucar/PE à “Tomada Pública de Contribuições nº 02/2018” (“TCP 2/18”)**, o modelo de embandeiramento / exclusividade e a vedação à venda direta do etanol da usina ao posto-revendedor são dois fatores que têm impedido a elevação da oferta e da demanda do etanol no país.

Reitera-se, ainda, que o Sindaçúcar/PE não é contra uma regulação que controle entradas e, especialmente, a qualidade dos produtos comercializados. No entanto, não nos parece que a atual regra de embandeiramento, e principalmente os contratos de exclusividade que passaram a ser celebrados desde então, têm como principal escopo e objetivo aquele de garantir a qualidade dos combustíveis demandados pelos consumidores brasileiros. Não vislumbramos também nessas regras e contratos quaisquer incentivos associados à implementação de inovações, até porque tais inovações nos parecem pouco prováveis em um mercado caracterizado por produtos homogêneos e cujos serviços (abastecimento, oficina, lava-jato e loja de conveniência) são bastante simples sem a introdução de grandes tecnologias ou técnicas de vendas ou gestão para serem prestados adequada e eficientemente aos consumidores brasileiros.

É ainda interessante citar os apontamentos[[17]](#footnote-17) feitos pela extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, ao analisar a Nota Técnica nº 366/SAB/12.

A i. SEAE inicia sua análise explicando a relevância da avaliação “da distribuição dos custos e dos benefícios entre os diversos agrupamentos sociais, decorrentes de um normativo legal”, reforçando, nesse sentido, a necessidade de transparência e de os “custos da regulação não recaírem sobre o segmento social beneficiário da medida”. Reitera ainda a relevância e importância da “estimação (...) **das alternativas viáveis à medida proposta [como] condição necessária para aferição da regulação proposta**”, indicando, por fim, que “considerações sobre os impactos ao bem-estar da sociedade [devam ser o] ponto de partida à abordagem concorrencial”[[18]](#footnote-18).

Nesse sentido, destaca que “o impacto concorrencial pode ocorrer por meio de (i) limitação no número ou variedade de fornecedores; (ii) limitação na concorrência entre empresas; e (iii) diminuição do incentivo à competição”, explicando em seu Parecer Analítico nº 122/13 cada um desses pontos.

Especificamente em relação à regra de embandeiramento, vedação à verticalização (objeto da TPC nº 3/2018) e dos contratos de exclusividade, a i. SEAE destaca, inicialmente, que “a opção por proibir a integração vertical e **não tratar explicitamente das restrições verticais pode se mostrar ineficaz**. Isso porque, segundo Viscusi, Vernon & Harrington Jr. (2005)[[19]](#footnote-19), as **restrições verticais** **podem produzir efeitos semelhantes aos gerados pela integração vertical, sobretudo no que tange ao aspecto concorrencial**” (Destacamos). Continua sua análise explicando que:

“*41. No mercado de combustíveis, nota-se que, embora a ANP adote o modelo de unbundling, os* ***agentes podem estabelecer práticas comerciais que, na prática, geram os resultados que a agência reguladora tenta impedir****, uma vez que* ***a regulação não impede as diversas formas de restrição vertical****. Neste caso, a proibição em questão apenas gera custo de transação e não atinge o objetivo inicialmente almejado pela agência.*

*42.* ***Um exemplo em que a restrição vertical pode produzir efeitos semelhantes à integração vertical pode ser observado quando a distribuidora é proprietária de ativos (bomba e tanques de armazenamento por meio de contrato de comodato)****, envolvendo, na maioria das vezes,* ***contratos de exclusividade[[20]](#footnote-20)*** *(Ragazzo, 2010, p. 36). Frequentemente isso se dá em casos de franquias, por meio das quais os ativos são da distribuidora[[21]](#footnote-21), sendo operados por terceiros que, no entanto, não podem trocar de distribuidora. Em outros arranjos contratuais, o revendedor pode trocar de distribuidora quando do término do contrato de fornecimento, situação em que, em geral, o operador do posto é o proprietário dos ativos – o que reflete um grau menor de relação vertical[[22]](#footnote-22).*

*43. Outra situação que* ***ilustra o dano potencial à concorrência*** *decorrente de uma* ***restrição vertical é a fixação de um volume mínimo de compra[[23]](#footnote-23), que a distribuidora impõe ao revendedor, condicionando sua política de estabelecimento de preços****. Segundo Luciano et. all (2008),* ***na ausência de restrições de volume, os preços tendem a ser menores*** *nos postos de propriedade das distribuidoras[[24]](#footnote-24). Ressalte-se, no entanto, que impor volume mínimo difere da imposição direta de preços[[25]](#footnote-25), considerada conduta que pode ser tipificada como anticompetitiva[[26]](#footnote-26).*

*44. Os arranjos citados acima decorrem da estrutura e das estratégias de atuação das empresas no mercado de combustíveis. Conforme aponta o Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/MF[[27]](#footnote-27), de 11 de agosto de 2006, existem no mercado brasileiro de combustíveis as seguintes configurações: (i)* ***distribuidora de combustíveis com rede de revendedores “exclusivos” que vendem seus produtos somente para os revendedores de sua “bandeira”****; (ii)* ***distribuidora de combustíveis que vendem seus produtos para os revendedores de sua bandeira e para os revendedores “bandeira branca”****; e (iii) distribuidora de combustíveis que vendem seus produtos somente para os revendedores de “bandeira branca”. Assim, no segmento de distribuição, as distribuidoras podem atuar por meio de* ***revendedores de bandeira (“exclusivos”)****, por meio de revendedores de “bandeira branca” ou, ainda, nesses* ***dois mercados simultaneamente****.*

*45. Em se tratando das distribuidoras com* ***rede de revendedores exclusivos****, podem ser firmados contratos com cláusulas que, dentre outras questões, dizem respeito a: (i) uso da marca da distribuidora; (ii) investimentos no posto, que são de responsabilidade da distribuidora ou do revendedor; (iii) serviços correlatos ofertados[[28]](#footnote-28); (iv) quantidades mínimas de compra junto à distribuidora; e (v) prazos de entrega e pagamentos.*

*...............................................................................................................................*

*48. Destarte, a* ***existência de contratos de exclusividade entre postos “bandeirados” e distribuidoras de combustíveis, sem a devida regulação das restrições verticais, além de gerar práticas comerciais que emulam a integração vertical, possibilita o surgimento de práticas envolvendo a fixação do preço de revenda[[29]](#footnote-29)****. A principal preocupação concernente a esta conduta refere-se à eliminação da competição intramarca. Ademais,* ***a estratégia facilita condutas colusivas, tanto a jusante quanto a montante****. Embora essa prática possa ser atribuída a eventuais eficiências relacionadas à proteção dos investimentos específicos na proteção da marca, de modo a evitar o free-riding, comum em casos de restrições verticais, em mercados de produtos homogêneos, a exemplo dos combustíveis, nos quais a competição se dá via preço,* ***esse tipo de eficiência não se verifica****. Por isso,* ***condutas restritivas, muito provavelmente, tendem a ser ilícitas seja por permitirem que o agente com poder de mercado a montante transfira esse poder para o mercado a jusante seja por facilitarem a adoção de práticas colusivas nesse mercado[[30]](#footnote-30)****.*

*49. Segundo Gonçalves (2002)[[31]](#footnote-31), no que tange* ***aos efeitos negativos ou anticompetitivos, a fixação de preços de revenda pela distribuidora anula a concorrência via preços entre revendedores que comercializam o mesmo produto*** *(****não somente entre os revendedores com contrato de exclusividade, mas entre todos os concorrentes nos mercados analisados****),* ***desestimulando-os a repassar eventuais ganhos de eficiência aos consumidores finais****[[32]](#footnote-32). Cabe ressaltar que, diante dos eventuais efeitos nocivos à concorrência relacionados à fixação de preços de revenda, existe uma tendência de condenação dessa conduta pelo órgão de defesa da concorrência[[33]](#footnote-33).*

*50. Como há a possibilidade de* ***restrições verticais emularem*** *os resultados de uma* ***integração vertical****,* ***a vedação de agentes de etapas anteriores da cadeia de combustíveis atuarem na revenda varejista gera custos de transação pela incerteza quanto às práticas comerciais permitidas****. Ou seja,* ***no cenário apresentado, há o risco de ocorrer questionamentos quanto a uma determinada política de uma distribuidora frente a seus revendedores com consequente prejuízo aos investimentos e aumento do custo do produto****.*

*51. Diante do exposto, considerando que* ***as restrições verticais podem produzir efeitos semelhantes, inclusive nocivos à concorrência, aos produzidos pela integração vertical, é importante que a ANP esteja atenta aos diversos arranjos e possibilidades que podem burlar a vedação de determinados agentes atuarem na revenda varejista****.* ***Sugere-se****, portanto, que a* ***agência discipline com mais detalhes a proibição em questão, explicitando quais restrições verticais podem ser praticadas ou quais são vedadas****.*

*52. Além da questão do preço de revenda,* ***contratos de comodato e de arrendamento e imposição de volume mínimo de venda****, seria importante* ***abordar os contratos de franquia com exclusividade e o grau de influência que possam gerar da distribuidora na revenda de combustível******[[34]](#footnote-34)****. Com isso, seriam* ***mitigadas as práticas nocivas à concorrência sem inviabilizar aquelas que geram ganhos de eficiência e, assim, menores preços ao consumidor****. Ademais, seriam mitigadas as incertezas que permeiam a adoção das restrições verticais.* ***É oportuno enfatizar que a sugestão apresentada independe da flexibilização ou não da vedação de determinados agentes atuarem na revenda****.* (Destacamos)

Note-se que, apesar da relevância e tecnicidade dos argumentos trazidos no Parecer Analítico da SEAE, esta i. ANP optou por manter a regra de embandeiramento, como proposta em suas portarias e resoluções, sem qualquer avaliação – e, tampouco, sem medidas efetivas – para mitigar os problemas concorrenciais criados por tal regra e agravados pela celebração de contratos de exclusividade e suas cláusulas limitadoras da concorrência e das eficiências econômicas apontadas pela i. SEAE.

Em outros termos, esta i. ANP introduziu uma regra (do embandeiramento) sem a realização de estudos pormenorizados e tampouco a introdução de medidas também regulatórias que poderiam mitigar os efeitos anticompetitivos destacados pela SEAE e pelo próprio CADE, conforme se destacará na próxima seção, abaixo.

Observa-se ainda que, mesmo a i. SEAE tendo apontado em seu Parecer Analítico (vide nota 31) medidas adotadas por regulações de outros países e que poderiam servir como um norte para a análise desta i. ANP, a revisão de sua proposta inicial com o objetivo de mitigar os problemas competitivos apontados e inerentes à regra do embandeiramento e dos contratos de exclusividade nãio ocorreu. Os gestores da i. ANP, responsáveis pelas normas propostas, preferiram mantê-las sem maiores alterações e tampouco reflexão sobre os pontos ali destacados pela SEAE.

**Espera-se, portanto, com grande ansiedade que a partir desta louvável iniciativa da atual diretoria da ANP, estas omissões e temas sejam de fato melhor analisados e apreciados e que os problemas competitivos citados pela SEAE, SG e CADE sejam corrigidos a partir da reformulação da regulação atualmente em vigor**.

Retomando a análise da legislação infralegal e dos argumentos e fundamentos adotados pela ANP para a implementação dessa legislação, ressalte-se que a Nota Técnica 40/SAB/13 não traz, por seu turno, qualquer explicação ou justificativa técnica ou econômica para a adoção da regra de embandeiramento. Por esta razão deixaremos de tecer maiores comentários sobre o seu teor.

Não obstante isso, ressalte-se que a i. SEAE ratificou e reiterou, em seu Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 110/COGUN/COGEN/SEAE/MF[[35]](#footnote-35), os mesmos comentários feitos à Nota Técnica nº 366/SAB/12 ao comentar os argumentos e fundamentos apontados na Nota Técnica 40/SAB/13.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que as justificativas apresentadas pelos gestores da ANP à época da introdução no Brasil da regra do embandeiramento, além de contrariarem a teoria econômica aplicável ao mercado em questão (*i.e.*, de bens homogêneos com pouca ou nenhuma inovação em termos dos serviços de venda e revenda), são omissas em relação às eficiências econômicas pretendidas com tais regras, especialmente no que tange ao controle de qualidade e à redução de preços. Esta agência ao definir tal regra também deixou de avaliar importantes temas e impactos anticompetitivos apontados pela i. SEAE e, consequentemente, de implementar medidas que poderiam mitigar esses impactos.

Ademais, os dados públicos divulgados pela própria ANP mostram que os problemas de adulteração de combustíveis não são nulos na rede bandeirada, assim como demonstram que os atuais contratos de exclusividade trazem sérias distorções de custos para os revendedores das principais bandeiras, a partir de práticas discriminatórias que acabam acarretando em preços mais elevados, perda de competitividade ou, até mesmo, criando incentivos para a adoção pelos revendedores de práticas de adulteração de combustíveis, conforme se destacará em maiores detalhes adiante.

***III – A Posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e da OCDE sobre os efeitos anticompetitivos da Regra do Embandeiramento e, especialmente, dos Contratos de Exclusividade decorrentes desta regra.***

Embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não tenha expressamente chamado à atenção para a regra do embandeiramento e/ou os contratos de exclusividade existentes no setor e os problemas competitivos decorrentes destes em seu trabalho “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”[[36]](#footnote-36); ou tampouco os tenha ainda analisado no âmbito de um processo administrativo sancionatório ou mesmo de *Advocacy*, percebe-se pela análise de atos de concentração envolvendo o segmento de distribuição de combustíveis ou de processos administrativos que investigaram e condenaram práticas de cartel no setor de revenda e distribuição de combustíveis, que esta regra e contratos são recorrentemente objeto de análise e ponderações pelo órgão; sendo, inclusive, utilizados nas decisões de aprovação, com ou sem restrições, dessas operações de aquisição e fusão de distribuidoras, ou ainda para a condenação de revendedoras e distribuidoras pela prática de cartel.

Nesta próxima seção destacaremos os comentários e análises realizadas pelo CADE em relação aos efeitos pró e anticompetitivos decorrentes dos contratos de exclusividade estabelecidos a partir da regra de embandeiramento, os quais entendemos serem fundamentais e de extrema relevância para a redefinição e melhoramento do arcabouço regulatório do setor.

***III.1. O Entendimento do CADE sobre os Efeitos Pró e Anticompetitivos dos Contratos de Exclusividade.***

Cita-se, primeiramente, o entendimento esposado pelo Conselheiro-Relator, Carlos Emannuel Joppert Ragazzo, em seu voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16[[37]](#footnote-37), que investigou a formação de cartel por revendedores de combustíveis.

Nesse voto, o Conselheiro Ragazzo faz uma longa digressão e análise sobre as razões que levariam o número excessivo de denúncias ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência envolvendo a prática de cartel no setor de revenda de combustíveis, destacando para a necessidade de serem realizadas “iniciativas de Advocacia no Setor de Combustíveis” (“*Advocacy*”) com o intuito de tentar solucionar este tema.

Dentre essas iniciativas de Advocacy, o Conselheiro destaca aquela associada à “(Des) Verticalização no Setor de Combustíveis”. Em sua análise aponta, inicialmente, que a **proibição ao exercício da atividade de revenda por parte do distribuidor**, não lhe **parece impedir necessariamente “o processo de verticalização que se verifica na indústria**, servindo apenas para **proibir um tipo específico de integração vertical, a societária, e não a contratual**”. (Destacamos)

O Conselheiro-Relator ressalta ainda que, embora a Portaria ANP nº 116/2000 não tenha explicitado a razão para a proibição de uma distribuidora ser societariamente detentora de um posto revendedora, “imagina que o **objetivo regulatório** poderia estar relacionado, *inter alia*, com a proposta no sentido de **evitar** (ou reduzir, quando possível) o **risco de fechamento de mercado** (por meio, por exemplo, do possível aumento de custos dos rivais), de **facilitação da prática de condutas coordenadas** (já que seria mais difícil para a indústria identificar os agentes que estariam desviando de um acordo oclusivo) e de **criação de dificuldades para a entrada no mercado** (a ponto, por exemplo, de tornar a entrada suficiente apenas quando for simultânea na revenda e na distribuição)[[38]](#footnote-38)”. (Destacamos)

Destaca nesse sentido que **os contratos firmados entre distribuidora e revendedor**, materializados a partir “(i) da forma de operação do posto (com ou sem bandeira); (ii) da propriedade dos ativos (não apenas os operacionais, mas também o próprio terreno onde o posto está instalado); e (iii) do consequente nível de integração entre eles”, **podem gerar os mesmos efeitos**, indicando, por exemplo, a título ilustrativo jurisdições que acabam regulando tais contratos.

Dentre as **jurisdições que regulam estes contratos**, o Relator apontou, conforme mencionado no Parecer Analítico da i. SEAE, os casos (i) australiano, em que os **contratos de franquia** entre distribuidora e revendedora são regulados de forma a **impedir a discriminação de preços entre franqueados**; (ii) da comunidade europeia, em que o **prazo de duração dos contratos de fornecimento exclusivo de combustíveis é limitado** de forma a reduzir a barreira à entrada no mercado *downstream*; e, ainda, (iii) argentino, em que a regulação determina que a **distribuidora detentora dos ativos dados em comodato ou locados deverá aliená-los a qualquer tempo e a preço de mercado ao revendedor** que recebê-los ou locá-los e que esta medida seria uma forma de atribuir aos revendedores “maior poder de barganha, ao tornar mais clara a **opção de trocar de distribuidor ou mesmo virar bandeira branca**”. (Destacamos)

O Conselheiro Ragazzo reforça o seu entendimento de que **medidas regulatórias** que trazem “um **limite jurídico à verticialização**” poderiam **mitigar**, pelo menos *a priori*, “**os riscos de surgimento de condutas anticompetitivas** (...), gerando incentivo para uma **competição** em que sociedades verticalizadas estariam necessariamente competindo com grupos de revenda ‘puros’, potencialmente suficientes a desincentivar a coordenação no setor de revenda e no de distribuição”. (Destacamos)

Para tanto, sugere em seu voto que “essas alterações regulatórias poderão ter impacto direto no preço praticado ao consumidor e que **o SBDC deve se inteirar das diversas formações de contratos verticais entre revendedores e distribuidores**”. Ressalta ainda nesse sentido ser “necessário entender a lógica da franquia e o **grau de influência da distribuidora nas revendas**, a fim de verificar se há ou não algum possível **impacto anticompetitivo** decorrente dessas avenças”, bem como “avaliar se a proibição à verticalização, tal como disposta na Portaria ANP nº 116, merece revisão diante dos possíveis ganhos de eficiência decorrentes da verticalização societária-operacional, **desde que**, a exemplo de modelos internacionais, **respeite-se um limite à essa possibilidade de operação, mantendo-se um número significativo de revendedores livres**”. (Destacamos)

Outro voto interessante que merece ser aqui destacado por elucidar os problemas competitivos dos contratos de exclusividade é aquele proferido pelo Conselheiro-Relator, Vinícius Marques de Carvalho, nos autos do Ato de Concentração nº 08012.002820/2007-93[[39]](#footnote-39).

Inicialmente, o Conselheiro Vinícius Carvalho reportou em seu voto os argumentos trazidos no voto do saudoso Conselheiro Luis Fernando Schuartz, proferido nos autos do Ato de Concentração nº 08012.005539/2004-60[[40]](#footnote-40), e que levaram à aprovação da operação envolvendo a aquisição dos ativos da AGIP pela Petrobras sob a **condição de serem alienados a terceiros os direitos inerentes a contratos de exclusividade** que a AGIP havia celebrado com revendedores de municípios em que a operação gerava uma elevada concentração de mercado.

Conforme apontado pelo Conselheiro Carvalho:

“*De acordo com Schuartz, enquanto espécie de ‘****concentração de direitos’ de fornecimento exclusivo de combustíveis líquidos*** *a determinado conjunto de* ***postos de revenda****, a mencionada transferência* ***aumenta o grau de concentração nos mercados relevantes de distribuição de combustíveis líquidos****. Por outro lado,* ***essa mesma concentração de direitos de fornecimento exclusivo, aliada à concentração de outros direitos, especialmente os direitos à licença de uso de marca e ao comodato de equipamento para utilização nos postos revendedores, em questão, garante à distribuidora uma ‘influência decisiva na formulação das estratégias comerciais por parte desses estabelecimentos, que pode ser estrategicamente empregada pela mesma no sentido de uma redução da concorrência*** *entre esses e/ou entre esses e outros revendedores de combustíveis líquidos no âmbito de seus mercados relevantes de atuação.*

*Com base nestes argumentos, entendeu-se que* ***a relação distribuidora e posto revendedor se assemelharia à de controle compartilhado****, com a peculiaridade de que o espaço para decisões de política comercial de um dos ‘controladores’ (o ‘gerente” do negócio) está pré-estruturado pelas decisões do outro, e as decisões do primeiro são constantemente monitoradas pelo segundo. Tal compreensão decorre do fato de que, ainda que, por razões de natureza regulatória, distribuidores de combustível líquido não possam ser proprietários de postos revendedores. Assim,* ***o poder de fixar preços / quantidades e a propriedade sobre ativos importantes, tais como a marca, fazem do distribuidor uma espécie de ‘controlador conjunto’ do posto revendedor****, mais precisamente,* ***um agente dotado de capacidade de direcionar as decisões do proprietário*** *tendo em vista a realização dos seus – i.e., do distribuidor – interesses, não se podendo excluir a possibilidade de que, sob certas circunstâncias,* ***os interesses individuais do distribuidor não estejam alinhados aos interesses individuais do proprietário formal do estabelecimento****”. (Destacamos)*

Embora o Conselheiro Vinícius Carvalho tenha em seu voto ratificado as preocupações apresentadas pelo Conselheiro Schuartz quanto aos efeitos anticompetitivos associados aos contratos de exclusividade, verifica-se que não seguiu o mesmo remédio apresentado por ele para aprovação, com restrições, da operação Petrobras / AGIP, e que se relacionava à **alienação de parte dos contratos de exclusividade a uma distribuidora terceira**.

Não obstante esta divergência de entendimento, o Conselheiro Vinícius Carvalho considerou necessária a **aplicação de outro tipo de remédio** que, segundo ele, seria uma “medida mais eficaz e ao mesmo tempo conservadora”, associada à **não aplicação de “qualquer multa contratual ou penalidade aos postos revendedores que queiram contratar com distribuidores concorrentes**”. (Destacamos)

Note-se ainda que, em seu voto, o Conselheiro Vinícius Carvalho, na mesma esteira da sugestão apresentada pelo Conselheiro Ragazzo no voto proferido no supracitado Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16, reconheceu a importância e necessidade da adoção de ações de *Advocacy* junto à ANP com o “propósito de **prevenir que problemas verticais como este tornem a acontecer**”, *in verbis*:

“*Do ponto de vista da* ***advocacia da concorrência****, e com propósito de* ***prevenir que problemas verticais como este tornem a acontecer****, seria relevante realizar uma consulta à ANP a respeito do impacto e da conveniência de normas que* ***proíbam****, além da atuação da distribuidora na revenda diretamente (como fez o art. 16-A da Portaria ANP nº 29, de 09 de fevereiro de 1999, e o art. 12 da Portaria ANP nº 116, de 05 de julho de 2006),* ***estipulações contratuais que, do ponto de vista vertical, elevem de forma despropositada as barreiras à entrada, tais como****:*

* ***contratos de revenda que permitem revisão apenas de 5 em 5 anos;***
* ***contratos de revenda que garantem a propriedade dos ativos da revenda à distribuidora em municípios com problemas verticais (atendidos por uma ou por poucas distribuidoras);***
* ***contratos de revenda que preveem elevadas multas contratuais de forma desarrazoada;***
* *dentre outras questões de natureza vertical.*

*Além disso, há questões ainda mais complexas que se referem à* ***possibilidade de um único revendedor comprar combustível de mais de uma bandeira****. Se, por um lado, este revendedor possui poder compensatório para negociar preços mais vantajosos com as distribuidoras, por outro lado, esta espécie de conformação da estrutura concorrencial possui diversas desvantagens, tais como:*

1. *não necessariamente há uma garantia que o preço menor será repassado ao consumidor;*
2. *a estrutura permite, em algum grau,* ***a coordenação entre os diferentes atores, dependendo do grau de verticalização desta distribuidora com um revendedor dominante em âmbito municipal que possua contratos com outras distribuidoras****;*
3. *dificulta-se a análise das concentrações verticais e horizontais no setor*”. (Destacamos)

Ainda no âmbito da análise do mencionado Ato de Concentração nº 08012.005539/2004-60, cabe apontar, de forma sucinta, o entendimento proferido pelo Conselheiro Paulo Furquim a respeito da “concentração na distribuição de combustíveis líquidos e incentivos para fechamento de mercado”.

Nesse sentido, o Conselheiro Furquim destaca que:

“*Embora as barreiras à entrada de diferenciação e de vantagens absolutas de custos sejam irrelevantes e as escalas de operação neste setor sejam, em termos absolutos, pequenas,* ***há casos em que os mercados relevantes são pequenos suficientes para tornar a escala mínima viável grande em relação ao mercado****. Como consequência, nesses mercados* ***a entrada de novos postos combustíveis é improvável****, o que abre espaço para eventual* ***abuso de poder econômico***

*Nesses* ***mercados de pequeno porte*** *– compostos em geral, por pequenos municípios – também a* ***rivalidade entre postos de combustíveis é menos intensa*** *que em regiões de maior densidade populacional, seja pelo menor número de participantes, seja pelas condições mais favoráveis de coordenação. Por esse motivo,* ***o padrão de concorrência em postos de combustível difere substancialmente a depender do tamanho do município****.*

*Destaca-se, finalmente, que o eventual abuso de poder de mercado observa-se independentemente da presença de restrições verticais na contratação entre distribuidores e postos de revenda. Mesmo considerando que os postos de uma mesma revendedora ajam de modo autônomo – o que acarreta concorrência intra-marca – a* ***concentração na distribuição cria as condições para o abuso de poder sobre revendedores, em um primeiro momento, e consumidores finais, subsequentemente****.*

***Se revendedores gozassem de plena liberdade para contratar distribuidores*** *seria pertinente redefinir o mercado relevante em sua dimensão geográfica, visto que os primeiros poderiam ter acesso a distribuidores localizados a um raio mais abrangente que o mercado relevante dos postos de combustível, delimitado pelas fronteiras municipais. Entretanto,* ***há contratos de longo prazo entre distribuidora e revendedores, acarretando em custos de mudança e, portanto, possibilidade de abuso de poder econômico****. Consequentemente, a concentração na distribuição de combustíveis líquidos pode implicar a* ***redução da concorrência em alguns mercados relevantes, bem como todos os custos sociais a ela associados***”. (Destacamos)

Pelo exposto até o momento, constata-se uma grande preocupação do CADE sobre os efeitos anticompetitivos da integração vertical *de facto*,existente entre distribuidora e revendedores e representada pelos diferentes tipos e formas de contratos de exclusividade estabelecidos nesta relação. Além disso, o CADE tem expressamente indicado em seus votos, as cláusulas e condições contratuais que geram tais efeitos anticompetitivos, sugerindo não somente uma análise mais atenta por parte desta i. ANP para tais cláusulas e seus efeitos, como, ainda, a possibilidade de, após tal análise, serem definidas regras regulatórias mitigadoras desses efeitos, assim como existe em outras jurisdições.

Para finalizar este tópico é ainda relevante avaliar as preocupações levantadas pelo CADE ao rejeitar a aquisição da Alesat pela Ipiranga. Reitera-se, ainda, as recentes investigações de cartel instauradas pelo órgão onde parece haver fortes indícios do envolvimento das distribuidoras “dominantes” em práticas de cartel no segmento de revenda[[41]](#footnote-41), bem como outros casos de cartel em que distribuidoras foram condenadas por auxiliar e incentivar práticas de cartel por seus revendedores bandeirados, conforme é também apontado no parecer da SG, reportado sucintamente a seguir.

Na análise da operação envolvendo a aquisição da Alesat, a i. SG destaca em seu parecer reitera e ratifica o entendimento já esposado pelo CADE que a regra do embandeiramento e os contratos de exclusividade decorrentes desta determinam uma “verticalização *de facto*” entre a distribuidora e a revenda; opinião esta corroborado por esta própria ANP, segundo a SG[[42]](#footnote-42). Isso porque, explica a SG, “*visto que a distribuidora costuma ser mais bem provida de capital financeiro e de capacidade de estoque, a* ***dependência do posto em relação ao preço do fornecimento confere à distribuidora um poder de barganha maior para exigir de seus bandeirados garantias mais elevadas de comprometimento em troca de alívio às pressões de preço e volume***”. (Destacamos)

Esta troca, ainda segundo a SG, viria a partir da exigência de “*cláusulas como a fidelização por* ***longos períodos de tempo*** *– estipulando-se contratos de bandeira de médio a longo prazo, com média de 4 a 5 anos, podendo chegar a até* ***10 anos*** *– e a* ***garantia de venda de um volume mínimo*** *– o que aumenta ainda mais o* ***controle sobre os postos****, na medida em que estes se veem* ***compelidos a manter sempre um bom giro****, reforçando sua* ***dependência do preço negociado com a distribuidora****, que continua* ***livre***”.

Em sua análise, a SG aponta também estudos que mostram que, embora os postos bandeira branca ofereçam preços mais baixos, o fator “reputação” é ainda preponderante junto aos consumidores finais. Isso faz com que “as grandes distribuidoras levem significativa vantagem na preferência por marca, obtendo a confiança **exclusiva** de quase 60% das pessoas clientes finais entrevistadas”.

Nesse sentido, destaca observação feita por esta i. ANP de que “*competição na bandeira branca ocorre majoritariamente em função do preço, visto que os postos sem bandeira são* ***livres*** *para buscar o fornecimento* ***mais barato no mercado, sem exclusividade****, e se preocupam menos com a marca. Entre* ***bandeirados****, no entanto, a* ***competição acontece não só pelo preço****, mas também, por outros fatores, como* ***qualidade, estrutura, serviços agregados, atendimento, fidelização, marca, tempo serviço***”. A i. SG pondera, contudo, que “tais fatores são em grande medida **controlados** pela distribuidora”, concluindo, com base nesses dados, que a competição entre bandeira branca e bandeiradas “não mais se sustenta como premissa inconteste”.

Sobre esses pontos, cabe uma breve ponderação. **Se esta i. ANP reconhece que a exclusividade gerada pelo embandeiramento e pelos contratos celebrados entre as distribuidoras “dominantes” e os revendedores acarretam preços mais elevados e os dados de autuação por irregularidades na qualidade dos combustíveis ofertados pela revenda demonstram não haver grandes diferenças no número de postos bandeirados e não bandeirados autuados**, qual é a razão para a manutenção desta regra de embandeiramento? Seria para manter e favorecer o domínio de BR Distribuidora, Raízen e Ipiranga ou para garantir melhores preços e qualidades aos consumidores?

Pelos dados trazidos até o momento, parece-nos que esta resposta pende para a primeira hipótese, ou seja, favorecer o domínio das três grandes distribuidoras, em detrimento da livre e ampla competição e dos interesses e direitos dos consumidores. Sobre estes, cabe mais uma indagação. Será que os consumidores finais continuariam preferindo os postos bandeirados, cujos preços são mais elevados, em detrimento daqueles de bandeira branca, com preços mais baixos, se houvesse uma ampla e irrestrita divulgação por parte desta i. ANP de que o número de postos bandeirados e não bandeirados autuados por irregularidades na qualidade do combustível ofertado é muito próximo?

Parece-nos que, se realmente esta i. ANP garantisse a transparência e universalidade desta informação, a preferência dos consumidores pelos postos bandeirados poderia ser modificada no sentido de buscar o menor preço, até porque não nos parece que haja grandes diferenças em termos de atendimento entre um posto bandeirado e um posto não bandeirado, especialmente quando o primeiro acaba pagando mais caro pelo combustível adquirido junto à sua distribuidora bandeirada e este preço de aquisição é “determinante para o sucesso ou o fracasso do revendedor” e, ainda, as margens de lucro de um posto, bandeirado ou não, são mínimas, conforme destacado pela SG em seu parecer[[43]](#footnote-43).

É ainda interessante destacar o que foi dito pela SG em relação à estratégia das distribuidoras bandeiradas, especialmente aquelas dominantes. Segundo a SG, “*a substituibilidade entre bandeira branca e bandeirados também é imperfeita do ponto de vista da oferta, na medida em que os postos bandeirados e bandeira branca são concorrencialmente muito distintos para uma distribuidora verticalmente integrada na revenda (isto é, com bandeira própria). Conforme colocado no item 6.2.3, as distribuidoras procuram* ***efetivamente áreas de expansão na revenda, buscando localizar postos e terrenos nas áreas (...) mais atrativas dentro dos municípios (...) [deixando] as áreas menos atrativas para a bandeira branca****”.*

Ou seja, a partir desta regra de embandeiramento, as distribuidoras dominantes, com grande poder econômico, reforçam e perpetuam este seu poder ao escolher os melhores postos para embandeirá-los e torná-los cativos por longos anos, a partir dos contratos de exclusividade. Nesse sentido, é interessante mencionar os dados de *share* levantados pela ANP e que mostram, por exemplo, que “*o volume comercializado pela bandeira branca, em 2015, foi de 29% do total [da demanda nacional], enquanto o número de postos bandeira branca é 40%, significativamente superior*”.

Estes dados apenas mostram o **quão fechado o mercado está para um agente que pretenda passar a ofertar combustíveis para a revenda**, especialmente, ao considerarmos que neste setor, as economias de escala têm certa relevância e importância para o sucesso da entrada e permanência no mercado.

Retomando a análise apresentada pela i. SG, salta aos olhos o que diz sobre o impacto dos contratos de exclusividade em relação à concorrência intramarca e o seu grande potencial de fomentar ações cartelizadoras, *in verbis*:

“*257. É de se notar que o último caso da lista acima [‘****PA nº 08012.011042/2005-61****] representa o precedente mais recente deste Cade* ***condenando uma distribuidora (no caso, a Raízen) por organizar carteis na revenda****, tendo sido julgado em 12.10.2014.* ***O caso é de especial interesse*** *à presente análise não só* ***por envolver uma distribuidora/bandeira****, mas também porque adentrou em uma discussão mais aprofundada sobre o patamar de presunção de poder de mercado na revenda de combustíveis, refletindo o entendimento mais atual – e revisado – do Cade sobre o assunto. Naquele caso, não só o percentual de 20% foi aceito para averiguar o poder de mercado no município de Marília/SP, mas também um percentual inferior foi aceito para o município de Bauru/SP. Isso decorreu de* ***considerações empíricas relacionadas à efetiva capacidade da distribuidora de controlar o mercado, mesmo contra tentativas dos postos bandeira branca de competir com base no menor preço ou no fornecimento pulverizado (e até mesmo ilegal) de etanol****.*

*258. Além dos casos já julgados, há outros processos ainda em trâmite no Cade que apontam para a capacidade de* ***agentes*** *com participação próxima ou pouco acima de 20%* ***atuarem como líderes para controlar o mercado e/ou induzir a colusão****. No Processo Administrativo no* ***08700.002821/2014­09****,* ***a BR Distribuidora está sendo investigada por supostamente coordenar um cartel na revenda de combustíveis no município de São Luís/MA****, onde possuía 31,7% de market share. Já no Recurso Voluntário no 08700.000719/2016­31, o Tribunal do Cade considerou preventivamente que a detenção de 30% de market share (em nº de postos) por parte da rede de revenda Cascol foi suficiente para caracterizar sua* ***capacidade de induzir o mercado à cartelização, sobretudo porque havia indícios preliminares de que o grupo obtinha junto às distribuidoras vantagens e instrumentos de efetivação de seu controle sobre o mercado****.*

*259. Na realidade, como ficará claro na análise de poder coordenado (seção 6.5), a* ***experiência do Cade com carteis na revenda demonstra que a extrema sensibilidade dos postos a variáveis competitivas detidas em grande medida pelas distribuidoras cria uma dinâmica segundo a qual as distribuidoras de maior porte frequentemente conseguem utilizar as redes de revenda com posição dominante (> 20% ou até menos) para obter condições mais propícias à cartelização e penalizar os postos não alinhados****.*

*260. As considerações acima apontam para a necessidade de* ***relativizar também a relevância da concorrência intramarca****.* ***Os contratos de exclusividade do posto com a distribuidora duram em média de 4 a 5 anos, podendo chegar a até 10 anos****. Segundo a terceira interessada Fecombustíveis,* ***o poder de barganha da distribuidora nesses contratos é “absoluto”, o que se reflete nas multas contratuais de rescisão****: enquanto para a distribuidora a rescisão costuma implicar multa baixa ou pouco relevante,* ***para o posto a multa é “proibitiva****”. Também de acordo com a terceira interessada, isso seria ainda mais verdadeiro quando se fala de* ***contratos com as três líderes do mercado, o que demonstra a projeção do poder de mercado a montante sobre o mercado a jusante no sentido de maior garantia de controle****. Além disso, os* ***contratos costumam incluir obrigações de volume mínimo a ser vendido pelo posto, porém deixam o preço livre conforme a negociação ao longo do contrato****. Nos modelos de* ***contrato em que o terreno do posto é de propriedade da distribuidora, há inclusive cláusulas que vinculam o valor do aluguel à proporção de vendas, constrangendo ainda mais o posto quanto à variável giro****.*

*261. Ou seja,* ***uma vez fidelizado, o posto – que já era extremamente sensível ao giro e ao preço de fornecimento – deve cumprir cláusulas de giro e ainda se preocupar com a negociação de preços sem poder procurar alternativas de fornecimento no mercado****. A distribuidora consegue, ainda, monitorar seu preço e volume de vendas.* ***Caso o posto mostre algum sinal de indisciplina, a distribuidora pode simplesmente favorecer o preço praticado a outro bandeirado – ou, no limite, um posto sem bandeira – localizado em região próxima****. Aliás, nesse quesito, a depender da concentração no mercado local,* ***uma distribuidora pode contar também com a prática comercial de outra distribuidora para com seus postos localizados na região – mesmo tacitamente, tendo em vista os incentivos e a facilidade que as distribuidoras têm para induzir a cartelização a jusante****, bem como a ubiquidade da prática de monitoramento e controle de sua rede bandeirada pelas maiores distribuidoras (v. seção 6.5). Resta claro que,* ***uma vez fidelizado, o poder de barganha do posto para negociar preço é consideravelmente reduzido, sendo relevante apenas nos casos de grandes redes de revenda****. Contudo, nesses casos, como colocado acima,* ***a distribuidora tem um incentivo de se aproximar da rede de revenda dominante e favorecê­la em detrimento das redes menores, de modo a alinhar seus incentivos para a formação de cartel na revenda****. Portanto,* ***a autoridade da distribuidora de maior porte sobre sua rede se aproxima da autoridade de um agente inteiramente verticalizado****, o que inclui a gestão de volume e preços na localidade, com ampla margem para policiar os bandeirados que eventualmente tentem desfavorecer seus ganhos via concorrência intramarca.*

Pelas ideias e conclusões apresentadas no trecho transcrito acima, não restam dúvidas quanto aos problemas à concorrência gerados pelo modelo de embandeiramento e, especialmente, pelos contratos de exclusividade decorrentes deste e que acabam sendo impostos aos revendedores pelas distribuidoras “dominantes”. Isso, inclusive, foi destacado pela i. SG em suas conclusões, conforme destacado na seção II, acima, e reiterado no trecho abaixo extraído de seu parecer, em que aponta os problemas competitivos existentes nas cláusulas dos contratos de exclusividade celebrados entre as distribuidoras “dominantes” e seus revendedores bandeirados, *in verbis*:

“*406. Buscando melhor efetivar sua capacidade de induzir a coordenação na revenda, as* ***grandes distribuidoras*** *podem se valer do controle propiciado por seus* ***contratos de embandeiramento*** *para* ***reforçar substancialmente o alinhamento de incentivos já previamente existente entre a distribuição e a revenda no sentido da cartelização do mercado****. A* ***fidelização e a verticalização de fato causadas pelo embandeiramento*** *permitem* ***também aumentar a fragilização dos postos e, com isso, a capacidade da distribuidora de capturar margem a jusante****. Nas seções anteriores do presente parecer, já se ressaltaram* ***algumas características dos contratos de embandeiramento que majoram a elevada assimetria* *que caracteriza a relação entre distribuidora e posto. Com multas de rescisão proibitivas aos postos, os contratos duram, em média, de quatro a cinco anos, havendo casos em que duram até dez anos, e incluem cláusulas de exclusividade e de volume mínimo a ser vendido pelo posto. Mas o preço é livre – ou seja, o posto se vê obrigado a negociar preço diuturnamente com a distribuidora sem nenhuma possibilidade de recorrer a fornecimento alternativo no mercado, mesmo estando obrigado a dar vazão a um volume mínimo. Com isso, a distribuidora pode favorecer seus postos mais ‘comportados’ e retaliar os postos desviantes de uma mesma região***”. (Destacamos, p. 66 da Parecer nº 1/2017/CGAA4/SGA1/SG – SEI 0297660[[44]](#footnote-44))

É interessante citar ainda a análise e comentários apresentados no voto vencedor do Conselheiro-Relator, João Paulo de Resende, proferido em razão do julgamento desse mesmo Ato de Concentração e que reprovou a aquisição da Alesat pela Ipiranga.

Especificamente em relação aos contratos de exclusividade, o Conselheiro Resende fez uma breve digressão sobre as decisões do CADE em operações passadas envolvendo o segmento de distribuição de combustíveis líquidos, destacando, por exemplo, que:

“*33. Percebe-se que, em geral, o CADE vem aprovando os atos de concentração no setor de distribuição de combustíveis sem restrições ou com a* ***aplicação de remédios focados exclusivamente na revenda****, na forma de* ***flexibilização contratual para o distrato por parte de postos em municípios com forte sobreposição****. Houve apenas uma decisão em que foi aplicado remédio estrutural, na forma de alienação de uma base de distribuição no DF, na operação entre BR e Ipiranga em 2007. De lá pra cá,* ***o mercado de grandes distribuidoras nacionais se enxugou de sete para três****, principalmente com a saída das estrangeiras AGIP, TEXACO, ESSO e REPSOL*”. (Destacamos)

Por este trecho, fica claro, não somente a preocupação do CADE em relação aos contratos de exclusividade, como, principalmente, quanto à elevação de poder de mercado por parte das distribuidoras titulares, especialmente as três nacionais remanescentes, e o impacto negativo dos contratos celebrados por essas distribuidoras no ambiente concorrencial e competitivo do mercado brasileiro.

Corroborando o entendimento apresentado pela i. SG, o Conselheiro Resende destaca e confirma ainda em seu voto ser entendimento do Tribunal do CADE de que os contratos de exclusividade, dos mais diferentes tipos existentes no setor, criam uma “**verticalização de fato** entre as distribuidoras e os postos revendedores embandeirados”, ressaltando que “a verticalização propriamente dita é **proibida pela regulação**”. Ou seja, o Conselheiro-Relator aponta que, segundo a regulação atual, “as distribuidoras não podem exercer atividade de revenda e não podem ter em seu quadro de sócios pessoas jurídicas autorizadas a exercer esta atividade”. Logo, ainda segundo ele, “não havendo verticalização de fato, a mercado seria o de distribuição e os clientes deste mercado os postos revendedores”.

Reiterou ainda em seu voto a posição da SG em relação ao elevado grau de interdependência entre distribuidora e revendedores bandeirados decorrente desses contratos de exclusividade; interdependência esta que acarretaria problemas anticompetitivos, especialmente associados à redução da competição entre postos embandeirados e, portanto, a facilitação na coordenação de estratégias entre distribuidora e revendedores para a implementação e perenidade de práticas cartelizadoras, *in verbis*:

*41. A SG, no entanto, reforçou o entendimento de que a distribuidora possui* ***influência decisiva*** *na formulação da estratégia comercial dos postos pertencentes a sua bandeira, em* ***decorrência dos direitos contratuais de fornecimento exclusivo, de licença de uso da marca e de comodato de equipamentos****.* ***Essa influência poderia ser exercida pela distribuidora no sentido de diminuir a competição entre os postos embandeirados na concorrência local****. Consta do parecer da SG (SEI 0297809) citação de decisão anterior desse Tribunal cujo trecho segue abaixo transcrito:*

*‘a relação distribuidora e posto revendedor se assemelharia à de controle compartilhado, com a peculiaridade de que o espaço para decisões de política comercial de um dos "controladores" (o "gerente" do negócio) está pré-estruturado pelas decisões do outro, e as decisões do primeiro são constantemente monitoradas pelo segundo. Tal compreensão decorre do fato de que, ainda que, por razões de natureza regulatória, distribuidores de combustível líquido não possam ser proprietários de postos revendedores. Assim,* ***o poder de fixar preços/quantidades e a propriedade sobre ativos importantes, tais como a marca, fazem do distribuidor uma espécie de "controlador conjunto" do posto revendedor, mais precisamente, um agente dotado de capacidade de direcionar as decisões do proprietário tendo em vista a realização dos seus*** *- i. e., do distribuidor -* ***interesses, não se podendo excluir a possibilidade de que, sob certas circunstâncias, os interesses individuais do distribuidor não estejam alinhados aos interesses individuais do proprietário formal do estabelecimento revendedor****.’ (Voto do Conselheiro-Relator Vinícius Marques de Carvalho no Ato de Concentração no 08012.002820/2007-93, p. 42, sem grifos no original)*

*42. Ainda de acordo com a SG ‘não há dúvidas de que* ***a interdependência entre postos bandeirados e distribuidoras é substancial****, existindo para fins de análise concorrencial uma* ***verticalização de fato das bandeiras****. Por esse motivo, e também pela grande* ***relevância do consumo cativo****, esta SG entende que a presente operação enseja não só a sobreposição horizontal entre as bandeiras das Requerentes, como também* ***a integração vertical entre, de um lado, as atividades de distribuição das Requerentes e, de outro, suas atividades de revenda****’*

...............................................................................................................................

*46. Em síntese,* ***existe, de fato****, como entende a SG,* ***uma significativa influência das distribuidoras nas decisões comerciais dos postos embandeirados, principalmente em razão dos contratos de embandeiramento****,* ***e durante a sua vigência (...)****.*

*47.* ***Isto não significa dizer que o segmento de revenda não seja importante para a avaliação da presente operação****. Como veremos mais adiante, a* ***influência exercida pelas distribuidoras nos postos revendedores deve, sim, ser considerada na análise de rivalidade no mercado de distribuição e na análise de poder coordenado nos mercados de distribuição e revenda****. O ponto aqui defendido é, simplesmente, que* ***o poder de mercado das Requerentes decorre de seu posicionamento no mercado de distribuição, originalmente****, sendo* ***a rede de postos de revenda uma complementação de suas estratégias de atuação****, e não o mercado relevante de análise concorrencial em si.*”. (Destacamos)

Especificamente em relação ao efeito indutor da prática de cartel decorrente dos contratos de exclusividade, o Conselheiro Resende, ao listar “as características propícias à colusão” (item 96 de seu voto), destaca, por exemplo, que:

“*5.* ***reduzido poder de compra de clientes****: os postos de revenda são relativamente frágeis perante as distribuidoras, principalmente durante os períodos de* ***vigência do contrato de embandeiramento****;*

*6.* ***ordens frequentes e pequenas****: isso ocorre tendo em vista o****s limites de capacidade de armazenamento nos tanques dos postos revendedores e sua constante necessidade de giro de estoques****;*

*7.* ***baixa elasticidade da demanda*** *do mercado: a cesta de combustíveis tem demanda reconhecidamente inelástica, isso tem reflexos tanto na revenda quanto na distribuição;*

*8.* ***estabilidade tecnológica de produtos e processos****: praticamente* ***não existem inovações tecnológicas*** *relevantes nesse mercado;*

*9. maturidade do mercado e previsibilidade da demanda:* ***o mercado se encontra em estágio de maturidade***;

*10.* ***ausência de formas de conduta de precificação mais agressiva e não comprometidas com a cooperação*** *(Mavericks) (...);*

*11.* ***histórico de coordenação no mercado relevante em questão (...)****;*

*12.* ***relações*** *societárias, empresariais ou* ***comerciais que possam restringir a rivalidade ou aumentar a transparência de informações das empresas no mercado****: para além do compartilhamento de infraestrutura, dos* ***contratos de cessão*** *e das informações disponibilizadas pela regulação, as quatro grandes distribuidoras possuem também um sindicato próprio (Sindicom)*”*.*

O Conselheiro Resende ainda aponta em seu voto que:

“*97. Para além do mercado de distribuição, a operação tende a gerar fortes externalidades negativas no mercado de revenda, facilitando ainda mais a coordenação.* ***A cartelização na revenda tende a ser benéfica para as distribuidoras devido a um alinhamento de incentivos entre os agentes à jusante e à montante da cadeia de comercialização de combustíveis, em função dos seguintes fatores: (i) a baixa elasticidade-preço da demanda dos consumidores finais faz com que as vendas das distribuidoras sejam pouco afetadas por condutas colusivas dos postos; (ii) o aumento da margem de revenda causado pela coordenação dos postos reduz a pressão destes sobre as distribuidoras por preços de fornecimento mais baixos; (iii) torna-se mais fácil para as distribuidoras cobrar preços mais elevados pelo combustível quando os postos revenda conseguem elevar artificialmente os preços em função da coordenação****.*

*98. Em tese,* ***as distribuidoras são capazes de punir de maneira discriminatória postos não alinhados ou favorecer aqueles revendedores que seguem as diretrizes de conduta concertada****. Na prática, a SG ressalta que condutas de* ***influência e de intervenção direta das distribuidoras nos preços*** *de revenda já foram observadas empiricamente em antecedentes no CADE.*

*99. Recentemente, em processo administrativo distribuído à minha relatoria e pautado na 104ª Sessão Ordinária de Julgamento, pudemos identificar* ***prova direta de interação suspeita entre gerente de determinada distribuidora e postos revendedores****. Naquele contexto, o* ***representante da distribuidora estava claramente em posição de influenciar conduta uniforme na revenda, a ponto do gerente de um dos postos pedir sua ajuda para intervir nos preços praticados por um concorrente não alinhado****. Embora a BR não tenha sido condenada em função de insuficiência de provas de que a sua participação na conduta efetivamente se materializou, o* ***processo demonstrou como é possível e até mesmo fácil para que as distribuidoras coordenem ou ajudem a monitorar carteis no mercado de revenda***”. (Destacamos)

Este poder de monitoramento e incentivos à cartelização apenas é possível em decorrência da regra do embandeiramento e, principalmente, dos contratos de exclusividade celebrados entre distribuidora e revendedores bandeirados. Como já destacado à exaustão, as cláusulas desses contratos e seus “longuíssimos” prazos acarretam em um “real e de fato” controle da distribuidora sobre as estratégias e ações dos postos revendedores que estão sob sua bandeira e sujeitos a tais contratos. Afinal, esses contratos, conforme explicado acima, determinam volumes mínimos a serem adquiridos pelos revendedores, multas rescisórias pesadíssimas e proibitivas à migração para outra bandeira; e, ainda, não definem o preço que deverá ser pago pelos revendedores à distribuidora. Reitera-se que a ausência de uma cláusula de precificação, associado à exclusividade de compra e as multas proibitivas, é um fator adicional que garante à distribuidora plenos e ilimitados poderes para fixar o preço de venda ao fornecedor que bem lhe convier, caracterizando uma situação de claro monopólio da distribuidora sobre seus postos revendedores e que encontram-se contratualmente vinculados a ela.

Na hipótese de não haver tais obrigações contratuais, certamente, os incentivos das distribuidoras em ofertar combustíveis a preços competitivos e exigir de seus revendedores melhor qualidade e diferenciação de atendimento e serviços prestados seria muito maior. Essas cláusulas também impactam negativamente nos incentivos à adulteração e sonegação por parte dos revendedores.

Este entendimento é de também apresentado no voto do Conselheiro Resende, ainda que de forma mais genérica, ao analisar os “Remédios” impostos pelo CADE em outros casos envolvendo a aquisição de distribuidoras, *in verbis*:

“*152. Meu entendimento, no entanto, diverge da jurisprudência nesse sentido. Com a definição de mercado relevante como sendo na distribuição exclusivamente, os clientes das distribuidoras são os postos revendedores, e não o consumidor final.* ***Uma solução que implique a neutralização de efeitos apenas na revenda e apenas no curto prazo (tendo em vista que os contratos de embandeiramento podem voltar ao Requerente comprador no médio prazo), geraria ineficiência econômica na relação comercial entre postos revendedores e distribuidoras, em favor destas, o que agravaria as preocupações concorrenciais no médio e longo prazo****. Tendo a Ipiranga maior poder e havendo probabilidade de seu* ***exercício unilateralmente (via uma política comercial mais agressiva, seja no preço, seja na imposição de outras obrigações contratuais****), os* ***postos bandeira branca ou aqueles que se encontram na posição intermediária, entre ser um posto bandeira branca e pertencer cativamente a uma das três grandes redes nacionais, teriam suas margens comprimidas e poderiam ser eventualmente forçados a se embandeirar ou a sair do mercado, reduzindo alternativas ao consumidor final****. Além disso, com a maior probabilidade de exercício de poder coordenado, as* ***três grandes distribuidoras que sobrariam no mercado poderiam, explícita ou tacitamente, alinhar preços e puxar o restante do mercado****, gerando* ***efeito análogo de redução de margens****, mas de forma generalizada por* ***todo o setor de revenda****. A operação, portanto, só poderia ser aprovada mediante a* ***aplicação de remédios também, e principalmente, na distribuição***

...............................................................................................................................

*167. Assim, tendo em vista todo o exposto ao longo desta análise, a única possibilidade que vislumbro para* ***sanar os problemas concorrenciais identificados*** *seria* ***alienar*** *na integralidade todos os ativos relevantes de distribuição da Alesat (próprios ou alugados) nos mercados regionais problemáticos. Por* ***alienar ativos*** *entenda-se:*

*1. Venda (ou cessão de contratos de aluguel) de todas as bases primárias e secundárias;*

***2. Cessão dos contratos de embandeiramento com postos revendedores de toda a rede da Alesat;***

*3. Alienação dos veículos e/ou cessão dos contratos de frete, quando for o caso;*

*4. Cessão dos contratos com funcionários envolvidos nas operações da empresa;*

***5. Alienação das marcas/bandeiras regionais detidas pela Alesat, e adquiridas por meio de fusões pretéritas***

*168. Em outras palavras, trataria de se cindir a Alesat em diferentes estados, sob um novo CNPJ, e repassar essa nova empresa estadual para um entrante ou rival de porte intermediário,* ***excluindo-se, obviamente, a venda para as duas outras grandes distribuidoras nacionais, BR e Raízen****, ou para players específicos em alguns mercados, em especial à SP no Ceará, à Total no Tocantins, e à FAN no Rio Grande do Norte, pois nesses casos a nova empresa se tornaria o segundo maior player regional. Por fim, todo esse desinvestimento deveria ser realizado antes da consumação da operação.*

*169.* ***A venda da totalidade dos ativos nos mercados regionais com problemas concorrenciais garante a manutenção de um agente com condições de competir com as grandes distribuidoras nesses mercados****. Aliás, vale lembrar que o fortalecimento da Alesat nos últimos anos, a partir da aprovação de quatro operações, teve o intuito justamente de garantir a existência desse player, alguém com porte suficiente para se* ***tornar um rival efetivo e fazer frente às grandes marcas****. Sua saída requer, nesses onze mercados, a sua exata substituição*”. (Destacamos)

Observa-se ainda que, embora o então Conselheiro Alexandre Cordeiro, que atualmente ocupa o cargo de Superintendente-Geral do CADE, tenha de certa forma divergido em alguns pontos dos fundamentos apresentados pelo Conselheiro João Paulo Resende para decidir pela reprovação da operação de aquisição da Alesat pela Ipiranga, também chamou a atenção para os **problemas competitivos gerados pelos acordos de exclusividade** celebrados entre as distribuidoras dominantes e revendedores, indicando, por exemplo, que uma das **medidas possíveis para solucioná-los** seria, exatamente, a **alienação desses contratos**, conforme sugerido pelas Requerentes, *in verbis*:

“*42. Com vistas a mitigar os problemas concorrenciais mapeados no presente processo administrativo,* ***as requerentes propuseram a celebração de acordo em controle de concentração (ACC)****.*

*43. O remédio envolveria a alienação de ativos nos mercados relevantes de distribuição e revenda de cesta de combustíveis líquidos (gasolina C, óleo diesel e etanol hidratado).*

*44.* ***Para extirpar preocupações concorrenciais na revenda foi proposto alienar posição contratual em contratos de revenda com exclusividade no fornecimento em favor do distribuidor (contratos de “embandeiramento”) em todos os municípios ou bairros (para município com mais de 200 mil habitantes) em que houvesse sobreposição e que da operação resultasse concentração superior a 20%****, tendo em conta neste cálculo o número de postos de revenda com atuação no mercado geográfico. Entendo como efetivo remédio em tal mercado, já que a partir dele rejeita-se à operação causar, em qualquer caso, concentração que permita presumir existência de poder de mercado (art. 36, §2o da Lei no 12.529/2011).*

*...............................................................................................................................*

*Conclusão*

*55. Com estas razões, entendo que* ***os remédios apresentados na proposta de ACC endereçam os problemas concorrenciais oriundos da operação****. Contudo, em razão ausência de maioria acerca do mérito dos remédios, a negociação de um Acordo em Controle de Concentração não evoluiu a fim que se pudesse alcançar uma minuta passível de aprovação por esse Tribunal. Sendo assim,* ***divirjo do conselheiro relator quanto ao mérito da operação****, mas o acompanho no dispositivo, votando pela* ***reprovação da operação***”. (Destacamos)

Ou seja, para o Conselheiro Cordeiro os contratos de exclusividade acarretam problemas de natureza concorrencial e, portanto, a sua alienação a distribuidoras menores (ou seja, com baixa participação de mercado) permitiria “extirpar tais preocupações concorrenciais” de forma a restabelecer um ambiente competitivo sadio nos mercados ali analisados e destacados.

Desta forma, pelos casos apresentados acima, não restam dúvidas quanto à preocupação e opinião da autoridade máxima concorrencial brasileira de que, (1) embora a atual regulação nacional proíba a verticalização societária entre distribuidora e revendedores, há, **de fato**, **uma verticalização contratual associada à regra de embandeiramento e, especialmente, aos diversos modelos de contratos com exclusividade celebrados**, especialmente, entre as três (ou quatro) distribuidoras nacionais que dominam a oferta de combustíveis líquidos no país; e que (2) estes contratos acarretam sérios problemas competitivos associados a (i) fechamento de mercado, (ii) discriminação de preços para compelir revendedores a coordenarem preços e (iii) coordenação efetiva para elevação de preços aos consumidores a níveis supracompetitivos.

É ainda interessante reiterar o que foi dito pelo Conselheiro João Paulo Resende de que “a **cartelização na revenda é benéfica às distribuidoras**”, exatamente porque as **margens e lucros das distribuidoras estão garantidos pelas cláusulas existentes nesses contratos de exclusividade** que definem “volumes mínimos” e deixam a cargo da distribuidora titular da bandeira a definição do “preço” praticado. Os “longuíssimos” prazos desses contratos e as “multas proibitivas” ali fixadas tornam os revendedores reféns dessas distribuidoras e das estratégias comerciais definidas por elas.

Por fim, é ainda interessante citar o entendimento esposado pela Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica desta i. ANP (“SRD”) em relação aos impactos dos contratos de exclusividade na concorrência e competitividade do setor, na Nota Técnica nº 087/2016/SDR (SEI 0295506)[[45]](#footnote-45) apresentada nos autos do citado Ato de Concentração Alesat / Ipiranga, *in verbis*:

“*Cabe enfatizar que, de acordo com o artigo 33 da Resolução ANP nº 58/2014 e o artigo 26 da Resolução ANP nº 41/2013, é proibida a atuação direta das distribuidoras no mercado de revenda, por meio da operação de postos de combustíveis.*

*Entretanto, é possível vislumbrar* ***integração vertical entre esses agentes****, ainda que de maneira indireta, em razão* ***dos dispositivos contratuais por eles celebrados, bem como devido às distintas modalidades de compartilhamento da propriedade de ativos da revenda****[[46]](#footnote-46). Em tese,* ***contratos com restrições verticais menores possibilitam o acirramento da competição nos mercados de distribuição e revenda****. Isso decorre do fato de os* ***revendedores poderem trocar de fornecedor (distribuidora) com maior facilidade****, de acordo com as condições comerciais oferecidas. Já os que apresentam* ***restrições verticais maiores garantem o vínculo do revendedor a uma distribuidora, ficando o primeiro restrito às políticas comerciais da segunda****.*

*Esse entendimento consta do voto do* ***Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no AC n° 08012.02820/2007-93****, em que se entendeu ser* ***possível haver problemas verticais nos mercados das revendas municipais****, em que pese a concorrência da distribuição estadual, conforme citado a seguir:*

*...............................................................................................................................*

*Dessa forma, em que pese o percentual elevado do número de postos de bandeira branca no País e um quantitativo expressivo de distribuidores autorizados pela ANP,* ***não se verifica a ocorrência de pulverização das participações de mercado no segmento de distribuição de combustíveis líquidos****, o que exige cautela e avaliação dos dados disponibilizados para que se possa concluir acerca da efetividade da competição gerada a partir da quantidade de distribuidoras e postos de bandeira branca em operação. Há de se notar, também, que* ***as grandes distribuidoras têm participação não desprezível no atendimento dos postos bandeira branca*** *—juntas, Ipiranga e Alesat forneceram 12,7% da gasolina O, 11,5% do óleo diesel B e cerca de 5% do etanol hidratado destinados a esse tipo de revenda, no primeiro semestre de 2016, conforme Boletim Abastecimento em Números n° 51.*

*Tal fato pode constituir evidência de que a* ***quantidade de distribuidores autorizados não se traduz em entrantes capazes de diluir o grau de concentração dos mercados em questão****, nem tampouco as participações de mercado das empresas incumbentes, o que denota ser possível a* ***ocorrência de barreiras à entrada em níveis suficientes para influenciar negativarnente a dinâmica concorrencial no segmento****.*

*...............................................................................................................................*

***A possibilidade de adquirir combustível de qualquer distribuidor não garante aos postos de bandeira branca maior competitividade no mercado de revenda****.* ***Há outros aspectos concorrenciais inerentes ao segmento de distribuição que favorecem a atuação das distribuidoras de maior parte e, consequentemente, de sua rede bandeirada de postos****. Esses aspectos estão relacionados basicamente a fatores como: capacidade de armazenamento, localização das bases, volume comercializado e condições logísticas de distribuição. Isto porque os custos incorridos pelas empresas na atividade de distribuição dependem, fundamentalmente, da* ***escala de comercialização, do modo de transporte utilizado e das distâncias existentes entre as bases e as localidades atendidas****.*

*...............................................................................................................................*

*Outro fator a ser considerado é que, embora as* ***barreiras à entrada no mercado de revenda*** *sejam geralmente consideradas baixas, elas* ***podem variar de modo significativo a depender do mercado relevante a ser analisado****. Em determinados mercados, seja em função da* ***escassez de terrenos, da especulação imobiliária, da regulamentação urbana de uso do solo, dentre outros fatores, a entrada no mercado pode tornar-se custosa e, em última instância, improvável****.*

*Quanto ao argumento de que os* ***postos bandeirados podem renovar ou não seus contratos com as distribuidoras, há de se ressaltar que não existe transparência quanto ao término de cada contrato****. Além disso,* ***ao longo da vigência contratual, os postos só podem comercializar combustível da distribuidora com a qual mantém contrato****. Esses, muitas vezes,* ***têm duração de 5 e, até mesmo, 10 anos****.*

*...............................................................................................................................*

*As* ***distribuidoras não concorrem por todos os postos****, pois há custos para a distribuidora relacionados ao embandeiramento e em razão disso* ***há um perfil de postos que lhes são interessantes enquanto outros não o são****. Em especial,* ***o volume de vendas do posto é um fator observado pelas distribuidoras para embandeirar e manter embandeirado determinado posto****. Além disso,* ***a possibilidade de postos concorrentes ampliarem sua oferta mediante elevação do giro depende da existência de oferta por parte dos distribuidores****. A rivalidade com postos de cidades limítrofes, por sua vez, nem sempre é verdade, pois depende das distâncias entre as zonas urbanas de cada município e de dinâmicas locais muito específicas ligadas a ocorrência de cidades dormitório, conurbações e áreas metropolitanas Além dos custos e do tempo para abertura de um posto, deve-se considerar o retorno sobre o investimento na abertura de postos, o que depende do tamanho dos mercados e de perspectivas de crescimento dos mesmos. Em mercados estáveis quanto a seu tamanho, a tendência é que não haja investimentos em novos postos.*

Nota-se pelo relato acima que esta i. ANP, não apenas reafirma a proibição da verticalização bem como a baixa concorrência empreendida por postos bandeira branca e pelas distribuidoras de menor porte, como, ainda, destaca e reitera o entendimento do E. CADE quanto aos problemas concorrenciais decorrentes dos contratos celebrados entre as distribuidoras “dominantes” e os revendedores bandeirados, a ponto de afirmar que “**não existe transparência quanto ao término desses contratos**” e, ainda, que tais contratos exigem que “***postos só podem comercializar combustível da distribuidora*”** esão de longo prazo, chegando a “até 10 anos”.

Estes comentários claramente servem para destacar o potencial de fechamento de mercado desses contratos, assim como a relação monopolística que geram entre distribuidora e revendedores vinculados, o que acarretam um grande desequilíbrio e prejuízos à concorrência e competitividade do setor.

Desta forma, fica claro pelo exposto que **a existência dos contratos de exclusividade gera desequilíbrios e prejuízos à livre iniciativa e à livre concorrência** e, portanto, que esta i. ANP deveria, senão **abolir por completo a regra do embandeiramento** – a qual é usada normalmente como justificativa para a adoção desses contratos pelas distribuidoras bandeiradas, em especial, as três “dominantes” –, pelo menos, **regular esses contratos** de forma que (i) **seus prazos sejam menores** (*e.g.*, um ano), o que permitiria uma migração mais fácil e uma real competição entre as distribuidoras para garantir aos revendedores menores preços e melhor qualidade do combustível e serviços acessórios ofertados; (ii) **garantam a livre iniciativa dos revendedores para definirem suas estratégias comerciais**, inclusive para buscarem alternativas de fornecimento se a distribuidora a qual esteja vinculada não lhe garantir condições competitivas satisfatórias; e, ainda, (iii) a **concessão de preços e condições de pagamento compatíveis com aquelas praticadas no “mercado”**, ou seja, uma regulação que confira, por um lado, plenas condições competitivas aos revendedores e, por outro, que não acarrete o fechamento de mercado a outros ofertantes de combustíveis que concorram ou possam vir a concorrer com as distribuidoras “dominantes”, titulares da maciça maioria dos contratos de exclusividade atualmente vigentes no país.

Por fim, é importante salientar que a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência são pilares e objetivos da Lei do Petróleo e fundamentais para o incremento do bem-estar dos consumidores de combustíveis. Assim como a vedação à venda direta de combustíveis pelo produtor limita e prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência – e, consequentemente, o bem-estar dos consumidores – o atual modelo de embandeiramento, definido pela regulação da ANP, e especialmente os contratos de exclusividade decorrentes deste, também geram os mesmos efeitos deletérios.

A liberação da venda direta sem a vedação dos contratos de exclusividade – ou pelo menos sem uma regulamentação que garanta maior mobilidade e escolha dos revendedores quanto aos seus fornecedores – não solucionará os problemas destacados pelo Sindaçúcar na resposta à TPC 2, em relação aos incentivos ao incremento da oferta e demanda. Isso ocorre por que os contratos atualmente existentes acabam por fechar parcela considerável dos postos revendedores atualmente instalados no país. Conforme destacado pelo CADE, pelo menos metade dos municípios brasileiros encontram-se “fechados” a novos ofertantes de combustíveis, em razão dos contratos de exclusividade celebrados pelas distribuidoras “dominantes” com a totalidade dos postos revendedores ali instalados.

***III.2. As Soluções Estrangeiras para o Problema dos Contratos de Exclusividade.***

Segundo dados obtidos pela OCDE[[47]](#footnote-47) junto a países membros, não há uma uniformidade quanto às políticas regulatórias praticadas em relação à proibição, permissão ou maior controle sobre a verticalização, o embandeiramento ou os contratos de exclusividade estabelecidos no setor de combustíveis.

Pode-se, contudo, mencionar que, segundo os estudos destacados pela OCDE, as eficiências trazidas pela verticalização societária ou contratual estariam, principalmente, associadas à eliminação da dupla marginalização, redução de custos e eliminação de práticas oportunistas[[48]](#footnote-48). Contudo, as preocupações concorrenciais associadas à verticalização, societária ou contratual, que estariam associadas a “*price squeezes*” (subsídios cruzados), “preços predatórios”, elevação de barreiras à entrada e colusionárias, parecem ser a tônica na maioria das jurisdições analisadas pela OCDE, especialmente em mercados concentrados a montante e/ou a jusante e/ou com contratos de longa duração[[49]](#footnote-49), de forma a justificar certas restrições regulatórias existentes nos diferentes países, e tratadas sumariamente a seguir.

É interessante mencionar ainda que a OCDE não aponta a qualidade do combustível como uma variável relevante neste debate sobre maior ou menor integração vertical na cadeia. Isso nos permite concluir que esta questão da qualidade, muito utilizada por esta i. ANP e pelas distribuidoras “dominantes” para justificar a regra do embandeiramento, parece ser uma peculiaridade do Brasil e, portanto, poderia / deveria ser facilmente solucionada a partir de medidas fiscalizatórias e punitivas mais rígidas por parte dos agentes estatais responsáveis por este controle e fiscalização.

Outro ponto interessante que merece destaque é que, em alguns países, a distribuição dos combustíveis é feita pelo próprio produtor (“*refiners*”), de forma que a figura do distribuidor como elo intermediário da cadeia parece não ser necessária[[50]](#footnote-50). Ou seja, em alguns países, o produtor acaba sendo responsável pelo escoamento direto de sua produção aos revendedores. Além disso, a especificidade da comercialização de dois combustíveis substitutos (etanol hidratado e gasolina) parece ser exclusiva do Brasil, ainda que em certos países o GNV – e mais recentemente a eletricidade – possa também ser visto como um combustível perfeitamente substituto à gasolina. Nesse sentido, cabe citar o que é dito pela OCDE em relação à concorrência entre o etanol e a gasolina e o impacto pró-competitivo que o **incremento da produção e oferta direta do etanol pelo produtor aos revendedores** poderão trazer em **relação ao poder de mercado** da Petrobrás, no refino da gasolina, e, complementamos, das próprias distribuidoras dominantes em relação à oferta de combustíveis aos revendedores, *in verbis*:

“*In Brazil, the competition agency observes a convergence between gasoline and ethanol retailing. This phenomenon is interesting from a competition viewpoint because the concentration level in ethanol production is much lower than in oil refining.* ***Competitive concerns about market power in oil refining*** *seem likely to fade as* ***ethanol producers increase their share of the motor fuel market***”[[51]](#footnote-51). (Destacamos)

É exatamente isso que o Sindaçúcar/PE defende com a liberação da venda direta, a qual somente será efetiva se o mercado de revenda não estiver fechado pelo modelo de embandeiramento e pelos contratos de exclusividade celebrados pelas distribuidoras “dominantes” com parcela substancial e os principais (aqueles que geram maior galonagem) postos revendedores instalados no país.

Feitos esses breves esclarecimentos, passa-se a seguir a relatar algumas medidas adotadas por países analisados pela OCDE em relação à verticalização e os contratos de exclusividade para garantir maior concorrência e competitividade aos setores de distribuição e revenda de combustíveis.

O primeiro caso a ser citado é aquele da Argentina. Conforme destaca o relatório da OCDE (2008, p. 29-30), em 1991, o mercado de combustíveis foi desregulamentado, sendo retiradas quaisquer restrições associadas a preço, capacidade de refino, localização e número de postos revendedores. Como ocorre no Brasil, o mercado argentino àquela época encontrava-se altamente concentrado, com quatro empresas detendo mais de 85% da oferta de combustíveis, com preços de revenda elevados. Com o objetivo de elevar a concorrência e a competitividade no país e reduzir os preços de revenda da gasolina, em 2000, o Governo argentino, por meio da Secretaria de Assuntos Econômicos e Defesa da Concorrência determinou: (a) **a limitação do prazo dos contratos celebrados entre as companhias petrolíferas e seus revendedores, e (b) a limitação no número de postos, em termos percentuais, que a companhia petrolífera (“*refiner*”) poderia ser proprietária e operar**.

Na Australia, embora a integração vertical entre produtor / distribuidora e revendedor seja liberada, a regulação define **quotas para o número de postos revendedores que um produtor-distribuidor pode operar diretamente**, assim como **fixa termos e condições mínimas para os contratos de franquia**. Segundo a OCDE (2008, p. 31-32), essas medidas visaram equilibrar o poder de mercado entre produtor-distribuidor e revendedores, assim como facilitar e incentivar a entrada de “*small business*” no segmento de revenda.

Também no Canadá não há restrições para a integração vertical. No entanto, segundo a OCDE (2008, p. 32-33), estudos mostram, por exemplo, que, em 11 cidades analisadas, 65% a 97% do mercado encontra-se controlado por empresas verticalmente integradas e que os menores agentes não são capazes de rivalizar com os grandes em termos, por exemplo, de redução de preços. Foi ainda contestado que a **concentração gerada pela liberação da integração vertical foi significativa**, de forma que o número de postos no país passou de **35,703**, em 1970, para 23,952, em 1980, 22,000 em 1989, e **13,250**, em 2000. Foi ainda apontado que, segundo a autoridade antitruste canadense, houve um **aumento de colusões nesse período**, gerando o enrijecimento e a **uniformidade dos preços ofertados aos consumidores finais** (OCDE, 2008, p. 33).

Na Espanha, a integração vertical também não é vedada, sendo que na maioria dos casos, o revendedor pertence à refinaria-distribuidora ou encontra-se vinculado a esta por meio de contratos de exclusividade. Observa-se, contudo, a existência de estudos que mostram que os **preços praticados por postos independentes (bandeira branca) são menores** e concorrem mais acirradamente com os postos detidos pelas refinarias-distribuidoras, do que com aqueles que se encontram **contratualmente vinculados**.

O trabalho da OCDE (2008, p. 34-35) aponta ainda para a existência de um grande número de litígios entre revendedores e refinarias-distribuidoras na Espanha, nos quais foram discutidas e avaliadas as cláusulas contratuais abusivas. Esses litígios, ainda segundo a OCDE, envolveram as principais distribuidoras espanholas acarretando, inclusive, (a) em suas condenações por fixação do preço de revenda (Caso Repsol-Cepsa), em 2000; ou, ainda, (b) na celebração de acordo entre Repsol e a autoridade de defesa da concorrência, em 2006, pelo qual a primeira se comprometeu a limitar a duração de seus contratos de exclusividade a 5 anos.

Na Turquia, embora não haja uma restrição para distribuidoras operarem diretamente postos revendedores, a regulação determina expressamente que esta **integração deve se limitar a no máximo 15% do volume total de combustíveis ofertado no mercado doméstico**. A Lei da Turquia também determina que a **distribuidora deverá garantir tratamento isonômico**, de forma a **não discriminar ou a não garantir subsídios aos postos revendedores de sua propriedade**, em detrimento daqueles de terceiros. Há ainda um certo **controle estatal sobre os preços praticados na revenda**, a partir da fixação de patamares máximos que acabam acompanhando os preços internacionais (OCDE, 2008, p. 161-165).

No Reino Unido também não há obstáculos à integração vertical. No entanto, segundo a OCDE (2018, p. 36), não é elevada a participação de mercado de empresas que adotam um modelo de verticalização, de forma a não haver por parte das autoridades nacionais (regulatória e antitruste) maiores preocupações em relação à potencialidade de fechamento de mercado.

Nos Estados Unidos da América, em razão do segmento de produção, distribuição e revenda de combustíveis ser de competência estadual, verifica-se haver restrições regulatórias acerca da integração vertical em alguns estados e, em outros não. Embora a Federal Trade Commission norte-americana já tenha se posicionado contrariamente às legislações estaduais que vedam a verticalização, a OCDE (2008, p. 37-39) destaca, a partir do relato de alguns estudos empíricos, que este entendimento não é uma unanimidade entre os acadêmicos.

Em seu *paper* de 2008, a OCDE concluiu, por exemplo, que os dados coletados mostram que a maioria dos países consultados traz preocupações concorrenciais e regulatórias em relação aos impactos anticompetitivos dos contratos de exclusividade existentes entre produtor-distribuidora e revendedores, do que propriamente consideram esses contratos negligenciáveis em termos de problemas competitivos, conforme destaca o trecho transcrito abaixo:

“***There are several conflicting propositions about the effects of mandatory vertical unbundling and vertical integration more generally in gasoline markets****. On the narrow question of mandatory vertical unbundling, empirical evidence generally supports the proposition that such laws and regulations are of little or no benefit to consumers. However,* ***the general policy issue of vertical integration in gasoline retailing is more complicated****. Principally, there is evidence that* ***the newest strong force for competition in gasoline retailing is the presence of independent retailers selling unbranded gasoline****. The* ***counterpoint to the ill effects of mandatory vertical unbundling is that entry of novel independent retailers (often grocery retailers) could be impeded and incumbent independent non-branded retailers could be forced to exit if refiners predominantly vertically integrate and sell only to branded retailers****.*

***Laws and regulations about vertical integration*** *in this sector are only tangentially related to* ***relevant competitive concerns****. Instead,* ***they are focused on recurring and vigorous contractual disputes between refiners and franchisees regarding price discrimination and opportunism****. Supporters of vertical integration need to address the* ***problems of contract enforcement resulting from opportunism****. Proponents of mandatory unbundling should examine whether* ***concerns about opportunism and cross-subsidization can be addressed under the general laws against abuse of dominance and unfair competition***”. (Destacamos)

A despeito da inexistência de um padrão regulatório sobre o tema, reitera-se que na maioria das jurisdições em que o mercado encontra-se concentrado nas mãos de um pequeno número de ofertantes, como ocorre no Brasil, as preocupações quanto à necessidade de regular as relações entre produtor-distribuidora e revendedores tornam-se maiores, especialmente, no que tange aos contratos celebrados entre eles e seus efeitos de fechamento de mercado, discriminação de preços / *price squeeze* e colusão.

Por estas razões, o Sindacúcar/PE insiste na necessidade de revisão do atual modelo regulador de forma a haver um controle maior por parte da ANP sobre os contratos de exclusividade atualmente existentes no mercado nacional, a partir, por exemplo, **da redução de seus prazos e limitação no número de postos, em termos de litragem demandada / ofertada, “fechados” por esses contratos ou, mesmo, pela propriedade e operação da distribuidora, na hipótese de se optar pela revogação da regra que impede as distribuidoras e produtores de deterem, societariamente, o controle / operação e propriedade de postos revendedores**.

***IV – Os Dados Econômicos que Justificam e Fundamentam o Pleito do Sindaçúcar/PE em Relação à Revogação das Normas ANP sobre Embandeiramento ou, no Mínimo, a sua Atenuação para Vedar a Celebração de Contratos de Exclusividade ou Garantir Maior Facilidade para o Desbandeiramento (ou Migração) de um Revendedor*.**

O Sindaçúcar/PE considera que, atualmente, a oferta e o consumo de etanol hidratado têm sido definidos pela política implementada pelas grandes distribuidoras de combustíveis, as quais têm privilegiado a gasolina C em detrimento do etanol hidratado.

Desta forma, a liberação da venda direta e o fim da regra do embandeiramento – ou pelo menos o fim ou regulação e regulamentação dos contratos de exclusividade celebrados entre as distribuidoras dominantes e a maioria dos postos revendedores –, visaria, em primeiro lugar, reduzir a influência das distribuidoras nesta decisão sobre qual combustível (gasolina ou etanol hidratado) deve ser comercializado e adquirido no mercado interno; em segundo, uma maior competitividade do etanol hidratado em face da gasolina C, a partir da eliminação do intermediário nesta venda e redução dos custos e margem de lucro associados à distribuição; e, por fim, a possibilidade de uma redução no preço final dos combustíveis em questão.

Neste processo, é importante ressaltar novamente que a simples liberação da venda direta pode não ser suficiente para elevar a concorrência entre etanol hidratado e gasolina C, exatamente, porque, mais da metade dos postos revendedores instalados no país está sujeita à regra do embandeiramento e dos contratos de exclusividade decorrentes desta.

Em outros termos, **a liberação da venda direta associada ao fim da regra do embandeiramento – ou, pelo menos, a vedação ou melhor regulação e regulamentação dos contratos de exclusividade, celebrados entre as principais distribuidoras bandeiradas e mais da metade dos revendedores instalados no país – servirá para incrementar a concorrência entre os dois combustíveis (gasolina C e etanol hidratado), assim como gerará maior pressão competitiva em relação às distribuidoras, especialmente aquelas “dominantes” e que detêm o controle de parcela considerável da oferta e demanda da gasolina C e do etanol hidratado no país, para garantir preços mais baixos aos revendedores e aos clientes finais; e, ainda, maior controle sobre o adulteramento de combustíveis e a sonegação de impostos**.

O Sindaçúcar/PE acredita, e os dados empíricos comprovam, que o modelo de embandeiramento, o qual em tese deveria servir para garantir melhor qualidade e preços mais baixos aos consumidores, na realidade, acaba, muitas vezes, por induzir práticas de adulteração e sonegação, além de incentivar a cartelização do setor e a uniformização de preços em patamares supracompetitivos.

Estes incentivos devem-se mais fortemente aos contratos de exclusividade celebrados entre as principais distribuidoras bandeiradas e seus revendedores.

Como destacado pela própria Superintendência-Geral do CADE, “*as grandes distribuidoras podem se valer do* ***controle propiciado por seus contratos*** *de embandeiramento para* ***reforçar substancialmente o alinhamento de incentivos já previamente existente entre a distribuição e a revenda no sentido da cartelização do mercado****. A* ***fidelização e a verticalização de fato causadas pelo embandeiramento*** *permitem* ***também aumentar a fragilização dos postos e, com isso, a capacidade da distribuidora de capturar margem a jusante*”***.* (Destacamos, p. 66 da Parecer nº 1/2017/CGAA4/SGA1/SG – SEI 0297660)

Estes fenômenos ocorrem, ainda segundo a i. SG, em razão de “***algumas características dos contratos de embandeiramento que majoram a elevada assimetria* *que caracteriza a relação entre distribuidora e posto. Com multas de rescisão proibitivas aos postos, os contratos duram, em média, de quatro a cinco anos, havendo casos em que duram até dez anos, e incluem cláusulas de exclusividade e de volume mínimo a ser vendido pelo posto. Mas o preço é livre – ou seja, o posto se vê obrigado a negociar preço diuturnamente com a distribuidora sem nenhuma possibilidade de recorrer a fornecimento alternativo no mercado, mesmo estando obrigado a dar vazão a um volume mínimo. Com isso, a distribuidora pode favorecer seus postos mais ‘comportados’ e retaliar os postos desviantes de uma mesma região***”. (Destacamos, p. 66 da Parecer nº 1/2017/CGAA4/SGA1/SG – SEI 0297660[[52]](#footnote-52))

Reitera-se ainda os comentários e conclusões apresentados pela extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico nas Notas Técnicas apresentadas quando da consulta da ANP sobre a regra do embandeiramento e da verticalização, dando-se destaque especial à falta de estudos mais aprofundados sobre os efeitos nocivos à concorrência decorrentes dos contratos de exclusividade, assim como à experiência internacional que, para mitigar tais efeitos, passou a regular e regulamentar melhor tais contratos e suas cláusulas.

Conforme apontado na nota 31, acima, “na Austrália, por exemplo, o contrato de franquia é regulado, **proibindo discriminação entre revendedores franqueados e revendedores de propriedade das refinarias**, além de obrigar o fornecimento de informações essenciais aos potencias franqueados e regras para o não rompimento por certo período, entre outras. Outras jurisdições estabelecem **restrições quanto à duração dos contratos de fornecimento exclusivo de combustíveis**, visando **reduzir a barreira à entrada no segmento *downstream****.* Na **Argentina**, por seu turno, **a legislação determina a compra, a qualquer tempo e a preço de mercado, dos equipamentos emprestados em comodato, pela distribuidora à revendedora**; tal dispositivo tende a **equilibrar a relação entre revendedores e distribuidores**, atribuindo a aqueles um maior poder de barganha, ao tornar mais clara a opção entre trocar de distribuidor ou mesmo virar bandeira branca (Ragazzo, 2010, p. 36)”. (Destacamos)

Como já indicado acima, atualmente, mais de 70% da oferta de combustíveis no país encontra-se fechada por contratos de exclusividade, sendo esta prática mais comum entre as três principais distribuidoras do país que, conjuntamente, representam quase 60% da oferta total nacional.

Com efeito, conforme destaca SOARES, SAES e PAULILLO[[53]](#footnote-53), em 2012, 60% de todo o volume de venda encontrava-se nas mãos das três distribuidoras “dominantes” (BR, Raízen e Ipiranga), sendo que entre 80% e 95% do faturamento dessas distribuidoras decorria de contratos de exclusividade celebrados com revendedores de sua bandeira; sendo o restante dos respectivos faturamentos obtidos com vendas realizadas a postos não bandeirados.

É interessante repisar que esta participação de mais de 60% das três distribuidoras “dominantes” permanece estável, conforme destacam os dados públicos divulgados pela ANP e compilados na Figura 1, abaixo:

**Figura 1: Evolução Vendas de Gasolina C e Etanol Hidratado, no Brasil, por**

**Distribuidora (2015-2017)**



Fonte: ANP

Ressalte-se, novamente, que a grande representatividade das três distribuidoras dominantes é ainda maior em nível local e regional, conforme já destacado na Nota Técnica da i. SG, que sugeriu a reprovação da aquisição da Alesat pela Ipiranga.

Isso ocorre porque, segundo dados levantados pela i. SG, em 50% dos municípios brasileiros a oferta de combustíveis é controlada por uma única distribuidora, por duas ou no máximo três, normalmente aquelas dominantes. Ou seja, esses dados demonstram que, em pelo menos em 50% dos municípios brasileiros, o mercado de revenda de combustível encontra-se fechado e controlado por apenas três distribuidoras.

Este dado, por si só, já justificaria a vedação – ou pelo menos um maior controle e regulação por parte da ANP – aos contratos de exclusividade. Reitera-se, nesse sentido, as competências precípuas desta agência, conferidas pela Lei do Petróleo, de assegurar a livre concorrência, o pleno abastecimento e a qualidade dos combustíveis ofertados no país.

Os longos prazos desses contratos (normalmente superiores a 5 anos, segundo a i. SG), assim como os acordos de comodato de equipamentos são outros problemas criados pelos acordos de exclusividade celebrados pelas distribuidoras “dominantes”, conforme já destacado pelas i. SG e SEAE, e que merecem ser, pelo menos, regulados por esta agência.

Repita-se, ainda, que esses contratos nada têm a ver com a regra de embandeiramento estabelecida pela ANP, sendo impostos aos revendedores pelas distribuidoras, na medida em que há uma crença dos consumidores – desenvolvida pelo *marketing* das distribuidoras bandeiradas e não desmistificada pela ANP – de que postos bandeirados comercializam combustíveis com qualidade e aqueles não-bandeirados não.

Os dados empíricos divulgados pela ANP sobre autuações de postos revendedores por problemas de qualidade – porém desconhecidos do grande público (i.e., dos consumidores), assim como é direito dos consumidores exigir do revendedor a demonstração da qualidade do combustível que está adquirindo – demonstram, por exemplo, que **o número de postos bandeirados autuados é muito próximo daquele de não-bandeirados**, conforme destacam os dados compilados na Figura 2, abaixo:

**Figura 2: Relação de Atuações por Irregularidades de Qualidade**



Fonte: ANP

Os dados apresentados nesta Figura 2 também mostram ser o número de postos autuados relativamente baixo. Isso significa dizer que, como regra, a maciça maioria dos postos fiscalizados comercializa combustível de boa qualidade. Esta conclusão também é válida, mesmo ao considerarmos o número total de postos revendedores instalados no país.

Especificamente em relação aos efeitos deletérios à concorrência decorrentes da exclusividade e associados à discriminação de preços, os dados de preço de venda e compra divulgados pela ANP[[54]](#footnote-54) mostram, de forma, cabal a existência desta prática.

Nesse contexto, a Figura 3, abaixo, traz os preços de compra e venda praticados por distribuidoras e revendedores em alguns bairros de São Paulo.

**Figura 3: Relação de Preços de Compra e Venda de Etanol Hidratado, no segmento de Distribuição e Revenda, em Bairros de São Paulo**



Fonte: ANP.

Considerando os preços praticados no bairro do Ipiranga, por exemplo, verifica-se, inicialmente, que o menor preço de venda foi de R$ 2,4490, do posto “Karinat” de bandeira branca; e o maior, foi de R$ 2,9980, do posto “Jolice” da bandeira Ipiranga. Ou seja, apenas entre esses dois postos, há uma diferença de pouco menos de R$ 0,45, o que demonstraria, a princípio, que os postos bandeira branca da região não concorreriam com aqueles bandeirados.

No entanto, não é esta diferença que chama mais a atenção, mas, sim, as diferenças de preços existentes entre: (a) o preço de venda do posto “Ozorio”, da bandeira Alesat (R$ 2,4990), e (b) o preço de compra (i.e., o preço praticado pela distribuidora) dos postos “Novasoc” (R$ 2,5650) e “Joluce” (R$ 2,5350), da bandeira Ipiranga, os quais superam em alguns centavos o preço de venda do posto “Ozorio”. Ou seja, pelo preço cobrado pela Ipiranga, esses dois postos também não conseguiriam concorrer com aquele da Alesat.

Outro dado estarrecedor que chama a atenção nesta tabela é aquele do preço de venda (R$ 2,5790) e de compra (R$ 2,5650) do mencionado posto “Novasoc”, da bandeira Ipiranga. Esses dados mostram uma diferença entre o preço de compra e de venda de pouco mais de um centavo por litro. Ou seja, além deste posto ter dificuldades para concorrer com aquele da Alesat, destacado no parágrafo anterior, é muito provável que também tenha grandes dificuldades para ser lucrativo, na medida em que a margem aqui verificada é de pouco mais de R$ 0,01 por litro. Em outros termos, para este posto ser lucrativo, não somente deve garantir serviços muito melhores do que aqueles fornecidos pelo posto da Alesat, como ainda deverá ter um volume de vendas alto.

Com uma margem de pouco mais de um centavo por litro, parece ser praticamente impossível este posto da Ipiranga realizar qualquer investimento na melhoria da qualidade dos serviços por ele prestados, de forma que estará fadado a deixar ou mercado; ou, alternativamente, passar a adotar práticas ilegais de adulteração de combustível, aquisição de combustível junto a outras distribuidoras ou, até mesmo, passar a sonegar tributos para se manter no mercado.

Um último ponto que chama a atenção nos dados trazidos por esta tabela é a discriminação de preços adotada pela bandeira Ipiranga em relação aos três postos que divulgaram o seu preço de “compra”. Com efeito, o preço de “compra” praticado pela distribuidora Ipiranga é distinto para os três postos (“Novasoc” (R$ 2,5650), “Thabor” (R$ 2.4620) e “Joluce” (R$ 2,5350)). Embora, por um lado, esta diferenciação de preço possa ser justificada em razão, por exemplo, do volume adquirido por cada postos ou, ainda, pelos prazos ou condições de pagamento, fica evidente, por outro, que o posto “Thabor” terá melhores condições para concorrer nesse mercado, seja em termos de preço, seja em termos de investimento em serviços, do que os outros dois. Esta discriminação também acarreta na elevação dos incentivos aos postos discriminados de adotarem condutas ilegais associadas a adulteração de combustíveis ou sonegação de tributos, o que claramente contraria o espírito da regra de embandeiramento estabelecida pela ANP e atualmente em vigor no país.

Ou seja, e em outros termos, os dados apresentados nesta Figura 3 demonstram, não somente, a existência de discriminação de preços por parte da distribuidora Ipiranga, como, ainda, um total descaso desta para garantir aos seus revendedores condições mínimas de competitividade no mercado, seja em termos de preço, seja em termos de investimento na qualidade do serviço ofertado por seus clientes, criando incentivos para os postos discriminados entrarem na ilegalidade.

Por fim, se esta i. ANP analisar as cláusulas dos contratos celebrados por estes postos com a Ipiranga, certamente constatará que as condições ali definidas são desequilibradas e servem para perpetuar a relação de exclusividade e, não, para garantir melhor qualidade e/ou preços de revenda mais baixos e competitivos.

Este mesmo cenário também ocorre com as demais distribuidoras dominantes e podem ser facilmente verificados a partir da análise dos preços de compra e venda em outros bairros paulistanos ou de outras grandes cidades ou em municípios menores.

***V – Conclusão***

Pelo exposto acima, não restam dúvidas que, do ponto de vista econômico e legal, a norma da ANP que define a regra do embandeiramento – assim como os contratos de exclusividade, em suas diferentes modalidades, e que decorre daquela – geram sérias distorções competitivas, seja porque limitam a livre iniciativa e a livre concorrência, na medida em que elevam as barreiras à entrada de novos ofertantes; seja ainda porque acabam por regular e definir os preços e as estratégias comerciais dos revendedores; seja também por gerar incentivos à cartelização e até mesmo à adulteração de combustíveis ou sonegação fiscal pelos postos revendedores que sofrem com as cláusulas e práticas abusivas e discriminatórias adotas pelas distribuidoras bandeiradas “dominantes.

Foi também demonstrado que estas preocupações quanto aos efeitos anticompetitivos desta regra e desses contratos encontram-se consolidadas e proliferadas nas análises e precedentes do CADE e demais órgãos de defesa e proteção da concorrência.

Além disso, em países com concentrações de mercado elevadas no elo da produção / distribuição, os órgãos reguladores têm adotado medidas para mitigar os problemas concorrenciais gerados pelos contratos de exclusividade (ou da integração vertical societária), a partir da regulação de suas cláusulas (especialmente de prazo de duração e alienação de ativos envolvidos no contrato para o revendedor) e limitação no número de postos que podem estar sujeitos a esses contratos.

Assim sendo, o Sindaçúcar/PE acredita que ao revogar a norma de embandeiramento – ou pelo menos vedar ou regular de forma contundente os contratos de exclusividade existentes no setor, a partir, por exemplo, da redução dos prazos de duração e do número de postos sujeitos a esta exclusividade –, a ANP conferirá ao mercado brasileiro, não somente maior competitividade nos setores de distribuição e revenda, como, ainda, permitirá a elevação da oferta do etanol hidratado, a partir também da liberação da venda, a preços mais competitivos.

Por fim, considerando a obrigação legal desta ANP de realizar estudos aprofundados sobre os impactos regulatórios e econômicos dos temas aqui tratados, o Sindaçúcar/PE, desde já, se coloca à disposição para contribuir com dados e, especialmente, a participar ativamente de grupo de trabalho a ser formado por esta Agência com este objetivo.

Despedimo-nos com a certeza de que esta ANP revisitará o atual arcabouço regulatório nacional de forma a garantir aos produtores de etanol hidratado o seu direito de escolher se deverá comercializar o seu produto diretamente aos postos revendedores ou às distribuidoras, bem como de ter o mercado de revenda aberto para receber o etanol produzido pelas usinas, a preços e condições melhores e que permitam aos revendedores substituir a oferta de gasolina C pelo etanol hidratado aos consumidores finais brasileiros.

Atenciosamente,

1. Disponível em <http://www.anp.gov.br/noticias/4829-anp-prorroga-prazo-das-tpcs-sobre-verticalizacao-da-cadeia-de-distribuicao-e-sobre-fidelidade-a-bandeira>. Acessado em 08.11.18. [↑](#footnote-ref-1)
2. Vide, por exemplo, <https://biowesleyan.wordpress.com/first-generation-biofuels/ethanol/case-study-brazil/sugarcane-vs-corn-based-ethanol/>; <<https://www.eia.gov/energyexplained/index.php?page=biofuel_ethanol_environment>> e <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hkcc3M3grXMJ:www.mdpi.com/2079-9276/6/1/1/pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acessados em 18.11.2018. [↑](#footnote-ref-2)
3. GRAU, E. R. *In* A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Ed. Malheiros, 8ª Ed. São Paulo (2003), p. 193. [↑](#footnote-ref-3)
4. Vide artigo 170, incisos I, II, IV, V, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. [↑](#footnote-ref-4)
5. Com redação dada pela Lei 12.490/11. [↑](#footnote-ref-5)
6. Vide artigo 6º, XXIV da Lei 9.478/97 sobre a definição de biocombustível, na qual se insere o etanol. [↑](#footnote-ref-6)
7. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/webcamara/videoArquivo?codSessao=75739>>. Audiência Pública na Comissão de Defesa do Consumidor. Requerimento nº 241/2018. Apresentação do Sr. Ricardo Medeiros de Castro, do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. [↑](#footnote-ref-7)
8. “*Art. 16-A. (...) Parágrafo único. É vedada a comercialização de combustíveis automotivos com revendedor varejista que optou por exibir a marca comercial de outro distribuidor, conforme previsto no art. 11 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. VISCUSI, W.K., HARRINGTON JR., J.E. e VERNON, J.M. *Economics of Regulation and Antitrust*. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts (2005), p. 30. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consultas e Audiências Públicas ANP – 2016. Disponível em <http://www.anp.gov.br/consultas-e-audiencias-publicas#>. Acessado em 10.01.17. [↑](#footnote-ref-10)
11. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. [↑](#footnote-ref-11)
12. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOYwZG\_cIaIPgCmPV2LEexJauDwOKHCGeiRj-wUMaXW3wXgle9jOnXERiwoiCIyhnaUUEeUNYgxcJtVtk-o-4tQ>. Acessado em 07.11.2018. [↑](#footnote-ref-12)
13. Vide art. 14. [↑](#footnote-ref-13)
14. Vide art. 25, II e § 4º. [↑](#footnote-ref-14)
15. Vide art. 32. [↑](#footnote-ref-15)
16. BAIN, J. S. *Industrial Organization*. John Wiley & Sons, Inc., New York, 2nd Ed. (1968), p. 464 e ss. [↑](#footnote-ref-16)
17. Vide Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 122/COGEN/SEAE/MF. Disponível em <http://www.anp.gov.br/images/Consultas\_publicas/Concluidas/2013/n7/Sugestoes\_recebidas\_SEAEMF.pdf >. Acessado em 10.11.2018. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Op. cit.* p. 3. [↑](#footnote-ref-18)
19. “*VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON Jr., J. E.* ***Economics of regulation and antitrust****. 4ª Ed., MIT Press: Cambridge, 2005*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. “*Quando os contratos que estabelecem cláusulas de exclusividades importam na* ***redução*** *dos custos das operações e, por consequência, do* ***produto final destinado ao consumidor****, obviamente que o* ***princípio da livre concorrência foi plenamente observado*** *e colocado em prática*”. [↑](#footnote-ref-20)
21. “*Não é incomum a situação em que a distribuidora possui o terreno, constrói o posto e o arrenda a terceiro, por meio de um contrato de compra e venda mercantil. Nesses casos, comumente o revendedor recebe capital de giro para o início das operações (Ragazzo, 2010)*”. [↑](#footnote-ref-21)
22. “*Além desses diversos arranjos verticais, em que varia o grau de integração, há ainda os postos bandeira branca, em que os ativos pertencem ao revendedor, sendo a ele conferida total autonomia sobre o gerenciamento da revenda e permitido adquirir o combustível de mais de um distribuidor*”. [↑](#footnote-ref-22)
23. “*Conforme Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF, emitido nos autos da AP nº 08012.007692/1999-11,* ***os contratos firmados entre revendedores e distribuidores comumente estabelecem a obrigatoriedade de comercialização de volumes mínimos pelos postos revendedores***”. [↑](#footnote-ref-23)
24. “*Alternativamente, isso também se aplicaria naqueles postos em que a distribuidora é proprietária do terreno e fornece a maioria dos investimentos de maior vulto, como tanques, bem como capital de giro*”. [↑](#footnote-ref-24)
25. “*Conforme veremos adiante, existem alguns casos envolvendo a fixação de preço de revenda para serem julgados no órgão de defesa da concorrência*”. [↑](#footnote-ref-25)
26. “*Shepard (1993), apud Luciano et. all (2008), alega que imposição de preço mínimo não é política substituta perfeita para a imposição direta dos preços, pois os volumes em geral são para períodos longos e não são ajustados para variações de demanda ou condições de oferta. Consequentemente, os limites impostos devem ser baixos o suficiente para garantir que os revendedores conseguiram satisfazê-los diante de várias situações*”. [↑](#footnote-ref-26)
27. “*Emitido nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.007692/1999-11. Disponível em: http://www1.seae.fazenda.gov.br/LITTERA/documentos\_complementares/08012007692199911\_Parecer\_060422006.pdf. Acesso em 13/05/2013*”*.* [↑](#footnote-ref-27)
28. “*Por exemplo, se o posto tem que instalar ou não uma loja de conveniência, a saber, um espaço para comercializar outros produtos como lanches rápidos, bebidas e outros serviços. Conforme respostas das distribuidoras às diligências, não existe obrigatoriedade contratual para a oferta de serviços correlatos. A única exceção foi a Ale Combustíveis Ltda., situação em que uma das modalidades existentes de contrato é prevista a oferta de dois serviços, a saber, as lojas de conveniência e lubrificantes (Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF)*”. [↑](#footnote-ref-28)
29. “*Segundo Nota Técnica da SDE/MJ, presente nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42, ‘a fixação de preço de revenda ou ‘resale price maintenance’ (RPM) constitui modalidade de restrição vertical por meio da qual o fabricante de determinado produto controla os preços que serão cobrados pelos agentes do mercado downstream (revendedores ou distribuidores) na revenda para terceiros. A prática de RPM ser de três tipos: (i) fixação de preço mínimo de venda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; e (iii) fixação de preço de revenda fixo. De um modo geral, os efeitos dessa prática sobre o bem-estar são considerados ambíguos pela literatura econômica, pois podem ser tanto de natureza anticompetitiva como de natureza pró-eficiência’. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D\_D000000671491224.pdf. Acesso em 13/05/2013*”. [↑](#footnote-ref-29)
30. “*Conforme Parecer nº 41/ST/MPF/CADE/2013, de 28 de janeiro de 2013, presente nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42, p. 12. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D\_D000000722021887.pdf. Acesso em 13/05/2013*”. [↑](#footnote-ref-30)
31. “*GONÇALVES, Priscila B. (2002). Fixação de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo. Editora Singular, 2002, p. 165-167*”. [↑](#footnote-ref-31)
32. “*Já no que tange aos efeitos positivos, ou seja, pró-eficiência, esta prática está geralmente associada à: (i) eliminação do problema da dupla marginalização; (ii) eliminação do efeito carona (free riders); (iii) preservação da imagem do produto; (iv) fortalecimento da concorrência intramarcas; (v) incentivo à entrada de novos concorrentes, tanto no mercado upstream quanto downstream; (vi) aumento da lealdade e cooperação dos distribuidores com os fornecedores; e (vii) aumento da capacidade do fornecedor de fazer frente ao poder de compra dos grandes estabelecimentos varejistas que comercializam diversas marcas, inclusive próprias (Gonçalves, 2002, p. 186/204)*”. [↑](#footnote-ref-32)
33. “*Como exemplos de pareceres/notas técnicas condenatórios de casos não julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), têm-se: (i) Parecer nº 41/ST/MPF/CADE/2013, Nota Técnica DPDE/SDE/MJ e Parecer PROCADE nº 440/2012, presentes nos autos do PA nº 08012.004736/2005-42; e (ii) Parecer nº 44/ST/PRR/CADE/2013, Parecer nº 444/2012/PROCADE/PGF/AGU e Nota Técnica DPDE/SDE/MJ, presentes nos autos do PA nº 08012.011042/2005-61. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 13/05/2013*”. [↑](#footnote-ref-33)
34. “***Na experiência internacional existem alguns exemplos de propostas que visam mitigar os riscos dessa relação de verticalização****.* ***Na Austrália****, por exemplo,* ***o contrato de franquia é regulado, proibindo discriminação entre revendedores franqueados e revendedores de propriedade das refinarias****, além de obrigar o fornecimento de informações essenciais aos potencias franqueados e regras para o não rompimento por certo período, entre outras. Outras* ***jurisdições estabelecem restrições quanto à duração dos contratos de fornecimento exclusivo de combustíveis, visando reduzir a barreira à entrada no segmento downstream****. Por fim, na Argentina,* ***a legislação determina a compra, a qualquer tempo e a preço de mercado, dos equipamentos emprestados em comodato, pela distribuidora à revendedora; tal dispositivo tende a equilibrar a relação entre revendedores e distribuidores, atribuindo a aqueles um maior poder de barganha, ao tornar mais clara a opção entre trocar de distribuidor ou mesmo virar bandeira branca*** *(Ragazzo, 2010, p. 36)*”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Disponível em <http://www.anp.gov.br/images/Consultas\_publicas/Concluidas/2013/n8/Sugestoes\_SEAEMF.pdf>. Acessado em 10.11.18. [↑](#footnote-ref-35)
36. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade\_medidas-28maio2018-final.pdf>. Acessado em 12.11.2018. [↑](#footnote-ref-36)
37. Representantes: PROCON do Município de Blumenau (SC) e Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina e Representados: Sindicato do Comércio varejista de Derivados de Petróleo de Blumenau – SINPEB e outros., fls. 2148 a 2190. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-XxuadmBmx1e-obR2-g1RY\_lbcGify-tuTbkHqL\_FGu1H2VMELNF5U1yCC-X-8\_Be0ZVyeMczjw-vK200RXwcJ>. Acessado em 14.11.2018. [↑](#footnote-ref-37)
38. “*‘Although the evidence indicates that vertical integration may often have procompetitive effects, in some circumstances it may reduce competition and harm consumers. Economists generally recognize four ways in which vertical integration may harm consumers by allowing firms to: (1) raise their rival’s costs; (2) evade price regulation; (3) facilitate anticompetitive coordination; and (4) make entry more difficult’ (Federal Trade Commission.* ***Gasoline Price Changes: the dynamic of supply, demand and competition.*** *2005, p. 121-123. Disponível em:* [*www.ftc.gov*](http://www.ftc.gov)*. Acesso: 18 jan. 2010)*”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. Disponível em <>. Acessado 10.11.2018. [↑](#footnote-ref-39)
40. Requerentes: Petrobrás Distribuidora S/A e Agip do Brasil S/A. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_processo\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnZvX6Js4j5AceLOUodmpprsxRJXDNHfp753VeC1rAzH7>. Acessado 10.11.2018. Observa-se, contudo, que a íntegra do voto do Conselheiro Schuartz não se encontra disponível no *site* do E. CADE, razão pela qual deixamos de citar e destacar seus trechos mais relevantes em que os problemas competitivos associados aos contratos de exclusividade foram apresentados de forma exaustiva. [↑](#footnote-ref-40)
41. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/semana-acoes-cartel-distribuidoras-combustivel>. Acessado em 14.11.2018. [↑](#footnote-ref-41)
42. “*59. Dando continuação a esta linha de interpretação, a SG entende que existe hoje entre a distribuição e a revenda bandeirada uma interação que, para os fins de análise concorrencial, deve ser considerada como uma* ***verticalização de facto****. Nesse sentido, em resposta a consulta feita por esta SG, a ANP chegou a conclusão semelhante: ‘(...) é proibida a atuação direta das distribuidoras no mercado de revenda, por meio da operação de postos de combustíveis. Entretanto, é possível vislumbrar integração vertical entre esses agentes, ainda que de maneira indireta, em razão dos dispositivos* ***contratuais por eles celebrados****, bem como devido às modalidades de* ***compartilhamento da propriedade de ativos da revenda*** *(SEI nº 0295506, pp. 7-8)*”. [↑](#footnote-ref-42)
43. “*62. (...) Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (“Fecombustíveis”), representando a categoria de revenda de combustíveis, afirmou que a sensibilidade dos postos ao preço de fornecimento de combustíveis é ‘altíssima’ e que ‘[u]ma vez que* ***as margens da revenda são baixíssimas****, muitas vezes* ***inferiores a 10%****, o fator* ***determinante para o sucesso ou o fracasso do revendedor é justamente o preço de aquisição junto à distribuidora****’ (SEI no 0281602)*”. [↑](#footnote-ref-43)
44. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOYwZG\_cIaIPgCmPV2LEexJauDwOKHCGeiRj-wUMaXW3wXgle9jOnXERiwoiCIyhnaUUEeUNYgxcJtVtk-o-4tQ>. Acessado em 07.11.2018. [↑](#footnote-ref-44)
45. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_processo\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRzz2y8r2JE-nPZSLitiIxD-J5oundb5E8CKrXYfULop>. Acessado em 16.11.18. [↑](#footnote-ref-45)
46. “***Contrato Integral*** *ou CODO (****Company Owned / Dealer Operated****) no qual a distribuidora possui o terreno, constrói o posto e terceiriza a sua operação. Nesse caso, revendedor e distribuidora estão ligados, em geral, por* ***Contratos de Comissão Mercantil****, de* ***Comodato e Locação*** *ou, ainda, por* ***contratos de franquia****. Em alguns casos,* ***os contratos envolvem cobrança de uma tarifa em duas partes****: além de* ***fixar o preço no atacado****, a* ***distribuidora cobra uma taxa anual de arrendamento associada****, muitas vezes, à* ***receita liquida do posto*** *(NUNES & GOMES, 2005). Em todos os casos,* ***há reduzida autonomia comercial por parte do revendedor em relação à distribuidora****.* ***Contrato Parcial****, no qual o candidato a* ***revendedor é dono do terreno onde a distribuidora constrói o post****o.* ***Revendedor e distribuidora firmam um Contrato de Compra e Venda Mercantil, com duração entro cinco e dez anos (em geral)****, e* ***Contrato de Comodato dos equipamentos colocados à disposição do revendedor por igual prazo****. Comumente, a distribuidora fornece capital de giro para o inicio da operação do posto, mas há* ***relativa autonomia comercial por parte do revendedor****.* ***Contrato*** *de Mútuo ou DODO (****Dealer Owned / Dealer Oparated****), no qual o candidato a posto* ***revendedor deve possuir o terreno e os equipamentos do posto****. Ele poderá fazer, um* ***Contrato de Compra e Venda Mercantil*** *com urna distribuidora com* ***cláusula de exclusividade de fornecimento e de representação da marca****, em troca de um* ***volume inicial de combustível*** *ou capital de giro.* ***Contrato de Compra e Venda Mercantil*** *com prazos variados* ***sem cláusula de exclusividade de fornecimento e representação da marca (adotado, em geral, por postos bandeira branca)****. Uma outra modalidade de relação comercial é o* ***sistema de franquia****, no qual o empresário que administra o posto de* ***revenda é responsável pelo capital de giro do negócio e pela taxa de adesão do referido sistema****. Os* ***ativos físicos, como terreno, tanques e bombas são de propriedade do distribuidor****. Um dos principais focos da* ***franquia é fornecer ao franqueado treinamento especializado em técnicas operacionais nos serviços a serem prestados****. Em geral, esse sistema estabelece um conjunto de serviços padronizados a serem ofertados ao consumidor final, tais como: venda de combustíveis, loja de conveniência, área para lavagem e troca de óleo*”. (Destacamos) [↑](#footnote-ref-46)
47. Vide, por exemplo, “*Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing*” (2008) e “*Competition in Road Fuel*” (2013). Disponíveis, respectivamente, em <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/43040511.pdf> e <https://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf>. Acessados em 12.11.2018. [↑](#footnote-ref-47)
48. Observa-se ainda que, segundo a OCDE, “*Opponents of mandatory vertical unbundling can support their position by appealing to the economic literature on potential gains from vertical integration. Mandatory vertical unbundling can make it impossible or at least more difficult or costly to realize economies of vertical integration, including elimination of double marginalization and curtailment of free riding.* ***Contractual substitutes for vertical integration may be imperfect*.** *This generally applies, for example, when* ***monitoring of compliance with the terms of a contract is costly*** *and the retailer has incentives not to comply*”. Ou seja, a verticalização decorrente dos contratos de exclusividade não é tão eficiente porque acarreta custos de monitoramento. [↑](#footnote-ref-48)
49. “*Relationships between refiners and retailers are reportedly contentious in many jurisdictions. One element that can create tension is incomplete contracting between retailers and refiners. Complications can arise from local market power at the retail level, long exclusive supply agreements, and contrasting interpretations of franchise agreements*”. *In* OCDE, “*Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing*”. *Op. cit.,* p. 7. [↑](#footnote-ref-49)
50. “*Unbundling retail gasoline from refineries has often been promoted as a remedy for inefficiencies and market power. (…) In some instances, refiners explicitly offer lower woholesale prices in certain areas because competition is declared to be more intense in these regions*”. *In* OCDE, “*Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing*”. *Op. cit.,* p. 17 e 19. [↑](#footnote-ref-50)
51. *In* OCDE, “*Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing*”. *Op. cit.,* p. 10. [↑](#footnote-ref-51)
52. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOYwZG\_cIaIPgCmPV2LEexJauDwOKHCGeiRj-wUMaXW3wXgle9jOnXERiwoiCIyhnaUUEeUNYgxcJtVtk-o-4tQ>. Acessado em 07.11.2018. p. 861-872 [↑](#footnote-ref-52)
53. SOARES, S.S.S; SAES, M.S.M, e PAULILLO, L.F.O. *Formas Plurais no Setor de Distribuição de Combustível Automotivo Brasileiro: avaliação do perfil e estabilidade das governanças plurais no Estado de São Paulo.* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-530X2015000400861&script=sci\_abstract&tlng=pt>. Acessado em 12.11.2018. [↑](#footnote-ref-53)
54. Disponível em <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/infopreco>. Acessado em 17.11.18. [↑](#footnote-ref-54)