



Ministério da Justiça– MJ
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8409 e Fax: (61) 3326-9733 – www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 36/2018/DEE/CADE

Referência: Acordo de Cooperação CADE-ANP - Processo nº 08700.002021/2013-15 (SEI-CADE)

Ementa: Análise sobre a Tomada Pública de Contribuições 4/2018 da ANP.

E-mail para contribuição: tpc_fidelidade_bandeira@anp.gov.br

Versão: Apenas pública

1. Introdução

No âmbito da “*Tomada Pública de Contribuições 4/2018 da ANP*”, O Diretor-Geral Substituto da ANP convidou a sociedade para “participar da Tomada Pública de Contribuições para coletar contribuições, dados e informações sobre a verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis, no período de 21 de setembro a 20 de outubro de 2018”, tendo como objetivo “coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da necessidade de se manter a tutela regulatória da fidelidade à bandeira”.

Após o prazo final para contribuições foi estendido para 19 de novembro de 2018.

Para fazer tal análise, a ANP sugere que se desenvolvam alguns dos itens abaixo:

- i. defesa do consumidor;
- ii. fiscalização do setor público sobre o contrato privado entre distribuidores e revendedores;
- iii. fiscalização pela ANP da utilização da marca;
- iv. responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa;
- v. experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities;
- vi. possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

A respeito destes pontos, o CADE pretende se pronunciar por meio da presente nota técnica.

2. Análise

Da forma ampla como a Tomada Pública de Contribuições foi delineada, talvez, possam pairar dúvidas a respeito da intenção atuação regulatória neste aspecto. Com efeito, é possível haver diferentes desenhos regulatórios possíveis que dizem respeito ao tema da fidelidade de marca, quais sejam:

- **Cenário 1** – Manutenção do *Status Quo* - Continuar permitindo que postos embandeirados vendam apenas gasolina da distribuidora, tendo a ANP como órgão que controla, que fiscaliza e que pune os postos que vendem combustível de outra marca que não seja aquela disposta pela bandeira, sendo – assim – a ANP um agente que, em alguma medida, dá *enforcement* a um contrato privado, do lado dos distribuidores. Atualmente, no entanto, em que pese exista este envolvimento da ANP, neste tópico de *enforcement* contratual contra “postos infieis”, há, também, uma série de “questões extras” não reguladas pela ANP, que podem gerar preocupações de ordem concorrencial e até mesmo conflito entre agentes, tais como, por exemplo:
 - critérios de temporalidade máxima aceitável dos contratos entre revendedores embandeirados e distribuidores [contratos de longa ou longuíssima duração, eventualmente, podem gerar fechamento de fato de alguns mercados relevantes de revenda, bem como podem aumentar a dependência contratual da revenda em relação ao elo da distribuição, em algumas situações];
 - o nível limite ou ótimo social de giro mínimo, de galonagem mínima, ou de meta contratual mínima a ser atingida é também uma eventual cláusula constante no contrato entre revenda embandeirada e distribuição. No entanto, tal valor “mínimo”, em que pese possa ser um “incentivo à eficiência no downstream”, pode, também, em teoria, ser estipulado em nível abusivo, seja porque tal valor pode ultrapassar a demanda total de um dado município ou pode ultrapassar o que seria razoável em termos de demanda média de um ponto de venda em um cenário de crise e de diminuição da demanda como um todo. Este tipo de cláusula pode ser particularmente preocupante, tendo em vista o problema de agente-principal. Com efeito, os distribuidores podem ganhar caso os revendedores não alcancem tal valor mínimo, mas são os próprios distribuidores que controlam outras variáveis-chave que dizem respeito à possibilidade de cumprimento da presente cláusula (como o nível de custo relativo intramarca, via discriminação de preço do combustível, o que pode aumentar ou diminuir o nível de competitividade do posto individual vis-à-vis outros postos da mesma marca ou mesmo postos bandeira branca). Tal galonagem mínima pode ser utilizada para aumentar o grau de dependência dos revendedores em relação a uma distribuidora específica, aumentando multas contratuais ou diminuindo bonificações, o que – do ponto de vista privado – aumenta a dependência contratual, mas – no âmbito público – pode,

talvez, representar barreiras à entrada em um dado mercado revendedor a outros distribuidores não-incumbentes;

- o nível máximo de indenização por distrato contratual, para postos que desejem trocar de bandeira ou virar bandeira branca pode, também, ser um assunto de interesse regulatório, já que se a indenização por distrato for muito elevado e o prazo contratual também for muito elevado, eventualmente, será possível construir uma situação de exclusividade de fato no mercado, aumentando, também, a dependência relativa privada nas negociações por preços menores;
- Como já referido, é possível, também, discutir um nível tolerável de discriminação de preço dentro de uma mesma rede de distribuição e em face de embandeirados vis-à-vis postos bandeira branca, para que não exista uma concorrência predatória intramarca;
- Também, é possível que a regulação se interesse em analisar a fidelidade de marca e obrigações de compra contratual de combustível de uma única bandeira em situações limítrofes de descumprimento contratual por parte das distribuidoras de sua obrigação principal, a exemplo da hipótese de a distribuidora não ter combustível para ofertar para sua própria rede. Em tal situação, o posto revendedor é obrigado a fechar suas portas, muito embora a culpa pelo inadimplemento contratual não seja sua, o que pode, também, levar a severos prejuízos financeiros para o elo da revenda. Este tipo de situação merece alguma reflexão por parte da ANP a respeito se não seria melhor regular o nível de serviço a partir do qual a fidelidade à bandeira se impõe. Na hipótese limítrofe de não-recebimento de combustível (e sendo avisado os consumidores a respeito de tal fato) eventualmente, poderia ser interessante flexibilizar tal fidelidade, já que a referida flexibilização em situações limítrofes poderia, em teoria, aumentar a oferta ao consumidor final.
- Outra questão que merece reflexão é se é tolerável ou não a existência de contratos, que tenham obrigação de compra de produtos, sem que existam cláusulas mínimas prevendo como será a precificação do referido combustível. Se uma pessoa é obrigada a vender uma quantidade mínima de uma dada mercadoria, a qualquer nível de preço de relativo, tal contrato, seguramente, a coloca em elevado desequilíbrio contratual;
 - Também, seria possível analisar se o pagamento antecipado (bonificação) das distribuidoras para que postos de combustível façam a “manutenção do posto” ou atinjam “metas de vendas” podem diminuir o ímpeto dos distribuidores de fornecerem combustível mais barato, já que tal pagamento antecipado garantiria exclusividade contratual a medida em que a depender do nível que tal valor é estipulado tal pode interferir na decisão da revenda em buscar rescisões contratuais na hipótese do distribuidor concorrente vender combustível mais barato.

[Frise-se que as questões acima dizem respeito a preocupações de caráter concorrencial, com eventual fechamento de mercado, e não meramente privado]. Todavia, a regulação atual, parece privilegiar a proteção da fidelidade da marca, buscando “dar segurança” ao cumprimento da fidelidade para a distribuidora, como único vetor contratual regulado. A ANP, deste modo, pode – eventualmente – proteger a distribuidora no debate contratual, em que pese tal agente seja, em regra, aquele que possui maiores recursos financeiros, para fiscalizar o cumprimento de seu acordo privado. Ou seja, parece regular uma parte do contrato atualmente, mas deixa de lado uma série de outros assuntos, que não seriam apenas privadas, mas teriam, em alguma medida, conotação concorrencial e, também, são capazes de gerar conflito entre diferentes elos da cadeia.

Neste primeiro cenário, portanto, tudo continuaria como hoje está.

- **Cenário 2** – Continuar permitindo que postos embandeirados vendam apenas gasolina da distribuidora, sem que a ANP tenha este papel fiscalizatório e punitivo da “fidelidade” do posto à sua bandeira;
- **Cenário 3** – Continuar permitindo que postos embandeirados vendam apenas *gasolina aditivada* da distribuidora com fidelidade à bandeira, mas impedindo regulatoriamente que se exija a fidelidade à bandeira para gasolina comum ou para outros combustíveis não aditivados. Neste cenário, os postos seriam autorizados a comprar gasolina comum de quem quer desejassem;
- **Cenário 4** – Permitir a flexibilização de cláusulas contratuais que determinam a fidelidade à bandeira [inclusive para combustível aditivado], desde que (i) as partes envolvidas (distribuidoras e postos) concordem com tal flexibilização e (ii) o consumidor seja devidamente informado a respeito de qual é a origem do combustível que está adquirindo.
- **Cenário 5** – Impedir, independentemente da vontade das partes, as cláusulas contratuais que determinam a fidelidade à bandeira, dando-se ampla liberdade aos postos de combustíveis para comprar combustível de quem quiserem, independentemente da bandeira que apresentem.

Deste modo, há um contínuo de cenários, que surgem pela leitura dos tópicos propostos pela TPC, e que são cenários *possíveis* a respeito de como a regulação pode talvez atuar em termos de fidelidade à bandeira. Sem sombra de dúvida, cada um destes cenários pode ter prós e contras a serem sopesados, por meio de uma análise de impacto regulatório. Abaixo estão exemplos hipotéticos-teóricos de questões que podem ser sopesadas no momento de se decidir por um ou outro modelo sobre tal questão:

Possível “contra” em relação a intervenções na relação de fidelidade (exclusividade) Posto-Distribuidor	Possível “pró” em relação a intervenções na relação de fidelidade (exclusividade) Posto-Distribuidor
Intervenção muito forte pode eventualmente retirar o interesse dos distribuidores em investirem na revenda, diminuindo, eventualmente, os pontos de venda disponíveis	É possível haver um aumento no nível de concorrência em relação aos postos já existentes

É possível haver aumento do custo privado em termos de fiscalização contratual	É possível haver diminuição do custo regulatório em termos de fiscalização contratual
--	---

Tabela 1 – Questões hipotéticas e exemplificativas sobre eventuais prós e contra que algum tipo de mudança regulatória pode acarretar em termos de fidelidade à marca

De todo modo, quando se fala em “fidelidade à marca”, como referido acima, há uma série obrigações acessórias a que se está falando, não devendo este debate ficar adstrito a uma análise binária de se permitir ou se proibir tal fidelidade.

Assim, é possível que os cenários descritos acima possam interagir com diferentes disposições regulatórias sobre estas obrigações acessórias (como multa máxima por distrato autorizada, volume mínimo autorizado, tempo máximo de vigência contratual, regulação de bonificação, discriminação de preço, entre outras questões).

Com efeito, conforme referido por Deirdre de Aquino Neiva¹, os contratos de distribuidores com revendedores possuiriam várias cláusulas “adicionais”, como as seguintes:

- obrigação de compra e venda de combustíveis, com exclusividade, entre revendedora e distribuidora, obrigação principal do contrato de bandeira;
- obrigação de a revendedora ostentar, com exclusividade, a imagem da distribuidora, nos *totens*, equipamentos, cobertura, uniformes de funcionários, produtos comprados com exclusividade, entre outros;
- comodato de equipamentos, a título oneroso, já que há obrigação de aquisição dos produtos da bandeira, em caráter exclusivo, e a responsabilidade ambiental pelo bom funcionamento dos mesmos é solidária, por força de lei;
- obrigação imposta pela distribuidora à revendedora, por meio de instrumentos de adesão, de adquirir quantidades mínimas de combustível, impondo-se o risco de mercado a apenas uma das partes, no caso, a empresa varejista;
- garantias reais e/ou fidejussórias dadas unilateral e exclusivamente pelo revendedor (varejista) do cumprimento das obrigações por si assumidas, sem qualquer garantia de que a distribuidora cumpra efetivamente sua parte na avença, como
 - o (a) entregar os produtos pagos antecipadamente por previsão contratual, a tempo e hora;
 - o (b) certeza e segurança de que os produtos têm qualidade inabalável, já que os exames feitos, no posto revendedor, quando do recebimento das mercadorias, não têm a mesma precisão laboratorial que aqueles realizados pela distribuidora, em suas instalações;
 - o (c) garantia de preços competitivos, já que se trata de comercialização de commodities;
 - o (d) garantia de troca ágil e eficiente, quando necessário, de equipamentos dados em comodato para fazer face às obrigações legais de ambas, varejista e distribuidora, junto aos órgãos de fiscalização, administrativos, ambientais, como ANP, Inmetro etc.;
 - o (e) entrega de combustíveis em horários adequados, já que, em certas condições climáticas e determinados horários, há perdas de volume impostas ao revendedor, entre outros;

¹ De acordo com o site <https://www.conjur.com.br/2017-jan-03/deirdre-neiva-contrato-bandeira-revisado-fiscalizado>, verificado em 11/11/2018

- imposição, em todo o território nacional, de aquisição mínima de 5 mil litros de combustível, a ponto de os caminhões serem fabricados com armazenagem adaptada para essa imposição das distribuidoras em todo o país;
- direito potestativo da distribuidora de impor unilateralmente o preço de aquisição pela revendedora do combustível, já que não mais é tabelado pelo poder público, e a varejista tem a obrigação de adquirir o produto com exclusividade e de acordo com quantidades mínimas mensais e/ou por contrato; entre outros direitos e obrigações.

Todavia, Deirdre de Aquino Neiva² relata que tais cláusulas seriam “impostas” aos postos revendedores, que – uma vez que concordem em ser embandeirados – podem estar sujeitos a subjetividades, que precisariam, em sua argumentação, serem discutidas:

Outro aspecto importante quanto ao tema preço, dentro do contrato de bandeira, se revela na imposição unilateral por parte da distribuidora, apesar da suposta regulação por parte da Agência Nacional do Petróleo (ANP). No Brasil, os preços dos combustíveis são “liberados”, conforme a Lei 9.478/1997, alterada pela Lei 9.990/2000. A ANP, em tese, acompanha o comportamento dos preços praticados pelo mercado com pesquisa semanal e amostral, feita em 555 localidades no país, de acordo com procedimentos estabelecidos pela Portaria ANP 202 de 15 de agosto de 2000. Entretanto, o que se percebe é que a distribuidora impõe, unilateralmente, o preço que praticará com o revendedor, que assumiu a obrigação de comprar daquela combustíveis com exclusividade. Além disso, nota-se que as distribuidoras têm praticado, sem razão de logística ou qualquer outro motivo relevante, preços diferenciados, por vezes, com postos vizinhos de rua, no mesmo bairro, pelas cidades do Brasil a fora, de acordo com uma discricionariedade pessoal e muito pouco transparente (violação ao artigo 36, parágrafo 3º, inciso X, da Lei 12.529, de 2011). Com relação a algumas distribuidoras essa diferença atinge o valor de até R\$ 0,30 por litro de combustível entre postos vizinhos, algo impensável no mercado revendedor de combustíveis, já que se trata de uma *commodity*, oriunda, invariavelmente, do mesmo lugar, qual seja, da refinaria da Petrobras, variando apenas as empresas que distribuem os combustíveis. O fato torna impossível o cumprimento da obrigação ilegal de galonagem mínima mensal, imposta em contrato de adesão, conforme explicitado acima e esmiuçado no item seguinte. Sabe-se que essa diferença é mortal no mercado varejista de combustíveis, furtando do posto revendedor sua competitividade. Reitere-se que a empresa varejista se obriga a comprar exclusivamente de distribuidora pelo contrato de bandeira. Esta última, por vezes, não tem cerimônia alguma de vender mais barato para postos não embandeirados, ou seja, bandeira branca, ou mesmo postos embandeirados concorrentes, sem justificativa plausível e transparente.

E - se de um lado – há esta preocupação pelo aspecto de dependência contratual, que tais cláusulas podem gerar na relação entre distribuidor e posto revendedor, de outro lado, do ponto de vista da Defesa da Concorrência, um eventual abuso deste tipo de diferentes cláusulas contratuais (em especial em termos de precificação) pode, talvez, gerar exclusividades de fato de grande parte dos postos disponíveis em um dado municípios e pode, também, aumentar as barreiras à entrada para novos distribuidores que queiram se instalar no mercado.

E tais preocupações *clássicas* do Direito da Concorrência com a criação de exclusividade e de fechamento de mercado, também, se somam com conceitos de “posição dominante relativa”. A este respeito, GRANZOTI (200.5,p.63) refere que:

“a dependência econômica, se não faz parte da definição do tipo do contrato de distribuição, é um dos principais fatores de desequilíbrio econômico do contrato. A dependência econômica representa condição de

² De acordo com o site <https://www.conjur.com.br/2017-jan-03/deirdre-neiva-contrato-bandeira-revisado-fiscalizado>, verificado em 11/11/2018

fato, segundo a qual a atividade econômica de uma parte está condicionada à manutenção de relacionamento comercial com sua contraparte. Ao contrário do que ocorre nas relações de concorrência, considerando-se o lado da oferta, inexistente como condição necessária à caracterização de poder econômico para os fins de abuso de dependência econômica, que o agente em posição dominante (relativa) detenha efetivo poder de mercado em relação a seus concorrentes. O poder de mercado, nas relações de dependência econômica, não é o principal critério de determinação da posição dominante relativa, mas apenas um dos fatores de avaliação da dependência econômica, a saber, (i) em relação ao fornecedor: a notoriedade da marca, a quota de mercado do fornecedor, a participação no volume de negócios do distribuidor em relação aos produtos do fornecedor, e a possibilidade do distribuidor de obter produtos equivalentes; e (ii) em relação ao consumidor: importância das relações com o Distribuidor no volume de negócios do fornecedor, peso do distribuidor na comercialização do produto em causa e as razões que levaram à concentração de vendas junto a certo consumidor.”

FORGIONI (2008, p.344-352), também, ao analisar os contratos de distribuição e as relações de dependência contratual, refere que este tipo de relacionamento pode estar sujeito a uma forma de análise sobre o poder de mercado que se diferencia da maneira “clássica” de avaliação do poder de mercado, senão vejamos:

A idéia da dependência decorrente do contrato de distribuição já havia sido delineada, entre nós, por Fábio Konder Comparato (o poder de controle da sociedade anônima, p.74-75): Na concessão de venda com exclusividade, essa situação de dependência do concessionário pode resultar, por exemplo, da imposição de uma obrigação unilateral de compra dos produtos do concedente, como a chamada cláusula de exclusividade de aprovisionamento, estipulando uma quota periódica de produtos que o concessionário é obrigado a comprar, bem como o preço da revenda. E mais adiante: A supremacia ou mesmo o monopólio técnico do concedente leva o concessionário a aceitar, facilmente, cláusulas contratuais pelos quais o concedente exerce permanente fiscalização maioria das vezes, essa pujança caracteriza o fornecedor, porém não é raro encontrarmos o distribuidor na condição privilegiada.

Buscando determinar o poder de mercado, identificam os norte-americanos duas situações distintas: a primeira, enquanto vários fornecedores estão disputando o distribuidor que vai se integrar em uma rede. Nesse caso, geralmente, o grau de poder do fornecedor é menor, porque o distribuidor tem alternativas e poder de barganha. A segunda, após a celebração do contrato, quando o distribuidor já está vinculado às cláusulas. Pergunta-se se, nesse caso, haveria poder do fornecedor em torno relação ao distribuidor. (...) **situações de dependência econômica influenciam marcadamente a natureza das relações entre as partes e pode gerar explorações oportunistas, que devem ser objeto de estudo sob os prismas do direito concorrencial e contratual.** Do primeiro ponto de vista, a coibição passa pelo crivo do “prejuízo à concorrência”, ou seja, somente será concretizada a infração à ordem econômica se o ato lesar a dinâmica concorrencial e não for baseado em uma vantagem competitiva. (...) Está integrada ao contexto norte-americano a ideia – bem difundida pela Escola de Chicago – de que a supremacia econômica sobre o parceiro comercial não há de ser identificada como posição dominante (“market Power”), essencial à intervenção antitruste. A submissão do distribuidor ter-se-ia dado sob o império da liberdade contratual e derivaria da necessidade de o fornecedor manter sua reputação e a eficiência do sistema de distribuição. Assim, para grande maioria da doutrina estadunidense, o fato de uma parte sem domínio de mercado deter poder sobre a outra não é um problema antitruste; tratar-se-ia, na verdade, de uma submissão importa por uma restrição contratual livremente acordada com o escopo de tutelar a eficiência do sistema de escoamento da produção do fornecedor. Nas palavras de Grimes: “Teóricos que acreditam que a liberdade contratual e a necessidade de proteção da reputação do fornecedor protegem o distribuidor contra atos abusivos tendem a mostra-se céticos não apenas em relação ao antitruste, mas também às leis que disciplinam os contratos de distribuição, sustentando que esse tipo de legislação aumentaria os custos do fornecedor, que acabariam sendo repassados aos consumidores.

Em alguns países europeus, diante da necessidade de proteção contra abusos, construiu-se nova figura jurídica, condizente com a tradição romanística e não completamente estranha a esses ordenamentos; de certa forma um “misto” de direito concorrencial e de direito contratual: a coibição do abuso de dependência econômica.

Definição da situação de dependência econômica

Pela repressão ao abuso de ao abuso da dependência econômica, procura-se impedir que o agente que se encontra em situação de superioridade em relação à contraparte use seu poder indevidamente. A supremacia implica a possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro, que deve aceitá-las para sobreviver. Ou, no clássico pensamento de Guyon, “l’un des contractans est en mesure d’imposer ses conditions à l’autre, qui doit les accepter pour survivre”.

Não estamos diante de um abuso de posição dominante *stricto sensu*, porque em vários casos essa empresa preponderante não possui independência e indiferença no mercado entremarcas (ou, como querem alguns, não deteria o “poder de controlar os preços ou excluir a concorrência”). A situação de dependência econômica pode implicar a exploração oportunista da posição de sujeição do parceiro, da predominância econômica, da condição de independência e da indiferença sobre a contraparte (e não sobre o mercado). Note-se: ao contrário da posição dominante, em que o agente possui indiferença e independência sobre o mercado, quando há dependência econômica, a empresa tem independência e indiferença em relação a outro agente econômico específico (ou mesmo sobre um grupo deles, mas que não chegam necessariamente a constituir um mercado relevante em separado). Mas a dependência econômica em si é um fato, não reprimido pelo direito. Novamente, é o seu abuso que gera disfunções que não de ser diluídas.

A doutrina alemã, seguida pela francesa e pela italiana, identifica as fontes de geração da dependência econômica nos seguintes fatores:

- a) Poder relacional (*relations d'affaires*): talvez o componente mais importante na caracterização da dependência econômica seja o poder relacional do fornecedor, derivado não apenas do engajamento em um contrato de longa duração, mas também dos investimentos feitos pelo distribuidor para a execução do negócio”. (...) (P.350) A situação de dependência econômica foi nitidamente considerada no art. 473 do CC, ao estipular que “[a] resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”, mas que “dada a natureza do contrato”, se “uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”
- b) Poder de compra (*puissance d'achat*) – pode ocorrer que o fornecedor encontre-se em uma situação de sujeição econômica em relação ao distribuidor, titular de elevado poder de compra. Esse é o quadro quando analisamos as grandes redes varejistas de supermercados e hipermercados no Brasil. Embora, se considerado o mercado relevante geográfico de um grande centro, tudo indique que nenhuma delas possui posição dominante, é inegável o poder que detém em face de seus fornecedores de menor porte (...)
- c) Dependência de marca famosa (*assortimento ou assortment*): os produtos de marca são de tal forma notórios e possuem tamanha penetração que o distribuidor não pode deixar de oferecê-los a seus clientes sem elevado prejuízo de sua capacidade competitiva (...) Para Karin Grau-Kuntz, os tribunais alemães têm sido impiedosos com os fabricantes de grandes marcas que ameaçam interromper o fornecimento aos distribuidores. (...)
- d) Período de crise (*pénurie*): durante uma crise, a falta de alternativas viáveis para o escoamento da produção pode colocar o fornecedor em situação de dependência econômica do distribuidor de grande porte, assim como o distribuidor pode necessitar do fornecimento daquele agente econômico por não ser possível o abastecimento.³

E, assim, não caberia apenas avaliar se a proteção à fidelidade à marca deveria ser objeto proteção regulatório ou não, mas tal debate se dá – em especial – sobre a forma como a referida proteção regulatória pode aumentar ou não o poder de mercado relativo interpartes.

O Poder Judiciário já tem se preocupado no Brasil com este tipo de questão. A este respeito é interessante avaliar como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte buscou interferir neste relacionamento entre distribuidores e revendedores, em face de elevado poder de mercado relativo:

³ Já para o Conseil de La Concurrence, a caracterização da dependência econômica deve levar em conta os seguintes fatores:

- (i) Importância (relevância) da parcela de mercado detida pelo fornecedor; ou seja, a posição de que desfruta no mercado entremarcas
- (ii) Notoriedade do produto (referida como “*dependance poru cause d'assortiment*”) ou seja, a contatação “*qu'un distributeur ne peut s'em passer dans son assortment*”;
- (iii) Parcela do faturamento do agente decorrente da comercialização dos produtos fornecidos pela empresa em posição de superioridade;
- (iv) Ausência de uma solução equivalente para o estabelecimento (ou para o escoamento de sua produção, no caso de dependência dos fornecedores em relação aos distribuidores.”

“TJ-RN suspende contrato de exclusividade com distribuidora de combustíveis e posto

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, através de decisão do desembargador Cláudio Santos, concedeu antecipação de tutela recursal formulado no Agravo de Instrumento nº 0802863-34.2018.8.20.0000 interposto por Posto Revendedor contra a Distribuidora de Combustíveis, de modo a suspender a cláusula de exclusividade contida no contrato, viabilizando a continuidade do funcionamento da empresa revendedora, ficando esta autorizada a adquirir combustíveis e produtos de outras distribuidoras com preços mais acessíveis. No recurso, **o posto revendedor denunciava a cobrança de preços abusivos pela distribuidora entre postos da mesma bandeira e localizados na mesma região.** Além disso defendeu o agravante que os preços calculados pela própria Agência Nacional de Petróleo (ANP) estão bem abaixo dos preços praticados pela agravada. O desembargador Cláudio Santos, ao deferir o pedido, concordou com os argumentos trazidos pelo agravante, salientando que o recorrente, no caso, “vem sendo amplamente prejudicado em decorrência da imposição da Agravada na venda de combustíveis a preços diferenciados dos outros postos de gasolina na mesma região” e que o mesmo conseguiu comprovar, através de ampla documentação “que, no vizinho e próximo Município de São José de Mipibu, o preço médio de venda está bem abaixo daquele imposto pela Agravada à Agravante”. O desembargador disse ainda que a atitude da distribuidora descumpra cláusulas do pacto negocial firmado entre as partes e finalizou asseverando que a prática perpetrada pela distribuidora, quanto à imposição desleal de preços vultuosos na venda de combustível, caracteriza infração da ordem econômica e à livre concorrência, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Com essa decisão, a segunda acerca do tema na Corte, o TJ-RN segue o exemplo do que já vinha acontecendo nos Tribunais de Justiça do Ceará e de Pernambuco, onde os postos revendedores vem, através do Poder Judiciário, conseguindo combater a abusividade dos preços praticados pelas distribuidoras em relação aos postos bandeirados/franqueados.

De acordo com o site <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/tjrn-suspende-contrato-de-exclusividade-entre-distribuidora-de-combustiveis-e-posto/411856>, verificado em 11/11/2018

Ou seja, o Judiciário reconheceu a existência de posições contratuais fragilizadas contratualmente, em que há, simultaneamente, discriminações de preços elevadas intramarcas dentro de uma mesma região capaz de talvez diminuir a competitividade dos postos: o que demandou, no limite, a total inobservância da fidelidade de marca. E este tipo de conflito tende a se asseverar, caso não se pense em algum tipo de solução regulatória para este tipo de contenda.

Este tipo de situação e de problema é relatado na literatura especializada.

GOMES & RAMOS (2013, p.4) explicaram que fizeram uma pesquisa qualitativa a respeito desta matéria. Para tanto, o “método para coleta de dados foi a análise documental acerca dos contratos firmados entre distribuidoras e revendedoras além de entrevistas semiestruturadas com cinco revendedores de combustíveis, sendo dois bandeira branca e três filiados a distribuidoras diversas chamados de Alfa, Beta, Gama, Delta e Omega. Alfa é um revendedor embandeirado que atua no mercado há dezenove anos e sempre ostentou uma marca, Beta é comerciante há 21 anos sendo que nesse período mesclou entre posto embandeirado e bandeira branca, já Delta atua cinco anos no

ramo sendo sempre revendedor embandeirado. Gama e Omega são revendedores bandeira branca e atuam no mercado há aproximadamente dez anos”. Segundo os autores,

“Alfa chama a atenção para a cláusula no contrato em que deixa claro que se por algum motivo a distribuidora não conseguir entregar os produtos, o revendedor não pode fazer absolutamente nada. Essa cláusula é revoltante, pois por um problema na distribuidora nós revendedores somos obrigados a praticamente fica sem laborar perdendo vendas, passando uma imagem ruim para os clientes, tudo isso porque a distribuidora não consegue cumprir com seus compromissos. Ficamos de mãos atadas, não podemos buscar outra forma de atender nossos clientes nem reclamar judicialmente pelo dinheiro que perdemos ao ficarmos sem revender. (PROPRIETÁRIO ALFA).

Também, Dalmonech, Mattos e Santanna (2005) alegam que as distribuidoras vendem combustíveis para postos que não tem contratos com elas a um preço inferior aos que compram exclusivamente delas, favorecendo estas e prejudicando as que se mantêm fiel aos contratos⁴:

As Distribuidoras estão organizadas e unidas enquanto os Postos estão fragmentados, o que lhes diminui o poder de barganha. Pelos contratos incompletos e pelo oportunismo, as Distribuidoras

⁴ Para Dalmonech, Mattos e Santanna (2005) “Nota-se que a Shell Distribuidora é a que em maior margem sobre o produto final (gasolina), com 6,15%, estando 31.17% acima da média. Isto evidencia que a Shell e as Distribuidoras de Bandeiras Brancas são as que têm valores extremos em relação a média. A Shell, acusada pelos postos que ostentam a sua bandeira de ser oportunista, tem este dado comprovado pela sua maior lucratividade em relação às outras companhias distribuidoras. As companhias de Bandeiras Branca, com valor extremo abaixo da média pela dificuldade em entrar neste mercado dominado pelas grandes companhias, utilizam-se do preço menor como fator de decisão de compra. Este fato justifica seu desempenho abaixo da média de (41,35%). O aumento de 2,31% em relação ao preço de venda da gasolina pode ser motivado pelo rigor da fiscalização, já que poderia estar ocorrendo sonegação por parte destas distribuidoras. As de Outras (Outras Bandeiras não citadas) tem seu aumento na participação sobre o preço final da gasolina em 2,12%, mesmo assim permanecendo 8,71% abaixo da média, em função da concorrência com as maiores distribuidoras e maior poder de negociação dos postos em relação a estas distribuidoras. (...) os Revendedores apresentam redução de margem sobre o preço final da gasolina em 2,17%, resultado da redução de margem de jan/03 de 12,15% para 9,98%. A Petrobrás Distribuidora ficou 7,86% abaixo da média de distribuição e os Postos Revendedores são os que têm a maior margem em relação a média, ou seja, 9,52% acima da média. A Ipiranga Distribuidora ficou 4,08% acima da média em relação a distribuição e os Postos Revendedores estão 1,60% acima da média, ou seja, a lucratividade da Distribuidora torna-se maior do que os Revendedores em relação ao mercado, estando 11,94%, acima da Petrobrás Distribuidora, enquanto os Postos Revendedores Ipiranga estão com lucratividade abaixo dos Postos Petrobrás em 7,92% em relação a média do setor. A Texaco está 17,31% acima da média do setor de distribuição, e os Postos Revendedores Texaco estão 2,81% acima da média, o que permite visualizar uma discrepância entre a distribuição da lucratividade, visto que a Petrobrás Distribuidora permite aos seus Revendedores margem de 9,52% sobre a média do setor de revenda, mantendo margem negativa de 7,86% em relação a média do setor de distribuição. Estão abaixo da média, os Revendedores das Bandeiras Esso, Shell, Bandeiras Branca, e Outras. Extremos são encontrados nos Revendedores Shell, que estão com margem negativa (abaixo da média) em relação à média de 5,11%, acompanhados pelos Postos Bandeira Branca, com 5,21%. Os Distribuidores Bandeiras Brancas estão 41,35% abaixo da média, fato explicado pelo poder de barganha dos compradores ser maior do que em relação aos compradores das companhias Petrobrás, Esso, Shell, Ipiranga e Texaco. Além do fato de terem menor volume de compras (consequentemente menor poder de negociação), e em tese, maiores preços de compra, fato que pode ser compensado, por hipótese, via sonegação fiscal e/ou mistura de produtos. A Esso Distribuidora tem remuneração em relação à margem total de 5,36% e acima da média do setor de distribuição, e os seus Postos Revendedores, com 1,10% abaixo da média, permitindo visualizar o oportunismo. Os Distribuidores classificados como Outros, estão acima abaixo da média em 8,71% do setor de distribuição e os Postos Revendedores em 8,71% abaixo da média do setor de revenda. Isso ocorre, em tese, em virtude da imagem da marca, dos produtos e do próprio atendimento e do próprio posto, onde estas marcas detêm menor confiança do consumidor, o que os leva a uma estratégia de menores preços para o tráfego de clientes. Portanto, pode-se afirmar que está havendo uma relação causal entre o aumento das margens dos distribuidores e a redução de margens dos revendedores, o que permite visualizar uma negociação do tipo perde-ganha, o que promove conflitos. Não Existe, portanto, alinhamento de objetivos entre a Distribuidora e os Revendedores

estão avançando sobre a rentabilidade dos postos e estes estão sendo incapazes de repor os valores sugados em função de não conseguirem repassar os aumentos de custos em seus próprios preços devido aos órgãos de defesa do consumidor (variáveis legal/Leis) e do próprio mercado. Parece que as Distribuidoras estão com intenção de forçar os Postos de Combustíveis a reverem os contratos firmados, pois nos moldes atuais, as Distribuidoras estão ficando com parte da suposta lucratividade dos postos como fonte de reserva para eventuais causas ambientais e como reserva para arcar com os custos elaboração e revisão e/ou renovação de contratos e custo de monitoramento. Além disso, os Postos de Combustíveis necessitam de investimentos para se adequarem à leis ambientais, principalmente a Lei 6.938/81 e Lei 9.605. Portanto, para se promover a congruência de objetivos entre os distribuidores e os postos, falta a percepção de que fazem parte da cadeia de valor, que são interdependentes e não excludentes, como a prática evidencia. Do contrário, haverá elevação de custos de transação, uma vez que a desconfiança exigirá cada vez contratos completos, que exigirão monitoramento e que ao mesmo tempo propiciará o oportunismo presente nos contratos incompletos. A distribuição dos lucros é outro ponto que pode estabelecer a congruência de objetivos das distribuidoras e dos postos de combustíveis. A redução do lucro dos postos tem como causa o aumento da margem das distribuidoras, fato este evidenciado neste trabalho.

Tal análise, no entanto, lidou com médias grandes do mercado em geral. De todo modo, o fato de haver discriminação de preços, em razão de diferentes espécies de contratualização [bandeira branca *versus* postos embandeirados] é um tema que parece, ainda, ser atual, em alguma medida.

E é neste contexto que se passa a discutir os tópicos propostos pela ANP, sobre fidelidade de bandeira.

2.1. Defesa do consumidor

O primeiro tópico sugerido pela ANP diz respeito à Defesa do Consumidor. Com efeito, o consumidor é um dos agentes centrais tanto das preocupações do Direito Regulatório, como do Direito Concorrencial, como de sua regulação específica.

A principal questão afeta ao Direito do Consumidor, neste debate sobre “fidelidade à bandeira” é, sem sombra de dúvida, o “Direito à Informação”. Segundo Cláudia Lima Marques, o consumidor possui um rol de direitos básicos, elencados no art. 6º da Lei nº. 8.078/90, como, por exemplo, o direito à informação (inciso III). Assim, informar “é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa-fé” (MARQUES, 2006, pp. 178 – 179).

Ocorre que há que se fazer uma separação a respeito do que é o direito de informação e o que é uma regulação rígida que impede outras formas contratuais mais flexíveis de existirem. E a questão que se coloca nesta consulta pública é a seguinte: como eventual mudança regulatória poderia dialogar com posições muito rígidas do ponto de vista consumeirista? Sobre tal aspecto, cumpre observar como o Desembargador Trindade dos Santos compreendeu a referida discussão:

¹Inviável juridicamente é admitir-se que um posto varejista de combustíveis e outros derivados de petróleo, espaço locado à distribuidora com o qual firmou contrato de exclusividade, utilizando-se dos equipamentos por esta cedidos, e sob a bandeira da mesma, negocie combustíveis de distribuidora diversa e concorrente daquela. Admitir-se isso, equivaleria a admitir-se a comercialização de combustíveis não correspondentes àqueles garantidos pela bandeira da distribuidora exclusivista, com visível engano aos consumidores e com evidente locupletamento às

custas do titular do logotipo.' (Ap. Cív. n. 1999.017199-0, de Biguaçu, Rel. Dês. Trindade dos Santos, DJ de 05.11.02).

A este respeito, cumpre referir alguns debates levados a cabo no Recurso Especial 1.487.046 - MT (2012/0227567-6). Neste precedente, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face do “Posto Grisólia”, nome fantasia de Atílio Grisólia Filho, que atuava em Cuiabá. Segundo o Ministério Público, o referido posto, apesar de ostentar marca de combustíveis Petrobras-BR, revendeu produtos de outras distribuidoras, sem que o consumidor fosse de tal fato devidamente avisado.

Em razão disto, o Ministério Público alegou que:

"quando o consumidor procura abastecer seu automóvel em um posto revendedor de determinada bandeira, o faz sabendo da qualidade do produto que está adquirindo, pagando muitas vezes até mais por escolher a marca, pois ela é indicativa de uma maior segurança e confiabilidade do produto, especialmente quando se sabe que o setor de revenda de combustíveis apresenta diversos casos de venda de produtos adulterados, com graves danos aos veículos e, conseqüentemente, aos consumidores, que procuram evitar tais riscos ao realizar seus abastecimentos naqueles lugares cuja origem de produto é mais conhecida". Inferiu que *"a empresa obteve lucro muito maior vendendo o combustível de menor confiabilidade (sem conhecimento do consumidor), situação agravada pelo fato de que não há autorização normativa para assim proceder"*. Assinalou que, durante os anos de 2003 e 2004, o posto somente adquirira combustíveis de marcas diversas da que ostentava. Relatou que, na defesa apresentada no procedimento preliminar, o proprietário do posto, além de confirmar a compra de combustíveis de marcas diversas, defendera, veementemente, tal prática, ao sustentar que, nem sempre, por motivo financeiro, fora possível fazer o pedido mínimo exigido pela PETROBRÁS (5.000 litros) e que a entrega dos outros fornecedores era mais rápida. Aduziu a configuração de concorrência desleal, "pela simples possibilidade de o concorrente do mencionado posto de combustível, que trabalha corretamente sem ostentar bandeira, ter sido preterido em favor do requerido, em função da marca que este apresentava, vendendo, não obstante, combustível de distribuidoras desconhecidas, tal qual outro posto de bandeira branca".

O posto alegou que o pedido da Petrobrás é feito por telefone no Rio de Janeiro, e que o prazo para entrega é muito longo, sendo que outros fornecedores de Cuiabá entregam o produto no mesmo dia quando solicitados.

A ANP aplicou sua multa administrativa neste caso, pois segundo a compreensão da Agência, *“os preceitos normativos que regulam o caso estão bem delineados na Portaria ANP nº 116/00, de observância obrigatória do autuado. Com efeito, em razão do seu poder de polícia e face sua missão fiscalizadora e reguladora, à ANP não restava outra alternativa a não ser aplicar a pena prevista para a infração cometida.*

Por fim, a infração administrativa se configura mesmo quando é informada em algumas bombas a verdadeira origem do produto ou quando não se detecta irregularidades no combustível, já que a lei não ressalva tal circunstância para estabelecimentos que exibam uma bandeira vinculada”.

Ou seja, mesmo que o Consumidor seja efetivamente avisado no posto de que aquela gasolina é de outra distribuidora, o desenho regulatório atual impede que um posto embandeirado venda combustível de outra marca.

A ANP ainda informou que o revendedor possuía 02 postos de combustíveis, sendo estes o Posto Grisolia – CNPJ: 15.371.917/0001-70 e o Posto Brilhante – CNPJ: 15.371.917/0002-50. O Posto Grisolia teve sua autorização para o exercício da atividade de revenda varejista revogada mediante Despacho ANP nº 588/2013 – publicado no DOU em 06/06/2013. O Posto Brilhante teve sua autorização revogada pelo Despacho ANP nº 512/2002 – publicado no DOU em 06/08/2002. Portanto, atualmente os revendedores não possuem autorização perante a ANP.

Ou seja, as dificuldades financeiras do referido posto foram verídicas. Ainda assim, mesmo após sair do mercado, o posto foi condenado pelo STJ, a pagar um dano moral coletivo de R\$ 109.000,00 (cento e nove mil reais), **independentemente da infração administrativa**, tendo em vista a “infidelidade de bandeira”, senão vejamos:

Ao ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o revendedor expôs todos os consumidores à prática comercial ilícita expressamente combatida pelo código consumerista, consoante se infere nos seus artigos 30, 31 e 37, que versam sobre a oferta e a publicidade enganosa:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

(...)

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

(...)

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A relevância da transparência nas relações de consumo, observado o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável. Assim, no afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores,

protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas, é que o Código de Defesa do Consumidor procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa. Confira-se:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena. Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Os objetos jurídicos tutelados em ambos os crimes (de publicidade enganosa ou abusiva e de fraude em oferta) são os direitos do consumidor de livre escolha e de informação adequada, considerada a relevância social da garantia do respeito aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas. Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva. Ainda que assim não fosse, a conduta perpetrada pelo revendedor de combustível no presente caso também se subsume, em tese, a outras figuras típicas constantes no Código Penal (artigo 175), na Lei 8.137/90 (Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra relações de consumo - artigo 7º, inciso VII) e na Lei 8.176/91 (Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis - artigo 1º).

Nesse contexto, a meu juízo, **a infidelidade de bandeira constitui prática comercial intolerável, consubstanciando, além de infração administrativa, conduta tipificada como crime à luz do código consumerista (entre outros)**, motivo pelo qual a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade. A intolerabilidade da conduta é extraída, outrossim, da constatada recalcitrância do fornecedor que, ainda em 2007 (ano do ajuizamento da ação civil pública), persistia com a conduta de desrespeito aos direitos de escolha e de adequada informação do consumidor, ignorando o conteúdo valorativo da autuação levada a efeito pela agência reguladora em 2004. (...)

considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que, com a incidência de juros moratórios pela Taxa Selic desde o primeiro evento danoso apurado (janeiro de 2003), alcança,

nesta data, o valor aproximado de R\$ 109.000,00 (cento e nove mil reais), a ser revertido ao fundo constante no artigo 13 da Lei 7.347/85.

De outro lado, cabe refletir que estes posicionamentos se deram considerando as regras atuais. Caso seja modificada a regulação, permitindo “infidelidade de bandeira” parcial ou total, **desde que os consumidores sejam informados a respeito das mudanças das regras do jogo e das características dos produtos que estão adquirindo**, o Código de Defesa do Consumidor não impede tais transações (nem as interpretações do referido Código deveriam impedir estes novos tipos de negócios). Ou seja, a proteção consumeirista não deveria, por si só, impedir outros modelos regulatórios, em que a fidelidade da marca, por exemplo, seja restrita apenas a alguns produtos (como combustível aditivado) e não a outros (como combustível genérico).

Ora, uma farmácia, como rede varejista, pode vender produtos de sua própria marca, assim como pode vender produtos genéricos. Não há dúvida alguma que a introdução dos genéricos nas redes farmacêuticas aumentou o nível de concorrência no mercado. Obviamente, a farmácia da marca X, pode vender produtos com a marca X, assim como uma série de outros produtos das marcas Y, W ou Z. Este tipo de prática não fere o Código de Defesa do Consumidor.

Pelo contrário, uma rede varejista, ao vender produtos de marcas diferenciadas (e não verticalizadas com o estabelecimento varejista), pode dar concretude, ao direito de escolha do consumidor, ou seja, o direito do consumidor escolher entre diferentes tipos de produtos, com diferentes características, sem que para escolher diferentes produtos seja obrigado a se deslocar para diferentes redes varejistas verticalmente integradas.

Acredita-se que o STJ fez as considerações acima sobre dano moral consumeirista apenas porque as normas regulatórias hoje impedem a “infidelidade de bandeira”. Todavia, como já dito, se as regras regulatórias se modificarem e se houver bastante informação a respeito, o CDC não deveria ser óbice a modelos mais eficientes de transação. Aliás, este caso já lança mão de dúvidas a respeito da eficiência do modelo atual, visto que o posto Grisólia, efetivamente, faliu. Tal posto acreditou que o modelo da BR era caro demais, era demorado demais e ineficiente (à medida que vendia quantidades mínimas superiores à demanda do posto individual). O posto, ao entrar no mercado, possivelmente, tinha informação imperfeita a respeito da demanda do mercado e de quais seriam suas reais necessidades, tendo dificuldade, possivelmente, de quebrar o contrato com a BR, sem pagamento de multa, para tanto.

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

O debate se o setor público deve fiscalizar contratos privados (debate mais amplo ou gênero) engloba, em alguma medida, a próxima discussão proposta, (que é um debate mais restrito ou espécie), que busca avaliar se ANP deve fiscalizar o uso de uma determinada marca de um agente do *middlestream* (distribuidor) pelo agente do *downstream* (revendedor).

Não é ou não deveria ser papel do setor público fiscalizar um contrato privado, caso não exista um interesse público em tal fiscalização e como demonstrado acima, há diferentes perspectivas igualmente ou até mais relevantes neste tipo de relação contratual entre distribuidores e revendedores que, atualmente, não são regulados. Obviamente que a ANP pode adotar diferentes modelos a este respeito, sendo necessário sempre um estudo específico a respeito do impacto mercadológico de tal abordagem.

2.3. Fiscalização pela ANP da utilização da marca

Como mencionado em documento DEE/CADE (2018), Natália Lima FIGUEIREDO (2014) explica como marcas possuem a função de beneficiar os consumidores, quando estes utilizam os referidos signos para diferenciar produtos e diminuir custos de procura:

A palavra brand, que significa “marca” em inglês, tem origem no termo escandinavo brandr, cujo significado é queimar. Cabeças e peças de gado eram marcadas com o propósito de identificação das rezes pelos proprietários e possuidores. Com isso, aqueles criadores mais conhecidos pela qualidade do seu gado tinham suas marcas mais procuradas nas trocas comerciais. A utilização de signos para marcar algo com o propósito de caracterizar pertencimento ou para sinalizar identidade é prática antiquíssima. (...) Uma das funções mais intuitivas das marcas é a identificação de origem. Como se trata de um símbolo, sua qualidade identificadora é inerente à sua natureza. Trata-se, em outras palavras, de reconhecer de onde provém o produto ou serviço ou, ainda, quem é seu fabricante ou provedor. (...) [O] direito marcário também tem por justificativa proteger o consumidor de condutas enganosas e que o induzam à confusão (LAFRANCE, 1958). Esse pressuposto da proteção marcária – evitar a confusão e o locupletamento do consumidor – é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileiras (DIAS, 2013). (...) [A] proteção à marca é fundamental na medida em que facilita ao consumidor a identificação do produto e reduz os seus custos de busca (“search costs”), além de encorajar as empresas a investirem em qualidade. Ao trazer informações sobre o produto, a marca permite que o consumidor o associe a elas. Em tendo conhecimento prévio sobre suas características, não terá que, futuramente, despende tempo buscando um produto com as mesmas propriedades, simplesmente adquirirá aquele com a marca já conhecida.

No mesmo sentido, o TRF da Segunda Região⁵ referiu que:

[P]ara o consumidor a marca tem a função de orientá-lo na escolha de um produto ou serviço, ao passo que para o titular da marca esta funciona como meio de captação de clientela, na medida em que atua como veículo de divulgação dos serviços ou produtos por ela distinguidos, além de conferir o direito de exclusividade de uso ao seu titular.

De outro lado, há uma série de setores – que são regulados – mas que a Agência Reguladora não protege o uso indevido da marca: o que se protege são os consumidores contra a venda de mercadorias com baixa qualidade. Ao interferir em um contrato, punindo o uso marcário – teoricamente - incorreto, pode-se estar havendo uma sobre punição, tendo em vista possibilidades de responsabilidade que extrapolam o debate contratual e ficam em um plano meramente formal e abstrato. A este respeito, é possível

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 98.02.05185-3. 2ª Turma Especializada. Apelante: Instituto Nacional De Propriedade Industrial - INPI.

que a infração seja aplicada em períodos em que a bomba esteja com uma marca, mas o posto ainda não foi integralmente remodelado para outra bandeira:

ADMINISTRATIVO. VENDA DE COMBUSTÍVEL DE MARCA DIVERSA DA OSTENTADA PELO VAREJISTA. VIOLAÇÃO À PORTARIA Nº 116/00 DA ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. MULTA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. 1. Auto de infração e aplicação de multa decorrente de da comercialização de combustível de marca diversa daquela exibida pelo comerciante, em desconformidade com o determinado pelo art. 11, parágrafo 2º da Portaria nº 116/00 da Agência Nacional do Petróleo - ANP, entidade reguladora da referida atividade econômica. 2. Com base no auto de infração colacionado, bem como em declarações da própria apelante, houve a comercialização de combustíveis da marca FEDERAL, embora ostentasse a empresa a marca PETROBRÁS em suas instalações. 3. A alegação de que a bomba de combustível que continha produto da marca FEDERAL estava sinalizada não ilude a ilegalidade, dado que a marca utilizada ostensivamente ainda era PETROBRÁS, o que levaria o consumidor a erro, em clara ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, além dos dispositivos legais supramencionados. 4. Sanção pecuniária fixada no mínimo legal. 5. Apelação parcialmente provida. UNÂNIME

(AC - Apelação Cível - 568882 0008450-26.2011.4.05.8000, Desembargadora Federal Polyana Falcão Brito, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::05/05/2014 - Página::62.)

Também, é possível que a punição da ANP se dê em razão de motivos eminentemente formais. Por exemplo, no caso abaixo, houve – de fato – rescisão contratual do posto revendedor com a Shell. Assim, do ponto de vista privado, não haveria qualquer problema do posto revendedor se valer de combustível proveniente de outras bandeiras. No entanto, a regra burocrática formal exige que a ANP tenha sido notificada a respeito da mudança no status contratual. Ao não cumprir tal exigência burocrática, o posto foi punido/multado, mesmo que não houvesse qualquer tipo de descumprimento de ordem contratual:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA FORMADA CONFORME OS REQUISITOS LEGAIS. COBRANÇA DE CRÉDITOS RELATIVOS À MULTA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELA ANP, EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AOS ARTS. 3º, I E XV, DA LEI 9.847/99 E 3º, PARÁGRAFO 1º, E 11, E PARÁGRAFO 2º, DA PORTARIA ANP 116/00. DESEMPENHADO DE ATIVIDADE DE REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL SEM O INDISPENSÁVEL REGISTRO PERANTE O ÓRGÃO FISCALIZADOR. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS DE BANDEIRA DIVERSA DA MARCA EXIBIDA NO ESTABELECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO. DESCABIMENTO. 1. Os embargos de declaração não são meios próprios ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição ou omissão, in casu, inexistentes no acórdão embargado. 2. Matéria do recurso foi devidamente analisada, com motivação clara e nítida. Questões enfrentadas conforme as legislação e jurisprudência. 3. Deveras apreciado que: - "questão controvertida que se consubstancia na cobrança de créditos relativos à multa administrativa imposta pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, em razão de infração ao disposto nos arts. 3º, I e XV, da Lei nº 9.847/99, e 3º, parágrafo 1º, e 11, e parágrafo 2º, da Portaria ANP nº 116/2000, em face de a empresa embargante ter desempenhado atividade de revenda varejista de combustível sem o indispensável registro perante o órgão fiscalizador e devido à comercialização de produtos de bandeira diversa da marca exibida no estabelecimento; - a Lei nº 9.847/97 confere competência à ANP para promover a regulação e a fiscalização das atividades econômicas relativas à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, na qual se compreende a sujeição dos infratores a diversas sanções administrativas; - o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo é regulamentado pela Portaria ANP nº 116, de 05/07/2000, a qual expõe de forma pormenorizada procedimento para fins de expedição de registro pela ANP e condiciona expressamente o desempenho da atividade de revenda de combustíveis à publicação do respectivo registro no Diário Oficial da União; - in casu, após exame detido do PA que subsidiou a fiscalização e a atuação da ANP junto ao posto revendedor embargante, conclui-se que houve integral obediência aos ditames legais e constitucionais, não se envolvendo qualquer irregularidade na aplicação da multa, com o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, mediante a apresentação de defesa escrita, alegações finais e recurso de apelação, este último parcialmente provido para afastar a infração por não coletar amostra-testemunha, reduzindo-se o valor da multa; - ambas as infrações praticadas pela embargante agridem frontalmente a política oficial do setor de combustíveis e

devem ser reprimidas com rigor, com vistas a preservar a regularidade na distribuição, qualidade e fornecimento nacional de combustível automotivo, devendo-se registrar que o embargante não logrou comprovar eventual excludente ou demasia das irregularidades, deixando de infirmar a presunção de legitimidade do auto de infração; - ausência de outorga de registro na modalidade bandeira branca à época da autuação - a qual permite ao revendedor comercializar produtos de quaisquer marcas desde que haja a respectiva identificação na bomba de combustível; - **o fato de empresa sucedida ter rescindido o contrato de exclusividade com a Shell é indiferente para a configuração da infração, que busca tutelar a confiança dos consumidores em relação ao prestígio e à credibilidade da marca que o estabelecimento utiliza como bandeira.** Na hipótese versada, a embargante revendia produtos de marcas diversas e sem ter solicitado a atualização cadastral de bandeira do posto revendedor (Portarias ANP nºs 116/2000 e 32/2001). **A eventual exibição das outras marcas utilizadas nas bombas de combustível não desnatura a irregularidade em comento.**" 4. Possível erro do julgamento deve ser sanado por recurso próprio. 5. Embargos de declaração não-providos.UNÂNIME

(EDAC - Embargos de Declaração na Apelação Cível - 563516/01 0000049-34.2013.4.05.8302/01, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::17/12/2013 - Página::335.)

(Ver também AC - Apelação Cível - 563516 0000049-34.2013.4.05.8302, Desembargador Federal Manuel Maia, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::22/10/2013 - Página::28.)

Deste modo, há que se atentar para a possibilidade de eventual sobrepena, considerando o aspecto teleológico da norma em comento. Aliás, no caso acima e no caso que está, também, abaixo transcrito, os consumidores que adentraram no posto foram informados da proveniência do combustível. Também, tratam-se de casos em que havia controversa cível sobre a validade e a vigência do contrato de distribuição. Em que pese tais debates cíveis, plenamente válidos, os motivos que fundamentam as multas da ANP não são de proteção contratual de marcas (já que se assim o fossem, pelo menos, levariam em consideração este tipo de argumento). Com efeito, o que a ANP multa é um descumprimento formal da obrigação de informação à ANP do status de bandeira branca, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. ART. 10 DO DEC. 3.708/19. DESCABIMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM DESCONFORMIDADE COM A PORTARIA ANP 116/2000. ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA. INEXISTÊNCIA. 1.- Afastada a aplicação do disposto no art. 135 do CTN, por se tratar de dívida de natureza não tributária, não se mostra cabível a responsabilização do sócio, por infração à lei, com base no art. 10 do Decreto 3.708/19 - que traz previsão similar à contida no CTN -, visto que a mera autuação da empresa, por inobservância à norma regulatória da atividade de comercialização de combustíveis, não autoriza, por si só, o redirecionamento do feito para o sócio-gerente, sem a comprovação concreta de ilícito praticado, sob pena de se admitir a responsabilidade objetiva e não subjetiva do dirigente. Sentença reformada, reconhecendo-se a legitimidade passiva ad causam do sócio. 2.- Antes de encerrado o procedimento administrativo não há que se falar no início do lustrum prescricional de que trata a Lei 9.873/99, pois o crédito debatido (penalidade imposta), por ainda não estar definitivamente constituído, não se tornou exigível. No caso, não obstante o auto de infração tenha sido lavrado em 21/09/2001, o processo administrativo que consubstanciou a sua cobrança apenas se encerrou em fevereiro de 2004, não restando configurada a prescrição, uma vez que o despacho que ordenou a citação do executado foi proferido em 13.11.2007. 3.- Embora vinculada à bandeira PETROBRAS, a embargante reconhece que adquiriu e comercializou combustível de outra empresa, conduta que autorizou a autuação da revendedora por infração ao disposto no art. 11 da Portaria ANP 116/2000, ato normativo que teve sua legalidade reconhecida pelo eg. STJ, quando do julgamento do MS 4444/DF (DJU 15/03/1999, p. 75), **não servindo para afastar a obrigatoriedade do pagamento da multa as alegações - incomprovadas - de se encontrar a embargante em litígio com a distribuidora, bem como ter exibido**

ostensivamente aos consumidores a marca do combustível vendido. 4.- Não restou evidenciado o alegado caráter confiscatório da multa, fixada em R\$ 5.000,00, valor correspondente ao mínimo legal previsto no art. 3º da Lei 9.847/99, dispositivo que autoriza a aplicação da penalidade administrativa. 5.- Apelação provida em parte, para excluir do feito executivo o sócio da empresa executada.UNÂNIME

(AC - Apelação Cível - 475671 2008.84.00.002903-9, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::27/10/2010 - Página::430.)

ADMINISTRATIVO. REVENDA DE COMBUSTÍVEL IRREGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO À PORTARIA 116/2000. PODER DE POLÍCIA. ANP. MULTA. ART. 3º LEI 9.784/99. LEGALIDADE. APELO NÃO PROVIDO. 1. Apelação interposta por DINIZ CAVALCANTE E FILHOS LTDA em face de sentença prolatada em embargos à execução, que julgou improcedente o pedido deduzido na Inicial, reconhecendo a higidez da Certidão de Dívida Ativa que embasa a presente execução. 2. O art. 151, III, do Código Tributário Nacional prevê que os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário. 3. O STJ já se pacificou no sentido de que a interpretação conferida ao aludido dispositivo legal sugere a suspensão da exigibilidade da exação quando existente uma impugnação do contribuinte à cobrança do tributo, qualquer que seja esta. 4. Consoante se observa dos autos, após a lavratura do auto de infração em 30.03.2001, o Contribuinte apresentou defesa, insurgindo-se contra a cobrança de multa administrativa por infração ao art. 11, parágrafo 2º da Portaria ANP nº 116/00 e art. 3º, IX da Lei 9.847. A ação executiva foi ajuizada em 29.08.2008, porém, não restou caracterizada a prescrição, tendo em vista que o procedimento administrativo ficou pendente em razão da insurgência apresentada, somente findando-se em 03.03.2005, com decisão definitiva indeferitória do pleito. 5. Em obediência à Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 9.478/97 criou um órgão regulador (ANP) e conferiu-lhe atribuição para fiscalizar, regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, bem como para proteger os interesses dos consumidores quanto à oferta de produtos. 6. Os atos normativos editados pelas agências não são regulamentos autônomos, uma vez que não defluem da Constituição, mas sim da lei instituidora da agência. Dessa forma, tais leis, ao instituírem as agências reguladoras, conferem-lhes também o exercício de um abrangente poder normativo no que diz respeito às suas áreas de atuação. 7. Com base neste arcabouço legal editou-se a Portaria n.º 116/00, que estabelece em seu art. 11, parágrafo 2º: "Caso o revendedor varejista 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." 8. Consoante consta do auto de infração a Empresa Apelante à época da fiscalização exibia marca comercial da SHELL BRASIL S/A em suas instalações, contudo, adquiriu e revendeu combustíveis automotivos da distribuidora MAX PETRÓLEO DO BRASIL LTDA. 9. **Não devem prevalecer as razões aduzidas no tocante à prerrogativa do revendedor de combustíveis de não estar vinculado a nenhuma marca**, tendo em vista que a Empresa Contribuinte optou por exibir a marca SHELL BRASIL S/A, ficando obrigado, portanto, a somente adquirir combustíveis da distribuidora identificada nas suas instalações. 10. De se acrescentar, ainda, que tal prática não foi negada pelo Apelante e que a identificação do distribuidor permite a verificação da responsabilidade de cada um dos membros pertencentes à cadeia do petróleo. Ademais, não se pode olvidar que o consumidor tem direito à correta informação de quem é o fornecedor do combustível que está utilizando em seu veículo automotor e a omissão ou a não veracidade da informação configura lesão. 11. Apelação não provida.UNÂNIME

(AC - Apelação Cível - 479405 2009.83.08.000169-8, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::14/07/2010 - Página::243.)

Assim, do ponto de vista teleológico, há dúvidas a respeito dos fundamentos que embasam este curso de ação por parte da ANP.

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

Pode-se, talvez, alegar que a existência, atual, de responsabilidade solidária entre distribuidores e revendedores seria o fundamento do policiamento por parte da ANP da fidelidade de marca. Todavia, a eventual responsabilidade solidária dos distribuidores pelo combustível vendido pelos revendedores apenas ocorre em situações muito peculiares e restritas, não sendo correto alegar que este deva ser um empecilho para mudar o sistema atual.

Com efeito, o CADE já se referiu no âmbito Nota Técnica 27/2018/DEE/CADE, no seguinte sentido:

De acordo com o parágrafo 3º, do art. 8º, da Resolução 44/2013 da ANP,

“a não apresentação das amostras-testemunha implicará, ao revendedor varejista ou ao TRR, a **responsabilidade exclusiva** pela qualidade do combustível verificada a partir da amostra-prova”.

De outro lado, o custo de acondicionamento de tais amostras testemunha, pode influenciar o ímpeto do posto de combustível em guardar este tipo de material. Também, é possível que a distribuidora de combustível não se negue a fornecer tal amostra, mas venha a negociar cláusulas comerciais mais favoráveis a quem venha a “desistir” da amostra testemunha, sendo necessário avaliar se este tipo de fenômeno ocorre no mercado. Caso este fenômeno não seja apenas teórico, talvez, a distribuidora não venha a garantir a qualidade do produto, da maneira como relatado pelos agentes.

E, novamente, a venda direta da usina ao posto de gasolina não interfere nesta dinâmica, já que a usina, também, deve apresentar amostra-testemunha na referida hipótese (caso haja solicitação da referida amostra pelo posto de combustível). Deste modo, caso haja alguma desconformidade em termos de qualidade e, caso o posto de gasolina guarde a amostra-testemunha, este tipo de procedimento, em nada, difere daquele que é realizado pelas grandes distribuidoras.

A Revista “Combustíveis & Conveniência”, intitulada “À procura da amostra-testemunha”, Ed. 127, de julho de 2014, relata que distribuidoras entraram na Justiça contra a obrigatoriedade de fornecer amostras-testemunhas a postos de combustíveis. Em tal revista, (p.39) relata-se que desde que a Resolução 44/2013 entrou em vigor, tal normativo “tem encontrado muita resistência por parte das companhias distribuidoras de combustíveis”. Na página 41 da referida revista, o responsável pelo Sindicom informou que “**a coleta de amostra nos postos na modalidade CIF é inferior a 10%**” e que os frascos enviados para amostra-testemunha voltam vazios.

Talvez, este tipo de consideração ocorra por vários motivos, como custo de acondicionamento, negociações com preços diferenciados versus baixo risco de responsabilização do posto, já que, segundo a revista acima, dos 40 mil postos de combustíveis em 2014, apenas 544 foram autuados por desconformidade.

Deste modo, na prática, as distribuidoras já não são [na grande maioria das vendas realizadas] responsáveis solidárias pela qualidade do combustível. Caso se queira dar *enforcement* a este tipo de responsabilização, talvez, fosse o caso de se repensar a sistemática de como a responsabilidade cível, penal e administrativa pela qualidade do combustível interage com o debate da amostra-testemunha (e com a obrigatoriedade ou não de seu acondicionamento). Todavia, o que fica claro é que este não parece ser um argumento suficiente para impedir eventual migração de modelo em termos de regulação administrativa da fidelidade de marca.

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

Neste aspecto, o CADE entrou em contato com a ANP para verificar qual seria a experiência internacional a que a Agência estava referindo, a respeito deste item específico. A ANP, gentilmente, forneceu ao CADE acesso ao estudo “2018 Fuel Regs & Specs A State-By-State Handbook” da lavra da Oil Price Information Service, da IHS.4

Tal análise é focada na experiência dos Estados Unidos.

Também, a ANP esclareceu, com base na experiência da IHS, que a Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA) é que determina, em nível nacional a especificação mínima em termos de qualidade para o combustível no país, mas que cada estado pode exigir especificações mais restritas (por exemplo, a Califórnia teria uma especificação mais rigorosa).⁶ Dentro dessa especificação, está o mínimo de aditivo e detergente (EPA lowest additive concentration - LAC criado em 1996). Alguns aditivos são propriedade intelectual do fabricante e são adicionados, além do mínimo. Isso criaria uma espécie de “marca” da gasolina. Todos os aditivos e detergentes seriam registrados juntos a EPA.⁷

Deste modo, segundo a ANP, a EPA em conjunto com agentes estaduais verificam a qualidade do combustível, mas não verificariam descumprimentos marcários.⁸ Já a análise se há ou não descumprimentos marcários, seriam os donos das marcas, que poderiam identificar se é a sua gasolina que está sendo comercializada pelos postos de combustível, considerando que o combustível vendido nos Estados Unidos, segundo informado, em regra possui um “tracer”.

Conforme explicado por DECK & WILSON (2004), nos Estados Unidos, é possível haver:

- *unbranded stations* (postos bandeira branca), que adquirem combustível por meio de distribuidoras (Wholesalers) sem terem vínculo com refinarias ou outras empresas.

⁶ <https://www.epa.gov/gasoline-standards/federal-gasoline-regulations>; <https://www.epa.gov/gasoline-standards/state-gasoline-standards>; https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?tpl=/ecfrbrowse/Title40/40cfr80_main_02.tpl

⁷ <https://www.epa.gov/fuels-registration-reporting-and-compliance-help/registered-fuels-fuel-additives-under-part-79>

⁸ <https://www.epa.gov/fuels-registration-reporting-and-compliance-help>. Most gas in the United States comes from the same few refineries, where different brands of gasoline are created as they are pumped into the fuel tankers, as opposed to individual retail facilities. Dr. Edward Murphy of the American Petroleum Institute explains that “base gas is a freely traded commodity that must meet certain government specifications. It flows through common pipelines into commingled storage tanks” (Blumberg). Although brands of gasoline have major differences, those differences are not due to origin or refining process, since they are processed from crude oil into gasoline together. The difference in the brands comes late in the process, when additives are combined with the gasoline upon being placed into the fuel tanker trucks, and this is the point when the brands actually become different, “The major brands spend R-and-D money on patented additives, which they add to the basic gas” (Blumberg). The only difference between any brand of gasoline is the additive package that is mixed into the fuel before the tanker trucks even leave the facility. Since the 1990’s, all brands of gas in the United States are unleaded and have a minimum level of detergents added to fuel as required by federal regulations. Even unbranded gas is treated, albeit less so, “All gasoline has additives. For unbranded gasoline’s, like those sold at low cost outlets, the additive is the generic version that meets minimum federal standards, and the ratio is about a third of a gallon of additive to every 1,000 gallons of gasoline” (Blumberg). Even the generic non-branded gasolines have minimum levels of additives, but many consumers, automotive manufacturers, and gasoline companies feel that the minimum is not sufficient for today’s advanced automobile engines. Stanley, Michael. “Analytical Report on Consumer Gasoline Choices.” The Downtown Review. Vol. 1. Iss. 1 (2015). Available at: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/tdr/vol1/iss1/2>

- *company-operated stations* (em que a refinaria é dona da marca e dos ativos do varejo e opera diretamente no downstream)
- *lessee stations* (em que a refinaria é dona da marca e dos ativos do varejo, mas aluga os postos para um agente externo que opera o posto de maneira independente)
- *dealer-owned stations* (em que a refinaria é dona da marca, mas os ativos do posto são de propriedade de um agente externo que opera o posto de maneira independente)

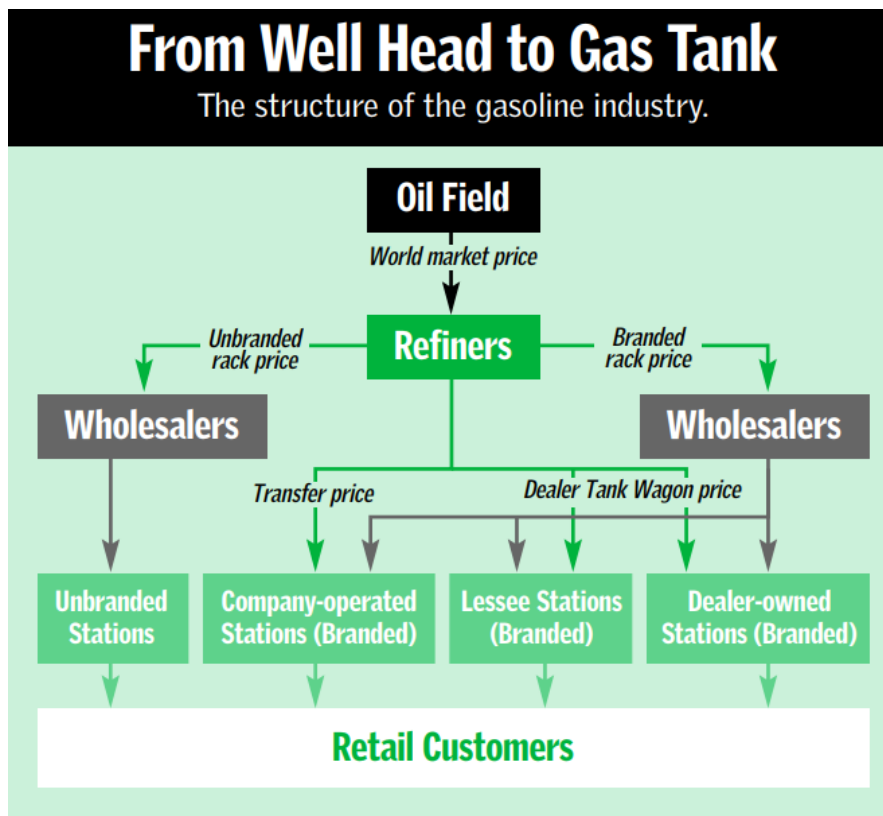


Figura 1 – Algumas espécies de relacionamento vertical na indústria de combustíveis líquidos DECK & WILSON (2004)

Os autores mencionam o seguinte:

“At the retail level, a **branded station must sell its refiner’s specified brand of gasoline**. Some branded stations are company operated, meaning that the refiner owns the retail outlet and sets retail prices. Alternatively, a branded station can be either a lessee-dealer or a dealer- owned station; in those cases, the retail outlet sets the retail price but is **still obligated to buy the refiner’s brand of gas**.”

Assim, embora apenas os combustíveis aditivados possam receber proteção marcária, nos Estados Unidos, os postos embandeirados apenas podem vender combustível aditivado. Ademais, se houver descumprimento do contrato de franquia é possível haver diversas repercussões, que incluem, até mesmo, ações penais contra os infratores da propriedade intelectual que foi infringida.

Dito isto, seria um tanto temerário transplantar para o Brasil o sistema norte-americano, considerando os seguintes argumentos. Atualmente, os postos de combustível no Brasil vendem tanto gasolina comum como aditivada, sendo que a gasolina comum no Brasil, em regra, é vendida em um preço mais baixo. Ao entender que a proteção marcária estaria abrangida apenas e tão somente no que diz respeito à gasolina aditivada um efeito deste tipo de consideração seria a retirada da gasolina comum dos postos de combustível, o que teria como efeito, a retirada da gasolina mais barata, disponível aos consumidores que não desejam adquirir os aditivos específicos dos postos embandeirados. Deste modo, acabaria a possibilidade de discriminação de preços que hoje existe nos postos embandeirados, sendo que os consumidores não necessariamente seriam beneficiados. Pelo contrário, teriam menos opções de consumo no ponto de venda.

Deste modo, em que pese sejam necessários mais estudos a respeito da possibilidade de trazer o modelo norte-americano para o Brasil, tem-se que, neste ponto específico, talvez, houvesse algum tipo de ineficiência e de prejuízo caso se entenda que postos embandeirados possam apenas e tão somente vender gasolina aditivada por meio da proteção da fidelidade de bandeira.

Aliás, uma das hipóteses ventiladas como eventualmente sendo provenientes da TPC seria o cenário 3, qual seja:

Cenário 3 - Continuar permitindo que postos embandeirados vendam apenas *gasolina aditivada* da distribuidora com fidelidade à bandeira, mas impedindo regulatoriamente que se exija a fidelidade à bandeira para gasolina comum ou para outros combustíveis não aditivados. Neste cenário, os postos seriam autorizados a comprar gasolina comum de quem quer desejassem

Frise-se que este cenário 3 NÃO corresponde à experiência norte-americana. Com efeito, a experiência norte-americana diz respeito a um cenário no qual postos embandeirados vendem apenas gasolina embandeirada e que o posto embandeirado pode apenas comprar gasolina de marca.

Caso este cenário 3 seja levado a cabo como possibilidade regulatória, é possível que dele advenham ônus e bônus que merecem ser sopesados com a devida cautela. Com efeito, admitir um modelo híbrido como este representa uma mudança brusca regulatória em um cenário no qual as distribuidoras efetivamente já investiram em sua rede downstream de revenda. Este tipo de cenário tende a diminuir o interesse das distribuidoras em realizar investimentos no downstream.

De outro lado, esta possibilidade de tornar os postos de combustíveis embandeirados como parcialmente “bandeira branca”, tende a dar maiores opções aos postos, o que pode ser interessante para diminuir a dependência própria do poder de mercado relativo, já referido acima. Ou seja, haveria menor necessidade de regular parâmetros contratuais da relação entre distribuidores e revendedores. Também, haveria maior probabilidade da concorrência ocorrer por meio de descontos no preço da gasolina ao invés de bonificações direcionadas aos donos de postos em prol de relações exclusivas.

Ou seja, há necessidade de realizar um estudo a respeito dos impactos que este tipo de intervenção mercadológica eventualmente poderia acarretar.

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

Como fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira, entende-se não a proibição da fidelidade ou de exclusividade entre postos embandeirados e distribuidores, mas a simples ausência de punição pelo descumprimento regulatório de uma obrigação contratual e regulatória em relação à fidelidade à bandeira.

A este respeito, entende-se que talvez este seja um caminho a ser trilhado a ANP: o de não mais punir a infidelidade contratual da revenda ou de não mais fiscalizar esta relação privada em termos marcários. Tal, seguramente, irá diminuir os custos fiscalizatórios da ANP. Todavia, em que pese este aspecto da relação entre distribuidores e revendedores possa ser desregulamentado, como já mencionado ao longo da nota, há outros aspectos que podem ser interessantes de serem regulados, quando se pensa na relação contratual entre postos revendedores e distribuidores [ou pelo menos que existam estudos e debates sociais dentro da ANP a respeito de tais temas], tais como:

- Nível ótimo de multa rescisória não-abusiva, que não gere exclusividade de fato no downstream nem amarras indevidas contra livre iniciativa;
- Tempo máximo de vigência contratual não-abusivo, também, pelos mesmos motivos;
- Possibilidade de previsão de galonagem mínima (e em sendo permitido, qual seria o nível ótimo, não-abusivo);
- Possibilidade de existência de galonagem mínima em um cenário no qual os contratos não possuem cláusula de precificação definida;
- Possibilidade de discriminação de preços por motivos que não são objetivamente determinados, permitindo diferentes tipos de relacionamento entre postos bandeirados e de bandeira branca;
- Possibilidade de pagamento de bonificações e pagamentos antecipados por “benfeitorias” nos postos, independentemente da comprovação de gastos com tais benfeitorias: o que poderia, talvez, ser compreendido como bonificação por exclusividade.

Obviamente que todas estas questões podem ser debatidas pelo CADE, por intermédio de processos administrativos sancionadores, caso a Autoridade Antitruste compreenda que estas são práticas unilaterais que teriam como efeito eventual fechamento de mercado para rivais ou representasse substantiva dificuldade para o estabelecimento de entrantes. Ocorre que a via Antitruste, por ser processualizada, tende a tratar este tipo de debate por meio de uma lide administrativa, analisando diferentes situações caso-a-caso. Ou seja, seria mais difícil, no seio da Autoridade Concorrencial, criar regras ex-ante, para diferentes tipos de situação.

Sabendo-se que esta é a realidade do mercado, talvez, exista espaço para a ANP agir de forma a se antecipar aos conflitos e debater, pensar e, talvez, caso entenda conveniente, criar normas ou diretrizes sobre estas questões que tanto trazem de conflito entre os diferentes elos desta cadeia de combustíveis.

3. Conclusão

Pelo que foi exposto ao longo da presente nota, há espaço para revisitar o modelo atual. Também, é interessante que a fiscalização e a regulação da ANP em relação à fidelidade de marca não sejam reduzidas à avaliação de simples obrigações burocráticas de informação à Agência sobre mudanças de status contratuais. De todo modo, há diferentes tipos de desenhos regulatórios disponíveis em relação a esta matéria, cada qual com diferentes tipos de ônus e bônus sociais.

Todavia, cumpre referir que há uma grande lacuna, atualmente, não regulada em termos da relação contratual entre revendedores e distribuidores que poderia – ao menos – ser discutida dentro da ANP: qual seja, a avaliação se há obrigações acessórias a este contrato de distribuição de combustível capazes de aumentar a dependência dos revendedores e, criar, para os distribuidores, situações de exclusividades de fato mercadológicas, em alguns municípios. Neste sentido, pode ser salutar, tanto aos revendedores como aos distribuidores que exista a discussão sobre os níveis ótimos e aceitáveis de algumas cláusulas contratuais de sua relação: para que a exclusividade atual [seja ela contratual e regulatória ou apenas contratual] não vire uma exclusividade sobre grande parte do mercado relevante afetado.

Sobre estes temas, a ANP pode ser um fórum de debate extremamente relevante.

É o parecer que se apresenta à Consulta Pública da ANP,

Brasília, 19 de novembro de 2018.

DEE/CADE

ASSINADO DIGITALMENTE NO DOC.SEI 0549350 - Processo nº 08700.002021/2013-15 (SEI-CADE)

4. Referências

DALMONECH, Luis Fernando; MATTOS, Aliomar Linos; SANTANNA, José Mário Bispo. **Análise da Relação Entre as Distribuidoras e os Postos de Gasolina: Um Enfoque a Luz da Teoria dos contratos, do Oportunismo e do Custo de Transação.** FUCAPE, 2005. Disponível em: http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/dalmonechanalisedarelacao.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2018.

FIGUEIREDO, N. L. (2014). Poder da Marca - Interações entre direito antitruste e direito industrial. Mestrado em Direito Comercial. São Paulo: USP.

FORGIONI, Paula. **Contratos de Distribuição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.345-348

GOMES, Cleonice Silva; RAMOS, Marco Aurélio. **O impacto do contrato de exclusividade entre distribuidoras e revendedores de combustível.** XXXIII Encontro Nacional de Engenharia de Produção. A Gestão dos Processos de Produção e as Parcerias Globais para o Desenvolvimento Sustentável dos Sistemas Produtivos Salvador, BA, Brasil, 08 a 11 de outubro de 2013. De acordo com o site http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2013_tn_sto_177_007_22188.pdf, Acesso em 11 de novembro de 2018.

GRANZOTI, Fernando de Miranda. **O abuso de estado de estado de dependência econômica no contrato de distribuição.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito Econômico e Social. PUC/PR: Curitiba, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor /** Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem – 2. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006