

Brasília, 29 de agosto de 2019.

Ao

Ministério de Minas e Energia

A/C: Sr. Dr. Min. Bento Costa Lima Leite

Bloco U, Brasília, DF, Sala Plenária

Ref: Convite para a Reunião sobre o Art. 2º da
Resolução CNPE nº12/2019
Apresentação Respostas ao Questionário

REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S.A.- EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, sociedade anônima de capital aberto, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.412.081/0001-96, com sede na Avenida Brasil, nº 3141, Benfica - Rio de Janeiro/RJ, vem, respeitosamente, agradecer e confirmar presença na Reunião agendada para 15.08.2019, às 11:15h, nesse Ministério, bem como apresentar a V.Exa. as respostas ao questionário elaborado por essa Companhia com a expectativa de colaboração na formulação de medidas voltadas para a promoção da livre concorrência.

Respostas ao Questionário – Art. 2º da Resolução CNPE nº 12/2019

1. Do ponto de vista do seu segmento, que cuidados devem ser tomados ou que diretrizes devem ser observadas para a promoção da livre concorrência no setor?

O livre mercado, defendido constitucionalmente por meio dos princípios da livre-concorrência (art. 1º, IV, e art. 170, caput, da Constituição Federal) e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Carta Magna), é um dos pilares do Estado para garantia de preço e regulação justos. A realidade do setor de óleo e gás brasileiro é diversa daquela imaginada na ocasião da edição da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), que tinha o condão de liberar o mercado de combustíveis, ampliando a competitividade do País no mercado internacional (art. 1º, inciso XI, Constituição Federal) e protegendo o interesse do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (inciso III do referido artigo na Carta Magna).

Assim, como agentes do mercado, observamos que algumas disposições regulatórias apresentam distorções para a concorrência do setor e não correspondem aos princípios acima elencados. O setor de óleo e gás brasileiro possui particularidades que devem ser observadas e, na medida do possível, combatidas aquelas que impedem a livre negociação entre os agentes e a concorrência do setor.

Para a Refit, a livre concorrência do setor de combustíveis deve estar focada em dois importantes pilares, descritos abaixo:

- a. Impedir que a Petrobras importe combustíveis e os venda abaixo do preço de importação. Ou seja, o volume residual entre a demanda e a capacidade de produção da Petrobras deve respeitar o preço de mercado internacional vigente no

momento. Não é aceitável que a Petrobras pratique nesses produtos o mesmo que faz no produto que ela refina. Que sejam incluídos pela Petrobras os efetivos custos de importação em bases internacionais, evitando subsídios indiretos por descontos em fretes ou utilização de modais (Dutos, por ex.) concedidos por empresas subsidiárias, coligadas ou relacionadas por partes. O modelo utilizado pela estatal prejudica novos investimentos e os acionistas da companhia. Um aceno neste sentido, possibilitaria a entrada grandes investimentos no Brasil e, certamente, traria um aumento significativo no valor da Petrobras no mercado acionário.

b. O outro ponto consiste em limitar as margens das distribuidoras de combustíveis no Brasil, os lucros obtidos pelas grandes companhias de distribuição no Brasil são irreais e não existem em nenhum outro país do mundo. A distribuição não é a grande geradora de caixa neste mercado, porém no Brasil é a maior geradora de caixa se comparado ao investimento e risco do negócio.

O atual modelo de atuação destas empresas prejudica a concorrência e o mercado. Enquanto nos últimos anos a Petrobras perdeu bilhões de reais subsidiando o preço dos derivados de petróleo, as distribuidoras realizaram lucros que nunca haviam realizado na história do país e, com isso, grande parte do subsídio não chegou ao consumidor final e nas bombas, mas alimentou lucros absurdos de poucas companhias.

É reconhecido pelo CADE que a cadeia brasileira de produção do petróleo e seus derivados possui elevado grau de concentração¹. No refino,

¹ Em apresentação de 23/05/2018 na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados para “debater a situação dos preços dos combustíveis no Brasil”, o Coordenador-Geral do CADE fez apresentação que

é atestado que a Petrobras detém monopólio, já que a sua produção representa 98% da capacidade de refino².

Atualmente, está é a realidade do mercado de distribuição:

- ✓ Mais de 150 distribuidoras registradas no país;
- ✓ Entretanto, apenas 3 delas dividem 70% do volume de combustível vendido;³
- ✓ Das 6 distribuidoras que dividiam sozinhas o mercado até a década de 1990, 3 foram adquiridas por suas principais concorrentes;
- ✓ Enquanto as três maiores distribuidoras registram lucros bilionários, as dezenas de outras distribuidoras lutam para sobreviver;
- ✓ Graças ao imenso poder financeiro das 3 grandes bandeiras, o número de postos bandeira branca tende a diminuir cada vez mais, produzindo assim menor concorrência e preços mais altos para o consumidor.

A concentração das atividades de um elo da cadeia produtiva em um só agente, como é no refino, ou em poucos agentes que possuem

contém a afirmação de que “a cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um elevado grau de concentração de empresas, sendo que no refino há um monopólio”. A apresentação pode ser acessada pelo seguinte link: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2018/23-05-2018-aumento-do-preco-dos-combustiveis/CADE.pdf>

² Artigo demonstra que “ (...) das atuais 17 refinarias nacionais, 13 são da Petrobras, o que representa 98% da capacidade de refino”. O artigo pode ser acessado pelo seguinte link: <https://www.poder360.com.br/opiniao/economia/a-questao-do-monopolio-da-petrobras-no-refino-explica-adriano-pires/>

³ Na distribuição, três das maiores distribuidoras configuram um oligopólio: na comercialização de gasolina automotiva, o market share da BR Distribuidora, Raízen e Ipiranga, somados, representa 63,79%; para o óleo diesel, as três maiores distribuidoras representam 71,12%; e no etanol, o market share somado é de 53,83%. Porcentagens extraídas do 62º “Boletim Abastecimento em Números” elaborado pela Superintendência de Distribuição e Logística (“SDL”) da ANP e disponibilizado em 2019 com análise do mercado de janeiro a março deste ano. O documento pode ser acessado pelo seguinte link: <http://www.anp.gov.br/arquivos/publicacoes/boletins-anp/abastecimento/62/boletim-n62.pdf>

grande expressividade, como é na distribuição, prejudica a atuação dos demais e impede a potencialização dos investimentos.

Assim, as concentrações de mercado devem ser combatidas para se propiciar aos demais agentes maior autonomia e liberdade de atuação, investimentos e segurança jurídica, na mesma linha em que traria benefícios para o consumidor final, que perceberia a diminuição do preço do combustível como consequência da ampliação da concorrência.

Para além da entrada de novos agentes no mercado de refino, com a venda de ativos da Petrobras, devem ser observados aspectos como a necessária segurança jurídica para os investimentos; a diversidade dos agentes para que não se crie um novo monopólio; e a ampliação da capacidade de refino, visando uma real diminuição no valor final para o consumidor final.⁴

Entre as medidas que possam ajudar a criar a verdadeira competitividade no mercado de distribuição está a revogação do Artigo 11 da Portaria 116 da ANP, de 5 de julho de 2000. Ele é responsável por estabelecer a vedação ao posto de adquirir combustível de distribuidora diferente da bandeira que dá identidade visual ao seu ponto de venda.

Até a publicação dessa portaria, bastava o posto indicar de forma clara na bomba qual o distribuidor responsável por fornecer o combustível que estava sendo vendido naquele momento. Essa prática não causava

⁴ Sobre a ampliação da capacidade de refino, é sabido que ultimamente as refinarias da Petrobras não atuam com toda a eficiência necessária, operando com cerca de 75% do seu parque de refino. Na mesma medida em que a Petrobras não consegue operar com toda sua capacidade, a empresa impede que as demais refinarias privadas (que investem grandes montantes em seus parques de refino) possam se desenvolver. A capacidade de produção praticada pela Petrobras de 75% no primeiro trimestre de 2019 foi apresentada em recente documento enviado à Câmara dos Deputados no âmbito de um Requerimento de Informações (RIC nº 698/2019) do Dep. Leônidas Cristino (PDT/CE), enviado ao Ministro de Minas e Energia, sobre o “processo de privatização das refinarias brasileiras”. O documento pode ser acessado pelo seguinte link: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=02BFD3E24AC337AC0D172091EFC802FC.proposicoesWebExterno1?codteor=1783552&filename=Tramitacao-RIC+698/2019

nenhum prejuízo ao consumidor, tendo em vista que o distribuidor nada produz.

A gasolina, o etanol e o diesel comum adquiridos por todas as distribuidoras é igual sob o ponto de vista de qualidade, na medida em que essa atende aos parâmetros estabelecidos pela ANP.

A não atuação até poucos anos atrás dos órgãos de controle permitiram a consolidação de grandes players, formando cultura e dirigindo o consumo, isolando os empreendedores independentes, não associados ou não embandeirados.

Dessa forma, a bandeira no Brasil é simplesmente uma identidade visual, uma estratégia de marketing e, quem sabe, um padrão de atendimento. Mas quanto à qualidade do combustível em si a bandeira não exerce influência, já que é responsabilidade de todos os players garantir os adequados armazenamento, qualidade e transporte do produto.

É desejável por parte da Agência reguladora que não estimule, ou oriente os agentes revendedores regulados à não celebração de contratos de exclusividade de fornecimento e que fomente mecanismos e prazos definidos de saída para os contratos vigentes.

2. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à verticalização da cadeia produtiva, incluindo a participação societária, a titularidade dos ativos, entre outros fatores de relação comercial, tais como: a participação das distribuidoras nas operações de revenda e a responsabilidade pela requalificação do botijão de GLP? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.

A revisão da regra que impede verticalização da cadeia produtiva oferece ao setor a oportunidade de se equilibrar o mercado e atrair investimentos. Porém, para que sejam definidas essas novas relações, acreditamos que se deve redobrar o cuidado com a possibilidade de maximização/ ampliação da atuação das distribuidoras que já detêm grande parte das operações, aumentando ainda mais a concentração do mercado hoje existente.

Acreditamos que outros dois impedimentos devem ser revistos antes que se possibilite a verticalização da cadeia: a regra de fidelidade à bandeira e a impossibilidade de venda direta do produtor ao revendedor varejista.

Analisando os últimos 20 anos do mercado, podemos concluir que antes da criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), em 1997, as normas vigentes estimulavam a concorrência, principalmente por possibilitar que qualquer distribuidora vendesse seus produtos seja para postos bandeirados ou não, além de não existir restrição para o envasamento de botijões de terceiros.

Na cartilha de 2009 elaborada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE / Ministério da Justiça (2009), com o título “Combate a cartéis na revenda de combustíveis”, já havia referido que: *“A revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o setor com o maior número de denúncias de prática de cartel (...). Com efeito, o setor é propenso à formação de cartéis em vista de características tais como produto homogêneo, barreiras regulatórias que dificultam a entrada de novos concorrentes e atuação ativa por parte de sindicatos e associações de forma a auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais de seus filiados”*.

Assim, após um trabalho de convencimento realizado pelos Sindicatos que representam as grandes distribuidoras de combustíveis e gás no Brasil, a agência reguladora criou restrições que beneficiaram apenas as grandes Companhias, enfraquecendo assim a concorrência no mercado.

Desta forma, a Refit acredita que a atuação da ANP não deva extrapolar a aspectos técnicos de fiscalização da qualidade, de segurança das instalações e do abastecimento dos estoques nacionais. Acredita que só assim teremos um mercado realmente competitivo. Acredita, ainda, deve-se primar pelo objetivo salutar de trazer mais rivalidade para o setor, buscando induzir menores preços para o consumidor final.

Entre os temas que precisam ser liberados pela ANP estão: (a) a venda direta de etanol das usinas para os postos revendedores; (b) a comercialização das refinarias diretamente para aos postos ou até mesmo para o consumidor final; (c) possibilitar que os postos possam comprar de qualquer distribuidora independente da bandeira que ele ostente; e (d) possibilitar o envasamento de botijões de terceiro, entre outras medidas.

Sobre a fidelidade à bandeira, já produz a verticalização de fato e gera uma distorção do setor, na medida em que os postos revendedores que não possuem bandeira (chamados de “postos bandeira branca”) saem ainda mais prejudicados, pois não podem fruir dos – pequenos, mas existentes – efeitos benéficos da verticalização em virtude de sua própria natureza independente.

Por outro lado, a possibilidade de comercialização direta entre produtores ou importadores para postos revendedores de combustível melhoraria a relação comercial e traria grandes benefícios, para além dos incipientes da verticalização.

Assim, para que se tenha a implementação da verticalização do setor, terá que ser garantida a efetiva concorrência no mercado de distribuição e entre os agentes verticalizados. Além disso, deve-se fiscalizar a possibilidade de as grandes distribuidoras, com *market share* mais expressivo, se utilizarem abusivamente de sua posição dominante para impedirem o acesso ou o crescimento de agentes menores.

Sem que se tenham essas garantias, a verticalização da cadeia produtiva e a permissão para que os agentes distribuidores possam deter ou fazer parte da composição societária dos revendedores varejistas pode ser prejudicial à atuação das empresas do setor.

3. Quais os benefícios e custos para o consumidor decorrentes das restrições regulatórias à venda direta para a revenda varejista e os demais agentes do mercado, tais como: a comercialização direta por produtores/importadores a revendedores/TRR e a obrigatoriedade de que TRR compre apenas de distribuidores? Se possível, indicar números para os benefícios e custos apontados.

Como destacado inicialmente, as margens de lucro das grandes empresas de distribuição de combustíveis no Brasil são abusivas. Promover mudanças que favoreçam a competitividade no setor, seria a principal forma de evitar a prática de preços abusivos e acabar com as referidas margens. Especialmente no caso dos combustíveis, a Refit acredita que o fim das travas (citadas no item 2) poderão reduzir de 10% a 15% o preço final do produto na bomba, os quais em parte, estão representados pelos custos indiretos ao produto relacionados à manutenção de estruturas de concentração nos mercados (sindicatos, associações,..), logística na cadeia (produtor>distribuidor>revendedor) que poderia ser reduzida (produtor > revendedor) e principalmente por despesas com mídia e marketing

dirigidas às consolidações de imagem e isolamento de empreendedores independentes.

O mercado observou a queda nos preços dos combustíveis nas refinarias, que não foi repassada aos consumidores, não havendo impacto positivo imediato no valor final dos produtos comercializados. Isto porque notadamente os postos revendedores aguardam pelos preços determinados pelas distribuidoras que lhes repassam os combustíveis. Assim, se as distribuidoras não diminuem o valor (apenas para ampliar a sua base de lucro no litro vendido), os postos revendedores não conseguem diminuir o preço para o consumidor final.⁵

Esse fator demonstra a real influência das distribuidoras na formação do preço final dos combustíveis, impactando de forma negativa e encarecendo o produto. Os postos revendedores, por estarem na linha de frente da comercialização dos produtos diretamente ao consumidor, sofrem a pressão externa e são, por vezes, culpados pela não diminuição do valor dos combustíveis. Com a venda direta, seria possível observar e conferir a real diminuição dos valores ao consumidor final, que também sentiria mais rapidamente o desconto (ou até mesmo o eventual aumento justificado).

A inclusão das distribuidoras na relação entre postos revendedores e produtores de combustíveis é prejudicial não só para o mercado (que resta refém das grandes distribuidoras e de seus lucros com imposição de regras anticompetitivas), mas ainda mais para consumidores, que ficam sem opção diante do preço alto dos combustíveis.

⁵ Segundo a Fecombustíveis, “Como os postos de combustíveis não podem comprar das refinarias, eles só conseguem diminuir os preços quando as companhias distribuidoras eventualmente os reduzam”, portanto, “os preços da revenda estão ligados diretamente aos preços das companhias distribuidoras, ou seja, se elas reduzirem, os postos, conseqüentemente, também repassam a redução”. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-11/fecombustiveis-explica-por-que-queda-de-preco-custa-chegar-bomba>

Ainda sobre a possibilidade de venda direta, ressaltamos que os médios e pequenos produtores são favoráveis e seriam beneficiados com a medida.⁶ A realidade do setor é que eles acabam por serem engolidos pelas grandes empresas: grandes produtores e pelas grandes distribuidoras, que dominam e impedem novas configurações de mercado.

As contribuições do CADE para o setor de combustíveis direcionam diversas recomendações. A primeira delas é a permissão que produtores de etanol combustível possam vender diretamente aos postos. Dentre as diversas justificativas apontadas pelo órgão, o aumento do preço do combustível ao consumidor final, o impedimento à livre-concorrência e a racionalidade dos fluxos logísticos são os mais importantes.⁷

Somos favoráveis à venda direta para todos os combustíveis, pois não há óbice técnico para que se tenha a abertura e se garanta a possibilidade a todos os produtores e importadores, independentemente do produto final, podendo adequar-se ao que julgarem mais benéfico para a comercialização.

Com relação à qualidade do combustível, não existem argumentos que impeçam a venda direta das refinarias para os postos revendedores. Com a ANP realizando a devida fiscalização periódica e testando a qualidade dos produtos, independentemente de sua origem, não haverá distorção do combustível até o consumidor.

A questão do transporte do combustível também não é um motivo para impedir a venda direta de refinarias para postos revendedores. O serviço de transporte terceirizado para o deslocamento

⁶ Nesse sentido, <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/venda-direta-de-etanol-para-os-postos-abre-polemica-no-setor.shtml>

⁷ As contribuições podem ser acessadas pelo seguinte link: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf

do combustível é amplamente utilizado nos dias de hoje, inclusive por grandes distribuidoras de combustíveis que não detêm a seu dispor grande frota de caminhões-tanque.

Com a ligação direta entre produtor e revendedor, eliminando-se um elo desnecessário da cadeia, os custos com transporte certamente seriam reduzidos.

A intenção é que as refinarias tenham a possibilidade de contratar caminhões-tanque independentes para a entrega de seus combustíveis. Essa opção diminuiria, inclusive, o valor do frete, que seria mais competitivo e não determinado por distribuidoras que detêm o poder de mercado e impedem a atuação de pequenas distribuidoras.

No caso do etanol, destacamos a decisão do Juiz da 10ª Vara Federal de Pernambuco, Edvaldo Batista da Silva Júnior, na demanda judicial que questiona a possibilidade de venda direta, traz aspectos importantes para reflexão do setor. Uma delas é a afirmação de que as distribuidoras, por serem intermediárias no processo, efetivamente controlam o mercado do etanol no Brasil.⁸

A venda direta do etanol hidratado entre usinas produtoras e revendedores varejistas é permitida em todos os países do mundo, com exceção do Brasil.⁹ Pode-se afirmar que no mercado internacional não há a predominância de um seleto grupo de empresas que dominam os preços, como ocorre no Brasil. Os cartéis que são formados tanto na distribuição quanto na revenda dos combustíveis dificultam a transparência nos preços e impedem uma melhora no valor para o consumidor.

⁸ Mais informações podem ser acessadas pelo seguinte link: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/liminar-autoriza-venda-direta-etanol-destilarias-aos-postos>

⁹ Reportagem sobre o tema ressalta a falta de coerência com o mercado internacional, que permite a venda direta de etanol aos postos, conforme seguinte link: <http://www.canaonline.com.br/conteudo/por-que-as-usinas-nao-podem-vender-etanol-direto-aos-postos-e-com-isso-reduzir-o-preco-do-produto.html>

É nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor veda ao fornecedor “*elevant sem justa causa o preço de produtos ou serviços*” (art. 39, inciso X, da Lei n. 8.078/1990). Com o preço mais competitivo para os postos revendedores, certamente haverá diminuição do valor final dos combustíveis ao consumidor, trazendo de maneira justa o equilíbrio em relação ao elo mais fraco da cadeia.

Assim, os argumentos demonstram de forma técnica, econômica e jurídica que não há motivos para que se mantenha a interferência das distribuidoras na relação entre produtor ou importador e postos revendedores.

A possibilidade de venda direta dos combustíveis, dos produtores aos revendedores varejistas, se respalda na argumentação de diminuição da concentração do mercado nas mãos de algumas poucas distribuidoras. Com o poder que as grandes detêm no mercado, comandam e dominam a questão logística, sem que haja verdadeira interferência no produto final. Desta forma, influenciam e oneram de maneira direta no preço final dos combustíveis.

4. Qual sua sugestão de aprimoramento regulatório para a promoção da livre concorrência no setor, a redução de custos de transação ou mitigar outros efeitos negativos sobre o preço dos combustíveis?

Como destacado no item 2, que a atuação da ANP seja focada apenas em questões relativas à fiscalização de qualidade, segurança e controle do estoque nacional, além da liberação das restrições criadas pela agência nos últimos anos. Importante que a ANP não legisle sobre as relações comerciais entre as empresas do setor e não crie limitações entre elas.

É cediço que a ANP não controla preços ou quantidades de quaisquer produtos, devendo essas atribuições legais serem exercidas por meio da proteção do processo competitivo nos mercados, considerando que a Lei do Petróleo estabelece, também, a promoção da livre concorrência entre os princípios e objetivos da política energética nacional.

As alterações regulatórias que vislumbramos passam por uma análise da Agência Reguladora das atuais barreiras que impedem investimentos. Abaixo indicamos alguns dispositivos que poderiam ser revogados para que se tenha a real abertura do mercado com condições de equilíbrio concorrencial para os *players* de todos os elos da cadeia produtiva:

- Revogar os dispositivos que impedem a possibilidade de venda direta, retirando-se os requisitos impostos para a comercialização dos combustíveis pelo fornecedor, que limitam a outro fornecedor, a distribuidor autorizado e ao mercado externo: o art. 14 da Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013¹⁰, e o art. 6º da Resolução ANP nº 43, de 22 de dezembro de 2009¹¹.

¹⁰ “Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir: I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução; II - óleo lubrificante acabado envasado ou a granel, registrado na ANP; III - aditivo para combustíveis líquidos envasado, registrado na ANP; IV - aditivo para óleo lubrificante acabado envasado, registrado na ANP; e/ou V - graxas lubrificantes envasadas, registradas na ANP.” A Resolução da ANP pode ser acessada por este link: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2013/novembro&item=ramp-41-2013>

¹¹ “Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com: I - outro fornecedor cadastrado na ANP; II - distribuidor autorizado pela ANP e adimplente com a contratação do Programa de Monitoramento da Qualidade dos Combustíveis (PMQC); III - mercado externo.” A Resolução da ANP pode ser acessada por este link: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2009/dezembro&item=ramp-43-2009>

Os dispositivos indicados impedem a venda direta da refinaria para o revendedor varejista, bem como da usina direto para o posto de combustível, obrigando a inclusão de um terceiro na relação comercial: a distribuidora, que onera o preço do produto final, por incluir em seu preço as margens de lucro e custo.

Atualmente existe uma concentração de mercado nas mãos de poucas distribuidoras, conforme explicitado nas primeiras respostas, de forma prejudicial ao comércio e aos consumidores, que pagam por preços absurdos advindos de custos desnecessários embutidos por estas distribuidoras.

A restrição imposta pela Agência faz com que estas adotem comportamento predatório, incluindo os seus custos no preço dos combustíveis de forma abusiva e desproporcional.

- Revogar os dispositivos que impõem as regras de fidelidade à bandeira, retirando-se os requisitos estabelecidos para o revendedor varejista que optou por exibir marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, indicando procedimentos que limitam a aquisição, armazenamento e comercialização somente de combustível da marca exibida: os §§2º e 4º do art. 25 da

Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013¹², e o art. 32 da Resolução ANP nº 58, de 17 de outubro de 2014¹³.

Em meio à greve dos caminhoneiros que assolou o país no ano passado, a ANP, como órgão regulador do setor do petróleo, editou o Despacho nº 671, de 24 de maio de 2018, estabelecendo modificações em suas Resoluções de maneira a manter o mercado viável para os consumidores, garantir o pleno abastecimento e inibir os preços abusivos.

Uma das medidas adotadas pela Agência foi a possibilidade de liberação da vinculação de marca para venda de distribuidoras de combustíveis líquidos. Dentre as justificativas, consta que 65% das vendas de gasolina, 66% de diesel e 56% de etanol hidratado seriam comercializados a postos bandeirados, ou seja, vinculados a marcas específicas de distribuidores.

Até 2007, era permitido que os postos de gasolina pudessem comprar de qualquer distribuidora, independentemente de ostentarem a bandeira da marca. Assim, havia a possibilidade de se vender o produto

¹² “Art. 25, § 2º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá: I - exibir a marca comercial do distribuidor, no mínimo, na testeira e no totem do posto revendedor, de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e II - adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial. (...)”

§ 4º Se o posto revendedor exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, o revendedor deverá adquirir, armazenar e comercializar somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial, exceto nos casos previstos no inciso I do art. 11.” A Resolução da ANP pode ser acessada por este link: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2013/novembro&item=ramp-41-2013>

¹³ “Art. 32. É vedada a comercialização de combustíveis líquidos com revendedor varejista que não esteja autorizado pela ANP, inadimplente com suas obrigações perante o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Combustíveis (PMQC), ou que tenha optado por exibir a marca comercial de outro distribuidor, nos termos do art. 25 da Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, ou outra que venha a substituí-la, conforme informações disponibilizadas no endereço eletrônico da ANP, exceto no caso previsto no § 1º.” A Resolução da ANP pode ser acessada por este link: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2014/outubro&item=ramp-58-2014>

que fosse mais barato, já que o valor não era ditado pela concentração de mercado, o que também propiciava mais opções de escolha ao consumidor.

Com a modificação da norma em 2007, a situação das pequenas distribuidoras que não fazem parte desse domínio de mercado se agravou frente à obrigatoriedade de compra dos combustíveis apenas da bandeira escolhida. Assim, a partir dessa modificação feita pela ANP, o posto bandeirado com uma marca não pode vender o combustível de outra, impedindo que o consumidor obtenha os resultados positivos da liberdade de escolha.

Dessa forma, os dispositivos que impõem essa restrição devem ser revistos para propiciar aos agentes do mercado e ao consumidor final maior equilíbrio concorrencial.

- Revogar os dispositivos que determinam a concentração no mercado de armazenagem de combustíveis, estabelecendo limites e procedimentos para armazenagem e distribuição de combustíveis líquidos: o art. 31 da Resolução ANP nº 58, de 17 de outubro de 2014¹⁴.

A respeito da armazenagem de combustíveis líquidos, é importante que sejam eliminados limites e restrições que privilegiam

¹⁴ “Art. 31. A capacidade de armazenagem e de distribuição de combustíveis líquidos somente poderá ser complementada pelo distribuidor em instalação: I - de armazenamento de outro distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP, por meio de cessão de espaço homologada na ANP, nos termos da Resolução ANP nº 42, de 18 de agosto de 2011, ou outra que venha a substituí-la; II - de terminal autorizado pela ANP, por meio de contrato de cessão de espaço homologado na ANP, nos termos da Resolução ANP nº 42, de 18 de agosto de 2011, ou outra que venha a substituí-la; III - de fornecedor de etanol, somente para os casos de armazenamento de etanol anidro combustível, nos termos da Resolução ANP nº 67, de 9 de dezembro de 2011, ou outra que venha a substituí-la; ou IV - de refinaria de petróleo, nos termos do art. 22 da Resolução ANP nº 16, de 10 de junho de 2010, ou outra que venha a substituí-la.

§1º No caso do inciso I, deverá ser observado, pelo distribuidor cedente da instalação de armazenamento, a manutenção da capacidade mínima total de armazenagem de 750 m³ (setecentos e cinquenta metros cúbicos), descontada a capacidade cedida, conforme disposto no inciso I do art. 11 desta Resolução, e nos termos da Resolução ANP nº 42, de 18 de agosto de 2011, ou outra que venha a substituí-la.” A Resolução da ANP pode ser acessada por este link: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resolucao-anp/2014/outubro&item=ranp-58-2014>

apenas as grandes distribuidoras e prejudicam significativamente o fluxo e a oferta de combustíveis.

Antes destas restrições impostas pelo art. 31 da Resolução ANP nº 58, de 17 de outubro de 2014, havia mais opções para o armazenamento de combustíveis, fato que possibilitava maior competição entre os *players* existentes e melhor dinâmica de infraestrutura, conseqüentemente reduzindo custos, agilizando e garantindo o fornecimento de combustíveis em mais pontos do País.

5. Em que medida o modelo de certificação e a propriedade do botijão de GLP dificulta a sua atuação no mercado, tais como: aumento de custos operacionais e de investimento; e a cobrança inicial pelo uso do botijão (recipiente)? Quais alternativas você sugere para minimizar tais dificuldades?

No caso dos botijões, a venda fracionada do produto é essencial, só assim o consumidor irá pagar apenas o que consome e não será mais obrigado a pagar pelo volume que retorna no botijão para as distribuidoras. Outro ponto importante, é a liberação do envasamento de botijões de terceiros, além de criar a obrigatoriedade de acompanhamento dos volumes comercializados para, no ano seguinte, disponibilizar ao mercado novas possibilidades.

A movimentação logística dos botijões vazios desde a Distribuidora que o recebeu do consumidor até a outra Distribuidora que tem a marca estampada no recipiente gera um custo logístico dispensável visto que o produto é o mesmo e também o próprio recipiente (botijão), restando apenas revogar a obrigação de reencaminhar e não obrigar a estampagem de marcas com nomes de Distribuidoras nos botijões, apenas

os homologando conforme já é feito com os cilindros em veículos automotores que usam GNV.

Por outro lado, defendemos que os princípios da livre-concorrência (art. 1º, IV, e art. 170, caput, da Constituição Federal) e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Carta Magna) devem ser respeitados para que o mercado, de modo geral, opere da maneira mais benéfica para os agentes da cadeia produtiva. Assim, para que se tenha segurança jurídica e equilíbrio concorrencial, acreditamos que toda e qualquer barreira regulatória que impeça novos investimentos e a promoção de um ambiente concorrencial transparente devem ser revistas visando a redução dos preços finais ao consumidor.

6. Existem alternativas comerciais ao material usado para confecção dos recipientes transportáveis de GLP, com potencial redução de custos operacionais e logísticos?

Sim, a possibilidade de a refinaria atender diretamente o consumidor final é uma forma, a utilização de aplicativos eletrônicos é outra, inclusive com abastecimento parcial dos recipientes (botijões) por veículos adequados. Porém, não haverá investimento nestas áreas enquanto as normas que protegem as grandes companhias não deixarem de existir.

Sobre esse ponto, permita-se justificar que não só a venda direta de produtor de etanol para postos revendedores, mas também de refinarias produtoras de gasolina e diesel para os postos, precisam ser revistos com a urgência que a medida requer.

Este tipo de norma regulatória – a princípio – produz ineficiências econômicas, à medida em que impede o livre comércio e dificulta a possibilidade de concorrência que poderia existir entre

produtores e distribuidor de combustível. Caberia avaliar quais seriam as justificativas para tal proibição, já que, ao impedir a comercialização direta entre *upstream* e *downstream*, indicando a necessidade de intervenção de um agente do *midstream*, a agência induz o fenômeno conhecido como “dupla margem de lucro”: o que gera ineficiências alocativas, além de aumentar o preço do combustível ao consumidor final.

Diga-se, contudo, que tal medida, pode impedir fluxos logísticos desnecessários, encurtando distâncias entre produtores e consumidores, diminuindo, assim, custos de transporte, o que possui impacto direto no preço do produto.

7. Quais medidas poderiam ser adotadas para combater as revendas clandestinas de GLP?

Maior foco da fiscalização da ANP neste ponto e a realização de convênios com as Polícias Militar e Civil e com o Instituto de Pesos e Medidas (IPEM) dos Estados.

8. Outras alternativas de comercialização de GLP poderiam beneficiar o consumidor, tais como: a comercialização em menores quantidades, a não exclusividade de marca e a não cobrança inicial pelo botijão (recipiente)?

Possibilitar a venda direta da refinaria para o consumidor final, a utilização de aplicativos eletrônicos que permitissem o consumidor final acessar diretamente o produtor, conforme já tratado no Questionamento 6.

As atuais regras que impedem que a refinaria comercialize diretamente com o consumidor, impondo a necessidade de que se tenha a presença da distribuidora (e, por vezes, apesar da permissão da ANP, dos pontos de revenda) intermediando a relação, devem ser revistas. A

possibilidade de que a refinaria atenda diretamente ao consumidor, sem que o produto tenha que passar por uma distribuidora, deve ser considerada como importante medida para redução dos custos e valor final do botijão de GLP.

Assim como na cadeia de combustíveis, a redução do preço do produto nas refinarias nem sempre é sentida imediatamente pelo consumidor final, visto que o repasse dos novos valores depende da estratégia das distribuidoras e revendedoras.¹⁵

A composição de preços do GLP, de acordo com indicativos da Petrobras, demonstra que 43% do valor do produto refere-se à distribuição e revenda.¹⁶ Assim sendo, amplia-se a importância de revisão dessa norma, pois a redução do preço final seria sentida imediatamente pelo consumidor final, questão também defendida pela empresa em seu levantamento: “Ao entender que a cadeia de formação do preço final do botijão de GLP é formado por várias parcelas, fica fácil perceber que qualquer alteração, em pelo menos uma delas, terá reflexos, para mais ou para menos, nos preços para o consumidor final”¹⁷.

Recentemente, a ANP aprovou a possibilidade de que o distribuidor possa vender o produto diretamente para o consumidor final. Na oportunidade de deliberação, o Diretor-Geral da ANP defendeu a

¹⁵ Nesse sentido, recente reportagem sobre a redução do valor do preço indica que: “Os valores anunciados pela Petrobras representam o custo sem adição de impostos para venda do botijão às distribuidoras. O repasse dos preços ao consumidor final depende das estratégias das distribuidoras e revendedoras.”. A reportagem pode ser acessada pelo seguinte link: <https://veja.abril.com.br/economia/petrobras-reduz-preco-do-gas-residencial-e-empresarial-nas-refinarias/>

¹⁶ Em levantamento da Petrobras de 21/07/2019 a 27/07/2019, foi indicado que a composição de preços do GLP ao consumidor compreende: 43% referente a margens de distribuição e revenda; 16% de ICMS; 3% de PIS/PASEP e COFINS; e 38% de realização da Petrobras. Essa informação pode ser acessada pelo seguinte link: <http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gas-liquefeito-de-petroleo-glp/>

¹⁷ Refere-se ao mesmo levantamento: <http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gas-liquefeito-de-petroleo-glp/>

medida e afirmou que “a regulação não deve criar reservas de mercado que criam ineficiência”¹⁸.

Isto posto, visto que as refinarias possuem capacidade – tanto de segurança operacional quanto de manutenção da qualidade do produto – de produzir o botijão de GLP para comercializar diretamente com o consumidor final, eliminando-se dois agentes da cadeia que encarecem o produto, é interessante que a regra seja revista para abarcar também essa possibilidade.

9. O acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos) dificulta sua atuação no mercado? Houve alguma negativa de acesso? Por quê? Caso nunca tenha tentado obter acesso, quais os motivos?

Como no caso da distribuição de combustíveis de aviação, é notório que a Petrobras escolhe quem pode ou não se interligar ao seu sistema. O Brasil tem um dos maiores preços de combustíveis de aviação do mundo, sendo que 95% deste mercado está na mão de três empresas. Desta forma, a Petrobras não poderia limitar o acesso ao seu sistema de fornecimento.

A utilização de Dutos e Terminais deve obedecer aos critérios de mercado, sendo disponíveis para acessos por meio de leilões regulares as frações disponíveis ou ociosas, prevalecendo a maior ocupação do modal ou armazenagem. Esta ação tem relação direta com uma das premissas da Agência reguladora que é de garantir abastecimento.

Os procedimentos para obtenção de autorização para operar ativos de infraestrutura precisam ser mais céleres para que não se tenha

¹⁸ A permissão para que a distribuidora possa vender o botijão de gás diretamente ao consumidor final foi aprovada na reunião de diretoria geral de 18/07/2019. A fala do Diretor-Geral pode ser acessada pelo seguinte link: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/07/18/anp-libera-venda-direta-ao-consumidor-de-botijao-de-gas-de-13-kg.ghtml>

uma trava no fluxo de movimentação de combustíveis. A burocracia imposta para as estruturas funcionarem, por vezes, impede que se tenha uma maior agilidade nas operações.

Compreendemos as normas de segurança e as defendemos, na mesma linha em que acreditamos que alguns processos poderiam ser revistos para que o acesso, principalmente aos dutos, possa ser realizado de maneira menos burocrática ao agente. As inconstâncias administrativas geram inseguranças jurídicas, impedindo investimentos nesse setor.

A Refit é a maior importadora privada de petróleo do Brasil. Assim, investimentos em ativos de terminais aquaviários, bases e dutos são analisados constantemente pela empresa como forma de garantir o pleno abastecimento de seus mercados e beneficiar o consumidor final com preços menores e justos.

Porém, observamos que, por vezes, a estabilidade na relação entre fornecedor-consumidor (em qualquer das relações contratuais da cadeia produtiva) não é assegurada. Deste modo, todas as medidas que possam ser tomadas com vistas a garantir o respeito aos contratos e observância do elo mais fraco da cadeia devem ser tomadas para o melhor desenvolvimento das operações.

Na mesma linha, defendemos que se tenha um maior equilíbrio concorrencial para operação dos players do setor. Neste ponto, ressaltamos a incoerência hoje existente ao se garantir que os terminais aquaviários para movimentação de petróleo e seus derivados possam ser concedidos a poucos agentes que detêm grande poder de mercado e alimentam a concentração existente.¹⁹

¹⁹ Ressaltamos o consórcio formado pelas distribuidoras Raízen, Ipiranga e BR Distribuidora que arrematou quatro terminais portuários ofertados em março de 2019. O link para acesso à reportagem com maiores informações é o seguinte: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/raizen-hipiranga-e-br-vencem-leilao-de-4-terminais-portuarios-em-vitoria-e-na-paraiba.shtml>

Além disso, por vezes, a dificuldade enfrentada não é apenas para o acesso aos ativos de infraestrutura, mas o poder de mercado de algumas empresas que atuam de maneira predatória.

Entidade representativa do setor de importação constatou que a Petrobras atua modificando seus preços de acordo com a localidade de seus mercados: onde a empresa detém suas maiores refinarias, os preços são elevados; por outro lado, em locais onde há portos e concorrência de produtos importados, o preço é bem menor.²⁰

É nesse cenário que indicamos que medidas devem ser tomadas para evitar que a competição dos mercados seja prejudicada, tendo em vista os princípios da livre concorrência (art. 1º, IV, e art. 170, caput, da Constituição Federal) e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Carta Magna).

10. Quais os ativos de infraestrutura precisam ter acesso aprimorado para importação e movimentação de combustíveis? Quais novas áreas precisam ser desenvolvidas? Quais sua sugestão para aprimoramento regulatório do acesso à infraestrutura?

Inicialmente o próprio acesso de novos *players* ao sistema Petrobras deve ser mudado. A Petrobras não pode criar travas de acesso ao seu sistema, este é o maior grau de limitação existente no mercado hoje. No caso de dutos e terminais, em especial os que são concessão pública, o Governo deveria determinar que os mesmos operassem sobre a modalidade leilão, como ocorre no mercado americano, onde mensalmente

²⁰ Recente reportagem veiculou informações sobre a manipulação do mercado, no seguinte link: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/08/importadoras-acusam-petrobras-de-cobrar-preco-predatorio-onde-ha-concorrenca.html>

as empresas fazem lances para poder utilizar o sistema. Desta forma, a empresa que der o maior lance tem o direito de utilizar o duto.

A Refit apoia maior liberalidade para concessão ao lançamento de Dutos pelo país, com facilidades ao uso do subsolo e negociação de desapropriações, além de regulação ambiental simplificada. Esta ação também permitirá maior interiorização da economia com diversos reflexos positivos nos médios e longos prazos.

Apenas a título de registro, vale lembrar que hoje em dia a Argentina e USA têm respectivamente 4 (quatro) e 50 (cinquenta) vezes maior expansão de Dutos que o Brasil.

11. Deve haver pleno acesso a ativos de infraestrutura (terminais, bases e dutos)? Quais os possíveis entraves para efetivar esse acesso? Quais as possíveis consequências oriundas do pleno acesso?

O pleno acesso é elemento essencial para uma verdadeira concorrência no mercado, o modelo americano sem sombra de dúvidas é o que mais gera concorrência, toda a utilização é baseada em leilões mensais, quem paga mais utiliza. O mesmo modelo deveria ser utilizado no Brasil, havendo leilões eletrônicos transparentes, afastaremos a discricionariedade de escolha que existe hoje no mercado.

Acreditamos que a venda dos ativos da Petrobras poderá garantir ao mercado uma maior competição entre os agentes. É importante que as refinarias sejam alienadas em conjunto com os seus respectivos ativos logísticos (dutos e terminais). A transferência de titularidade de forma integrada garantirá, certamente, um maior número de investidores interessados, além de propiciar que os novos agentes detenham todos os ativos necessários para operação.

12. Comente outros pontos que julgar pertinentes sobre possibilidades de aprimoramentos regulatórios no setor de abastecimento de combustíveis. Solicita-se ainda encaminhar estudos nacionais e internacionais ou outras referências bibliográficas para subsidiar o presente trabalho.

É muito importante que a política de petróleo brasileiro se preocupe com a exportação de petróleo *in natura*. Os países que sofreram a crise conhecida como maldição de petróleo foram os que possibilitaram que a exportação do produto nesta forma.

Seria essencial a criação de cotas gradativas para os próximos 30 anos, onde as empresas que exploram e exportam petróleo tivessem uma meta de exportação de derivados acabados, ou seja, forçar o investimento no mercado produtor nacional.

O Brasil precisa agregar valor ao petróleo que é explorado, não pode apenas deixar que o produto seja prospectado no Brasil e processado em uma refinaria em outro país. É necessário agregar valor a esse mineral, que pode mudar as perspectivas econômicas do país.

Mais uma vez, o modelo americano é um grande exemplo. Durante anos a exportação de petróleo *in natura* foi considerada crime, o que pressionou a instalação de indústrias em território americano, obrigando o processamento do produto em uma companhia americana antes de sua exportação. Tal medida agregou valor ao produto e, sem sobra de dúvidas, foi o motor para o desenvolvimento da indústria de petróleo no país.

Reforçamos o acima disposto para revisão das normas relativas à fidelidade à bandeira e venda direta de todos os combustíveis, sem prejuízo de outras que venham a se apresentar como empecilhos para a atuação dos agentes e concorrência do mercado.

Complementando a explanação anterior, anexamos a este questionário os seguintes documentos:

- Manifestação da Refit na Tomada Pública de Contribuições (“TPC”) nº 2/2018 da ANP, sobre a venda direta de etanol – Anexo I;
- Manifestação da Refit na TPC nº 3/2018, sobre a verticalização da cadeia de combustíveis – Anexo II;
- Parecer jurídico apresentado à ANP no âmbito da TPC nº 3/2018 – Anexo III;
- Manifestação da Refit na TPC nº 4/2018, sobre fidelidade à bandeira – Anexo IV; e
- Parecer jurídico apresentado à ANP no âmbito da TPC nº 4/2018 – Anexo V.

Assim, na expectativa de ter trazido elementos relevantes para a contribuição de novas diretrizes para a promoção da livre concorrência, a REFIT se coloca à disposição para quaisquer outras considerações.

Atenciosamente,

REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S/A

Jorge Luiz Cruz Monteiro

- Presidente -



anp
Agência Nacional
do Petróleo,
Gás Natural e Biocombustíveis

**Tomada Pública
Contribuição**

Empresa/Entidade	Nome	Email	Telefone
Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A	Jorge Luiz Cruz Monteiro	jorge.monteiro@refit.com.br	21 3613-5530

|

|

|

|

|

|

|

|

|

|



|

|

|

|

|

Instruções para envio do formulário:

Após o preenchimento deste formulário, remeta-o à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) até o dia 06 de setembro de 2018 pelo e-mail regulacao_sab@anp.gov.br

Política de Preços (TPC)

Sugestão

A possibilidade de abertura do mercado para a comercialização de etanol combustível pelas usinas produtoras aos postos revendedores varejistas é interessante para o setor e trará benefícios a curto e longo prazo, principalmente ao valor agregado do produto.

Os dois elos principais da cadeia – usinas e revendedores - sairiam vitoriosos com essa medida, visto que deficiências hoje existentes no sistema seriam sanadas e outros pontos seriam adequados para beneficiar o mercado e os consumidores.

É sabido que os médios e pequenos produtores são favoráveis à medida e seriam beneficiados com a venda direta.[1] Apesar disso, eles são engolidos pelas grandes empresas: grandes produtores, pelas distribuidoras e pelos grandes revendedores que dominam o mercado e impedem que novas normas possam ser adotadas.

É conhecido, também, o poder das distribuidoras no mercado, que comandam e dominam a questão logística sem que haja verdadeira necessidade de interferência nas relações, além de influenciar no preço do etanol.[2]

As usinas produtoras sofrem com a política de preços da Petrobras desde quando esta foi instituída, pois diminuiu a demanda pelo etanol.[3] Com a possível abertura do mercado com a venda direta do produto, as usinas ampliarão a sua carteira de clientes, diminuindo a dependência a grupos econômicos – ampliando a sua margem de lucro[4] e, inclusive, diminuindo o valor final para os consumidores.

As usinas já sofrem com as questões que envolvem a safra e entressafra, sobrevivendo, na entressafra, aquelas que possuem maior capital de investimento e que pode armazenar maior quantidade em seus estoques. Com uma política comercial mais equilibrada, a indústria pode ter melhor planejamento e lidar melhor com dificuldades nesses períodos sazonais.

Algumas distribuidoras chegam a contratar serviço de transporte terceirizado para realizar o deslocamento do combustível. Assim, as usinas que não tiverem a sua própria infraestrutura para o carregamento do etanol podem, em primeiro momento, contratar o mesmo serviço terceirizado que as distribuidoras utilizam, certamente por um preço mais competitivo.

Com a ora cogitada comercialização direta entre usina produtora e revendedor varejista, espera-se como consequência direta almejada pelo setor a abertura do mercado e diminuição dos preços finais para o consumidor. A logística da distribuição aumenta o preço final do etanol, desnecessariamente.

Segundo o Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial da Escola Superior de Agricultura, “em São Paulo, que concentra a maior parte das unidades sucroalcooleiras do país, a redução [do valor] pode ultrapassar 30%, levando-se em consideração apenas os custos de transporte rodoviário”[5].

O livre mercado, defendido constitucionalmente por meio dos princípios da livre-concorrência (art. 1º, IV, e art. 170, caput, da Constituição Federal) e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Carta Magna), é um dos pilares do Estado para garantia de preço justo e regulação.

Nos ditames infraconstitucionais, a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) também visa a garantir a promoção da livre concorrência no setor (art. 1º, IX, da referida lei), bem como o incentivo à participação de biocombustíveis (art. 1º, XII). A inserção do etanol no mercado brasileiro é, portanto, uma das políticas governamentais buscadas até hoje e o seu órgão regulador deve fiscalizar para que isso aconteça com o maior alance e da melhor forma possível, encimando, se necessário, as normativas regulatórias que impedem o aproveitamento desse combustível.[6]

Transporte de etanol

Custos com coleta e distribuição e de coleta com vendas diretas



Cidades	Consumo de etanol hidratado (% no total do Estado)	Custo de transp. de coleta e distrib. (R\$/m³)	Custo de transporte com comercialização direta (R\$/m³)	Economia gerada (R\$/m³)	Economia gerada (%)
Araçatuba	2,2	191,17	63,42	166,17	66,8
Araraquara	3,1	103,10	86,26	78,10	16,3
Assis	1,8	162,12	58,09	137,12	64,2
Bauru	4,9	113,77	60,03	88,77	47,2
Campanas	11,8	77,11	62,43	52,11	19,0
Itapetininga	1,8	84,14	58,77	59,14	30,2
Marília	1,4	165,07	61,81	140,07	62,6
Paulista	5,0	74,33	40,68	49,33	45,3
Presidente Prudente	2,9	202,28	37,37	177,28	81,5
Ribeirão Preto	8,6	126,40	42,25	101,40	66,6
São José do Rio Preto	6,2	144,89	57,74	119,89	60,1

inadas regiões, onerando o seu preço, já que o combustível tem que realizar percurso desnecessário, principalmente aos eio torna-se ainda mais dispensável nessas regiões om grande produção de etanol, ampliando-se a logística antieconômica

Fonte: EsalqLog. Disponível em: <https://www.valor.com.br/agro/5566955/venda-de-etanol-de-usinas-aos-postos-diminuiria-os-custos-mas-geraria-riscos>

Com a ligação direta entre produtor e revendedor, eliminando-se um elo desnecessário da cadeia, os custos com transporte certamente seriam reduzidos.

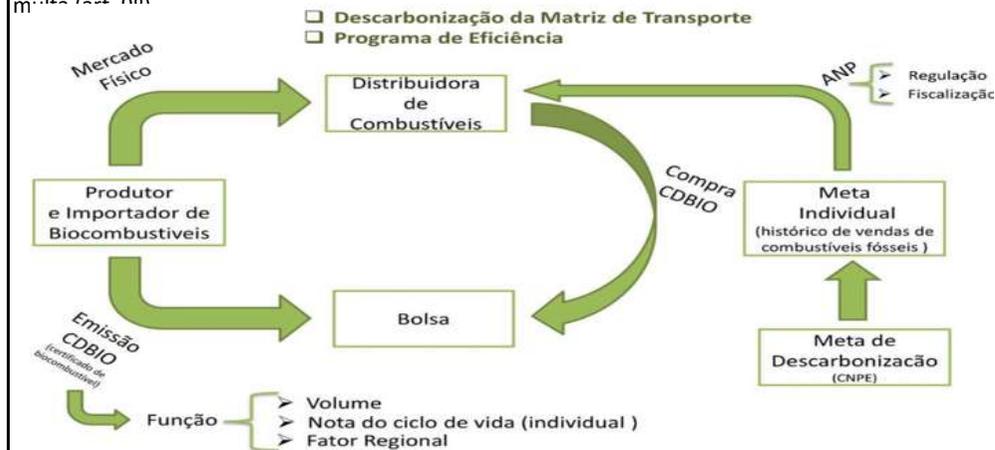
O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) vem alertando a concentração presente no setor de óleo e gás, especialmente no mercado de distribuição de combustíveis com a configuração de um oligopólio onde as quatro maiores empresas detêm mais de 90% do mercado. [9]

As contribuições do órgão para o setor de combustíveis contam com diversas recomendações. A primeira delas é a permissão que produtores de etanol combustível possam vender diretamente aos postos.

Dentre as diversas justificativas apontadas pelo órgão, o aumento do preço do combustível ao consumidor final, o impedimento à livre-concorrência e a racionalidade dos fluxos logísticos são os mais

A Política Nacional de Biocombustíveis (“RenovaBio”) – Lei nº 13.576/2017 –, desenvolvida como forma de cumprimento ao Acordo de Paris e incentivo ao uso de biocombustíveis, cria a metodologia dos Créditos de Descarbonização (“CBIOs”). Estes serão emitidos pelos produtores e importadores de biocombustíveis como título financeiro na Bolsa de Valores e, mais à frente, serão comprados pelas distribuidoras como forma de “compensação”.

O RenovaBio estabelece as distribuidoras de combustíveis como partes obrigatórias na relação, já que elas serão as primeiras a comprar o biocombustível e o Crédito de Descarbonização (“CBIO”) para cumprimento das metas individuais estabelecidas (art. 7º). Mesmo sendo parte obrigada, a distribuidora poderia optar por não comprar o CBIO, submetendo-se às penalidades estabelecidas na legislação – multa (art. 8º).



Fonte: MME, disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/renovabio/instrumentos>

Neste cenário, todos os agentes podem participar da compra do CBIO, sendo as distribuidoras as únicas obrigadas por cumprimento de suas metas individuais. Por outro lado, não há impedimento para que os postos revendedores, por exemplo, trabalhem como compradores voluntários dos créditos.

Nos dados de identificação do CBIO, deverão constar, dentre outros elementos, informações a respeito da empresa que realizou a compra e venda do biocombustível (art. 14, IV), servindo de lastro para o documento.

Isto demonstra, portanto, que os postos podem participar do programa de maneira voluntária, sendo detentores do CBIO, substituindo a obrigatoriedade imposta às distribuidoras apenas por elas serem as

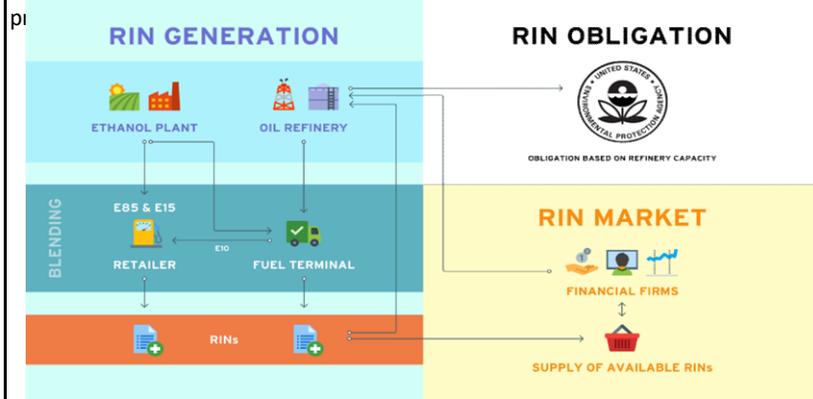
(continuação)

A título de comparação com o mercado norte-americano, nos Estados Unidos a parte obrigada do Renewable Fuel Standard (“RFS”) é quem faz a mistura do biocombustível com o combustível fóssil, os chamados “blenders”, que podem ser as refinarias ou os importadores. Cabe lembrar que existem 135 refinarias nos Estados Unidos, segundo a Energy Information Agency (“EIA”)[13]. Houve uma tentativa de mudar a parte obrigada para outros atores, incluindo distribuidores, porém tal petição não foi acatada pela Environmental Protection Agency (“EPA”).

A venda direta de etanol das usinas para os postos é comum nos Estados Unidos e tem aumentado, principalmente sob o argumento de beneficiar os consumidores[14]. A intenção é que o consumidor tenha acesso a misturas mais altas de etanol (E15, E30, E85) nos postos revendedores.

Comprovadamente, não haverá impacto direto no RenovaBio com a abertura do mercado para a venda direta do etanol das usinas aos postos revendedores. O programa poderá, facilmente, se adequar e

pi



3. Não haverá impacto na qualidade do etanol hidratado vendido

Os critérios de qualidade do etanol hidratado, estabelecidos pela ANP, seriam mantidos com a abertura do mercado para a venda direta. O equipamento medidor e os testes de qualidade utilizados seriam os mesmos para comprovação da qualidade do etanol que sai direto da usina.

A fiscalização direta na usina é defendida pelas próprias distribuidoras em recente caso de adulteração do etanol comercializado no Rio de Janeiro. Em 2016, a equipe de monitoramento da qualidade dos combustíveis da ANP detectou a utilização de metanol no etanol hidratado comercializado em postos bandeirados revendedores das grandes distribuidoras. Em suas defesas, as distribuidoras alegaram que o problema havia sido da usina e que a responsabilidade, portanto, deveria recair na origem do produto, contrariando a argumentação de que seria necessária fiscalização direta na distribuidora para verificação da qualidade do combustível. A garantia da qualidade deve ser dada, portanto, pela usina produtora, devendo esta ser fiscalizada.[15]

Na decisão do magistrado Edvaldo Batista da Silva Júnior no processo judicial sobre a venda direta do etanol aos revendedores ressalta a não interferência na qualidade do combustível, caso as distribuidoras sejam excluídas desse processo. O etanol continuaria sofrendo o mesmo controle rigoroso, aplicado nas unidades produtoras.[16]

Essa fiscalização da qualidade pode ser feita, facilmente, nos postos, por meio do uso de densímetro, como já foi explicitado por organizações setoriais e como é utilizado nos dias de hoje.[17]

Por outro lado, há de se ressaltar que o próprio “passeio do etanol” também pode acarretar na perda de qualidade do produto, já que nesse trajeto ele corre o risco de ser adulterado.[18]

4. Questões fiscais e tributárias envolvidas

Como todos os pontos acima ressaltados, a abertura do mercado por meio da venda direta do etanol hidratado, excluindo-se da cadeia produtiva a necessidade de intermediação por uma distribuidora, poderá causar impactos – benéficos – para o sistema tributário do setor.

Apesar de haver argumentos contrários, visto que a incidência de PIS/Cofins e ICMS se dá diretamente sobre as distribuidoras, o sistema poderia ser facilmente adequado para que a cobrança seja feita pela usina produtora, ou seja, pelo segmento que optar por enviar o combustível ao posto. A fiscalização tributária recairia, portanto, diretamente às usinas, sem que haja possibilidade de sonegação fiscal.[19]

A Fecombustíveis posicionou-se favorável à mudança em normativas fiscais para concentração da cobrança do PIS e Cofins da cadeia produtiva de álcool nas usinas produtoras, sob a argumentação de que essa medida poderia reduzir a sonegação fiscal.[20]

A adequação do setor a este aspecto será necessária, mas não é impeditivo para que ocorra. Em julho de 2017, foi publicada pela ANP resolução proibindo a venda de etanol entre distribuidoras, como forma de coibir sonegação de ICMS.[21] A partir do momento da proibição, o setor se organizou de tal forma que, nos dias de hoje, o impacto positivo é sentido.

5. Experiência internacional

A venda direta do etanol hidratado entre usinas produtoras e revendedores varejistas é permitida em todos os países do mundo, com exceção do Brasil.[22]

Estados Unidos e países da União Europeia podem ser tomados como exemplos de estudo para a adoção de medidas competitivas para o mercado de combustíveis.

Pode-se afirmar que no mercado internacional não há a predominância de um seleto grupo de empresas que dominam os preços, como ocorre no Brasil. Os cartéis que são formados tanto na distribuição quanto na revenda dos combustíveis dificultam a transparência nos preços dos produtos e impedem uma melhora no valor para o consumidor.

Em um comparativo, apresentamos abaixo tabela das empresas do mercado de combustíveis dos Estados Unidos e suas respectivas parcelas de mercado:

Tabela 1 – Classificação das Companhias de Combustíveis nos Estados Unidos segundo sua participação de mercado, 2018.

Classificação | Empresa | Número de postos | Market share

1. Shell | 13,727 | 13.04%
2. Exxon | 5,800 | 6.11%
3. Chevron | 6,075 | 5.89%
4. Speedway | 2,664 | 5.52%
5. BP | 6,653 | 5.50%
6. Circle K | 3,839 | 5.24%
7. Mobil | 4,332 | 4.64%
8. Sunoco | 4,879 | 3.91%
9. Valero | 4,889 | 3.76%
10. QuikTrip | 733 | 3.18%

Fonte: Oil Price Information Service (OPIS) apud CSP Daily. Disponível em: <http://www.cspdailynews.com/fuels-news-prices-analysis/fuels-news/articles/fuels-50-top-10-market-share>

Nos Estados Unidos, os postos de gasolina possuem completa autonomia para escolher quais combustíveis podem oferecer. Esse é um dos motivos da resistência enfrentada pela distribuição de etanol, já que

- [1] <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/venda-direta-de-etanol-para-os-postos-abre-polemica-no-setor.shtml>
- [2] <http://agorarn.com.br/cidades/presidente-do-sindipostos-rn-apoia-venda-direta-de-etanol-para-postos/> e <http://www.jornaldebrasil.com.br/economia/monopolio-da-petrobras-encarece-o-preco-alcool-diz-cade/>
- [3] <https://www.novacana.com/n/etanol/mercado/gasolina/politica-precos-petrobras-interessa-brasil-anp-140618/> e <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44217446>
- [4] <https://extra.globo.com/noticias/economia/itau-bba-diz-que-18-usinas-de-cana-no-brasil-tem-dificuldade-em-manter-operacoes-23037231.html>
- [5] <http://www.energia.sp.gov.br/2018/06/venda-de-etanol-de-usinas-aos-postos-diminuiria-os-custos-mas-geraria-riscos/>
- [6] <https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/direito-agronegocio-quem-interessa-venda-direta-etanol-destilarias-aos-postos>
- [7] <https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/biocombustivel/215023-sem-margem-da-distribuidora-etanol-poderia-ficar-ate-15-mais-barato-na-bomba.html#.W46bvuhKiUk>
- [8] <http://www.energia.sp.gov.br/2018/06/venda-de-etanol-de-usinas-aos-postos-diminuiria-os-custos-mas-geraria-riscos/>
- [9] <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2018/23-05-2018-aumento-do-preco-dos-combustiveis/CADE.pdf>
- [10] http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf
- [11] <https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/liminar-autoriza-venda-direta-etanol-destilarias-aos-postos>
- [12] <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/07/31/cartel-de-combustiveis-em-brasil-faturou-r-800-milhoes-aponta-mp.ghtml>
- [13] https://www.eia.gov/dnav/pet/pet_pnp_cap1_dcu_nus_a.htm
- [14] <http://www.ethanolproducer.com/articles/12522/ethanol-producers-tackle-blend-wall-with-direct-sales>
- [15] <https://oglobo.globo.com/economia/petroleo-e-energia/anp-encontra-metanol-em-alcool-hidratado-para-veiculos-20467071>, <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,postos-sao-interditados-por-venda-de-combustivel-com-metanol,10000088428> e <http://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2016/11/usina-em-campos-e-interditada-por-suspeita-de-vender-etanol-adulterado.html>
- [16] <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-venda-de-etanol-diretamente-aos-postos-de-combustivel,70002370646>
- [17] <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/venda-direta-de-etanol-para-os-postos-abre-polemica-no-setor.shtml>
- [18] <http://www.canaonline.com.br/conteudo/por-que-as-usinas-nao-podem-vender-etanol-direto-aos-postos-e-com-isso-reduzir-o-preco-do-produto.html%23.WvPqrlgvxPY#.W42w5ehKiU>

v.br. A apresentação das informações de identificação contidas nesse formulário é obrigatória.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR SUPERINTENDENTE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA,
ESTUDOS E REGULAÇÃO ECONÔMICA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO,
GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - SR. BRUNO CONDE CASELLI**

Tomada Pública de Contribuições n. 3/2018 - Coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis

Refinaria de Petróleos de Manginhos S.A. ("Refit"), inscrita no CNPJ/MF sob o n. 33.412.081/0001-96, com sede na Avenida Brasil, n. 3.141, Benfica, Rio de Janeiro/RJ, CEP n. 20930-041, vem, perante Vossa Senhoria, apresentar sua manifestação frente à Tomada Pública de Contribuições n. 3/2018.

1. Considerações iniciais

Dentro do contexto de atualização normativa da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP"), buscando a ampliação da concorrência no setor de óleo e gás, a Refit primeiramente congratula as iniciativas que estão sendo apresentadas por esta Agência. A discussão em torno da Tomada Pública de Contribuições n. 3/2018 ("TPC"), a qual trata da verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis, oferece ao setor a oportunidade de se equilibrar o mercado e atrair investimentos.

Aproveitamos, também, para saudar o trabalho conjunto que vem sendo executado pela ANP e o Conselho Administrativo de Defesa



Econômica ("CADE"), com vistas a proteger os interesses de consumidores e apontar eventuais distorções normativas prejudiciais ao desenvolvimento das atividades econômicas. Essa iniciativa cria um ambiente fértil para que o setor trabalhe em conjunto com os órgãos governamentais, propiciando atualização e avanço de questões legais importantes para o mercado.

Os pontos levantados por esta TPC são de grande valia para o setor. Dentre todos estes, a Refit gostaria de apresentar abaixo argumentos relacionados à possibilidade de comercialização direta entre produtores ou importadores para postos revendedores de combustíveis. Por entendermos tratar-se de fator crucial para o desenvolvimento do mercado e abertura para novos agentes, a Refit reforça seu compromisso de fornecer combustível de qualidade a preço justo ao consumidor.

2. Fator concorrencial e diminuição dos preços para o consumidor

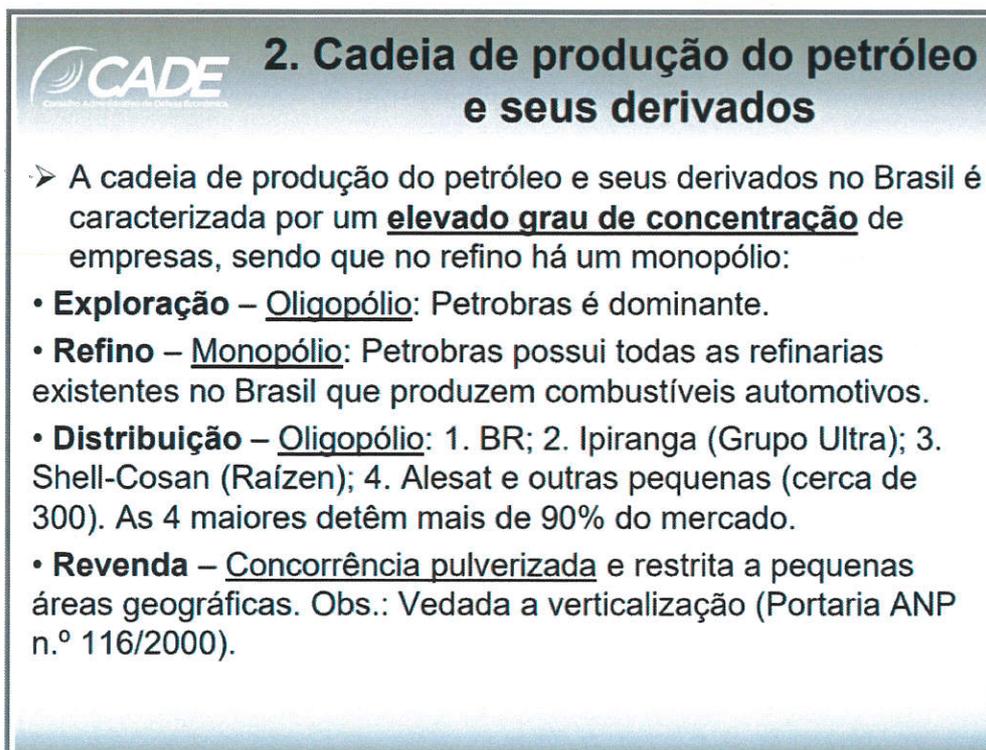
As medidas defendidas pela Refit nessa TPC vão ao encontro da livre concorrência necessária para que o mercado funcione de maneira satisfatória, de modo que os benefícios sejam sentidos pelo consumidor, tanto em termos de qualidade dos produtos quanto em diminuição do valor final do combustível.

Reforça-se que os princípios constitucionais de livre concorrência e defesa do consumidor (art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XXXII; e art. 170, caput e inciso V) devem ser defendidos como forma de garantirem os direitos dos cidadãos e os preços justos.



Como se sabe, a cadeia de produção do petróleo e seus derivados é conhecida pelo seu elevado e nocivo grau de concentração, a começar pela exploração do produto - na qual a Petrobras tem papel dominante -, passando para o refino - onde existe um monopólio da mesma empresa - e a distribuição - ponto em que as quatro maiores empresas detêm mais de 90% do mercado -, deixando apenas para a revenda varejista a possibilidade de pequena concorrência. Até nesta etapa da cadeia existem impedimentos para a liberdade de mercado, pois as regras de fidelidade à marca ostentada impedem que a competitividade seja efetiva.

É isto que ilustra o quadro abaixo oriundo do próprio CADE:



 **2. Cadeia de produção do petróleo e seus derivados**

➤ A cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um **elevado grau de concentração** de empresas, sendo que no refino há um monopólio:

- **Exploração – Oligopólio:** Petrobras é dominante.
- **Refino – Monopólio:** Petrobras possui todas as refinarias existentes no Brasil que produzem combustíveis automotivos.
- **Distribuição – Oligopólio:** 1. BR; 2. Ipiranga (Grupo Ultra); 3. Shell-Cosan (Raízen); 4. Alesat e outras pequenas (cerca de 300). As 4 maiores detêm mais de 90% do mercado.
- **Revenda – Concorrência pulverizada** e restrita a pequenas áreas geográficas. Obs.: Vedada a verticalização (Portaria ANP n.º 116/2000).

Imagem 1 - Cadeia de produção do petróleo e seus derivados. Fonte: Apresentação do Sr. Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, Coordenador-Geral de



Análise Antitruste do CADE, em 23 de maio de 2018 em audiência pública sobre o aumento do preço dos combustíveis na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2018/23-05-2018-aumento-do-preco-dos-combustiveis/CADE.pdf>

Assim, observamos que a realidade do setor é diversa daquela imaginada na ocasião da edição da Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/1997), que tinha o condão de liberar o mercado de combustíveis. Portanto, como responsável pela fiscalização das atividades da indústria do petróleo, cabe a esta Agência retomar a liberdade do mercado e garantir que o abastecimento de combustíveis não seja um causador de retenções e desequilíbrios concorrenciais.

2.1. Oligopólio das grandes distribuidoras

Em recente relatório divulgado pela Agência, o “Boletim Abastecimento em Números”¹ demonstrou a grande reserva de mercado existente para as três maiores distribuidoras de combustíveis. Juntas, BR, Raízen e Ipiranga somaram, no primeiro semestre de 2018, 63,73% do mercado de distribuição de Gasolina C (Imagem 2), 73,28% da distribuição total de Óleo Diesel (Imagem 3) e 54,99% em Etanol Hidratado (Imagem 4).

¹ Divulgado em 17/10/2018, o Boletim Abastecimento em Números n. 59 pode ser acessado pelo seguinte link: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2394-boletim-abastecimento-em-numeros>



MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▼	24,14%
RAIZEN ▼	20,25%
IPIRANGA ▼	19,34%
ALESAT ▲	5,00%
TDC ▼	2,21%
CIAPETRO ▲	1,71%
RODOIL ▲	1,59%
POTENCIAL ▼	1,08%
FERA ▲	1,08%
SP ▲	1,06%
OUTRAS ▲	22,55%

Imagem 2 - Quadro de Gasolina Automotiva. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▲	31,10%
IPIRANGA ▲	21,13%
RAIZEN ▼	21,05%
ALESAT ▼	3,01%
CIAPETRO ▼	1,86%
ATEM'S ▼	1,59%
TDC ▼	1,17%
ROYAL FIC ▼	0,99%
RODOIL ▼	0,91%
POTENCIAL ▼	0,80%
OUTRAS ▼	16,38%



Imagem 3 - Quadro de Óleo Diesel. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
RAIZEN ▲	20,19%
BR ▼	17,66%
IPIRANGA ▲	17,14%
DIAMANTE ▼	7,10%
PETROBALL ▲	2,87%
PETROZARA ▼	2,63%
GRAN PETRO ▼	2,62%
MONTE CABRAL ▲	2,35%
ALESAT ▼	2,05%
ALPES ▼	2,00%
OUTRAS ▼	23,38%

Imagem 4 - Quadro de Etanol. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

A presença das três maiores empresas no *market share* do setor de distribuição de combustíveis é tão grande que ultrapassa 50% das vendas dos produtos, o que torna o poder dessas empresas preocupante para o mercado e investimentos, em termos de dependência econômica e de abastecimento.

Sendo assim, vemos que devem ser revogadas por esta Agência as regras que travam o mercado e impedem o livre comércio, a fim de garantir também a qualidade final do produto aos consumidores.



Abaixo apontamos questões para que a ANP leve em consideração para a edição de nova regulação.

3. Comercialização direta

Como se sabe, as distribuidoras de combustíveis interferem na relação entre produtor/importador e posto revendedor de maneira prejudicial ao cidadão, na medida em que mantêm um mercado dominado e comandado por uma questão logística nociva e sem verdadeira necessidade, o que acaba impactando preço final, como já mencionado.

Recentemente, o mercado observou a queda nos preços dos combustíveis nas refinarias, que não foi repassada imediatamente aos consumidores, não havendo impacto positivo imediato no valor final dos produtos comercializados. Isto porque notadamente os postos revendedores aguardam pelos preços impostos pelas distribuidoras que repassam os combustíveis a eles. Assim, se as distribuidoras não diminuem o valor (apenas para ampliar a sua base de lucro no litro vendido), os postos revendedores não conseguem diminuir o preço para o consumidor final.²

Esse fator demonstra a real influência das distribuidoras na formação do preço final dos combustíveis, impactando de forma negativa e encarecendo o produto. Os postos revendedores, por

² Segundo a Fecombustíveis, "Como os postos de combustíveis não podem comprar das refinarias, eles só conseguem diminuir os preços quando as companhias distribuidoras eventualmente os reduzam", portanto, "os preços da revenda estão ligados diretamente aos preços das companhias distribuidoras, ou seja, se elas reduzirem, os postos, conseqüentemente, também repassam a redução". Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-11/fecombustiveis-explica-por-que-queda-de-preco-custa-chegar-bomba>



estarem na linha de frente da comercialização dos produtos diretamente ao consumidor, sofrem a pressão externa e são, por vezes, culpados pela não diminuição do valor dos combustíveis. Com a venda direta, seria possível observar e conferir a real diminuição dos valores ao consumidor final, que também sentiria mais rapidamente o desconto.

A inclusão das distribuidoras na relação entre postos revendedores e produtores de combustíveis é prejudicial não só para o mercado, que fica refém das grandes distribuidoras e de seus lucros com imposição de regras anticompetitivas, mas ainda mais sentido pelos consumidores, que ficam sem opção diante do preço alto dos combustíveis.

3.1. Manutenção da qualidade do combustível

Com relação à qualidade do combustível, não existem argumentos que impeçam a venda direta das refinarias para os postos revendedores. Com a ANP realizando a devida fiscalização periódica e testando a qualidade dos produtos, independentemente de sua origem, não haverá manipulação na qualidade para o consumidor.

Assim, a Agência pode continuar fiscalizando os combustíveis e utilizando os seus métodos de métrica diretamente nos postos revendedores.

A qualidade do combustível com a venda direta não pode ser motivo para que a Agência mantenha o atual setor anticompetitivo. O papel da ANP deve ser o de fiscalizar as atividades para que



todos os requisitos sejam cumpridos sem afetar o produto ao consumidor final de modo a promover diversificação no mercado e melhoria do ambiente de negócios.

3.2. Subcontratação de caminhões-tanque

O transporte do combustível também não é um motivo para impedir a venda direta de refinarias para postos revendedores. O serviço de transporte terceirizado para o deslocamento do combustível é amplamente utilizado nos dias de hoje, inclusive por grandes distribuidoras de combustíveis que não detêm a seu dispor grande frota de caminhões-tanque.

A intenção é que as refinarias tenham a possibilidade de contratar caminhões-tanque independentes para a entrega de seus combustíveis. Essa opção diminuiria, inclusive, o valor do frete, que seria mais competitivo e não imposto por distribuidoras que detêm o poder de mercado e impedem a atuação de pequenas distribuidoras.

3.3. Necessidade de revogação do art. 14 da Res. ANP 41/2013 e art. 6º da Res. ANP 43/2009

Nessa linha, a Refit gostaria de defender a necessidade de revogação das normativas que impedem a comercialização direta entre produtores e importadores para postos revendedores de combustíveis.



Os revendedores estão impedidos de adquirir combustível automotivo diretamente do produtor e importador, ficando submetidos às distribuidoras para esta atividade. Conforme preceitua o art. 14 da Res. ANP n. 41/2013³, os combustíveis automotivos apenas podem ser adquiridos de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP (inciso I), restringindo a possibilidade de os revendedores comprarem diretamente das refinarias produtoras e importadores.

Com relação ao etanol, é necessário que se repense o art. 6º da Res. ANP n. 43/2009⁴, a qual proíbe a venda direta da usina aos postos revendedores de combustíveis. Os fornecedores estão restritos a comercializar seus produtos com outros fornecedores (inciso I), com distribuidora de combustível (inciso II) ou com o mercado externo (inciso III), não havendo a previsão para a venda diretamente aos postos revendedores de combustível.

Os dois dispositivos acima indicados são prejudiciais para o mercado pois, conforme dito, impõem ao mercado a necessidade de participação de um terceiro na relação jurídica entre postos

³ "Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:

I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução;

II - óleo lubrificante acabado envasado ou a granel, registrado na ANP;

III - aditivo para combustíveis líquidos envasado, registrado na ANP;

IV - aditivo para óleo lubrificante acabado envasado, registrado na ANP; e/ou

V - graxas lubrificantes envasadas, registradas na ANP." (Res. ANP n. 41/2013)

⁴ "Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com:

I - outro fornecedor cadastrado na ANP;

II - distribuidor autorizado pela ANP; e

III - mercado externo.

Parágrafo único. O etanol comercializado somente adquirirá a denominação combustível se atender à especificação estabelecida pela ANP, inclusive quanto à adição de corante no caso do etanol anidro, e se tal finalidade for indicada no respectivo documento fiscal." (Res. ANP n. 43/2009)



revendedores e produtores/importadores de combustíveis. Por óbvio, os terceiros que são introduzidos na relação restringem a possibilidade de diminuição do preço final, pois incluem no valor a sua percentagem de lucro em cima da operação.

3.4. Benefícios para o consumidor

Como direito constitucional, a proteção ao consumidor deve balizar a atuação desta Agência para a tomada de decisões. Com a venda direta, o cidadão teria acesso à verdadeira formação dos preços dos combustíveis, que chegariam para ele com maior transparência e sem manipulação para geração de lucro apenas para grandes empresas do setor. É nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor veda ao fornecedor "elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços" (art. 39, inciso X, da Lei n. 8.078/1990). Com o preço mais competitivo para os postos revendedores, certamente haverá diminuição do valor final dos combustíveis ao consumidor, trazendo de maneira justa o equilíbrio em relação ao elo mais fraco da cadeia.

4. Conclusão

Conforme exposto acima, a Refit reitera o seu compromisso com a abertura do mercado e a melhoria dos preços ao consumidor final. Os argumentos demonstram de forma técnica, econômica e jurídica que não há motivos para que a ANP mantenha a interferência das distribuidoras na relação entre produtor ou importador e postos revendedores.

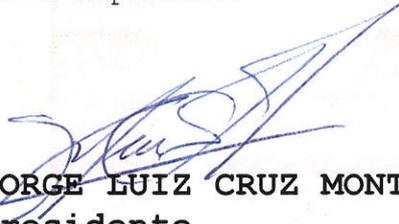


Nessa linha, as distorções concorrenciais aqui apontadas podem ser resolvidas com a revogação dos seguintes dispositivos:

- Art. 14 da Res. ANP 41/2013; e
- Art. 6º da Res. ANP 43/2009.

Como complementação da manifestação, a Refit apresenta em anexo a este posicionamento a *legal opinion* produzida pela Prof. Dra. Ana Frazão, especialista em direito concorrencial e econômico, balizando argumentos jurídicos importantes para a tomada de decisão desta Agência.

Colocamo-nos à inteira disposição da ANP para eventuais questionamentos ou documentos necessários para esclarecimento dos argumentos acima expostos.



JORGE LUIZ CRUZ MONTEIRO
Presidente

CONSULTA

1. Tive a honra de ser consultada pela Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A. – REFIT sobre o objeto da Tomada Pública de Contribuições promovida pela Agência Nacional do Petróleo com vistas a fomentar a discussão sobre a verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis.

2. A presente análise pretende demonstrar, de uma perspectiva econômico-concorrencial, a inadequação do atual quadro regulatório do setor de combustíveis no que diz respeito ao tema da vedação à integração vertical, medida que tem o condão de afetar profundamente a dinâmica dos mercados de distribuição e revenda, de maneira a diminuir o bem-estar do consumidor.

OPINIÃO JURÍDICA

.I.

A tutela regulatória da integração vertical Desenho regulatório carente de diálogo com os agentes regulados

3. Em que pese o esforço do Estado brasileiro em liberalizar os mercados de distribuição e revenda de combustíveis, nomeadamente com a edição da Lei do Petróleo, a regulação setorial pertinente parece descompassada não somente com os anseios dos agentes regulados e da própria vontade estatal, mas sobretudo com o interesse do mercado consumidor, principal afetado pela dinâmica concorrencial do setor.

4. Basta notar, nesse ponto, que, por intermédio da Resolução ANP nº. 33/2008, alteraram-se dispositivos da Portaria ANP nº. 116/2000 – editada na esteira da Lei do Petróleo e das medidas de abertura do mercado – para restringir a concorrência do setor mediante a vedação à integração vertical entre revendedores e distribuidores.

5. Com o advento da Resolução ANP nº. 41/2013 (confirmando disposição já existente na Portaria ANP nº. 116/2000),¹ proibiu-se expressamente a possibilidade de revendedor autorizado de combustíveis ter em seu quadro societário um distribuidor de combustíveis líquidos, nos termos do inciso IX do art. 8º da aludida Resolução.

6. Note-se, contudo, que tal disposição normativa foi inserida na regulamentação aplicável ao setor sem qualquer reflexão acerca dos efeitos concorrenciais da verticalização. Pelo contrário, como se depreende da Nota Técnica nº. 40/2013 da Superintendência de Abastecimento da ANP (SAB), produzida no contexto da Consulta Pública nº. 8/2013 daquela agência reguladora, somente se comentou que a norma em questão já era de conhecimento da ANP e que nenhum agente se enquadraria na vedação:

3.7 Outro ponto não contemplado na Portaria ANP nº 116/00, mas que foi incluído na presente minuta de resolução, diz respeito ao indeferimento do requerimento de outorga de autorização de pessoa jurídica que participe do quadro de administradores ou de sócios de distribuidor de combustíveis líquidos, de TRRs, ou de fornecedor de etanol combustível. Cumpre destacar, entretanto, que tendo em vista o entendimento que já vinha sido apresentado pela ANP no que se refere à questão, os agentes já haviam se adequado à norma e atualmente não se percebe a ocorrência de revendedor participando do quadro societário de distribuidor de combustíveis líquidos, de TRR, ou de fornecedor de etanol combustível.

7. No que diz respeito às contribuições obtidas em consulta pública, porém, nada se questionou acerca do mérito da verticalização. Constam do documento disponibilizado pela ANP que consolida as aludidas contribuições² apenas simples comentários referentes à necessidade de avaliação sobre a possível extensão da vedação à verticalização aos mercados de GNC e de GNL.

¹ Art. 12 da Portaria ANP nº. 116/2000: “É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista”.

² Disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/concluidas/2158-aviso-de-consulta-e-audiencia-publicas-n-8-2013>.

8. Não obstante, a regulação expedida pela ANP, como resultado da Consulta Pública nº. 8/2013 – isto é, a Resolução ANP nº. 41/2013 –, deixou de levar em consideração o documento elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), que, muito embora tenha compreendido que a ANP considerou que a proibição à integração vertical seria benéfica à concorrência, denunciou o potencial anticompetitivo da verticalização em virtude da concentração do mercado.³ Confira-se:

“Ao optar pelo modelo de unbundling, depreende-se que a ANP esteja, implicitamente, considerando que a proibição à integração vertical é benéfica à concorrência. Segundo Ragazzo (2010), embora a ANP não explicita as razões de a legislação proibir a atuação da distribuidora na revenda, isso poderia ter relação com (i) a proposta de evitar (ou reduzir, quando possível) o risco de fechamento de mercado (por exemplo, aumento dos custos dos rivais), (ii) a facilitação da prática de condutas coordenadas (uma vez que seria mais fácil para as distribuidoras identificar agentes que estariam desviando-se de um acordo colusivo) e (iii) a criação de dificuldades para a entrada no mercado (a ponto de tornar, por exemplo, a entrada suficiente somente quando for simultânea na revenda e distribuição). Sob a ótica apontada, ajustes promovidos pela ANP na regulação da atividade de revenda de combustíveis não têm o condão de restringir a concorrência. Contudo, é salutar que a agência promova futuramente uma consulta pública com o objetivo de rediscutir a vedação à integração vertical no setor de combustíveis.

A sugestão apresentada está ancorada no fato de que, apesar de a quantidade de empresas atuantes no setor distribuição

³

Disponível em:
http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2013/n8/Sugestoes_SEAEMF.pdf.

em:

ser significativa, o mercado é relativamente concentrado. Ademais, os contratos de exclusividade podem dificultar a expansão das distribuidoras com menores participações de mercado. Por isso, a flexibilização da vedação à integração vertical pode ser um incentivo para aumentar a concorrência no segmento de distribuição e até de revenda. Tal incentivo deve ser um contraponto à preocupação de fechamento de mercado, facilitação de acordos de conluio e maiores barreiras à entrada que justificariam uma proibição à integração vertical entre distribuidor e revendedor. Por fim, além de produzir ganhos concorrenciais, a revisão da proibição pode aumentar a eficiência econômica por meio da redução de custos de transação. Tais temas poderiam ser aprofundados na eventualidade de abertura de consulta pública pela agência reguladora”.

9. Note-se, portanto, que a SEAE pressupôs que a ANP teria adotado o entendimento de que a vedação à verticalização seria benéfica à concorrência, posição que, muito embora sustentável, desperta uma série de indagações, considerando o grau de concentração considerável do mercado. Na verdade, a própria SEAE aponta para o fato de que “a flexibilização da vedação à integração vertical pode ser um incentivo para aumentar a concorrência no segmento de distribuição e até de revenda, bem como ser fonte de eficiências e redução dos custos de transação”. Daí a necessidade do devido e cuidadoso sopesamento entre os aspectos positivos e os negativos decorrentes da integração vertical.

10. Foi por essa razão que a SEAE recomendou, ao final, a realização de nova consulta pública para o tratamento da matéria, o que somente agora se realiza por intermédio da Tomada Pública de Contribuições que dá ensejo ao presente estudo.

11. Nesse sentido, são manifestas a pertinência e a importância da Tomada Pública de Contribuições, pois os aspectos concorrenciais fundamentais da questão não foram levados em consideração pela norma que regulamentou recentemente a matéria, ao arremesso dos alertas da SEAE.

12. Mostra-se, dessa maneira, que os procedimentos levados a cabo para a edição da norma ora em comento não dialogam, de modo algum, com as mais básicas repercussões concorrenciais do desenho regulatório aplicável ao setor. Nos itens a seguir, pretende-se demonstrar, de maneira aprofundada, a inadequação da regulação ora vigente para a regência do setor de combustíveis do ponto de vista concorrencial.

.II.

A integração vertical no Direito da Concorrência Possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes da vedação total

13. É certo que, ao determinar a vedação à verticalização no setor de combustíveis, a agência reguladora filiou-se a ponto de vista específico a partir do qual se considera a verticalização danosa à concorrência e, portanto, passível de ser completamente proibida. Para chegar a tais conclusões, não se baseou em nenhuma análise concorrencial consistente. Ademais, ainda que assim não fosse, seria dever da ANP o de constantemente verificar as condições de mercado que motivam a vigência de tal regra, de sorte a avaliar a pertinência de sua manutenção.⁴

14. Como já evidenciou o CADE, a proibição de verticalização no setor vincula-se a uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas, nomeadamente com o risco de fechamento de mercado, de facilitação da prática de condutas coordenadas – uma vez que seria mais fácil para a indústria identificar os agentes que estariam desviando de um conluio – e a 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”).⁵

⁴ DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *Revista de direito administrativo*. v. 229, pp. 335-359, jul./set. 2002.

⁵ CADE, PA 08012.005545/1999-16, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julg. 28.4.2010.

15. Cabe, no entanto, notar que a regulamentação atualmente vigente quanto à vedação de verticalização é passível de inúmeras críticas, uma vez que a literatura do Direito da Concorrência indica que a possibilidade de verticalização pode, sob determinadas circunstâncias, gerar possíveis ganhos de eficiência.

16. Não é por outra razão que muitos afirmam que a integração vertical é dotada de potencial ofensivo bastante inferior ao das concentrações horizontais, sendo inclusive consideradas fonte de grandes eficiências econômicas, decorrentes da integração de atividades complementares de uma mesma cadeia de produtos ou serviços, e da redução de custos de transação em razão da melhor coordenação das etapas correspondentes.⁶

17. Não se pode descartar, porém, a possibilidade de a integração vertical produzir fechamento de mercado mediante a restrição ou eliminação do acesso a insumos, em detrimento de rivais atuais ou potenciais, na hipótese de proporcionar à empresa significativo grau de posição dominante no mercado em questão.⁷ Tais restrições, cabe notar, podem se dar tanto mediante a recusa em contratar, como mediante a diminuição da oferta, o aumento de preços, a redução da qualidade do insumo ou mesmo a escolha de tecnologia incompatível com a adotada pelos rivais,⁸ de sorte a aumentar indevidamente os custos dos rivais nos mercados que utilizam os insumos, assim como ampliar as barreiras à entrada nestes.⁹

18. De outro lado, pode ainda a integração vertical impedir ou restringir o acesso de rivais do mercado de insumos a clientes do mercado subsequente, além de propiciar acesso a informações comercialmente sensíveis sobre as atividades da cadeia dos mercados afetados, o que, além de colocar os rivais não verticalizados em

⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 118.

⁷ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

⁸ Ver: FRÉSARD, Laurent; HOBERG, Gerard; PHILLIPS, Gordon. Vertical acquisitions, integration and the boundaries of the firm. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=238095091112123125067098064094116098030039095010089032081004091111028071125072027004017022101106058025050113020071069085114089118072059069019097093080001019086095005030060090121117090122104082102068097084114011000089031107078110064001098029096116126&EXT=pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2018.

⁹ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

situação de manifesta desvantagem competitiva, pode levar ao arrefecimento da competição por preços no mercado final, em prejuízo dos consumidores.¹⁰

19. Vale salientar, porém, que o potencial anticompetitivo da integração vertical está comumente vinculado à ausência de concorrência nos mercados a jusante, já que a colusão será efeito de difícil consecução caso existam diversos *players* no mercado.¹¹ Nessa hipótese, na verdade, a integração vertical pode servir de ferramenta poderosa para evitar o chamado *hold-up*, isto é, situação na qual determinada empresa que fez uma série de investimentos específicos se coloca como parte vulnerável diante do fornecedor de seus insumos, que pode prejudicar a primeira de maneira profunda caso passe a fornecer o mesmo produto a outro agente de mercado.¹²

20. Daí a importância de a superação da vedação à integração vertical ser acompanhada do fim da regra da fidelidade à bandeira, igualmente constante da Resolução ANP nº. 41/2013, que cria incentivos à cartelização e afeta sobremaneira a concorrência no mercado de revenda, em detrimento dos postos de bandeira branca – isto é, independentes de distribuidoras –, que comprovadamente têm o condão de fomentar a concorrência e afetar substancialmente a dinâmica do mercado.

21. Cabe notar, nesse ponto, que diversas evidências apontam para o fato de que a presença de revendedores independentes – isto é, de bandeira branca – produz substancial redução dos preços de revenda, ao passo que a sua substituição por postos bandeirados conduz a um aumento dos preços.¹³ Assim, muito embora se verifique a preferência de determinados consumidores por uma dada marca – e, por conseguinte, por postos bandeirados –, a inserção de mais postos bandeirados em detrimento de postos

¹⁰ FRAZÃO, Op. cit., p. 119.

¹¹ KLEIN, Benjamin. Vertical integration as organizational ownership: the Fisher Body-General Motors relationship revisited. *Journal of law, economics & organization*. v. 4, n. 1, pp. 199-213, 1988.

¹² Nesse sentido: MCAFEE, R. Preston; SCHWARTZ, Marius. Opportunism in multilateral vertical contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity. *The American Economic Review*. v. 84, n. 1, pp. 210-230, mar. 1994.

¹³ HASTINGS, Justine S. Vertical relationships and competition in retail gasoline markets: empirical evidence from contract changes in Southern California. *The American Economic Review*. v. 94, n. 1, pp. 317-328, mar. 2004. p. 325. No mesmo sentido: OCDE. *Competition policy for vertical relations in gasoline retailing*. DAF/COMP (2008) 35. p. 41; BARRON, John M.; UMBECK, John R. The effects of different contractual arrangements: the case of retail gasoline markets. *The Journal of Law & Economics*. v. 27, n. 2, pp. 313-328, out. 1984.

de bandeira branca reduz a intensidade da competição por preços e, portanto, incrementa substancialmente os preços do mercado.¹⁴

22. As conclusões não são diferentes no contexto brasileiro. Conforme evidenciou a pesquisa de Mariana Rodrigues Pinto e Emilson Delfino Silva, as distribuidoras vendem seus combustíveis a preços mais altos para os revendedores que exibem sua bandeira, ao passo que revendedores de bandeira branca conseguem comprar combustíveis por preços menores e, por conseguinte, fazem surgir uma nova competição nesse mercado.¹⁵

23. Nesse sentido, segundo os autores, a revendedora de bandeira branca “vai ofertar a um preço menor aos consumidores: vendendo mais barato, ela afeta negativamente as demandas das demais vendedoras, fato este que tem efeito não só de diminuir os preços das revendedoras de bandeira colorida, mas também de diminuir os preços ótimos das distribuidoras para revendedoras de suas bandeiras”.¹⁶

24. Significa dizer que a inserção de postos de bandeira branca no mercado tem o condão não somente de produzir ganhos ao consumidor que adquire combustíveis em postos de bandeira branca, mas afeta o mercado como um todo, gerando bem estar inclusive para os consumidores que compram de postos bandeirados, cujos preços são afetados pela dinâmica dos postos de bandeira branca.

25. Consequentemente, demonstram os autores que “a existência de uma revendedora de bandeira branca aproxima o mercado de um modelo ideal de concorrência perfeita, em que o excedente do consumidor é máximo, pois acarreta preços ótimos menores e quantidades de equilíbrio maiores. Portanto, sua existência é motivo de aumento do bem-estar social”.¹⁷

26. Assim, mantida a vedação à verticalização, o efeito que se obtém é o completo afastamento dos postos de bandeira branca das potenciais eficiências

¹⁴ HASTINGS, Op. cit., p. 328.

¹⁵ PINTO; SILVA, Op. cit., pp. 62-64.

¹⁶ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 63.

¹⁷ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 64.

da integração vertical, dos quais somente podem fruir os postos bandeirados, uma vez que, como se demonstrará a seguir, obtêm verdadeira verticalização de fato a partir da regra da fidelidade à bandeira. Trata-se, portanto, de medida que fundamentalmente reduz o bem-estar ao consumidor, uma vez que afasta justamente os *players* capazes de afetar positivamente a dinâmica concorrencial do setor.

27. Ademais, seria altamente provável que a integração vertical trouxesse efeitos danosos sobre a concorrência na hipótese em que o mercado a montante – isto é, o de distribuição – consistisse monopólio, hipótese na qual se verificaria um potencial de aumento dos preços e redução do bem-estar ao consumidor em virtude do exercício de poder de monopólio.¹⁸ Não obstante, a existência de concorrência no mercado de distribuição, tal como é o modelo atualmente vigente, é capaz de atrair as supramencionadas vantagens da integração vertical, promovendo interessantes sinergias sobretudo com a supressão da regra da fidelidade à bandeira.

.III.

A integração vertical no varejo de combustíveis: Regra de fidelidade à bandeira que, cumulada com a vedação à integração vertical, produz vantagens anticompetitivas às distribuidoras e aos postos bandeirados

28. Como já se afirmou, a vedação à verticalização origina-se de uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas oriundas de estrutura de mercado integrada verticalmente. No entanto, a literatura de teoria das organizações, fortemente orientada pela dúvida entre “fazer ou comprar” (*make or buy*), tende a recomendar a adoção da forma organizacional que mais eficientemente reduza os custos de operação do sistema econômico, isto é, os custos de transação.¹⁹

29. A integração vertical, nesse sentido, pode ser caminho mais convidativo à organização do mercado de combustíveis na medida em que reduz os preços

¹⁸ FONTENAY, Catherine C.; GANS, Joshua S. Vertical integration in the presence of upstream competition. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=09512112111908908408310306809006907804006403505903204311108708410302602306709109711912001005112404010401008111126122120093002038022029046084101122024099088072020010065010067083066001087095096098122088110069007093064091100028117080076007085065&EXT=pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

¹⁹ BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2.

do produto final e o aumento da produção, efeitos altamente prováveis no setor de combustíveis, caracterizado por um sistema contínuo, com custos fixos altos, e com a necessidade de manutenção de uma baixa variação dos preços.²⁰

30. Tanto é assim que autores como Shepard indicam que postos de combustíveis operados diretamente pelas refinarias – e não necessariamente integrados a distribuidores – apresentam preços mais baixos e maiores ganhos de bem-estar, na medida em que proporciona controle mais próximo e mais rigoroso sobre as atividades dos revendedores.²¹

31. Não obstante, por mais interessante que possa ser a verticalização no mercado de combustíveis líquidos, é essencial que a implementação dessa verticalização seja acompanhada de perto, sob pena de serem geradas distorções capazes não somente de alterar a dinâmica competitiva do mercado e gerar aumento de preços, como também fomentar comportamentos colusivos.

32. É de se notar, nessa linha, que vários dos efeitos potencialmente nocivos da integração vertical decorrem justamente dos efeitos anticompetitivos da regra da fidelidade à bandeira constante do § 2º do art. 25 da Resolução ANP nº. 41/2013, que, naturalmente, se insere no mesmo quadro normativo do que a vedação à verticalização. Não obstante, fato é que tal convivência aparentemente harmônica demonstra a completa incoerência da atual normatização sobre o setor, ao desconsiderar por completo os efeitos de ambas as medidas sobre a dinâmica concorrencial.

33. Em verdade, a regra da fidelidade à bandeira produz verdadeira verticalização de fato, gerando os mesmos efeitos da integração vertical, porém sem qualquer compromisso com a adequada estruturação dos incentivos e garantias que comporão o mercado em questão.

²⁰ DALMONECH, Luiz Fernando et al. Análise dos fatores intervenientes nas quebras de contrato no setor de combustíveis brasileiro. *RAE eletrônica*. v. 9, n. 2, jul./dez. 2010.

²¹ SHEPARD, A. Contractual form, retail price, and asset characteristics in gasoline retailing. *Rand Journal of Economics*. v. 24, n. 1, 1993.

34. Tais constatações, como não poderia ser diferente, já foram traçadas pelo CADE ao analisar a proposta de aquisição da Alesat pela Ipiranga, quando a Superintendência-Geral daquela autarquia aduziu existir influência decisiva da distribuidora na formulação da estratégia comercial de seus postos bandeirados, tendo em vista o seu direito de fornecimento exclusivo de combustíveis, a licença de uso de sua marca e o comodato de equipamentos.²²

35. Tal influência, naturalmente, poderia ser exercida pela distribuidora com vistas a diminuir a competição entre os próprios postos bandeirados na concorrência local, de sorte 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”.²³

36. Ainda segundo precedente do CADE, “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”.²⁴

37. Assim, de acordo com a SG no caso Alesat, “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”,²⁵ efeito do embandeiramento que fragiliza em larga medida os postos revendedores e aumenta indiscriminadamente as margens das distribuidoras a jusante.

²² CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

²³ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

²⁴ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

²⁵ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

38. Cabe, ainda, transcrever excerto do voto da Conselheira Cristiane Alckmin no âmbito do mesmo caso Alesat, segundo a qual:

“De fato, para que um posto seja embandeirado, é importante que a distribuidora “se preocupe e/ou se responsabilize” pela qualidade dos produtos e serviços vendidos ali, dado que o consumidor percebe na marca uma certificação de qualidade do combustível e dos serviços. Logo, do ponto de vista de segurança percebida para o consumidor, é possível argumentar que é bom para ele que a distribuidora faça investimentos e se preocupe com os “seus” postos embandeirados (formalizando de alguma forma esta verticalização). Contudo, ainda que haja este lado positivo, a verticalização não deixa de trazer consigo um alinhamento de incentivos entre os dois segmentos. Este fato – somado ao histórico de problemas na revenda e à assimetria de informação existente entre o Cade e as firmas – agrava o desconforto do Cade em observar que uma das três grandes distribuidoras está comprando a quarta maior distribuidora de abrangência nacional, em um setor já deveras concentrado (ainda que não necessariamente seja a quarta em cada Estado – ver Tabela 9). É inegável que a probabilidade do exercício do poder coordenado (ainda que tácita e não explícita) aumente com esta operação”.²⁶

39. Ora, admitir tamanha contradição no âmbito da regulação da ANP seria, para além de verdadeiro contrassenso (já que implementa, por via transversa, medida estrutural que a própria regulação busca coibir), profundamente prejudicial à dinâmica concorrencial do setor, na medida em que adiciona variáveis

²⁶ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

extremamente sensíveis no mercado em questão e que impactam sobremaneira os preços e o potencial de práticas anticompetitivas entre os revendedores.

40. Por conseguinte, a manutenção da regra da fidelização à bandeira não se coaduna com os valores e diretrizes que orientam a dinâmica setorial, seja diante das mudanças paradigmáticas do mercado de combustíveis no final da década de 1990, seja diante dos princípios da ordem econômica, nomeadamente o da livre concorrência. Mais do que isso, potencializa os efeitos nefastos da vedação à verticalização, uma vez que a proibição pode ser facilmente burlada por grandes distribuidoras que implementam a verticalização de fato por meio dos contratos de exclusividade com postos bandeirados.

41. Consequentemente, a manutenção de ambas as regras no quadro normativo fixado pela ANP atribui aos postos bandeirados e às distribuidoras que com eles contratam vantagens competitivas substanciais, na medida em que se lhes permite, por via oblíqua, fruir de todas as vantagens decorrentes da integração vertical (que é vedada pela regulamentação atualmente vigente) em decorrência da verticalização de fato produzida pela fidelidade à bandeira, ao passo que excluem do mercado os reconhecidamente mais eficientes postos de bandeira branca.

.IV. Conclusão

42. Diante do exposto, recomenda-se a revisão da supressão da vedação absoluta à verticalização no setor de combustíveis líquidos, na medida em que a verticalização tem o condão de reduzir preços, aumentar a previsibilidade do mercado e gerar maiores ganhos de bem-estar aos consumidores.

43. Ademais, a conjugação da vedação à verticalização com a regra da fidelidade à bandeira produz verdadeira distorção no setor, na medida em que, por intermédio da fidelidade à bandeira, os postos bandeirados têm a aptidão de fruir de verticalização de fato, assim inserindo os postos de bandeira branca no pior dos mundos, sem poder fruir dos efeitos benéficos da verticalização em virtude de sua própria natureza independente.

44. Todavia, a implementação da verticalização apenas apresentará resultados concorrenciais benéficos se houver efetiva concorrência no mercado de distribuição, bem como entre os agentes verticalizados, assim como se as grandes distribuidoras não utilizarem abusivamente de sua posição dominante para impedirem o acesso ou o crescimento de agentes menores.

Brasília, 11 de novembro de 2018.

Ana Frazão

EXCELENTÍSSIMO SENHOR SUPERINTENDENTE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, ESTUDOS E REGULAÇÃO ECONÔMICA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - SR. BRUNO CONDE CASELLI

Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018 - Coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da necessidade de se manter a tutela regulatória da fidelidade à bandeira

Refinaria de Petróleos de Manginhos S.A. ("Refit"), inscrita no CNPJ/MF sob o n. 33.412.081/0001-96, com sede na Avenida Brasil, n. 3.141, Benfica, Rio de Janeiro/RJ, CEP n. 20930-041, neste ato representada por seu representante legal, vem, perante Vossa Senhoria, apresentar sua manifestação frente à Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018.

1. Considerações iniciais

As iniciativas que estão sendo tomadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP") para a melhoria do ambiente de negócios do setor de óleo e gás brasileiro são de grande importância e devem ser incentivadas pelas empresas que compõem a cadeia produtiva. A Tomada Pública de Contribuições n. 4/2018 ("TPC"), para tratar de assuntos inerentes à fidelidade à bandeira, é relevante para que haja a eliminação de entraves hoje existentes para o pleno desenvolvimento da atividade.

É necessário que se reestabeleçam as regras que sustentavam o mercado em 2007, pelas quais os postos revendedores eram



liberados para comprar produtos de empresa distribuidora que vendesse mais barato no mercado, independentemente de ostentarem qualquer tipo de bandeira. Desenvolvemos abaixo os argumentos técnicos e legais para tal alteração.

2. Histórico legal e a necessidade de mudança da regra de fidelidade à bandeira

Desde a publicação da Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/1997), observamos a intenção de liberalização do mercado de combustíveis automotivos. A intenção do legislador era de que o reajuste nos preços dos combustíveis pudesse ser controlado por cada agente econômico do setor, estabelecendo um cenário de livre concorrência¹.

Com a nova Lei, a intenção era que a Petrobras não detivesse mais o monopólio do setor. Porém, ela continuou sendo dominante e exercendo papel importante e controlador na maior parte dos pontos da cadeia produtiva.

Em 1997, foi editado ato ministerial garantindo a liberdade para o posto vender combustível de qualquer distribuidora, sendo facultado ao revendedor a identificação da marca da distribuidora². A permissão para que os postos revendedores

¹ "Até meados da década de 1990, a interferência do Estado brasileiro na distribuição e revenda de combustíveis automotivos contemplava o controle de preços, margens de comercialização e fretes. Depois, iniciou-se um processo de liberalização de preços em toda a cadeia produtiva de petróleo, gás natural e biocombustíveis, além de gradual redução dos subsídios governamentais.

Mas foi somente a partir da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) que a liberalização no mercado de combustíveis automotivos se deu de modo mais efetivo, tendo sido concluída em 31 de dezembro de 2001. A partir dessa data, os reajustes nos preços dos combustíveis passaram a caber exclusivamente a cada agente econômico - do poço ao posto revendedor -, que estabelecem seus preços de venda e margens de comercialização em cenário de livre concorrência." Disponível em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos/historico-da-liberacao-dos-precos-de-combustiveis-no-mercado-brasileiro>

² "Art. 12. É facultado ao Revendedor Varejista identificar em cada bomba abastecedora de combustível automotivo, de forma destacada, bem visível e de fácil identificação pelo consumidor, a Distribuidora fornecedora do respectivo combustível." (Portaria MME n. 9, de 16 de janeiro de 1997)



comercializem combustível de qualquer distribuidora gera o incentivo à melhoria do preço final para o consumidor e aumento da competitividade do valor oferecido pelas distribuidoras.

Medida semelhante foi adotada pela ANP em plena crise de abastecimento ocorrida em maio deste ano. A alternativa, aprovada em 24/05³, foi benéfica para os consumidores e muito bem recebida pelo mercado.

Em 2000, o Ministro de Minas e Energia à época, Rodolpho Tourinho Neto, propôs, por meio de Minuta de Portaria publicada para consulta pública, medida para reduzir a concentração do mercado, o qual estaria elevando o valor cobrado aos consumidores⁴.

2.1. A prejudicialidade ao mercado da existência dos postos bandeirados

A intenção do legislador de ampliar a competição do mercado com a Lei do Petróleo é visível. Porém, o mercado permanece fechado e com alta concentração nas mãos das distribuidoras.

A situação foi agravada com a mudança legislativa implantada pela ANP em 2008 - pela Res. ANP n. 33/2008 - ao restringir a venda para postos bandeirados. A medida, imposta primeiramente pela Res. ANP n. 7/2007, que restringia o limite de 5% das

³ <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>

⁴ "Estará disponível a partir de quarta-feira no site da ANP na www.anp.gov.br Internet uma minuta de portaria autorizando distribuidoras de combustíveis a operarem até 10% dos postos de combustíveis em determinados Estados. A medida foi proposta pelo ministro das Minas e Energia, Rodolpho Tourinho, para tentar reduzir o preço da gasolina em Estados onde a concentração de mercado estaria elevando muito o valor cobrado aos consumidores.

A proposta, colocada na Internet para consulta pública durante 15 dias, limita a operação de postos próprios em, no máximo, 15% da fatia de mercado controlada por cada distribuidora, para evitar a formação de cartel." Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/235175/anp-quer-extinguir-monopolio-no-setor-do-petroleo>



vendas dos distribuidores a outros distribuidores⁵, ficou ainda pior com a Res. ANP n. 33/2008, a qual incluiu a vedação da comercialização de combustíveis automotivos com revendedor varejista que tenha optado por exibir a marca comercial de outro distribuidor⁶, favorecendo as maiores distribuidoras existentes no mercado brasileiro (Imagem 1).

As grandes distribuidoras, além de produzirem um mercado anticompetitivo na medida em que manipulam o setor e seus preços, criam um ambiente desfavorável para os postos revendedores. Os vínculos contratuais impostos pelas três maiores empresas distribuidoras - quais sejam, BR, Raízen e Ipiranga - aos seus postos bandeirados criam um ambiente de insegurança jurídica e baixa confiabilidade. Isto porque as conhecidas "amarras"⁷ impõem aos postos bandeirados condições desleais, inclusive de perda do ponto revendedor caso não haja cumprimento das obrigações.

As diversas cláusulas contratuais impostas para os postos bandeirados geram obrigações prejudiciais à relação jurídica, como a necessidade de obter uma quantidade mínima de combustível da distribuidora; comodato de equipamentos, a título oneroso, para adquirir produtos da bandeira; pagamento antecipado dos produtos; e determinação unilateral, pela distribuidora, dos preços para compra do produto pelos postos revendedores com

⁵ "Art. 16-B. O distribuidor poderá vender combustíveis automotivos para outro(s) distribuidor(es) até o limite mensal máximo de 5% (cinco por cento), por produto, calculado a partir da média mensal do total de suas aquisições desse mesmo produto, efetuadas nos 3 (três) meses anteriores ao da referida venda." 2. Resolução ANP n. 7, de 7 de março de 2007

⁶ "§ 1º É vedada a comercialização de combustíveis automotivos com revendedor varejista que não se encontra autorizado pela ANP ou 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, exceto no caso previsto no § 2º deste artigo, devendo a verificação ser realizada no endereço eletrônico da ANP (www.anp.gov.br) no momento da comercialização." 3. Resolução ANP n. 33, de 13 de novembro de 2008.

⁷ Recente reportagem sobre o cartel no setor de distribuição de combustíveis retrata um pouco da realidade do setor e das amarras impostas pelas distribuidoras. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-cartel-que-joga-contra-o-pais/>



exclusividade⁸. Esses fatores demonstram o abuso de posição dominante e poder econômico, por parte das distribuidoras, fazendo com que os postos se tornem reféns desse vínculo.

Além disso, os preços estabelecidos pelas distribuidoras levam em conta a marca representada, ampliando o faturamento dessas grandes companhias e distorcendo o mercado.⁹ O valor agregado é mínimo e não é possível, sequer, confirmar que a qualidade será superior ou inferior a outros postos revendedores que não ostentam bandeiras - a qualidade é mantida e fiscalizada pela ANP, que exerce o papel de prevenir a adulteração de combustíveis.

O cartel formado pelas grandes distribuidoras gera graves distorções, que são asseguradas pela disposição da ANP em impedir a compra de outras distribuidoras por postos revendedores que ostentem determinada marca (postos bandeirados).

⁸ <https://www.conjur.com.br/2017-jan-03/deidre-neiva-contrato-bandeira-revisado-fiscalizado>

⁹ <https://blog.clubpetro.com.br/por-que-os-postos-de-bandeira-branca-estao-ganhando-a-confianca-do-consumidor/>



O CONCHAVO DO COMBUSTÍVEL
Entenda o imbróglio envolvendo as empresas distribuidoras:



1. O LOBBY
Em 2008, um lobby pesado do Sindicato Nacional das Empresas de Combustíveis e Lubrificantes junto ao então diretor da ANP, Haroldo Borges, modificou uma resolução crucial do Ministério de Minas e Energia. Com a medida, um posto com o slogan da BR Distribuidora, Raizen/Shell e Ipiranga ficou impedido de comprar combustível de uma distribuidora de bandeira branca. Somente da marca que estampa em sua fachada

2. A SUSPENSÃO
Com a greve dos caminhoneiros, a ANP suspendeu em caráter excepcional a vinculação de marca para vendas de distribuidoras de combustíveis líquidos. O despacho foi assinado pelo diretor-geral substituto da agência, José Cesário Cecchi

3. A RETOMADA
Agora, a ANP admite a hipótese de permitir, de maneira permanente, que os postos de gasolina escolham de qual distribuidora comprar combustível, o que pode baratear o preço para o consumidor. A Plural, que representa as três maiores distribuidoras, ameaça reagir

Imagem 1 - O conchavo do combustível. Fonte: O cartel que joga contra o país. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-cartel-que-joga-contr-o-pais/>

A reserva de mercado para as grandes distribuidoras através de seus postos que ostentam suas marcas, presente até os dias de hoje, é prejudicial para a competição do mercado e fere o



direito do consumidor. Aqueles postos que não ostentam bandeiras, chamados de "bandeira branca", são lesados pelas iniciativas agressivas tomadas pelas grandes marcas.

Informe divulgado recentemente pela ANP (Imagem 1) demonstra a pequena quantidade de postos bandeira branca - cerca de 44% do mercado - frente aos postos bandeirados, os quais sujeitam suas operações, preços e vontades às grandes distribuidoras que controlam o mercado.

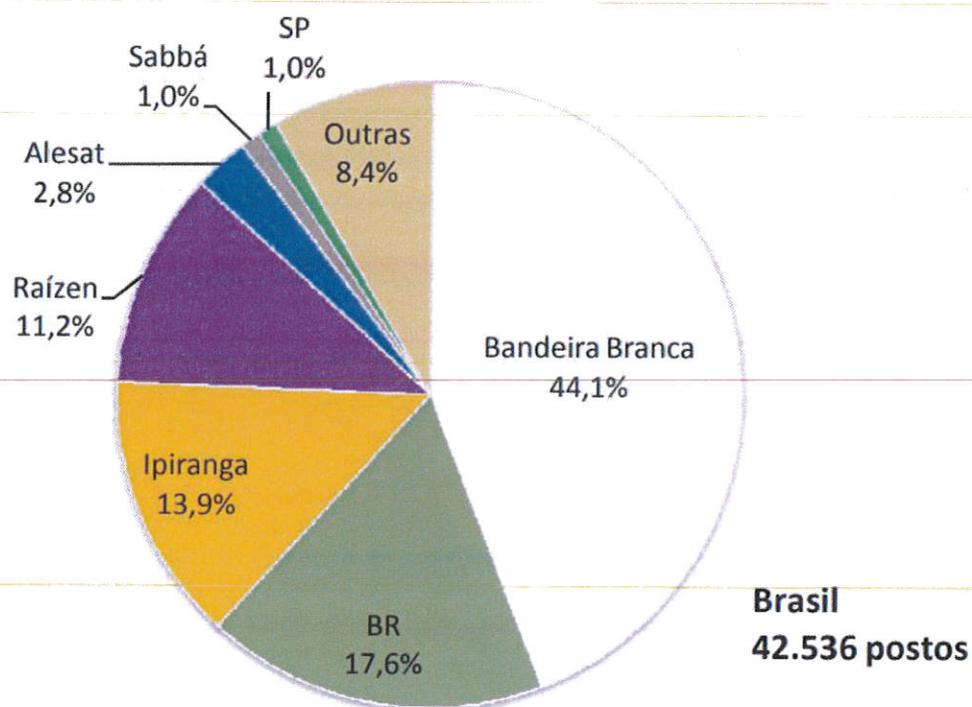


Imagem 2 - Postos revendedores de combustíveis líquidos - Market Share. Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

As grandes distribuidoras, que controlam o mercado e os preços, ampliam a sua margem de lucro na medida em que, além de obrigarem a maior parte dos postos a ostentarem suas bandeiras e comprarem percentuais mínimos, é permitido que vendam também para postos de bandeira branca, os quais deverão identificar



junto à bomba a origem do produto¹⁰. Assim, há uma distorção para os postos bandeirados, que apenas podem comprar os combustíveis de um distribuidor, mas não havendo barreiras para as distribuidoras revenderem para outros postos (Imagem 3).

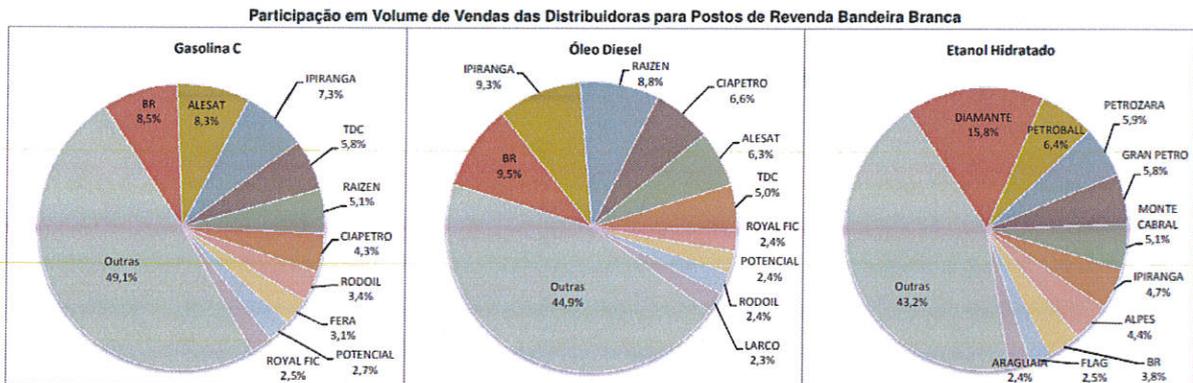


Imagem 3 - Participação em volume de vendas das distribuidoras para postos de revenda bandeira branca. Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf>

O oligopólio formado pelas três maiores distribuidoras acima descritas (BR, Ipiranga e Raízen) é responsável, também por controlar 2/3 do volume total de vendas¹¹.

Os postos bandeirados, além de representarem maioria no mercado de revenda - dados de 2018 indicam que são cerca de 55,9% do mercado, conforme acima apresentado -, são responsáveis pela maior parte da comercialização de combustíveis. De acordo com gráficos da Fecombustíveis (Imagens 4, 5 e 6), a porcentagem

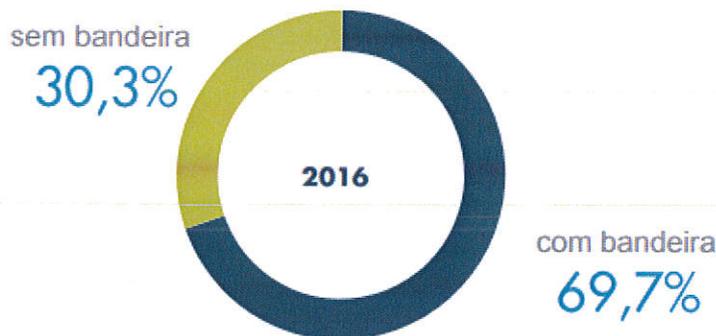
¹⁰ "Art. 22. O revendedor varejista de combustíveis automotivos obriga-se a:
(...)

IX - identificar em cada bomba abastecedora de combustível, no(s) painel(is) de preços, e nas demais manifestações visuais, de forma destacada, visível e de fácil identificação para o consumidor, o combustível comercializado, conforme tabela abaixo, podendo ser utilizada, adicionalmente, a marca comercial ou nome fantasia do produto. (...)" (Res. ANP n. 41/2013)

¹¹ <https://blog.clubpetro.com.br/distribuidoras-de-combustiveis-burlam-lei-de-verticalizacao/>

de vendas dos postos com bandeira é sempre maior que a dos postos sem bandeira, que constituem uma pequena parte do mercado.

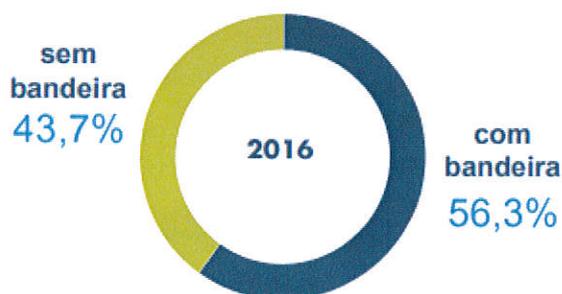
3.4 VENDAS POR TIPO DE POSTO



Fonte: ANP

Imagem 4 - Vendas de gasolina por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final_-Site.pdf

4.4 VENDAS POR TIPO DE POSTO

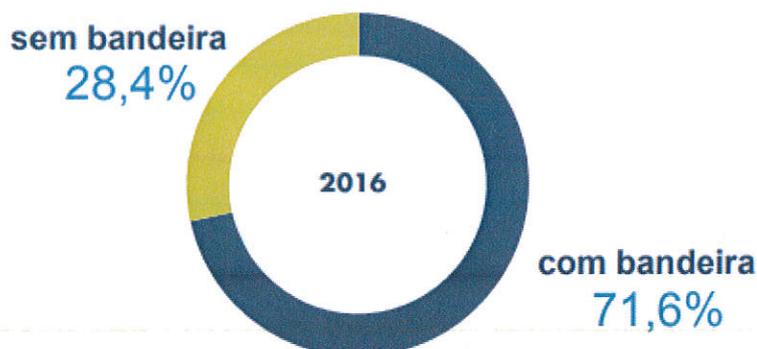


Fonte: ANP

Imagem 5 - Vendas de etanol por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final_-Site.pdf



5.5 VENDAS POR TIPO DE POSTO



Fonte: ANP

Imagem 6 - Vendas de diesel por tipo de posto. Relatório Anual da Revenda de Combustíveis - Fecombustíveis. Disponível em: http://www.fecombustiveis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Relat%C3%B3rio2017_Final_Site.pdf

É conhecido, também, que os melhores pontos de revenda são dos postos com bandeira. Os revendedores que ostentam bandeiras, além de possuírem a maior parcela do mercado e serem responsáveis pela venda da maior parte dos combustíveis, ainda se encontram nas melhores localizações das cidades.

Além disso, como vemos com frequência e reconhecido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), a formação de cartéis de postos de combustíveis se agrava frente à exigência de compra apenas da bandeira ostentada. Em fevereiro de 2018, o então Ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República e atual Ministro de Minas e Energia, Moreira Franco, solicitou que o CADE tomasse providências frente à cartelização do setor de venda de combustíveis. A preocupação maior do Planalto era de que a diminuição dos preços nas



refinarias não era repassada aos consumidores finais de combustíveis.¹²

Outro argumento que desfavorece a permanência da regra de fidelidade à bandeira são os produtos combustíveis comercializados pelos postos revendedores. A Gasolina Comum, o Diesel Comum e o Etanol não são produtos que necessitam da exclusividade da compra, visto que são produtos iguais em todas as distribuidoras, independentemente da marca que ostentam¹³. Por se tratarem de *commodities*, o produto comercializado pelas distribuidoras é o mesmo, sem importar quem o distribui.

A diferenciação imposta pelas marcas é prejudicial ao consumidor, já que ele é induzido ao erro de que a qualidade dos produtos é diferente a depender do produto comprado. Esses combustíveis saem, por vezes, da mesma refinaria ou usina e são comercializados pelas distribuidoras. Assim, o que diferencia o valor final do produto é o preço do frete, imposto pela própria distribuidora.

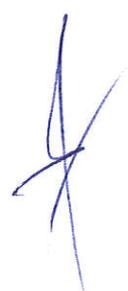
Em meio à crise de 2017 e à queda na venda dos combustíveis, muitos postos revendedores de combustíveis optaram por serem bandeira branca visando a maior flexibilidade de preços. Com a possibilidade de comprar combustível de qualquer distribuidora, os custos são menores.¹⁴

Por isso, os postos de bandeira branca possuem, geralmente, os melhores preços do mercado, já que dispõem de uma gama de pequenas distribuidoras e possuem a liberdade de comprar daquelas que vendem mais barato o produto - mesma Gasolina

¹² Sobre o tema: <https://oglobo.globo.com/economia/planalto-pede-forca-tarefa-do-cade-para-investigar-cartel-no-setor-de-combustiveis-22379001> e <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-solicita-ao-cade-investigacao-para-apurar-existencia-de-cartel-no-setor-de-combustiveis.ghtml>

¹³ Para maiores informações sobre a semelhança dos combustíveis: <https://motorshow.com.br/varias-marcas-um-so-produto/>

¹⁴ <https://oglobo.globo.com/economia/gasolina-postos-de-bandeira-branca-avancam-no-pais-em-meio- crise-20955092>



Comum, Diesel Comum e Etanol comercializados pelos postos bandeirados.

Além disso, o mercado tem conhecimento da imposição dos preços, por parte das distribuidoras. Apesar de se tratar de *commodities* - ou seja, o preço não deveria variar tanto pela mera imposição da marca - e da liberdade de preços existente no mercado brasileiro - sustentada pela Lei do Petróleo -, as grandes distribuidoras estabelecem preços diferenciados e maiores do que as menores distribuidoras.

Recentemente, as refinarias anunciaram diminuição no preço de seus combustíveis. Porém, o valor sofreu pouca (ou nenhuma) alteração nos postos revendedores de combustíveis no momento da entrega ao consumidor final.¹⁵ Assim, pode-se concluir que os preços estão sendo manipulados na etapa seguinte, ou seja, pelas distribuidoras, que determinam os preços que mais lhes convém para repassar ao consumidor.

A diferença de preços entre os postos revendedores que ostentam bandeiras de marcas e aqueles de bandeira branca é facilmente verificado no mercado. Um dos pontos positivos dos postos bandeira branca são os seus preços mais baixos¹⁶. A diferença de preços no início de 2018 chegava a R\$ 0,20 entre os dois tipos de postos revendedores¹⁷.

Em 2010, dois anos após a imposição da normativa pela Agência, a realidade era a mesma do mercado presente. Conforme depreende-se da tabela abaixo, os postos de bandeira branca possuem margem

¹⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/10/preco-da-gasolina-nas-refinarias-e-o-menor-em-quase-dois-meses.shtml> e <https://www.portalodia.com/noticias/economia/preco-da-gasolina-cai-ate-10,4,-mas-reducao-nao-chega-ao-consumidor-338525.html>

¹⁶ <https://blog.gilbarco.com/vantagens-e-desvantagens-de-embandeiramento>

¹⁷ Sobre isso: "A diferença de preço das grandes distribuidoras chega a 20 centavos se comparado aos preços praticados no mercado spot (nome dado ao mercado dos bandeiras brancas)." Disponível em: <https://www.brasilpostos.com.br/noticias/proprietario-do-posto/ser-bandeira-branca-ou-bandeirado-eis-a-questao/>



bruta de comercialização maior, mas o preço médio dos postos bandeira branca é visivelmente menor.

Tabela 1 - "Margem bruta média de comercialização para a gasolina comum e óleo diesel entre 03/01 e 27/11/10"

Brasil	Gasolina Comum			Óleo Diesel		
	Preço Médio de Bomba	Preço Médio de Nota	Margem Bruta de Comercialização	Preço Médio de Bomba	Preço Médio de Nota	Margem Bruta de Comercialização
BANDEIRA	2,6147	2,2753	0,3394	2,1436	1,7815	0,3621
BANDEIRA BRANCA	2,5674	2,2866	0,2808	2,0295	1,7427	0,2868

Fonte: "A influência das bandeiras na formação de preços do mercado de gasolina e diesel no Brasil". Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2188/1/AECosta.pdf>

Basicamente, a diminuição dos preços nas bombas dos postos de bandeira branca se dá pela maior liberdade na aquisição dos combustíveis. Já que não possuem contrato algum obrigando-os a adquirir de um só distribuidor, esses postos podem adquirir combustível dos fornecedores que oferecerem os valores mais baixos¹⁸, o que é repassado diretamente para o consumidor.¹⁹

¹⁸ Sobre isso, o advogado Ricardo Magro atesta "os postos de bandeira branca só conseguem oferecer preços mais competitivos nas bombas por possuírem mais liberdade na aquisição de combustíveis dos fornecedores que ofertarem preços mais baixos, sem estarem atrelados a contratos e cláusulas de exclusividade. Tais condições eliminam os lucros dos donos de postos de marca e o forçam a cobrar mais caro por litro". Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/ricardo-magro-defende-postos-de-bandeira-branca,37b26aa1008c8d7965c06940de58fac5ahjb0xsu.html>

¹⁹ Sobre o tema: "Estes postos não vinculados às marcas das grandes distribuidoras/refinarias geralmente têm liberdade para comprar combustíveis da distribuidora que lhe oferecer o melhor preço – por esta razão é mais comum encontrar combustíveis mais baratos neste tipo de posto. Os postos franquizados, por outro lado, estão mais sujeitos aos critérios das distribuidoras por estarem limitados pelo contrato de exclusividade – o que limita também sua flexibilidade na definição de preços. (...) Fica claro, portanto, que as distribuidoras podem ter uma forte influência na definição dos preços ao consumidor, ainda que não sejam operadoras das revendas de combustíveis." Disponível em: <https://www.flatout.com.br/afinal-por-que-o-preco-da-gasolina-nao-baixou-e-continua-subindo/>



Adicionam-se a isso as recorrentes suspeitas de que as três maiores distribuidoras - BR Distribuidora, Ipiranga e Shell - combinam preços, cometendo práticas criminosas e ferindo a livre concorrência.²⁰

O que se observa é que, mesmo com a melhor das intenções em abrir o mercado para investimentos e incentivar a competição, a ANP permanece com regras que prejudicam os atores da cadeia produtiva. Por isso, a chamada fidelidade à bandeira não deve ser mantida pela Agência, por ser nociva ao mercado.

Conforme exposto acima, a comercialização de produtos por postos bandeirados prejudica a livre escolha do consumidor (inciso II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, roga-se a esta Agência que revogue o art. 32 da Res. ANP n. 58/2014, em vigência, que determina a fidelidade à bandeira, por tratar-se de dispositivo que vai contra o espírito de abertura do mercado, exarado pela Lei do Petróleo e incentivado pelos agentes econômicos do setor, além de afrontar o Código de Defesa do Consumidor.

3. A realidade brasileira e o mercado anticompetitivo

Conforme demonstrado, o setor de petróleo e gás brasileiro possui peculiaridades distintas de outros mercados. Logo de início, podemos ver o protagonismo da Petrobras em todos os campos da cadeia produtiva, por vezes, prejudicando o desenvolvimento de outros agentes econômicos.

Sabemos e aplaudimos os esforços da Agência e do governo em promover o livre mercado e a competição. Recentemente, agentes de mercado e dirigentes da ANP declararam apoio à mudança do

²⁰ <https://diariodopoder.com.br/distribuidoras-de-combustiveis-sob-suspeita-de-combinar-precos/> e <https://www.valor.com.br/politica/5699433/distribuidoras-de-combustiveis-sao-alvo-de-operacao-da-policia-e-do-mp>



status quo do setor²¹. Percebemos, também, que se trata de uma agenda do Diretor Geral da Agência, o qual demonstra grande intenção em modificar as regras existentes e ampliar a concorrência no mercado de óleo e gás²².

O elevado grau de concentração na cadeia de produção do petróleo e seus derivados é sentido pelo mercado há tempos e o órgão responsável por prevenir abusos do poder econômico, o CADE, vem salientando tal fato. Em audiência pública na Câmara dos Deputados em maio deste ano, o Coordenador Geral de Análise Antitruste apresentou a realidade do oligopólio existente na distribuição de combustíveis, no qual as maiores empresas detêm grande parte das operações (Imagem 7).

²¹ O Diretor Aurélio defendeu recentemente o aumento da concorrência sabia: <http://www.anp.gov.br/noticias/anp-e-p/4848-agencia-discute-aperfeicoamento-da-regulacao-em-evento-sobre-combustiveis-e-lubrificantes>; o Ministro de Minas e Energia, Moreira Franco, defende maior concorrência no setor de petróleo: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/ministro-defende-que-combustivel-tenha-preco-justo-e-barato>; o Presidente da República, Michel Temer, discursou sobre a melhoria do ambiente de negócios no setor de óleo e gás por meio de reformas realizadas: <https://www.jb.com.br/economia/2018/09/942119-temer-diz-que-industria-do-petroleo-esta-voltando-a-acreditar-no-pais.html>; o Ministro da Fazenda, Eduardo Guardia, vê como alternativa para melhoria dos preços a ampliação da competição no setor: <https://istoe.com.br/guardia-defende-liberdade-de-precos-para-area-de-refino-de-combustivel/>.

²² O Diretor Geral da ANP, Décio Oddone, se manifesta favoravelmente à abertura do mercado: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/anp-industria-do-petroleo-nao-sairia-do-lugar-sem-abertura-do-setor>, <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-nova-realidade-do-setor-de-petroleo-e-gas-natural-e-o-preco-dos-combustiveis-21082018>, e <http://www.anp.gov.br/noticias/anp-e-p/4847-anp-participa-de-evento-do-tcu-sobre-regulacao-de-servicos-publicos>.





2. Cadeia de produção do petróleo e seus derivados

- A cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um **elevado grau de concentração** de empresas, sendo que no refino há um monopólio:
 - **Exploração** – Oligopólio: Petrobras é dominante.
 - **Refino** – Monopólio: Petrobras possui todas as refinarias existentes no Brasil que produzem combustíveis automotivos.
 - **Distribuição** – Oligopólio: 1. BR; 2. Ipiranga (Grupo Ultra); 3. Shell-Cosan (Raízen); 4. Alesat e outras pequenas (cerca de 300). As 4 maiores detêm mais de 90% do mercado.
 - **Revenda** – Concorrência pulverizada e restrita a pequenas áreas geográficas. Obs.: Vedada a verticalização (Portaria ANP n.º 116/2000).

Imagem 7 - Cadeia de produção do petróleo e seus derivados. Fonte: Apresentação do Sr. Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, Coordenador-Geral de Análise Antitruste do CADE, em 23 de maio de 2018 em audiência pública sobre o aumento do preço dos combustíveis na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2018/23-05-2018-aumento-do-preco-dos-combustiveis/CADE.pdf>

Vê-se que o mercado não passou por muitas alterações pois apresentação semelhante foi apontada pelo Coordenador em oportunidade similar em outubro de 2013 (Imagem 8).





Cadeia de produção do petróleo e seus derivados

- A cadeia de produção do petróleo e seus derivados no Brasil é caracterizada por um **elevado grau de concentração** de empresas, sendo que no refino há um monopólio:
- **Exploração – Oligopólio:** Petrobras é dominante.
- **Refino – Monopólio:** Petrobras possui todas as 16 refinarias existentes no Brasil.
- **Distribuição – Oligopólio:** 1. BR; 2. Ipiranga (Grupo Ultra); 3. Shell-Cosan (Raízen); 4. Alesat e outras pequenas (cerca de 300). As 4 maiores detêm mais de 90% do mercado.
- **Revenda – Concorrência pulverizada e restrita a pequenas áreas geográficas.** Obs.: Vedada a verticalização (Portaria ANP n.º 116/2000).

Imagem 8 – Cadeia de produção do petróleo e seus derivados. Fonte: Apresentação do Sr. Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga, Coordenador-Geral do CADE, em 02 de outubro de 2013 em audiência pública para discutir as suspeitas de formação de cartel e a composição dos preços no setor de combustíveis da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdc/audiencias-publicas-1/realizadas-em-2013/carteis-de-combustiveis/apresentacao-cade>

Em recente relatório divulgado pela Agência, o “Boletim Abastecimento em Números”²³ demonstrou a grande reserva de mercado existente para as três maiores distribuidoras de combustíveis. Juntas, BR, Raízen e Ipiranga somaram, no primeiro semestre de 2018, 63,73% do mercado de distribuição de Gasolina C (Imagem 9), 73,28% da distribuição total de Óleo Diesel (Imagem 10) e 54,99% em Etanol Hidratado (Imagem 11).

²³ Divulgado em 17/10/2018, o Boletim Abastecimento em Números n. 59 pode ser acessado pelo seguinte link: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2394-boletim-abastecimento-em-numeros>



MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▼	24,14%
RAIZEN ▼	20,25%
IPIRANGA ▼	19,34%
ALESAT ▲	5,00%
TDC ▼	2,21%
CIAPETRO ▲	1,71%
RODOIL ▲	1,59%
POTENCIAL ▼	1,08%
FERA ▲	1,08%
SP ▲	1,06%
OUTRAS ▲	22,55%

Imagem 9 - Quadro de Gasolina Automotiva. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf>

MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
BR ▲	31,10%
IPIRANGA ▲	21,13%
RAIZEN ▼	21,05%
ALESAT ▼	3,01%
CIAPETRO ▼	1,86%
ATEM'S ▼	1,59%
TDC ▼	1,17%
ROYAL FIC ▼	0,99%
RODOIL ▼	0,91%
POTENCIAL ▼	0,80%
OUTRAS ▼	16,38%

Imagem 10 - Quadro de Óleo Diesel. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf>

MARKET SHARE NO ANO	
Distribuidora	Participação
RAIZEN ▲	20,19%
BR ▼	17,66%
IPIRANGA ▲	17,14%
DIAMANTE ▼	7,10%
PETROBALL ▲	2,87%
PETROZARA ▼	2,63%
GRAN PETRO ▼	2,62%
MONTE CABRAL ▲	2,35%
ALESAT ▼	2,05%
ALPES ▼	2,00%
OUTRAS ▼	23,38%

Imagem 11 - Quadro de Etanol. Fonte: Boletim Gerencial da Superintendência de Distribuição e Logística da ANP - Boletim Abastecimento em Números Ano 13, N. 59. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim Abastecimento/59/Boletim n59.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim%20Abastecimento/59/Boletim%20n59.pdf)

A presença das três maiores empresas no *market share* do setor de distribuição de combustíveis é tão grande que ultrapassa 50% das vendas dos produtos, o que torna o poder dessas empresas preocupante para o mercado e investimentos.

Os números demonstram o grande poder que as três empresas distribuidoras detêm em mãos ao adquirir mais de 50% das vendas dos combustíveis brasileiros. Com o mercado controlado por elas, a dificuldade de atração de novos agentes é grande e não há incentivos suficientes para aqueles que já existem.

Este cenário ainda é agravado com a reserva de mercado realizada pelas grandes distribuidoras em postos revendedores, os quais ficam reféns das regras abusivas impostas por elas. Em estudo sobre o varejo de combustíveis, tornou-se claro o resultado de que "uma maior proporção de postos de bandeira branca em determinada cidade gera uma maior variabilidade de preços e,



consequentemente, maior competição no mercado e menor possibilidade de formação de cartel”²⁴.

Percebe-se, portanto, que além de ser imprescindível a retirada de regras relacionadas à fidelidade à bandeira, outras normativas da Agência devem ser atacadas e revogadas como forma de ampliar os investimentos e, de fato, tornar o mercado livre para concorrência. Abaixo, a Refit ressalta alguns dos dispositivos que se tornam verdadeiros entraves à abertura do mercado.

3.1. Os entraves à abertura do mercado

A Refit manifestou-se no processo de Consulta Pública n. 23/2018, o qual discutiu alterações à Resolução ANP n. 41/2013. Por tratarem de modificações pontuais da norma, a Agência não levou em consideração todo o arcabouço legal para atualização da norma.

Portanto, reiterando os pontos destacados na última petição e acrescentando outros, apresentamos abaixo mudanças relacionadas às Resoluções n. 41/2013 e 43/2009 com o objetivo de gerar maior competitividade ao setor e prestigiar também o consumidor final. A intenção, ao revogar os dispositivos indicados, é de eliminar a concentração no mercado de revenda varejista, de etanol e de distribuição.

3.1.1. Da exclusividade da compra: revogação dos §§2º e 4º do art. 25 da Resolução n. 41/2013

Em consonância com a retirada da fidelidade à bandeira, é necessária a revogação do dispositivo que estabelece a exclusividade de compra pelo posto revendedor varejista, visto

²⁴ NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A108.pdf>.



que este somente pode adquirir produto de distribuidor de combustíveis vinculado à marca exibida pelo posto. Os §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013 limitam a aquisição, armazenamento e comercialização por revendedores varejistas que tenham optado por exibir marca comercial exclusivamente de combustível desta marca - limita, portanto, o poder de barganha dos postos revendedores e aumentam o preço final do produto, que é ditado pelas distribuidoras.

A exclusividade da compra impede que haja uma diversificação no preço final dos combustíveis para os consumidores, uma vez que os postos ficam vinculados a um preço imposto pela distribuidora. A aquisição do combustível de uma só bandeira é prejudicial para os preços apresentados aos consumidores e não incentiva um mercado livre e competitivo.

A ANP, em plena crise dos caminhoneiros, visando melhor atender o mercado e superar a crise instalada, reconheceu esta questão e suspendeu temporariamente esses dispositivos. A justificativa foi de que "65% das vendas de gasolina, 66% de diesel e 56% de etanol hidratado ocorrem por meio de postos vinculados a marcas específicas de distribuidores (conhecidos como postos bandeirados). Essa vinculação impede que distribuidores de uma marca comercializem com postos de outra"²⁵.

Os postos de bandeira branca devem ser incentivados, visto que podem oferecer combustível por um preço mais barato diante da competitividade instalada. Como se sabe, as marcas realizam um controle de preços prejudicial, ditando o valor que será cobrado do consumidor e afrontando o direito básico da liberdade de escolha, esculpido no art. 6º, inciso II, da Lei n. 8.078/1990.

²⁵ <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>



Assim, importante medida que deveria ser adotada pela ANP é a revogação definitiva dos dois dispositivos - quais sejam, §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013 - que limitam o poder de compra dos postos revendedores varejistas, os quais atualmente devem seguir os preços ditados pelas grandes marcas, sem margem de diminuição em benefício do consumidor final.

3.1.2. Da impossibilidade de revendedor varejista exercer função de distribuição: revogação do art. 16 da Resolução n. 41/2013

Ainda sob o aspecto concorrencial, a imposição da Agência em impedir que o revendedor varejista exerça função de distribuição, contida no art. 16 da referida Resolução, é prejudicial para o mercado.

Isto porque também impede a livre concorrência e que revendedores varejistas possam realizar atividades que poderiam ser compatíveis. Por competência legal, o papel da Agência Reguladora deve ser o de fiscalizar essas atividades, mas sem impedir que haja uma diversificação no mercado e melhoria do ambiente de negócios, além de favorecer o fluxo dos produtos até o consumidor final.

3.1.3. Da limitação para comercialização do etanol combustível pelo fornecedor: revogação do art. 6º da Resolução n. 43/2009

O mercado de etanol vem sendo repensado, inclusive pela Agência, por ter se tornado um dos mais importantes para a economia brasileira. A necessidade de se retirarem dispositivos que impeçam o desenvolvimento do setor é grande - pudemos perceber a intenção da Agência em conversar com o setor, por exemplo, ao abrir a Tomada Pública de Contribuições n. 2/2018, para tratar sobre a possibilidade de venda direta do etanol



combustível de usinas diretamente para postos revendedores varejistas.

Frente a isto, está a limitação imposta por normativa da ANP que impede que o fornecedor de etanol combustível comercialize seu produto diretamente com os postos revendedores. Pelo art. 6º da Resolução ANP n. 43/2009, o fornecedor tem três opções para realizar a comercialização: com outro fornecedor, com distribuidora ou com o mercado externo, retirando-se a possibilidade onde haveria maior ganho para as empresas.

Mais uma vez, demonstra-se desnecessária a atuação das distribuidoras nessa parcela da cadeia produtiva, que acaba por onerar o preço do produto final e impedir a concorrência do setor. Se o fornecedor pudesse comercializar diretamente com o posto revendedor, haveria melhor preço do produto disponível e se eliminaria um mediador da cadeia que não tem necessidade de ser incluído, facilitando a chegada do produto ao consumidor final.

Neste sentido, a proibição da comercialização direta entre usina e postos revendedores dificulta o consumo do produto em algumas regiões e onera o preço do produto (Imagem 12). Portanto, a melhor opção seria a retirada dessa exigência em regiões que possuam grande produção de etanol - e, de preferência, venda para postos revendedores que não ostentem bandeira.



Transporte de etanol

Custos com coleta e distribuição e de coleta com vendas diretas

Cidades	Consumo de etanol hidratado (% no total do Estado)	Custo de transp. de coleta e distrib. (R\$/m³)	Custo de transporte com comercialização direta (R\$/m³)	Economia gerada (R\$/m³)	Economia gerada (%)
Araçatuba	2,2	191,17	63,42	166,17	66,8
Araraquara	3,1	103,10	86,26	78,10	16,3
Assis	1,8	162,12	58,09	137,12	64,2
Bauru	4,9	113,77	60,03	88,77	47,2
Campinas	11,8	77,11	62,43	52,11	19,0
Itapetininga	1,8	84,14	58,77	59,14	30,2
Marília	1,4	165,07	61,81	140,07	62,6
Piracicaba	5,0	74,33	40,68	49,33	45,3
Presidente Prudente	2,9	202,28	37,37	177,28	81,5
Ribeirão Preto	8,6	126,40	42,25	101,40	66,6
São José do Rio Preto	6,2	144,89	57,74	119,89	60,1

Fonte: EsalqLog

Imagem 12 - Os custos com a coleta e distribuição de etanol com vendas diretas. Fonte: EsalqLog. Disponível em: <https://www.valor.com.br/agro/5566955/venda-de-etanol-de-usinas-aos-postos-diminuiria-os-custos-mas-geraria-riscos>

Assim, esse cenário se agrava se considerarmos a normativa que estabelece a fidelidade à bandeira, pois, além de limitar o poder de comercialização do fornecedor, a distribuidora ainda terá o poder de controlar o mercado naqueles postos revendedores que ostentarem a sua marca. A concentração de mercado nas mãos das grandes distribuidoras impede que o setor se desenvolva e causa prejuízo aos agentes menores e ao consumidor final do etanol combustível.

4. Afronta ao Código de Defesa do Consumidor

A importância de se defender o consumidor é tão grande e expressa no Brasil que a Constituição Federal traz princípios que devem nortear a atuação dos agentes do setor (público e privados). Os princípios da atividade econômica de livre concorrência e defesa do consumidor (incisos IV e V do art. 170 da Constituição Federal) são os principais parâmetros para aplicação e renovação das normas brasileiras.

Especificamente sobre o mercado, José Afonso da Silva preceitua que "o modo de produção capitalista evoluiu para as formas

oligopolistas”²⁶. Os dispositivos constitucionais (arts. 170, IV, e 173, §4º) “visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista”²⁷. Conclui-se que “é uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos”²⁸.

Na mesma linha, o renomado jurista defende que, na medida em que os consumidores são titulares dos direitos constitucionais fundamentais, “tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista”²⁹. Assim, o dispositivo que se refere à repressão do abuso de poder econômico (art. 173, §4º, da Constituição Federal) serviria como “base à proteção do consumidor”³⁰.

A proteção dos interesses econômicos dos consumidores - presente no caput do art. 4º da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) - deve ser observada a todo momento como forma de se estabelecer um “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (inciso III do art. 4º do referido Código). Porém, podemos afirmar que a imposição de fidelidade à bandeira para postos de gasolina implica diretamente em afronta a esse dispositivo, uma vez que vincula a atividade e impede que os preços sejam livremente negociados para benefício do mercado e do consumidor final.

Com a verdadeira abertura do mercado de óleo e gás, o maior beneficiário da política seria o próprio cidadão, que teria acesso aos combustíveis com um preço mais baixo e razoável.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2006. p. 795.

²⁷ Idem. p. 795.

²⁸ Idem. p. 796.

²⁹ Idem. p. 263.

³⁰ Idem. p. 263.



Além disso, o direito básico da liberdade de escolha - art. 6º, inciso II, da Lei n. 8.078/1990 - e a proteção a métodos comerciais desleais - inciso IV do referido dispositivo - são defendidos para que o consumidor possa garantir o acesso aos melhores produtos e preços disponíveis.

É sabido o *modus operandi* das distribuidoras, que se valem de seu amplo poder de imposição de preços aos seus postos revendedores vinculados. Por vezes, essas grandes empresas incorrem na vedação do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor, o qual impede a elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Vê-se isso no que ocorre nos dias de hoje em que as Refinarias diminuem os preços dos produtos, mas que esse abatimento não é refletido nas bombas de combustíveis para consumidores finais³¹.

Assim, o poder de negociação dos outros agentes da cadeia produtiva se torna inexpressível frente a essa imposição criada pela normativa em vigência, prejudicando diretamente o produto fornecido ao consumidor final, que acaba por abarcar todos os preços envolvidos nas transações.

Visando a proteção dos preceitos constitucionais de defesa do consumidor e liberdade do mercado, acreditamos que o caminho que está sendo trilhado por esta Agência é de suma importância para a reafirmação do setor de petróleo brasileiro e a melhoria do ambiente de negócios. Por isso, reitera-se a necessidade de se desvincular a marca aos postos de revenda de combustíveis.

³¹ Recentes reportagens veiculam a queda dos preços nas refinarias, mas aumento dos preços dos postos revendedores: <https://www.panoramaoffshore.com.br/preco-abaixa-nas-refinarias-mas-gasolina-segue-em-alta-nas-distribuidoras/>, <https://www.correiadoestado.com.br/economia/mesmo-com-cortes-nos-precos-pela-petrobras-gasolina-tem-alta-em-ms/338768/> e <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2018/10/13/preco-da-gasolina-cai-quase-1-nas-refinarias-mas-diferenca-nao-e-sentida-na-hora-de-abastecer.ghtml>.



5. A atuação da ANP: fiscalização e poder de polícia

À ANP foram garantidas competências amplas para a manutenção do setor de petróleo, gás natural, derivados e combustíveis. Dentre elas, a promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades do setor (caput do art. 8º da Lei do Petróleo).

Dessas atividades, depreende-se o poder de polícia garantido aos órgãos da Administração Pública "a fim de que possa estabelecer, em benefício da própria ordem social e jurídica, as medidas necessárias à manutenção da ordem, da moralidade, da saúde pública ou que venha garantir e assegurar a própria liberdade individual, a propriedade pública e particular e o bem-estar coletivo"³².

É nessa linha que a ANP possui o poder de fiscalizar os seus agentes regulados, tendo sempre em vista o interesse social³³. Porém, da mesma forma como lhe é garantida a atribuição, existem limites que devem ser respeitados de modo que, ao mercado, seja atribuída a segurança jurídica das relações e dos princípios de defesa da concorrência. O interesse público, a proporcionalidade, a discricionariedade e a necessidade devem permear a atuação do agente público frente aos seus regulados. O objetivo maior da aplicação do poder de polícia, qual seja a contenção de abusos do direito individual, não é respeitado. A

³² CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Poder de Polícia: Discricionariedade e Limites. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930.

³³ "Já em relação aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. A autoridade que fugir a esta regra incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. O fundamento do poder de polícia é a predominância do interesse público sobre o particular, logo, torna-se escuso qualquer benefício em detrimento do interesse público." CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Poder de Polícia: Discricionariedade e Limites. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930.



importância em se alcançar o interesse da coletividade por meio do poder de polícia garantido à Agência Reguladora é, por vezes, ultrapassada em detrimento de interesses privados³⁴.

Observa-se que com a fiscalização diante da imposição da cláusula de fidelidade à bandeira em contrato entre distribuidoras e postos revendedores, a ANP acaba por adentrar em uma seara que não lhe compete.

Contratos são acordos particulares celebrados entre partes interessadas, que manifestam sua vontade no negócio jurídico³⁵, e regulamentam seus interesses por meio dessa relação jurídica. Sendo assim, a Agência não poderia adentrar na relação privada bilateral dos contratos celebrados entre as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores para fazer valer a cláusula cível de fidelidade à bandeira. A fiscalização que a ANP realiza, por meio do poder de polícia, não a autoriza a

³⁴ Nessa linha, "Dentre as várias agências reguladoras existentes no país o presente paper se ateve particularmente à ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), e constatou que a efetividade do seu poder de polícia, por hora, é frágil. Percebeu-se que o monopólio no setor petrolífero ainda é muito acentuado, que as decisões tomadas pela agência sofrem grandes interferências judiciais e que a transparência no desempenho de suas atividades deixa muito a desejar. Ou seja, o real conceito do poder de polícia de limitar, disciplinar direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público, ainda está longe do esperado. Muitas vezes o interesse do particular, infelizmente, se sobrepõe ao interesse da coletividade." ARRUDA, Ianna Talyta Campos; DIAS, Rômulo Alves. A efetividade do poder de polícia da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-efetividade-do-poder-de-policia-da-agencia-nacional-de-petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/152694>

³⁵ Pode-se fazer aqui a reflexão de Pontes de Miranda ao associar a necessidade de uma manifestação de vontade para a celebração de um negócio jurídico: "(...) A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico". (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado - Parte Geral: Tomo III: Negócios Jurídicos. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 56.). E assim continua: "O negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios. (...) Essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação de vontade, que o outro fêz". (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado - Parte Geral: Tomo III: Negócios Jurídicos. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 60 e 61.)



adentrar em negócios jurídicos alheios para impor uma vontade, em tese, pública.

Além disso, é necessário que o órgão fiscalizador trate a todos da mesma maneira (postos que ostentam bandeira e postos bandeira branca). Porém, não é o que observamos no mercado de fato. Os postos de bandeira branca possuem um tratamento diferenciado dos demais e, por conseguinte, maior fiscalização por parte do agente regulador.

6. Comparativo com outros mercados e a experiência internacional

Necessário se faz comparar o mercado brasileiro (e todas suas peculiaridades) com outros países que possuem maior maturidade no tema.

Nos casos abaixo analisados dos Estados Unidos e na União Europeia, optou-se por uma política de livre concorrência entre os setores de combustíveis para transporte. Tais políticas datam de 1890 e de 1952, respectivamente. Apenas os países que entraram por último na UE fizeram sua transição um pouco mais tardiamente, como Espanha e Portugal, além de Malta que ainda enfrenta problemas.

Observa-se que o argumento principal dos países modelo é que a competição leva a benefícios aos consumidores através de uma tendência a preços menores pela competição entre as companhias fornecedoras de combustíveis. De forma geral, esses preços sofrerão alterações de acordo com a lógica dos mercados, com flutuações de oferta e demanda derivadas do preço internacional do petróleo.

6.1. O mercado norte-americano

Desde 1890, Congresso americano procurou preservar a competição entre as empresas para proteger os consumidores, garantindo



leis que proibissem comportamentos e práticas anticompetitivos. Essas medidas foram adotadas a partir da perspectiva de que, quando as empresas competem, os consumidores vencem. Por essa razão, foram promulgadas leis antitrustes que mudaram a estrutura de mercado, especialmente no setor de petróleo e gás, vital para o crescimento do país. O papel de acompanhamento para garantia da competição de mercado tem sido feito através dos relatórios das agências de fiscalização: a Comissão Federal de Comércio (Federal Trade Commission, FTC) e Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ).³⁶

A seguir estão as principais companhias do setor de combustíveis nos Estados Unidos, com seus números de postos e a sua participação no Mercado segundo dados da Oil Price Information Service (OPIS).

³⁶ Como dito anteriormente, existem dois órgãos do governo responsáveis pela fiscalização das leis antitrustes. Porém para evitar a sobreposição de tarefas, investigações duplicadas ou mesmo competição entre as duas agências, existe uma divisão entre elas - as agências geralmente distribuem revisões de fusões com base em sua respectiva experiência histórica com determinados setores.

Para transações nas áreas de geração e transmissão de energia elétrica, bem como energia nuclear, o DOJ geralmente realizará a revisão. A FTC geralmente analisa fusões nos setores de biocombustíveis e carvão. A responsabilidade pela revisão das transações nas indústrias relacionadas ao petróleo é dividida entre as agências. Normalmente, o DOJ analisa as fusões no mercado relativas à exploração, perfuração e produção de petróleo (as chamadas operações upstream). A FTC tem atuado na revisão de fusões de setores de refino (midstream) e distribuição e comercialização (downstream).



Tabela 2 - Classificação das Companhias de Combustíveis nos Estados Unidos segundo sua participação de mercado, 2018.

Classificação	Empresa	Número de postos	Market share
1.	Shell	13,727	13.04%
2.	Exxon	5,800	6.11%
3.	Chevron	6,075	5.89%
4.	Speedway	2,664	5.52%
5.	BP	6,653	5.50%
6.	Circle K	3,839	5.24%
7.	Mobil	4,332	4.64%
8.	Sunoco	4,879	3.91%
9.	Valero	4,889	3.76%
10.	QuikTrip	733	3.18%

Fonte: Oil Price Information Service (OPIS) apud CSP Daily. Disponível em: <http://www.cspdailynews.com/fuels-news-prices-analysis/fuels-news/articles/fuels-50-top-10-market-share>

Assim, enquanto no Brasil as três maiores companhias distribuidoras detêm mais de 70% de alguns produtos combustíveis, nos Estados Unidos as quatro maiores empresas de distribuição são responsáveis por quase 31% do mercado total.³⁷

³⁷ A situação atual é semelhante à de 2016: "Na distribuição, o segundo balcão, há apenas três grandes empresas que controlam quase 80% do mercado de combustíveis do Brasil. Em comparação, nos EUA as quatro maiores empresas distribuidoras controlam menos de 30% do mercado." Disponível em: <https://www.flatout.com.br/afinal-por-que-o-preco-da-gasolina-nao-baixou-e-continua-subindo/>



Em estudo do mercado de revenda de combustíveis de San Diego, foi observado que "a maior participação de bandeiras conhecidas faz com que o preço em determinada região seja maior. Isso leva a crer que os postos revendedores de bandeira possuem preços mais altos que os postos de bandeira branca"³⁸.

Vale ressaltar que alguns estabelecimentos de varejo são de propriedade e operados por refinadores, enquanto outros são empresas independentes que compram gasolina de refinadores e comerciantes para revenda ao público. O número e a localização dos concorrentes locais também podem afetar os preços.

Os postos de gasolina têm autonomia na escolha de quais combustíveis devem oferecer. Isso explica o porquê de a distribuição de etanol por exemplo estar enfrentando muita resistência. Existe a mistura obrigatória de 10%, porém as misturas de 15% e 85%, chamadas de E15 e E85, não são frequentemente encontradas em qualquer posto. Apenas 29 estados subnacionais oferecem esse combustível, sendo as companhias varejistas responsáveis: Sheetz, Kum and Go, Thorntons, Minnoco, Murphy USA, MAPCO, Family Express, Cenex, Protec Fuels e RaceTrac³⁹. Segundo a Renewable Fuel Association (RFA), estão previstas mais 2 mil unidades de vendas de E15/E85 neste ano⁴⁰.

Em relatório do Banco Mundial produzido em janeiro de 2016, Masami Kojima⁴¹ afirma que o preço médio nacional para gasolina e diesel nos Estados Unidos destaca-se por causa dos baixos custos de fornecimento do país (grandes economias de escala e alta eficiência operacional devido à concorrência) e baixos

³⁸ Estou de Lewis (2006). Trecho disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2188/1/AECosta.pdf>

³⁹ Disponível em: <https://growthenergy.org/2017/03/14/louisiana-latest-state-to-expand-consumer-choice-at-the-pump/>

⁴⁰ Disponível em: <http://www.ethanolrfa.org/resources/blends/e15/>

⁴¹ Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/424341467992781075/pdf/WPS7531.pdf>



impostos (os incidentes sobre consumo estão congelados desde 1993 em termos nominais).

6.2. O mercado europeu

Segundo a Fuels Europe⁴², o petróleo bruto e os produtos refinados são negociados livremente na União Europeia, permitindo que cada segmento de negócio (exploração, produção, refino e marketing) opere de forma independente. Além disso, tanto o alto número de operadores em cada segmento, quanto a transparência geral dos mercados, criam um ambiente altamente competitivo para essas atividades.

A política da concorrência foi estabelecida na União Europeia como parte do Tratado de Roma assinado em 1957, com o objetivo de assegurar o "bom funcionamento do mercado europeu [que] e permitissem aos consumidores beneficiar das vantagens de um sistema de mercado livre"⁴³. Dentre as razões pelas quais as políticas de concorrência são previstas na UE estão a questão de preços mais baixos, melhor qualidade, maior leque de opções de empresas/fornecedores, incentivos à inovação e à melhoria da concorrência no mercado internacional.

As autoridades nacionais de concorrência podem atuar na fiscalização das regras estabelecidas no Tratado, porém, a responsável no âmbito regional pela fiscalização das práticas concorrenciais é a Comissão Europeia.

Podemos citar dois casos em que a Comissão Europeia recentemente se envolveu em questões relativas ao setor de combustíveis fósseis: (a) em relação a monopólio de combustíveis, a Comissão

⁴² Disponível em: <https://www.fuelseurope.eu/knowledge/refining-in-europe/economics-of-refining/international-competition/>

⁴³ Comissão Europeia. Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência, 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/8200c251-aa42-11e6-aab7-01aa75ed71a1>



pressionou para que o governo maltês alterasse sua lei⁴⁴; (b) no âmbito antitruste atuou para que a empresa Repsol liberasse centenas de postos de abastecimento de obrigações previstas em contratos de fornecimento de longo prazo⁴⁵.

No relatório de 2017 produzido pela Fuels Europe é possível visualizarmos a quantidade de postos por países no ano de 2016⁴⁶. As informações sobre participação de mercado das companhias e o número de postos de gasolina são do ano de 2012.

⁴⁴ Sobre o caso do monopólio, quando Malta aderiu à UE, concordou em liberalizar o mercado em 2006. Mas não conseguiu fazê-lo, levando a Comissão a levar o governo maltês ao Tribunal de Justiça Europeu. O governo rapidamente reagiu, introduzindo leis permitindo que os operadores solicitassem licenças no setor, satisfazendo a Comissão Europeia. Entretanto, a liberalização do mercado não se materializou nos anos seguintes, sendo que a gasolina continua sendo vendida a taxas estabelecidas pela Estatal Enemed Ltd. Por essa razão, no dia 3 de março de 2018, o líder do Partido Democrático Anthony Buttigieg enviou uma carta à comissária europeia Margrethe Vestager, na qual argumenta que a Enemed é a única empresa que importa, armazena e vende gasolina em Malta, além disso detém praticamente todas as instalações de armazenamento de combustível do país e assim controla o preço da gasolina na ilha.

⁴⁵ No mercado espanhol, a Comissão Europeia investigou em 2006 se os contratos de fornecimento da REPSOL violavam as regras do Tratado CE relativas às práticas comerciais restritivas (artigo 81.º). Sua investigação foi encerrada devido aos compromissos assumidos pela REPSOL os quais referem-se à distribuição de carburantes (gasolina e diesel) para os postos. A REPSOL CPP comprometeu-se a permitir que todas os postos de abastecimento com os quais assinou contratos de fornecimento de longo prazo encerrem os mesmos. Segundo a Comissão, a implementação destes compromissos proporcionará pela primeira vez uma verdadeira escolha de fornecedores de gasolina para muitos postos na Espanha e garantirá que todos os postos da rede do operador principal possam fornecer descontos. Com isso, a expectativa é de uma maior escolha e alcance para preços reduzidos em benefício do consumidor. Os compromissos da REPSOL também estabeleceram uma referência para outros concorrentes que ainda mantêm práticas semelhantes.

⁴⁶ Para verificar o número de postos de gasolina por país, acessar: https://www.fuelseurope.eu/wp-content/uploads/2015/06/Graphs_FUELS_EUROPE-2017_-52.pdf



Tabela 3 - Classificação das Companhias de Combustíveis na Europa segundo número de postos, 2012.

Rank	Companhia	Número de postos
1	Shell	14,000
2	Total	11,500
3	BP	8,900
4	Esso	7,100
5	ENI	6,400
6	Orlen	2,800
7	Aral*	2,700
8	AVIA	2,600
9	OMV	2,500
10	Lukoil	2,500
11	Statoil	2,000

Fonte: Veraart Research. Disponível em: <https://www.retail-index.com/Sectors/PetrolRetailersinEurope.aspx>

7. Conclusão:

Vemos, portanto, a necessidade de adoção de medidas que possam aumentar a concorrência do setor com o incentivo de novos agentes na cadeia produtiva.

Como complementação da manifestação, a Refit apresenta em anexo a este posicionamento a *legal opinion* produzida pela Prof. Dra. Ana Frazão, especialista em direito concorrencial e econômico,

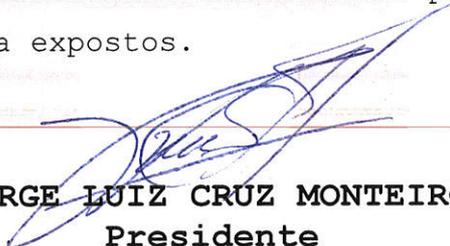


balizando argumentos jurídicos importantes para a tomada de decisão desta Agência.

Conforme exposto acima, a Refit reitera o seu compromisso com a abertura do mercado e a melhoria de preços ao consumidor final. As distorções concorrenciais presentes nas normativas da Agência podem ser resolvidas com a revogação dos seguintes dispositivos:

- Art. 32 da Resolução ANP n. 58/2014;
- §§2º e 4º do art. 25 da Resolução ANP n. 41/2013;
- Art. 16 da Resolução ANP n. 41/2013; e
- Art. 6º da Resolução ANP n. 43/2009.

Colocamo-nos à inteira disposição da ANP para eventuais questionamentos ou documentos necessários para esclarecimento dos argumentos acima expostos.



JORGE LUIZ CRUZ MONTEIRO
Presidente

CONSULTA

1. Consulta-me a Refit sobre os aspectos concorrenciais decorrentes das cláusulas de exclusividade muitas vezes impostas pelas distribuidoras aos revendedores de combustíveis. Dentre as finalidades da consulta, está a de elencar os principais argumentos concorrenciais que poderão ser apresentados tanto ao CADE como à ANP.

2. Por meio do presente estudo, pretende-se demonstrar, a partir de perspectiva econômico-concorrencial, a inadequação do atual quadro regulatório do setor de combustíveis no que diz respeito ao tema da fidelidade à bandeira, medida que tem o condão de afetar profundamente a dinâmica dos mercados de distribuição e revenda, de maneira a diminuir o bem-estar do consumidor.

OPINIÃO JURÍDICA

.I.

A tutela regulatória da fidelidade à bandeira Desenho regulatório carente de diálogo com os agentes regulados

3. Em que pesem os esforços do Estado brasileiro em liberalizar os mercados de distribuição e revenda de combustíveis, nomeadamente com a edição da Lei do Petróleo, a regulação setorial pertinente parece descompassada não somente com os anseios dos agentes regulados e da própria vontade estatal, mas sobretudo com o interesse do mercado consumidor, principal afetado pela dinâmica concorrencial do setor.

4. Basta notar, nesse ponto, que, por intermédio da Resolução ANP nº. 33/2008, alteraram-se dispositivos da Portaria ANP nº. 116/2000 – editada na esteira da Lei do Petróleo e das medidas de abertura do mercado – para restringir a

concorrência do setor mediante a instituição da medida conhecida como “fidelidade à bandeira”.

5. Nesse sentido, nos termos do § 2º do art. 11 da Portaria ANP nº. 116/2000, com a alteração introduzida pelo ato normativo de 2008, o revendedor que optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos – isto é, um posto “bandeirado” – deverá “adquirir e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial”.

6. De outro lado, revendedor que não tenha optado por exibir a marca comercial de um distribuidor específico – isto é, um posto de “bandeira branca”, sem fidelidade a qualquer marca – “não poderá exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações”, nos termos do inciso I do § 3º do aludido artigo.

7. Cabe notar, nesse ponto, que, para extirpar a regra da fidelidade à bandeira do direito brasileiro, realizou-se, em 2007, consulta e audiência públicas para a alteração do art. 11 da Portaria ANP nº. 116/2000.

8. Não obstante, não houve qualquer ponderação quanto aos argumentos dos agentes regulados no que diz respeito à fidelidade à bandeira, uma vez que a aludida disposição já constava da própria minuta de resolução. É ver-se:¹

§ 3º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor encontra-se vinculado comercialmente a um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá:

i) exibir a marca comercial do distribuidor na testeira do posto revendedor de forma destacada, visível à distância e de fácil identificação ao consumidor e, caso pactuado com o distribuidor, nas demais áreas de suas instalações (como por exemplo: no totem, no painel de preços, na loja de conveniência, nas bombas, nos uniformes dos funcionários, etc); e

ii) adquirir e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor ao qual se encontrar vinculado.

¹

Disponível em:
http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2007/Minuta_16_2007.pdf

em:

9. Não houve, por conseguinte, qualquer alteração no texto da minuta, evidenciando-se não somente o já mencionado descompasso entre o intuito estatal de liberalizar o mercado de combustíveis automotivos, como também grave ausência de debates a partir de contribuições do setor regulado, o que produz substancial *déficit* de legitimidade no ato normativo exarado à época.

10. Para além dos atos normativos supramencionados, importa salientar que a Portaria ANP nº. 116/2000 foi revogada pela Resolução ANP nº. 41/2013, que igualmente pretendeu regular a revenda varejista de combustíveis automotivos, mantendo as mesmas disposições concernentes à fidelidade à bandeira, agora no inciso II do § 2º de seu art. 25, segundo o qual “Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá (...) adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial”.

11. Note-se, contudo, que, mais uma vez, tal disposição normativa foi inserida na regulamentação aplicável ao setor sem qualquer reflexão acerca dos efeitos concorrenciais da fidelidade à bandeira. Pelo contrário, como se depreende da Nota Técnica nº. 40/2013 da Superintendência de Abastecimento da ANP (SAB), produzida no contexto da Consulta Pública nº. 8/2013 daquela agência reguladora, somente se levou em consideração a prestação de informações acuradas ao consumidor, que não deve ter dúvidas quanto a estar abastecendo em um estabelecimento vinculado a um distribuidor ou um posto de “bandeira branca”.

3.14 Quanto à identificação da origem do combustível automotivo, no caso de constar no sítio eletrônico da ANP que o revendedor optou por não exibir marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista:

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

ii) não poderá exibir qualquer identificação visual que possa confundir ou induzir a erro o consumidor quanto à marca comercial de distribuidor.

Tal medida tem o objetivo de proteger o consumidor, garantindo que, no momento do abastecimento do veículo, o condutor não tenha dúvida quanto a estar abastecendo em um estabelecimento vinculado a um distribuidor ou “bandeira branca”.

12. No que diz respeito às contribuições obtidas em consulta pública, porém, nada se questionou acerca do mérito da fidelidade à bandeira, constando do documento disponibilizado pela ANP² apenas sugestão de inclusão do termo “armazenar” na redação do ato normativo.

13. Não obstante, a regulação expedida pela ANP como resultado da Consulta Pública nº. 8/2013 – isto é, a Resolução ANP nº. 41/2013 – deixou de levar em consideração o documento elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), que já havia denunciado o potencial anticompetitivo da fidelidade à bandeira.³ Confira-se:

“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. A principal preocupação concernente a esta conduta refere-se à eliminação da competição

² Disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/concluidas/2158-aviso-de-consulta-e-audiencia-publicas-n-8-2013>.

³ Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2013/n8/Sugestoes_SEAEMF.pdf.

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.

(...)

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 um distribuidor frente a seus revendedores com consequente prejuízo aos investimentos e aumento do custo do produto. 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”.

14. Note-se, portanto, que a SEAE alertou expressamente a ANP não somente quanto ao potencial anticompetitivo da cláusula de exclusividade em que consiste a tutela da fidelidade à bandeira, como também evidenciou a possibilidade de fomento a condutas anticompetitivas como a cartelização e a fixação de preço de revenda, bem como a verticalização de fato do mercado.

15. Não obstante, tais considerações não foram levadas em conta pela norma que mais recentemente regulamentou a matéria. Esta se limitou a ratificar as disposições normativas já vigentes à época, aparentemente levando em consideração apenas a questão da informação ao consumidor quanto à procedência do combustível adquirido, ao arrepio das graves repercussões concorrenciais da fidelidade à bandeira que, como se mostrará a seguir, negam efetividade à própria regulação expedida pela ANP.

16. Mostra-se, dessa maneira, que os procedimentos levados a cabo para a edição das normas supramencionadas não dialogam, de modo algum, com as mais básicas repercussões concorrenciais do desenho regulatório aplicável ao setor e têm considerável déficit de legitimidade tanto do ponto de vista substancial como do ponto de vista procedimental.

17. Nos itens a seguir pretende-se demonstrar, de maneira aprofundada, as razões pelas quais a regulação ora vigente é inadequada para a regência do setor de combustíveis do ponto de vista concorrencial.

.II.

As cláusulas de exclusividade no Direito da Concorrência Efeitos anticompetitivos da fidelidade à bandeira

18. Em apertadíssima síntese, cláusulas de exclusividade têm por finalidade obrigar um revendedor a vender, exclusivamente, produtos da marca de um distribuidor específico.⁴

19. A partir dos ensinamentos da Escola de Chicago, indicouse que cláusulas de exclusividade não deveriam preocupar a defesa da concorrência, na medida em que, a partir de argumentos econômicos como os expostos por Bork⁵ e Posner,⁶ cláusulas de exclusividade não seriam eficientes e, por conseguinte, não trariam lucros às empresas por elas vinculadas. Sob tal perspectiva, cláusulas dessa espécie somente fariam sentido se o comprador recebesse compensação suficiente do fornecedor para que se abstinhasse de buscar outros fornecedores.

20. Assim, partindo-se dos pressupostos de que um agente com posição dominante poderia ser capaz de compensar eficientemente um dado comprador pela aceitação de uma cláusula de exclusividade e de que, por conseguinte, estaria fornecendo outros incentivos potencialmente capazes de beneficiar o consumidor, cláusulas de exclusividade não deveriam ser consideradas anticompetitivas.⁷

21. Contudo, a posição da Escola de Chicago padece de uma série de problemas, nomeadamente por se basear em simplificações grosseiras quanto à lógica jurídico-econômica das cláusulas de exclusividade. Em verdade, a Escola de Chicago busca fundamentos nos tipos ideais que guiam a economia neoclássica, como a concorrência perfeita, o ímpeto maximizador de utilidade do homem econômico e a busca exclusiva e indiscriminada por eficiência.⁸

22. Não se pode, por óbvio, presumir que haverá concorrência perfeita entre distribuidores de combustíveis, de maneira que os compradores poderão

⁴ HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harbard University Press, 2005. p. 183.

⁵ BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

⁶ POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

⁷ Ver: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. pp. 242-243.

⁸ Ver: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

esperar baixíssimos preços de aquisição como contrapartida da assinatura de um contrato de exclusividade, o que necessitaria de um mercado de distribuição que se aproximasse, em grande medida, da concorrência perfeita, com agentes concorrendo incisivamente pelo preço ótimo.⁹

23. Pelo contrário, em mercados reais, o efeito mais provável de ser obtido a partir da celebração de contrato de exclusividade é a exclusão da entrada de concorrentes mais competitivos e eficientes, na medida em que a contrapartida à exclusividade não será necessariamente a compensação de todos os consumidores do mercado com serviços e preços mais convidativos, mas sim consumidores em número suficiente para impedir que seus rivais tornem-se concorrentes viáveis.¹⁰

24. Dessa maneira, por mais convincentes que sejam os argumentos segundo os quais cláusulas de exclusividade podem ter o condão de evitar o oportunismo, proteger a marca do fornecedor e mesmo produzir um controle de qualidade mais efetivo, tais pressupostos já foram amplamente refutados por teóricos pós-Chicago, ao demonstrar os profundos efeitos anticompetitivos potencialmente provenientes dessas cláusulas. A conclusão a que se chegou é que contratos de exclusividade podem ser amplamente utilizados para impedir a entrada de concorrentes eficientes na hipótese de existirem potenciais economias de escala, como se mostrará a seguir.¹¹

25. Em primeiro lugar, é imperioso ressaltar os evidentes efeitos anticompetitivos nos mercados *a montante*, isto é, nos mercados de distribuição, uma vez que, a partir do momento em que um determinado distribuidor vincula certo cliente à sua marca, não somente retira potenciais clientes dos distribuidores concorrentes, como também afeta profundamente a inovação no mercado, já que os investimentos em pesquisa e desenvolvimento dos demais distribuidores não terão a mesma lucratividade que poderiam ter na ausência de cláusulas de exclusividade.¹²

⁹ FUMAGALLI; MOTTA; CALCAGNO, Op. cit., p. 244.

¹⁰ RASMUSEN, Eric B.; RAMSEYER, J. Mark; WILEY JR., John S. Naked Exclusion. *The American Economic Review*. v. 81, n. 5, pp. 1137-1145, dez. 1991.

¹¹ RASMUSEN; RAMSEYER; WILEY JR., Op. cit.; SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. Naked exclusion: comment. *The American Economic Review*. v. 90, n. 1, pp. 296-309, mar. 2000.

¹² REY, Patrick; TIROLE, Jean. A primer on foreclosure. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. *Handbook of industrial organization*. vol. 3. pp. 2194-2200. Ver também: HOVENKAMP, Herbert. Robert

26. A existência de contratos de exclusividade ainda tem o condão de facilitar a colusão entre compradores, produzindo verdadeiros cartéis intramarca, de maneira a solapar a atividade de agentes autônomos – como, no caso ora em discussão, dos postos de bandeira branca – que poderiam negociar com diversos distribuidores por preços mais baixos.¹³ De outro lado, as cláusulas de exclusividade podem, em larga medida, facilitar a colusão entre distribuidores, uma vez que incentivam a divisão de mercado a partir dos contratos de exclusividade que cada fornecedor poderá manter.¹⁴

27. Ademais, as cláusulas de exclusividade têm o potencial de incrementar as já profundas assimetrias de informação entre os clientes de determinado mercado de distribuição, ao produzir a sensação de que a adoção de cláusulas de exclusividade poderia trazer-lhes melhor situação, por mais que a completa ausência de cláusulas de exclusividade permitisse, na verdade, a obtenção de preços mais convidativos, como se mostrará a seguir.

28. Vale ressaltar que o potencial anticompetitivo das cláusulas de exclusividade já foi, por diversas vezes, identificado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que taxativamente afirmou – nomeadamente no conhecido caso “Tô contigo” – que as noções propaladas pela Escola de Chicago encontram, de fato, uma série de limitações. De acordo com o voto do Conselheiro-Relator Fernando Furlan, a existência de contratos de exclusividade em um dado mercado produz relevante externalidade negativa: “quando um comprador assina um contrato de exclusividade com um vendedor com elevado poder de mercado, ele gera uma externalidade negativa sobre todos os outros compradores, que são induzidos a assinar o contrato”,¹⁵ assim afetando sobremaneira aqueles que não se vinculam a cláusulas de exclusividade e que poderiam, por conseguinte, fornecer produtos a preços mais acessíveis aos consumidores.

Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency. *Antitrust law journal*. v. 79, n. 3, pp. 983-1001, 2014.

¹³ MACCRIMMON, Marilyn; SADANAND, Asha. Models of market behavior and competition law: exclusive dealing. *Osgoode Hall Law Journal*. v. 27, n. 4, pp. 709-768, 1989. p. 739.

¹⁴ MACCRIMMON; SADANAND, Op. cit., p. 739.

¹⁵ CADE, PA 08012.003805/2014-10, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 22.7.2009. No mesmo sentido: CADE, PA 08012.007423/2006-27, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 16.10.2018.

29. Assim, ainda segundo o voto do Conselheiro-Relator: “Ocorre que o monopolista pode explorar tais externalidades para impedir a entrada de potenciais competidores mais eficientes via exclusividade. Como fechamento do mercado, um potencial entrante não atingirá economias de escopo/escala necessárias para cobrir seus custos de entrada”.¹⁶

30. Em síntese, poder-se-ia até sustentar que, em determinadas circunstâncias específicas, a exclusividade não necessariamente trará danos à concorrência, na medida em que, segundo Hovenkamp,¹⁷ poderia ser necessária à criação de incentivos à concorrência ou para a garantia de um controle de qualidade efetivo. Não obstante, a partir do momento em que cláusulas de exclusividade significativamente reduzem as oportunidades de entrada ou expansão de concorrentes em um mercado relevante, a exclusividade torna-se prática anticompetitiva.¹⁸

31. Em outras palavras, cláusulas de exclusividade podem ter o condão de permitir que determinado agente econômico mantenha sua posição dominante e impeça a entrada de competidores no mercado ao fechar o dificultar o acesso a uma rede de distribuição.¹⁹

32. É de rigor, por conseguinte, que direitos de exclusividade sejam vistos com parcimônia, a partir de uma visão informada sobre a dinâmica competitiva do mercado em que se inserem, sob pena de perpetuarem práticas anticompetitivas. É o caso da fidelidade à bandeira, que, como se verá a seguir, não somente abala profundamente a dinâmica concorrencial do setor de combustíveis ao coibir a atuação de agentes capazes de competir por preços de maneira mais eficiente, como também fomenta práticas anticompetitivas.

¹⁶ CADE, PA 08012.003805/2014-10, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 22.7.2009.

¹⁷ HOVENKAMP, Op. cit., 2005, p. 143.

¹⁸ HOVENKAMP, Op. cit., 2005, p. 198.

¹⁹ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 496.

.III.

**O papel dos postos de bandeira branca no fomento à concorrência
Efeitos nefastos da regra da fidelidade à bandeira**

33. Como já se viu, as transformações do mercado de combustíveis nacional tiveram por finalidade promover a concorrência do setor, reduzir os preços e beneficiar o consumidor.²⁰ Não obstante, a estrutura do mercado – fortemente influenciada pela regulação – não acompanhou tal raciocínio, na medida em que criou uma série de incentivos para que as grandes distribuidoras celebrassem contratos de exclusividade com revendedores “bandeirados”, em detrimento da promoção da criação de postos independentes, ditos de “bandeira branca”.

34. Ocorre que, para além das tradicionais dificuldades oriundas de cláusulas de exclusividade que se verificam na literatura de Direito da Concorrência, o setor de combustíveis apresenta peculiaridades importantes, nomeadamente relacionadas às eficiências potencialmente advindas da difusão de postos de bandeira branca.

35. Conforme indicado por Hastings, a presença de revendedores independentes – isto é, de bandeira branca – produz substancial redução dos preços de revenda, ao passo que a sua substituição por postos bandeirados conduz a um aumento dos preços.²¹ Assim, muito embora se verifique a preferência de determinados consumidores por uma dada marca – e, por conseguinte, por postos bandeirados –, a inserção de mais postos bandeirados em detrimento de postos de bandeira branca reduz a intensidade da competição por preços e, portanto, incrementa substancialmente os preços do mercado.²²

36. Não são outras as conclusões da OCDE em documento especificamente voltado ao estudo do tema, no qual se demonstrou, de um lado, a

²⁰ PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. O brilho da bandeira branca: concorrência no mercado de combustíveis no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*. n. 31, pp. 37-65, jun. 2008.

²¹ HASTINGS, Justine S. Vertical relationships and competition in retail gasoline markets: empirical evidence from contract changes in Southern California. *The American Economic Review*. v. 94, n. 1, pp. 317-328, mar. 2004. p. 325.

²² HASTINGS, Op. cit., p. 328.

existência de evidências empíricas de que **o elemento mais importante para o incremento da concorrência no mercado de varejo de combustíveis é a presença de revendedores independentes**, eficiência substancialmente mitigada em virtude da predominância da integração vertical provocada pelos contratos de exclusividade celebrados entre distribuidoras e postos bandeirados. Confira-se:

“Principalmente, há evidência de que o mais robusto elemento para o incremento da concorrência na revenda de gasolina é a presença de revendedores independentes vendendo gasolina sem marca. O contraponto aos efeitos nefastos da desintegração vertical obrigatória é que a entrada de novos revendedores independentes (geralmente revendedores de varejo) poderia ser impedida e revendedores independentes incumbentes poderiam ser forçados a sair do mercado caso as refinarias decidam por predominantemente realizar integração vertical e vender exclusivamente a postos bandeirados.

Leis e regulações sobre integração vertical nesse setor são apenas tangencialmente relacionadas a preocupações competitivas relevantes. Ao contrário, são focadas em acirradas disputas contratuais entre refinarias e franqueados no que concerne à discriminação de preços e oportunismo”.²³

37. É bastante claro, assim, o potencial de aumento de preços decorrente da fidelidade à bandeira, sendo possível igualmente apontar para uma possível redução dos participantes do mercado e aumento arbitrário de lucros.²⁴

²³ OCDE. *Competition policy for vertical relations in gasoline retailing*. DAF/COMP (2008) 35. p. 41. No mesmo sentido: BARRON, John M.; UMBECK, John R. The effects of different contractual arrangements: the case of retail gasoline markets. *The Journal of Law & Economics*. v. 27, n. 2, pp. 313-328, out. 1984.

²⁴ Ver: SHEPARD, Andrea. Price discrimination and retail configuration. *Journal of political economy*. v. 99, n. 1, pp. 30-53, fev. 1991; GOLFÍN, Felipe Flores. Exclusivity contracts and competition: the case of the Brazilian fuels market. [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: FGV, 2016; BERNARDO, Valeria.

38. As conclusões não são diferentes no contexto brasileiro. Conforme evidenciou a pesquisa de Mariana Rodrigues Pinto e Emilson Delfino Silva, as distribuidoras vendem seus combustíveis a preços mais altos para os revendedores que exibem sua bandeira, ao passo que revendedores de bandeira branca conseguem comprar combustíveis por preços menores e, por conseguinte, fazem surgir uma nova competição nesse mercado.²⁵

39. Nesse sentido, segundo os autores, a revendedora de bandeira branca “vai ofertar a um preço menor aos consumidores: vendendo mais barato, ela afeta negativamente as demandas das demais vendedoras, fato este que tem efeito não só de diminuir os preços das revendedoras de bandeira colorida, mas também de diminuir os preços ótimos das distribuidoras para revendedoras de suas bandeiras”.²⁶

40. Significa dizer que a inserção de postos de bandeira branca no mercado tem o condão não somente de produzir ganhos ao consumidor que adquire combustíveis em postos de bandeira branca, mas afeta o mercado como um todo, gerando bem-estar inclusive para os consumidores que compram de postos bandeirados, cujos preços são afetados pela dinâmica dos postos de bandeira branca.

41. Consequentemente, demonstram os autores que “a existência de uma revendedora de bandeira branca aproxima o mercado de um modelo ideal de concorrência perfeita, em que o excedente do consumidor é máximo, pois acarreta preços ótimos menores e quantidades de equilíbrio maiores. Portanto, sua existência é motivo de aumento do bem-estar social”²⁷, enquanto é despida de qualquer fundamento sólido a existência de postos bandeirados.

42. Tais peculiaridades não fugiram ao crivo da autoridade da concorrência brasileira, que, em inúmeras oportunidades externou preocupações quanto

The effect of entry restrictions on price: evidence from the retail gasoline market. *Journal of regulatory economics*. v. 53, n. 1, pp. 75-99, jan. 2018.

²⁵ PINTO; SILVA, Op. cit., pp. 62-64.

²⁶ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 63.

²⁷ PINTO; SILVA, Op. cit., p. 64.

ao potencial oclusivo da fidelidade à bandeira. Cabe, nesse ponto, destacar o posicionamento do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº. 08700.002821/2014-09, no qual uma série de revendedores de combustíveis do estado do Maranhão, bem como o sindicato que os coordenava, foram condenados pela adoção de conduta uniforme para coibir suposta “guerra de preços”, “uma vez que os demais revendedores (de outras ‘bandeiras’ ou ‘bandeira branca’) não teriam condições de sustentar a competição contra o conjunto de postos ‘BR’”.²⁸

43. Note-se, nesse ponto, que, muito embora a distribuidora em questão não tenha comprovadamente concorrido para o resultado lesivo verificado pelo CADE, verificou-se colusão entre os postos bandeirados para fazer frente à concorrência por preços representada pelos postos de bandeira branca, o que evidencia tanto o potencial colusivo da fidelidade à bandeira como a maior eficiência dos postos de bandeira branca.²⁹

44. Para além dos processos administrativos para apuração de condutas anticompetitivas supracitados, podem ser mencionadas as interessantes conclusões traçadas no âmbito do Ato de Concentração nº. 08700.006444/2016-49,³⁰ quando o CADE vetou a aquisição da Alesat pela Ipiranga.

45. Naquela ocasião, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, atestou-se que “Os postos bandeira branca exercem verdadeira pressão competitiva no mercado de revenda, podendo inibir até mesmo a coordenação entre postos embandeirados pelas grandes marcas (dado um mesmo preço, os postos bandeira branca tendem a perder demanda por não estampar uma marca que passe confiança ao consumidor, e sua estratégia principal é de competir no preço)”.

46. Além disso, tanto no voto da Conselheira Cristiane Alckmin quanto no parecer do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, verificou-se que os postos bandeirados efetivamente concorrem com os postos de

²⁸ CADE, PA 08700.002821/2014-09, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 3.5.2017.

²⁹ Ver também: CADE, PA 08700.010769/2014-64, Rel. Cons. João Paulo de Resende, em andamento; CADE, PA 08700.009879/2015-64, Rel. Cons. Maurício Oscar Bandeira Maia, em andamento; CADE, PA 08700.009858/2015-49, Rel. Cons. Paulo Burnier da Silveira, em andamento.

³⁰ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

bandeira branca, ainda que possam ser levados em consideração fatores de qualidade e fidelidade do consumidor. Em síntese, “o preço do posto de bandeira branca constrange (ou disciplina) os preços do mercado”.

47. Portanto, verifica-se que o modelo regulatório da fidelidade à bandeira, além de não ter nenhuma justificativa sólida do ponto de vista econômico e jurídico, ainda tem o potencial de promover uma série de práticas anticompetitivas, como também de desprivilegiar agentes competitivos e aptos a reduzir os preços ao consumidor e, conseqüentemente, a gerar ganhos em bem-estar. Além disso, como se mostrará a seguir, o modelo da fidelidade à bandeira subverte a própria estrutura regulatória do setor, produzindo verdadeira verticalização de fato entre distribuidoras e postos bandeirados, subvertendo a própria arquitetura regulatória.

.IV.

Os efeitos da fidelidade à bandeira sobre a estrutura do setor “Verticalização de fato” que subverte a própria regulação da ANP

48. Ao disciplinar a comercialização de combustíveis líquidos no Brasil, a Resolução ANP nº. 41/2013 não somente estabelece a regra da fidelidade à bandeira, como também fixa outra importante norma concernente à dinâmica concorrencial do setor: a vedação à verticalização, ou seja, a proibição de que revendedores tenham em seu quadro de sócios pessoa jurídica autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos, nos termos do inciso IX do art. 8º do aludido diploma.

49. Como já evidenciou o CADE, a proibição de verticalização no setor vincula-se a uma preocupação com potenciais condutas anticompetitivas, nomeadamente com o risco de fechamento de mercado, de facilitação da prática de condutas coordenadas – uma vez que seria mais fácil para a indústria identificar os agentes que estariam desviando de um conluio – e a 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”).³¹

³¹ CADE, PA 08012.005545/1999-16, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julg. 28.4.2010.

50. Cabe, no entanto, notar que a regulamentação atualmente vigente quanto à vedação de verticalização é passível de inúmeras críticas, uma vez que a literatura de Direito da Concorrência indica que a possibilidade de verticalização pode, sob determinadas circunstâncias, gerar possíveis ganhos de eficiência, motivo pelo qual tal disposição normativa é também objeto de Tomada Pública de Contribuições perante a ANP (TPC nº. 3/2018).

51. Não é por outra razão que a integração vertical é dotada de potencial ofensivo bastante inferior ao das concentrações horizontais, sendo inclusive consideradas fontes de grandes eficiências econômicas, decorrentes da integração de atividades complementares de uma mesma cadeia de produtos ou serviços, e da redução de custos de transação em razão da melhor coordenação das etapas correspondentes.³²

52. Não se pode descartar, porém, a possibilidade de a integração vertical produzir fechamento de mercado mediante a restrição ou eliminação do acesso a insumos, em detrimento de rivais atuais ou potenciais, na hipótese de a integração vertical proporcionar à empresa significativo grau de posição dominante no mercado em questão.³³ Especialmente em um contexto pós-Chicago, reacenderam-se no Direito da Concorrência as preocupações com as integrações verticais.

53. As restrições que podem decorrer da verticalização podem se dar tanto mediante a recusa em contratar, como mediante a diminuição da oferta, o aumento de preços, a redução da qualidade do insumo ou mesmo a escolha de tecnologia incompatível com a adotada pelos rivais, de sorte a aumentar indevidamente os custos dos rivais nos mercados que utilizam os insumos, assim como ampliar as barreiras à entrada nestes.³⁴

54. De outro lado, pode ainda a integração vertical impedir ou restringir o acesso de rivais do mercado de insumos a clientes do mercado subsequente, além de propiciar acesso a informações comercialmente sensíveis sobre as atividades da

³² FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

³³ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

³⁴ FRAZÃO, Op. cit., p. 118.

cadeia dos mercados afetados, o que, além de colocar os rivais não verticalizados em situação de manifesta desvantagem competitiva, pode levar ao arrefecimento da competição por preços no mercado final, em prejuízo dos consumidores.³⁵

55. Assim, por mais que possam existir alguns benefícios decorrentes da verticalização no mercado de combustíveis líquidos, é essencial que a implementação dessa verticalização seja acompanhada de perto, sob pena de serem geradas distorções capazes não somente de alterar a dinâmica competitiva do mercado e gerar aumento de preços, como também fomentar comportamentos colusivos.

56. Mais do que isso, se a própria regulação impede a verticalização completa, há que se perquirir em que medida as grandes distribuidoras não estão obtendo os mesmos efeitos desta por meio dos contratos de exclusividade com revendedores.

57. É de se notar, nessa linha, que vários dos efeitos potencialmente nocivos da integração vertical já foram mencionados quando da descrição dos efeitos anticompetitivos da regra da fidelidade à bandeira que, naturalmente, se insere no mesmo quadro normativo do que a vedação à verticalização. Não obstante, fato é que tal convivência aparentemente harmônica demonstra a completa incoerência da atual normatização sobre o setor, ao desconsiderar por completo os efeitos de ambas as medidas sobre a dinâmica concorrencial.

58. Isso acontece porque, em verdade, a regra da fidelidade à bandeira produz verdadeira verticalização de fato, gerando os mesmos efeitos da integração vertical, porém sem qualquer compromisso com a adequada estruturação dos incentivos e garantias que comporão o mercado em questão.

59. Tais constatações, como não poderia ser diferente, já foram traçadas pelo CADE ao analisar a proposta de aquisição da Alesat pela Ipiranga, quando a Superintendência-Geral daquela autarquia aduziu existir influência decisiva da distribuidora na formulação da estratégia comercial de seus postos bandeirados, tendo em

³⁵ FRAZÃO, Op. cit., p. 119.

vista o seu direito de fornecimento exclusivo de combustíveis, a licença de uso de sua marca e o comodato de equipamentos.³⁶

60. Tal influência, naturalmente, poderia ser exercida pela distribuidora com vistas a diminuir a competição entre os próprios postos bandeirados na concorrência local, de sorte 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”.³⁷

61. Ainda segundo precedente do CADE, “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”.³⁸

62. Assim, de acordo com a SG no caso Alesat, “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”,³⁹ efeito do embandeiramento que fragiliza em larga medida os postos revendedores e aumenta indiscriminadamente as margens das distribuidoras a jusante.

63. Cabe, ainda, transcrever excerto do voto da Conselheira Cristiane Alckmin no âmbito do mesmo caso Alesat, segundo a qual:

³⁶ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

³⁷ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

³⁸ CADE, AC 08012.002820/2007-93, Rel. Cons. Vinícius Marques de Carvalho, julg. 17.5.2007.

³⁹ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

“De fato, para que um posto seja embandeirado, é importante que a distribuidora “se preocupe e/ou se responsabilize” pela qualidade dos produtos e serviços vendidos ali, dado que o consumidor percebe na marca uma certificação de qualidade do combustível e dos serviços. Logo, do ponto de vista de segurança percebida para o consumidor, é possível argumentar que é bom para ele que a distribuidora faça investimentos e se preocupe com os “seus” postos embandeirados (formalizando de alguma forma esta verticalização). Contudo, ainda que haja este lado positivo, a verticalização não deixa de trazer consigo um alinhamento de incentivos entre os dois segmentos. Este fato – somado ao histórico de problemas na revenda e à assimetria de informação existente entre o Cade e as firmas – agrava o desconforto do Cade em observar que uma das três grandes distribuidoras está comprando a quarta maior distribuidora de abrangência nacional, em um setor já deveras concentrado (ainda que não necessariamente seja a quarta em cada Estado – ver Tabela 9). É inegável que a probabilidade do exercício do poder coordenado (ainda que tácita e não explícita) aumente com esta operação”.⁴⁰

64. Ora, admitir tamanha contradição no âmbito da regulação da ANP seria, para além de verdadeiro contrassenso – já que implementa, por via transversa, medida estrutural que a própria regulação busca coibir –, profundamente prejudicial à dinâmica concorrencial do setor, na medida em que adiciona variáveis extremamente sensíveis no mercado em questão e que impactam sobremaneira os preços e o potencial de práticas anticompetitivas entre os revendedores.

⁴⁰ CADE, AC 08700.006444/2016-49, Rel. Cons. João Paulo de Resende, julg. 2.8.2017.

65. Por conseguinte, a manutenção da regra da fidelização à bandeira não se coaduna com os valores e diretrizes que orientam a dinâmica setorial, seja diante das mudanças paradigmáticas do mercado de combustíveis no final da década de 1990, seja diante dos princípios da ordem econômica, nomeadamente o da livre concorrência.

**.V.
Conclusões**

66. Diante do exposto, fica muito claro que, além de inexistirem quaisquer fundamentos jurídicos ou econômicos para justificar a regra da fidelidade à bandeira, existem diversos fundamentos que exigem o seu afastamento, diante dos seus diversos efeitos anticoncorrenciais, incluindo os incentivos à colusão. Ademais, as mencionadas cláusulas subvertem a própria regulação atualmente existente, implementando, de fato, a verticalização total que é juridicamente proibida.

Brasília, 11 de novembro de 2018.

Ana Frazão