

“A REGULAÇÃO DA ANP EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE NA REVEN- DA DE COMBUSTÍVEIS”.

Caroline dos Reis Amaral

I. Introdução

As agências reguladoras foram criadas no Brasil a partir da implantação de políticas que visavam retirar o Estado da execução direta de atividades consideradas de interesse público, de modo que estas passariam a ser realizadas pela iniciativa privada, sob a fiscalização estatal.

O modelo regulatório visava ao mesmo tempo atender melhor às demandas sociais por melhores serviços, implantando a competitividade em setores antes monopolizados, e livrar o Estado de investimentos necessários em tecnologia e expansão dos serviços, que pelo esgotamento das finanças públicas este não poderia suportar.

No setor petrolífero, a Emenda Constitucional nº 09 de 1995 concretizou a quebra da reserva de mercado existente até então em relação à Petrobrás. No entanto, Constituição Federal manteve, em seu art. 177¹, o monopólio do Estado sobre a pesquisa e exploração de jazidas de petróleo e determinou a edição de lei específica para dispor sobre o órgão regulador destas atividades.

A partir da edição da Lei do Petróleo², que veio regulamentar este dispositivo constitucional, a Agência Nacional do Petróleo - ANP - tornou-se o órgão fiscalizador e regulador de todas as atividades do setor petrolífero,

¹ “Art. 177 – Constituem monopólio da União : I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (...) §2º - A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional; II – as condições de contratação; III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;”(grifo nosso)

² Assim dispõe a Lei do Petróleo acerca da ANP: “Art. 7º - Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia”.

passando a representar o poder público no exercício de seu monopólio sobre os recursos energéticos nacionais, com todas as suas prerrogativas.

A revenda de derivados do petróleo está inserida no rol de atividades submetidas ao controle da ANP, que autoriza e fiscaliza a atuação dos revendedores, com o intuito de manter um ambiente competitivo, sem prejuízo das condições de preço e qualidade do produto oferecido ao consumidor.

Este estudo vai partir de uma análise da competência da ANP no que diz respeito à livre-concorrência, entendendo os limites de sua atuação em relação à competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e da Secretaria de Direito Econômico – SDE. Em um segundo momento, pretende-se abordar um elemento característico do setor da revenda de combustíveis que é a relação de exclusividade entre o posto revendedor e a empresa distribuidora, demonstrando a sua importância para a garantia de um mercado transparente e eficiente, em benefício de toda sociedade.

II . Competência da ANP em matéria de Defesa da Concorrência

O processo de desestatização e reforma do Estado, que teve lugar na década de 90, não significou apenas uma transferência da titularidade de algumas atividades do setor público para o privado, mas também a busca de um ambiente mais competitivo nos setores privatizados. Tal se verifica quando percebemos que as leis instituidoras da regulação em cada setor estabelecem como um dos objetivos principais da atuação do órgão regulador a promoção da livre-concorrência.

Assim, nestes setores os agentes econômicos ficaram sujeitos tanto aos regimes de regulação quanto às normas nacionais de defesa da concorrência estabelecidas na lei 8884/94.

Desse modo, criou-se uma espécie de competência comum entre agências reguladoras e os órgãos estatais responsáveis pelas políticas de defesa da concorrência no país, como a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Sobre a competência comum entre diversos entes administrativos, Ana Maria de Oliveira Nusdeo³ esclarece: “A sobreposição de esferas admi-

³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *Agências Reguladoras e Concorrência*, in *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 1^a. Edição, 2^a. Tiragem, São Paulo, 2002, p. 188/189.

nistrativas, nesse sentido, longe de ser um mal, gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, apresenta-se como uma vantagem do sistema, propiciando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual ‘contaminação’ que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor.”

O que se verifica na prática é uma atuação em etapas, sendo que cada ente administrativo limita sua atividade à hipótese prevista em lei, tendo em vista o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei previamente autorizou. Sobre o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ afirma: “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”.

Cabe lembrar que no caso da regulação de serviços públicos o CADE não seria o órgão competente para exercer qualquer controle ou fiscalização, uma vez que sua atuação é direcionada para as atividades econômicas, sendo um instrumento contra os abusos do poder econômico. No entanto, diferentemente de outras agências, a ANP regula um rol de atividades econômicas, de modo que a competência do órgão regulador coexiste como a do CADE e SDE.

Desse modo, a própria lei criadora da agência tratou de compatibilizar a competência da ANP, em matéria de concorrência, e a atuação do CADE neste ramo.

A Lei do Petróleo estabeleceu como um dos objetivos da política energética nacional a promoção da livre-concorrência⁵, determinando, ainda, como finalidade da Agência Nacional do Petróleo a fiscalização das atividades econômicas praticadas neste mercado, como se depreende do art. 8, caput⁶.

No entanto, a própria Lei do Petróleo também tratou de harmonizar a atuação da agência reguladora ao sistema de defesa da concorrência já existente, limitando sua competência nesta matéria. Assim, a lei criadora da ANP faz expressa referência, em seu art. 10⁷, à atuação do CADE e da SDE em

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13ª. Edição, São Paulo, 2001, p.75.

⁵ “Art. 1º – As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (...) IX – promover a livre-concorrência.”

⁶ “Art. 8º - A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.”

⁷ “Art. 10º - Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de

caso de infração à ordem econômica, determinando que sejam comunicados imediatamente de qualquer indício que chegue ao conhecimento da agência.

Desta forma, resta clara a importância da articulação entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras, cuja constante fiscalização do mercado lhe permite tomar conhecimento mais rapidamente das práticas prejudiciais à concorrência.

Além disso, é com base nesse conhecimento que a agência tem o dever de pautar as suas decisões no âmbito de cada uma das suas funções, como ao decidir onde intensificar a fiscalização, por exemplo.

A análise do texto legal não deixa dúvidas quanto ao caráter complementar que foi destinado à atuação da ANP, em relação à defesa da concorrência. Caberá à agência fiscalizar a atuação dos agentes econômicos e, quando verificado um indício de prática danosa, como a concorrência desleal, informar imediatamente à SDE e ao CADE, que são responsáveis, respectivamente, pela instrução do procedimento administrativo que será instaurado e pela sua decisão final, nos termos da Lei 8.884/94.

É possível que a ANP, atuando na esfera do seu poder de polícia, imponha sanções a certas práticas lesivas ao equilíbrio de mercado, de modo a cumprir o dever funcional de promover a livre-concorrência. No entanto, continua obrigada a informar a infração à ordem econômica aos órgãos competentes, conforme nos explica Ana Maria Nusdeo⁸: “As agências reguladoras, no entanto, estarão extrapolando a sua competência se aplicarem por sua conta as regras e as penalidades contidas na lei 8.884, de 1994. A constatação da existência de possíveis infrações à ordem econômica deverá dar ensejo ao procedimento de investigações estabelecido na lei 8.884, de 1994, culminando com uma decisão do CADE”.

fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta dote as providências legais de sua alçada.”

⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, op. cit., p.184.

Da mesma forma que não pode a ANP extrapolar a sua competência ao lidar com a política de coibição de práticas anticompetitivas, também não é atribuída ao CADE a competência para apreciar a compatibilidade ou não dos atos normativos emanados das agências com a manutenção do equilíbrio de mercado.

É importante destacarmos que a atuação da ANP envolve a regulação de atividades consideradas de utilidade pública e que, portanto, têm diversos aspectos a serem ponderados em um processo decisório, como a garantia do abastecimento nacional o preço e a qualidade dos produtos comercializados, além da proteção ao consumidor, por exemplo.

Em tese, verificada uma incompatibilidade entre o ato praticado e o equilíbrio de mercado, restaria ao CADE apenas a possibilidade de recorrer ao judiciário, no intuito de defender as condições de exercício da sua função primordial de zelar pela observância deste princípio constitucional, com base no art. 7º, inciso I, lei 8.884/94.

Com o objetivo de implantar esta atuação conjunta entre a agência, a SDE e o CADE, a ANP criou, através da Portaria nº 60 de 2000, a Comissão de Defesa da Concorrência – CDC, que nos termos do art. 1º de seu Regimento Interno⁹, teria a finalidade de assessorar a diretoria da ANP e dar cumprimento ao Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o CADE e a SDE.

Na prática, cabe à Comissão de Defesa da Concorrência – CDC encaminhar as representações enviadas pela SDE às respectivas Superintendências, para que sejam devidamente averiguadas, e analisar as representações recebidas diretamente pela ANP, decidindo que tratamento deve ser dispensado às mesmas, na forma do disposto no art.4º do seu Regimento Interno¹⁰.

⁹ “Art. 1º- A comissão de Defesa da Concorrência, instituída pela Portaria nº 60 de 05 de abril de 2000, tem por finalidade assessorar a Diretoria em suas decisões no campo de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, e dar cumprimento às obrigações assumidas pela ANP no Acordo de Cooperação Técnica, celebrado com o Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE”.

¹⁰ “Art. 4º - A CDC reunir-se-á quinzenalmente para deliberar sobre questões de sua competência observando a seguinte ordem nos trabalhos:

I – Leitura, discussão e aprovação da ata da sessão anterior;

II – Aprovação da distribuição das representações encaminhadas pela SDE às Superintendências, efetivada pelo coordenador; e

III – Análise das representações recebidas diretamente pela ANP para decisão quanto ao tratamento a ser dispensado às mesmas, podendo:

Deste modo, temos que dependendo do tipo de infração que se verificar no caso concreto, a representação deverá ser encaminhada pela CDC a uma determinada Superintendência, responsável pela averiguação preliminar, que deverá ser posteriormente enviada pela ANP à SDE, notificando-a dos indícios técnicos da existência da infração.

Por fim, nos processos administrativos em andamento na SDE, quando encaminhados por esta Secretaria, caberá à respectiva Superintendência da ANP emitir um parecer técnico conclusivo, que irá integrar a instrução do processo, de modo que possa ser encaminhado ao CADE, ente responsável pela decisão final, com todos os elementos necessários ao ato decisório.

III . O direito de exclusividade e a garantia do princípio da livre-concorrência na revenda de combustíveis

Vimos, então, que cabe à ANP a fiscalização das atividades da indústria do petróleo, visando a manutenção do equilíbrio de mercado, sem prejuízo do melhor atendimento ao consumidor. Passamos, agora, ao estudo das atividades de distribuição e revenda de derivados do petróleo, que constituem o setor da indústria petrolífera denominado “downstream”, que também foram regulamentadas pela Lei 9.478 de 1997. Na seção “Das Definições Técnicas”, o art. 6º, incisos XX e XXI¹¹, da Lei do Petróleo, nos trouxe a definição das atividades de distribuição e revenda.

-
- a) quando manifestamente improcedentes, arquivá-las de plano, comunicando ao denunciante as razões do arquivamento;
 - b) solicitar maiores esclarecimentos ao denunciante, para posterior decisão quanto ao arquivamento ou encaminhamento da denúncia; ou
 - c) encaminhar às Superintendências para pronunciamento.

IV – Análise das respostas elaboradas pelas Superintendências, podendo:

- a) considerar inconcluso o parecer técnico e reencaminhar à Superintendência para esclarecimentos adicionais;
- b) considerar conclusivo o parecer técnico e encaminhar ao diretor supervisor aprovação em reunião de diretoria e posterior encaminhamento à SDE; ou
- c) considerar inexistente a infração denunciada à ANP, excluídas as que forem encaminhadas pela SDE, propondo seu arquivamento.”

¹¹ “Art.6º - Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: (...) XX – Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidoras de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis.

A Lei 9.847 de 1999, ao tratar da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, em seu art. 1º, § 1º¹², também tratou da revenda e distribuição, ao dispor sobre as atividades abrangidas pelo abastecimento nacional de combustíveis, consideradas de utilidade pública.

De fato, este caráter de utilidade pública é o grande diferencial das atividades da indústria do petróleo, entre elas a revenda e distribuição, em relação a outras atividades econômicas, o que as submete à fiscalização de um órgão regulador, neste caso, a ANP.

Ocorre que o posto revendedor pode estar vinculado a uma única distribuidora, ostentando uma marca da qual ela é a proprietária, ou pode ser um revendedor independente, não vinculado à marca de uma distribuidora específica.

O denominado posto “bandeira-branca”, por ser independente, pode adquirir combustível de um ou mais fornecedores, ostentando uma marca própria, dissociada de qualquer distribuidora.

A Agência Nacional do Petróleo – ANP regulamentou a atividade de revenda de combustíveis através da Portaria nº 116, publicada no Diário Oficial da União, em 06 de julho de 2000¹³.

A Portaria 116, em seu art. 11, também tratou do posto bandeira-branca, estabelecendo a obrigação deste revendedor de informar ao consumidor a origem do produto comercializado¹⁴.

XXI – Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificante e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis”

¹² “Art. 1º - A fiscalização das atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, bem como do adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, será realizada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP ou, mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 1º - O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as atividades de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, bem como a distribuição, revenda e comercialização de álcool etílico combustível” (grifo nosso).

¹³ “Art.2º - A atividade de revenda varejista consiste na comercialização de combustível automotivo em estabelecimento denominado posto revendedor”.

¹⁴ “Art. 11 - O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e

Por outro lado, a Portaria mencionada criou para o revendedor vinculado à marca de uma distribuidora a obrigação de exclusividade, conforme se verifica em análise do mesmo art. 11, em seu § 2º¹⁵.

No entanto, tal norma não pode ser considerada uma inovação da Agência Nacional do Petróleo. Desde a instituição do Conselho Nacional do Petróleo – CNP, já existia o vínculo da exclusividade entre o distribuidor e o revendedor de combustíveis e derivados do petróleo, que deveria, inclusive, ser registrado junto ao órgão competente, conforme as Resoluções 7/75, 7/77, 7/85 e 16/87¹⁶. Posteriormente, quando o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC passou a ser o órgão responsável pela fiscalização e regulamentação do sistema de abastecimento nacional, ficou temporariamente revogada a vinculação necessária do posto revendedor à empresa distribuidora, até que o Ministério de Minas e Energia manifestasse seu entendimento em defesa do direito de exclusividade da distribuidora em relação ao revendedor que ostentasse a sua marca, conforme expresso na Portaria Ministerial nº 61 de 1995¹⁷.

Esta norma suscitou grandes debates à época de sua edição, dando lugar a dois entendimentos diversos. Por um lado, considerava-se que o direito de exclusividade favorecia as grandes distribuidoras, que tinham grande número de postos ostentando a sua marca e, portanto, sujeitos à sua política de preços e formas de pagamento mais ou menos vantajosas de acordo com o volume de produtos comercializados em cada estabelecimento.

ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. § 1º - O revendedor varejista poderá optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos. (...) § 3º - Caso o revendedor varejista opte por não exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba abastecedora, o distribuidor de combustíveis líquidos e derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos fornecedor do respectivo combustível”.

¹⁵ “Art. 11 - (...) § 2º - Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida”.

¹⁶ MACHADO, Edmar Gomes, SAYEG, Ricardo Hasson, CARVALHEIRO, Cláudia, *Distribuição de Combustíveis Automotivos*, in Revista do Direito do Consumidor nº 36, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.202.

¹⁷ “Art. 11 – O revendedor varejista que exibir a marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora”.

Desta forma, ainda que a oferta de uma outra distribuidora fosse muito melhor, o posto ficaria impedido de aproveitá-la, tendo que cumprir a sua obrigação de só adquirir combustíveis da distribuidora ao qual estaria vinculado.

Assim, primeiramente, argumentou-se que esta seria uma violação ao princípio da livre-concorrência, como relatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, em Mandado de Segurança nº 4.578/DF¹⁸, julgado em 23 de setembro de 1998: “(...) Com esses dispositivos, o Senhor Ministro de Estado terminou outorgando as grandes distribuidoras, exclusividade para abastecer os postos varejistas que ostentam suas respectivas marcas; esta forma de vinculação induz a cartelização – proscrita pela atual ordem constitucional beneficiando as grandes distribuidoras; o Congresso Nacional, recentemente, quebrou as regras do Monopólio do Petróleo, não podendo o Senhor Ministro de Estado, através de simples portarias, desestruturar toda a relação comercial existente e em vigor no mercado de compra e venda de combustíveis; os dispositivos impugnados agridem os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre-concorrência, segurança jurídica, moralidade administrativa e vinculação dos atos públicos às diretrizes do planejamento; a relação que se trava entre as distribuidoras e os postos revendedores efetiva-se através de contratos de compra e venda, disciplinados pelo direito privado. Por isto, não se expõe a restrições partidas de autoridade administrativa”.

Por outro lado, parte da doutrina e jurisprudência nacional demonstra um outro aspecto da questão, que vamos analisar melhor no tópico a seguir, argumentando que dentre os princípios da ordem econômica também se incluem a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade e a defesa do consumidor. De modo que se ressalta a necessidade do Estado intervir nas atividades econômicas sempre que as forças do mercado forem insuficientes para a garantia da justiça social e outros ditames constitucionais, através da fiscalização, incentivo e planejamento em determinados setores.

Na realidade, através dessa norma, emanada da Portaria do Ministério de Minas e Energia, que, posteriormente, a Agência Nacional do Petróleo reeditou ao tratar na atividade da revenda de combustíveis, a Administração só veio a regulamentar o que os contratos entre revendedor e distribuidora já vinham dispendo através da cláusula de exclusividade. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Milton Luiz Pereira no Mandado de Segurança nº 4.578/

¹⁸ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

DF¹⁹, ao qual já fizemos menção, critica esta norma justamente por entender que este tipo de regra traduz uma intervenção do Estado no direito contratual, que só poderia se efetivar através de lei formal, e não através de Portarias da própria Administração: “Trata-se de clara intromissão na economia dos contratos entre distribuidoras e fornecedores. Quiçá pudesse traduzi-la a lei formal, em atenção ao novo perfil que a intervenção estatal na economia imprimiu no correr deste século ao direito contratual. Nunca, porém, meras portarias de pretendida vocação regulamentar. Como anota Geraldo Ataliba, com apoio em lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é ‘inconstitucional o regulamento que pretenda interpor-se entre dois particulares, em suas relações civis ou comerciais’. Fizeram época há dois decênios, numerosos litígios deflagrados entre distribuidoras e revendedores de derivados de petróleo, vinculados geralmente por contratos coligados de concessão de venda com exclusividade e de comodato do equipamento utilizado para revenda. Fundaram-se quase sempre em inadimplemento contratual dos revendedores - não raro traduzido em infidelidade à chamada ‘bandeira’ -, alegado pelas distribuidoras. Resolveu-os, todos, à luz do direito comum, o Poder Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual foram ter. Jamais se cogitou de que pudesse desatá-los, ou mesmo preveni-los mediante norma vedatória do tipo da questionada, a própria Administração”.

Buscamos na obra de Werter R. Faria²⁰, que tratou especificamente dos contratos de distribuição, uma definição para a cláusula de exclusividade, que os integra: “A exclusividade é uma cláusula especial ao contrato de concessão de venda em que o concessionário se obriga a comprar do concedente, para revender numa zona determinada, bens produzidos ou distribuídos pelo segundo.”

Um aspecto negativo dos acordos de exclusividade é o fato destes reduzirem o surgimento e a expansão de outros fornecedores, à medida que poucas empresas vão estabelecendo uma área de atuação própria, garantindo o escoamento apenas da sua própria produção.

Tratando dos limites da liberdade contratual na ordem jurídica portuguesa, o autor português Manuel Couceiro Nogueira Serens²¹ identifica o

¹⁹ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

²⁰ FARIA, Werter R., *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992, p.71.

²¹ SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, *Direito da Concorrência e Acordos de Compra Exclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 37.

problema: “Em última instância, as obrigações de exclusividade, normalmente incluídas em acordos verticais, - acordos celebrados entre empresários que operam em níveis diferentes do processo de produção ou de distribuição - , dificultam o acesso ao mercado de novos concorrentes e, conseqüentemente, limitam a escolha dos consumidores”. (...) “Por outras palavras, se o revendedor se obriga a comprar exclusivamente produtos de determinada marca, o consumidor não dispõe, junto desse mesmo revendedor, de qualquer possibilidade de escolha. Nesse sentido, sem dúvida que os acordos de compra exclusiva têm conseqüências negativas para a concorrência entre marcas diferentes”.

Outro tipo de problema surge quando a cláusula de exclusividade passa a integrar uma série de contratos, tornando-se uma imposição por parte das grandes distribuidoras aos seus revendedores, gerando não apenas a obrigação de compra, mas também sujeitando o revendedor a uma política de preços fixada unilateralmente pela empresa. Isto, principalmente, quando a distribuidora tem o domínio de uma parcela significativa do mercado, de modo que a sua posição torna cada revendedor, individualmente considerado, mais vulnerável à sua imposição.

Estas obrigações do revendedor geradas pelo contrato com cláusula de exclusividade com a distribuidora foram analisadas por Manuel Couceiro Nogueira Serens²², partindo de um estudo sobre este tipo de contrato: “Desse contrato, e olhando as coisas pelo lado do revendedor (empresa A), ressaem as seguintes obrigações: a) obrigação de ‘utilizar em exclusividade’, não apenas combustíveis, mas também lubrificantes fornecidos pela empresa C, obrigação essa que se diz valer para ‘instalações diversas do estabelecimento a que o contrato respeita’ (cláusula 13^a, n^o1); b) obrigação de vender os referidos produtos ‘pelos preços oficiais ou na falta destes, pelos constantes das tabelas da empresa C’ (cláusula 3^a, n^o1); c) obrigação de comprar quantidades mínimas dos produtos que constituem objecto da obrigação de compra exclusiva (cláusula 15^a.); d) obrigação de se conformar com as directivas de política comercial do fornecedor, e de zelar pelo goodwill da respectiva marca”.

No entanto, o referido autor²³ também apontou que existem vantagens neste tipo de acordo, como a garantia de um abastecimento regular, conforme a seguinte explicação: “Para além de, em geral, conduzirem a uma melhoria da distribuição, os acordos daquele tipo também permitem ao forne-

²² SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, op.cit., p. 60/61.

²³ SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, op. cit., p. 55/56.

cedor planificar a venda dos seus produtos de maneira mais exacta e com maior antecedência, assegurando ao revendedor um abastecimento regular durante o período por que vigoram; por outro lado, tais acordos facilitam a promoção da venda de um determinado produto, e permitem actuar de uma maneira intensiva no mercado”.

Além disso, é preciso ressaltar que a distribuidora não pode vender o seu produto diretamente ao consumidor, salvo no caso de posto-escola, conforme expresso na Portaria nº 116 de 2000, em seu art.12²⁴.

Por isso, é muito comum neste setor a empresa distribuidora arcar com as despesas da criação do estabelecimento comercial, necessário ao escoamento da sua produção, como os custos de instalação e manutenção dos equipamentos, por exemplo, exigindo em contrapartida a cláusula de exclusividade. Neste caso, a exclusividade teria também o carácter compensador, visando garantir o retorno de todo capital investido naquele posto revendedor.

Na doutrina nacional, também Werter R. Faria²⁵, citando Guyénot, nos fala das vantagens que estimulam o revendedor a aderir a um contrato de exclusividade: “As grandes sociedades petrolíferas adiantam, inclusive a fundo perdido, o dinheiro necessário aos donos de postos de gasolina para modernizarem-nos e, até mesmo, abrirem novos postos de gasolina. Em contrapartida exigem dos seus mutuários ou donatários vinculação exclusiva de compra, incidente sobre litragem, cujo montante é calculado em função das vantagens que lhe proporcionam. A duração do contrato corresponde ao tempo gasto pelo dono do posto de gasolina para dar vazão à litragem que se vinculou a comprar para revender. Ao termo fica liberado da sua dívida e da vinculação exclusiva de compra, ao mesmo tempo’ ”.

Assim, resta claro que o direito de exclusividade tornou-se objeto de uma negociação que pode ser muito atraente e vantajosa para o revendedor, apesar de restringir as suas opções de fornecedor.

Werter R. Faria²⁶ também salienta que os efeitos deste tipo de res-

²⁴ “Art. 12 – É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista. §1º - o caput do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores.”

²⁵ FARIA, Werter R., *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992, p.58.

²⁶ FARIA, Werter R., op. cit., p.59.

trição gerada pelo contrato de exclusividade devem ser analisados segundo a parcela do mercado atingida por um dos contratantes, o que poderá configurar a existência ou não de dominação de mercado : “A restrição à concorrência é ínsita às cláusulas ou contratos dessa espécie, de sorte que tem razão Blaise (1993, p.92) ao recomendar que, ‘para apreciar o efeito de um acordo de provisão exclusivo, e especialmente a maneira como entrava o acesso ao mercado, primeiro faz-se necessário ter em conta a importância do fornecedor’. Quando ele detém posição dominante, o fato de impor a exclusividade de provisão aos seus revendedores pode constituir exploração abusiva. Em segundo lugar, é preciso tomar em consideração, ademais, a importância da parte do mercado coletivamente detida pelos distribuidores vinculados pelo acordo. Sendo considerável, pode haver grave restrição à concorrência. O contrato de fornecimento exclusivo proporciona ao fabricante certeza de que a sua produção encontrará saída; ao passo que o concessionário, como nos casos das bebidas e dos combustíveis, acessoriamente ao contrato de distribuição poderá conseguir diversas vantagens, sem as quais não instalaria o negócio ou reformaria o estabelecimento”.

Assim, para constatar a existência de restrição à concorrência, temos que verificar a existência de algumas condições. Em primeiro lugar, a existência de poder de mercado (ou posição dominante) por parte da empresa que implementa a exclusividade. Além disso, a parcela do mercado atingida por esta prática deve ter extensão significativa. Por último, devem existir barreiras à entrada no mercado de origem, como por exemplo a necessidade de capital vultoso, ou um tipo de tecnologia de difícil acesso, o que inviabilizaria o surgimento de novos fornecedores.

O fato é que a concorrência no setor do downstream não foi uma inovação trazida pela reforma administrativa da década de 90, como aconteceu em outras atividades da indústria do petróleo. Na verdade, empresas distribuidoras de grande porte já atuavam no Brasil mesmo antes da abertura de mercado.

No entanto, foi a liberação de preços determinada pelo Ministério da Fazenda, através da Portaria 59/96, pouco antes da criação da ANP, que impulsionou a competição entre as empresas do ramo, que até então trabalhavam segundo as margens de lucro e o preço de revenda determinado pelo Ministério de Minas e Energia.

Nesse novo contexto, ao mesmo tempo em que a agência determinou a obrigação de fidelidade dos postos com relação à marca da distribuidora que ostentar em seu estabelecimento, também criou a figura dos postos “ban-

deira-branca”, visando garantir o fomento à livre-concorrência no setor, uma vez que este poderia comprar o produto do fornecedor que lhe oferecesse melhores condições de pagamento, livre da obrigação de fidelidade a uma marca, o que, em última análise, beneficiaria o consumidor final.

Por fim, no que diz respeito à obrigação de exclusividade, estabelecida por ato normativo da ANP, entendemos que ela está em perfeita consonância com as práticas de mercado, que contratualmente já criavam este tipo de obrigatoriedade através da cláusula de exclusividade.

Além disso, o efeito deste tipo de restrição, em razão da fidelidade à marca, foi muito amenizado pelo fato de que só existirá exclusividade se o posto optar por exibir uma determinada marca, garantindo ao revendedor a possibilidade de operar postos desvinculados e independentes de qualquer distribuidora.

É preciso considerarmos também que o crescimento dos postos “bandeira-branca” possibilitou o acesso de todo tipo de fornecedor ao mercado de combustíveis, facilitando ainda mais o surgimento de novos distribuidores, abalando a parcela do mercado abastecida pelas grandes distribuidoras.

O comentário de Regina Zamith²⁷ ressalta essa mudança no mercado de combustíveis: “Os postos de abastecimento são em torno de 26 mil em todo país, e quase todos tinham contratos de exclusividade com as distribuidoras em troca de suporte e de apoio técnico-financeiro. Porém, com as mudanças das regras de mercado, liberando os postos para comprarem das distribuidoras que desejassem, tem crescido o número de postos que não mantêm exclusividade, oferecendo combustíveis de diversas procedências, são os postos multibandeiras ou de bandeira branca”.

Destacamos a seguinte passagem da palestra proferida por Adriano Pires²⁸ que trata do fácil acesso de novos fornecedores ao mercado: “Esse setor de distribuição, por sua natureza econômica, sempre poderá ser bastante competitivo, porque ao contrário da outra cadeia do petróleo, do upstream, o setor de distribuição não apresenta barreiras econômicas e tecnológicas. Hoje, para se abrir uma distribuidora, a questão do capital não é tão grande assim e a tecnologia está ao alcance de todos. (...) Por isso, esse setor ao contrário de

²⁷ ZAMITH, Regina, *A Indústria Para-petroleira Nacional*, Annablume, São Paulo, 2001, p.63.

²⁸ PIRES, Adriano, *Retrato do mercado atual*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE, p.40.

outros na cadeia do petróleo tem mais facilidade de viabilizar a existência de um número de empresas, inclusive pequenas, regionais etc.”

Também sobre o tema, versou a palestra de Jorge Luiz Sarabanda da Silva Fagundes²⁹: “A princípio, existem indícios de que a exclusividade não gera efeitos anticompetitivos no mercado de distribuição de combustíveis. Por quê? Primeiro, os contratos de exclusividade são uma característica setorial, inclusive estando presentes os no relacionamento entre distribuidoras e postos de revenda em outros países. Não são, portanto, o resultado de uma conduta isolada praticada por uma distribuidora com posição dominante. O segundo ponto diz respeito à relativa facilidade para que novos entrantes acessem ou ganhem a bandeira de um certo posto. Cerca de 20% dos postos negociam seus contratos anualmente, de modo que há espaço para a entrada de novos concorrentes.”

Pelo acima exposto, devemos concluir que a obrigatoriedade de fidelidade à distribuidora ao qual o posto está vinculado, não impede o acesso de outros agentes ao setor da revenda, garantindo a livre-concorrência entre postos exclusivos ou não de diferentes fornecedores.

IV. O direito de exclusividade sob o enfoque da proteção ao consumidor

As regras do Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública e perfeitamente aplicáveis às relações que se desenvolvem no mercado de combustíveis, devendo ser compatibilizadas com as normas emanadas da agência, além da própria lei instituidora do órgão regulador.

No que diz respeito à indústria do petróleo, as relações de consumo estão inseridas somente no setor de revenda, sendo o revendedor o último elo entre a cadeia de produção e o consumidor.

O revendedor atua no mercado com a autorização da ANP, a quem cabe fiscalizar a sua atuação, verificando se estão sendo cumpridas as condições necessárias ao exercício da atividade.

Cabe lembrar que o revendedor só está autorizado a comercializar produtos derivados do petróleo nas condições especificadas pelo órgão regu-

²⁹ FAGUNDES, Jorge Luiz Sarabanda da Silva, *Relação Vertical entre distribuidoras e Postos Revendedores*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE, p.251.

lador. A atividade do posto revendedor tem que atender a todas as normas emanadas da agência, sendo que, a estas, também se somam as normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis a toda relação de consumo.

Dentre as normas de proteção ao consumidor o CDC incluiu o direito à informação, em seu art. 6º, inciso III³⁰. Esse dispositivo impõe ao fornecedor a obrigação de dar as informações corretas quanto à qualidade, preço e características do produto, garantindo ao consumidor a possibilidade de escolha do que for mais adequado.

Cláudia Lima Marques³¹ nos explica que o dever de informar seria, na verdade, uma consequência do princípio da transparência, que deve existir na relação de consumo. A doutrinadora considera que existe deveres que são “instrumentais” para a boa prestação do serviço contratado, deveres que se originam da boa-fé na relação contratual, como seria o caso do dever de informar. Destacamos a seguir o seu entendimento: “O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 31³², mencionou novamente o dever de bem informar, ao tratar da oferta e apresentação do produto.

Com este dispositivo, o Código não quis apenas proteger o consumidor de uma propaganda enganosa, mas também criou o dever de informar por parte do fornecedor, que não pode omitir-se. A regra, no direito civil, seria o comprador procurar obter as informações necessárias antes de contratar, no entanto, como o consumidor é sempre a parte mais vulnerável da relação, o CDC adotou uma regra mais benéfica, impondo ao fornecedor o dever de informar.

³⁰ “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 4ª. Edição, São Paulo, 2002, p.646.

³² “Art. 31 – A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

A lei não limitou esse dever ao fabricante do produto, de modo que todos os agentes envolvidos na cadeia de produção são responsáveis pelo cumprimento da norma. Assim, quem ofertar o produto deverá informar o consumidor sobre as suas características.

A ANP ao regulamentar a atividade do posto revendedor também criou obrigações relacionadas à informação do consumidor, previstas no artigo 10 da Portaria 116 de 2000³³.

O art. 11³⁴ da mesma portaria determina a obrigação do revendedor de informar ao consumidor a origem do produto comercializado, além de determinar expressamente o dever de exclusividade do revendedor com relação à marca ostentada, como já vimos anteriormente.

Assim, verificamos que também as normas expedidas pela agência tratam de resguardar o direito do consumidor a obter informações consideradas necessárias à boa prestação deste tipo de serviço. Desta forma, a própria regulamentação da ANP procurou adequar a atividade de revenda às exigências do CDC.

³³ “Art. 10 – O revendedor varejista obriga-se a: (...) IV – identificar em cada bomba abastecedora de combustível automotivo, de forma destacada, visível e de fácil identificação para o consumidor, o combustível comercializado, informando se o mesmo é comum ou aditivado; V – informar ao consumidor, de maneira adequada e ostensiva, a respeito da nocividade, periculosidade e uso do combustível automotivo; VI – prestar informações solicitadas pelos consumidores sobre o combustível automotivo comercializado; VII – exibir os preços dos combustíveis automotivos comercializados em painel com dimensões adequadas, na entrada do posto revendedor, de modo destacado e de fácil visualização à distância, tanto ao dia quanto à noite; VIII – exibir em quadro de aviso em local visível, de modo destacado, com caracteres legíveis e de fácil visualização, as seguintes informações: o nome e a razão social do revendedor varejista; o nome do órgão regulador e fiscalizador das atividades de distribuição e revenda de combustíveis: Agência Nacional do Petróleo – ANP; o telefone 0800 900 267 do Centro de Relações com o Consumidor – CRC da ANP, informando que a ligação é gratuita e indicando que para o CRC deverão ser dirigidas reclamações que não forem atendidas pelo revendedor varejista ou pelo(s) distribuidor(es); o horário de funcionamento do posto revendedor”.

³⁴ “Art. 11 - O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. (...) § 2º - Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida”.

Como vimos anteriormente, o dever de fidelidade à bandeira ostentada pelo posto, além de ser objeto de cláusula contratual negociada entre o revendedor e a empresa distribuidora, também tornou-se norma do órgão regulador.

Tal norma tem o objetivo de garantir a segurança e o direito do consumidor de saber o que está comprando. Através desta norma a agência procurou assegurar que o produto comercializado tenha realmente a qualidade que o consumidor associa à marca que o posto ostenta.

A bandeira de um posto de combustíveis é a apresentação do produto que está sendo comercializado naquele estabelecimento. Não seria razoável, à luz dos princípios da transparência e da boa-fé nas relações de consumo, permitir ao comerciante apresentar uma marca, utilizando-se da imagem construída pela distribuidora, mas vender um produto diverso.

Rubens Requião³⁵, ao tratar da cláusula de exclusividade em contratos de franquia, explica, inclusive, com base do Direito de Propriedade Intelectual, que esta seria a melhor maneira da empresa, que concede o uso da marca, garantir a manutenção do seu prestígio no mercado, conforme se depreende do seguimento destacado: “Mas somente em condições de venda com exclusividade, de forma absoluta ou relativa, é que a grande empresa produtora pode organizar e regularizar a comercialização de seus produtos, zelando pela integridade e prestígio de sua marca” (grifado no original).

Desta forma, verificamos que tanto o consumidor tem o direito de ser bem informado sobre as condições em que se dá a compra do seu combustível, como também a empresa distribuidora deve zelar para que o seu revendedor ofereça um produto de acordo com a sua imagem, construída, inclusive, por propagandas publicitárias.

Normalmente, o revendedor não apenas ostenta a bandeira de seu distribuidor, como também expõe no estabelecimento todo tipo de divulgação publicitária fornecida pela própria empresa distribuidora. Este também é um elemento que induz o consumidor a pensar que o produto comercializado é fornecido por aquele determinado distribuidor e, portanto, possui as características anunciadas.

De acordo com os ensinamentos da autora Cláudia Lima Marques³⁶

³⁵ REQUIÃO, Rubens, *Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas*, in Revista dos Tribunais vol. 513, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p.48.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 4ª. Edição, São Paulo, 2002, p.653.

a publicidade não deve ser utilizada de modo a induzir o consumidor ao erro: “O princípio da Transparência, instituído pelo CDC para a fase pré-contratual, terá reflexos claros na publicidade, pois esta, enquanto informação ao consumidor, deverá também respeitar os novos parâmetros de veracidade”.

A partir do momento em que há uma marca vinculada ao estabelecimento, que utiliza o material publicitário e a imagem consolidada pela empresa distribuidora, o consumidor presume que o produto comercializado também está relacionado à marca, não sendo capaz de identificar por si mesmo se o produto está fora dos padrões que ele espera.

Não podemos esquecer que a publicidade também foi tutelada pelo Código, sendo esta um dos principais instrumentos através do qual se transmite uma informação ou idéia sobre o produto ao consumidor.

O CDC, em seu art. 37³⁷, expressamente proibiu a prática de publicidade enganosa, que se verifica pelo simples fato de induzir o consumidor ao erro, conforme nos ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁸: “(...) na caracterização da enganabilidade, não tem qualquer importância a consumação do dano material. O consumidor não precisa chegar às últimas consequências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas ao contrário sua capacidade de afetar decisões de compra”.

Assim, com a obrigação de fidelidade à bandeira, a ANP tentou garantir ao consumidor o direito de estar bem informado, ou seja, o direito de não ser enganado, de modo que possa escolher o melhor entre as opções oferecidas pelo mercado.

A jurisprudência já pacificou o entendimento de que a comercialização de combustível de marca diversa da ostentada pelo estabelecimento configura

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

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

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 7ª. Edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001, p.292.

lesão ao consumidor, que tem o direito à correta informação sobre o produto que será consumido, conforme se depreende deste seguimento destacado do voto³⁹ do Ministro Humberto Gomes de Barros, no Mandado de Segurança n° 4.578/DF: “controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. A garantia da boa qualidade, no mundo hodierno, manifesta-se através das marcas e logotipos. Quem escolhe posto de determinada “bandeira”, para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vendem produtos daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o freguês. Praticar semelhante engano equivale a ‘obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer forma outro meio fraudulento’. (C.Penal, Art. 171). Quando o freguês é iludido, a distribuição não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis. Tal anomalia lesa, também, a empresa titular da bandeira. Ela se expõe ao risco de um produto de qualidade inferior comprometer o prestígio da marca. Lucra somente a granelista que se aproveitou da marca famosa para, às custas de sua titular enriquecer ilicitamente”.

Nesse sentido, também destacamos o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo Medina, no Recurso Especial n° 475.220 – GO: “Não se pode negar que a chamada ‘quebra de bandeira’ confunde o consumidor final e torna mais difícil o controle da origem dos combustíveis, favorecendo as empresas que praticam a atividade de distribuição ilegalmente, e que procedem a alterações na composição dos produtos, a comprometer não somente a integridade dos veículos automotores, mas o meio-ambiente e a saúde da coletividade”.

É importante mencionarmos que se o combustível, adquirido pelo revendedor de distribuidora diferente daquela à qual está vinculado, estiver fora das especificações estabelecidas pela ANP, será considerado impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, §6°, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰.

³⁹ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

⁴⁰ “Art. 18 – Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios

Este artigo do CDC tratou da responsabilidade do fornecedor pelo vício de qualidade do produto, ou seja, por vícios que tornem o produto inadequado para consumo.

Cabe lembrar que a responsabilidade do fornecedor é sempre objetiva, sendo que mesmo quando ignorado o vício do produto, não estará isento desta responsabilidade, conforme se depreende do art. 23, do CDC⁴¹.

Neste caso, todos os tipos de fornecedores da cadeia produtiva serão responsáveis pela reparação de eventual dano causado ao consumidor, de modo que este poderá demandar contra qualquer deles.

Também por este motivo, a fidelidade à bandeira se faz tão importante neste setor, uma vez que o consumidor que adquiriu o produto de outra procedência poderá demandar tanto do comerciante, como da distribuidora vinculada ao posto revendedor, a reparação do dano que este produto vier a lhe causar.

Por fim, devemos ressaltar que, em se tratando de relação de consumo, em que uma das partes é considerada vulnerável em relação à outra, caberá sempre ao fornecedor o ônus da prova.

Essa inversão do ônus da prova em favor do consumidor foi prevista como um dos direitos básicos previstos no art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor⁴².

Este dispositivo é de fundamental importância no setor de combustíveis. Isso, porque a prova da má qualidade do produto não é aparente, mas sim extremamente técnica. Desta forma, caberá à distribuidora ou ao

ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...) §6º - São impróprios ao uso e consumo: (...) II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.” (grifo nosso).

⁴¹ “Art. 23 – A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.”

⁴² “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

revendedor demandado demonstrar a regularidade do produto comercializado pelo estabelecimento no período em que se deu a relação de consumo.

V. Conclusões

Neste estudo, partimos de uma análise da atuação da ANP em matéria de defesa da concorrência, compreendendo que a sua competência é, na verdade, complementar à competência do CADE e SDE. Vimos que cabe à agência a fiscalização das atividades do sistema de abastecimento nacional de combustíveis, entre elas a revenda de derivados do petróleo, adotando medidas preventivas e repressivas às infrações da ordem econômica.

Em seguida, verificou-se que a exclusividade sempre foi uma característica do mercado de revenda de combustíveis, sendo pactuada entre revendedor e distribuidora através da cláusula de exclusividade, como uma forma de garantir à empresa distribuidora os investimentos feitos no estabelecimento. Vimos que hoje a exclusividade assume uma perspectiva maior, na medida em que a fidelidade à bandeira tornou-se também uma imposição da própria agência e das normas de defesa do consumidor.

Analisamos, então, o direito de exclusividade sob a ótica da defesa da concorrência, entendendo que não seria uma hipótese anticompetitiva, pois não impediria o acesso de outras distribuidoras ao mercado, principalmente, diante da possibilidade de existirem os postos “bandeira-branca”, que poderiam comercializar produtos de qualquer empresa distribuidora. Deste modo, vimos que não procede o argumento de que a exclusividade seria lesiva ao direito de livre escolha do revendedor, pois este sempre poderá optar por não ostentar a marca de uma única distribuidora, optando por comercializar o produto da empresa que, no momento, oferecer melhores condições de preço e pagamento.

Por outro lado, também desenvolvemos a análise à luz do direito do consumidor, demonstrando que a fidelidade à bandeira significa transparência no mercado de combustíveis. Vimos que o consumidor deve ser informado sempre quanto à origem do produto a ser consumido, restando claro que a utilização de uma marca gera a expectativa no consumidor de que o produto teria todas as características que estão associadas àquela marca, como segurança e boa qualidade. Ressaltamos que a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor pelo produto inadequado será tanto do revendedor, quanto da distribuidora que, por isso, também deve estar atenta à atividade do seu revendedor.

Entendemos, portanto, que a exclusividade tornou-se um direito a ser exigido do revendedor que opta por ostentar a marca de uma empresa distribuidora, além de um importante instrumento para a garantia da transparência e o respeito ao direito do consumidor neste mercado.

VI. Bibliografia

FAGUNDES, Jorge Luiz Sarabanda da Silva, *Relação Vertical entre distribuidoras e Postos Revendedores*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE.

FARIA, Werter R., *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 7ª. Edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001.

MACHADO, Edmar Gomes, SAYEG, Ricardo Hasson, CARVALHEIRO, Cláudia, *Distribuição de Combustíveis Automotivos*, in *Revista do Direito do Consumidor* n° 36, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *Revista dos Tribunais*, 4ª. Edição, São Paulo, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13ª. Edição, São Paulo, 2001.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*, Atlas, São Paulo, 2002.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa, *Comentários à Lei do Petróleo*, Atlas, São Paulo, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *Agências Reguladoras e Concorrência*, in *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 1ª. Edição, 2ª. Tiragem, São Paulo, 2002.

PIRES, Adriano, *Retrato do mercado atual*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE.

REQUIÃO, Rubens, *Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de*

Vendas, in Revista dos Tribunais, vol. 513, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, Direito da Concorrência e Acordos de Compra Exclusiva, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

ZAMITH, Regina, A Indústria Para-petroleira Nacional, Annablume, São Paulo, 2001.