

DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS DERIVADOS DE PETRÓLEO

Por FERNANDO JARDIM RIBEIRO LINS

Advogado, Pós Graduado pela Fundação Getúlio Vargas.

Publicado na Revista 'Advocatus' da Escola da Advocacia de Pernambuco – ESA em Junho de 2009.

I – INTRODUÇÃO

É fato notório que o mercado de distribuição e, por conseqüência, revenda de combustível derivados de petróleo é dos mais importantes em nosso país, seja pela grande arrecadação de tributos para o Estado, seja pela geração de empregos. Conforme informações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP¹, de fevereiro do ano passado, o setor de *dowstream*, como é conhecido internacionalmente o mercado de distribuição, conta com aproximadamente 248 distribuidoras de combustível, 570 revendedoras retalhistas² e 31.979 postos revendedores.

O surgimento do referido mercado teve como ponto de partida a Emenda Constitucional n. 9/95, que, alterando o art. 177 da Carta Magna da República, permitiu que as empresas estatais ou privadas, de capital nacional ou estrangeiro, executassem, através de contrato de concessão, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás. Também foi permitido, através da referida Emenda, a exploração por outras empresas, que não estatal, do mercado de distribuição.

Em que pese o art. 177, acima referido, só ter sido alterado em 1995, permitindo, assim, a concorrência no mercado de distribuição de combustíveis, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 170, já havia estabelecido os pilares da nova ordem econômica, tendo como um dos seus princípios a livre concorrência.

Objetivando regulamentar principalmente os artigos 177 e 238 da Constituição, a União Federal editou a Lei n. 9.478/97, conhecida como “Lei do Petróleo”, que passou a

¹ Antes do advento da Lei Federal n. 11.097/2005, era denominada apenas Agência Nacional do Petróleo -ANP

² Trata-se de empresa de varejo de combustível que visa o atendimento de pequenos consumidores, compatível com o nível de exigências estabelecidos pela, ANP

regular o mercado de exploração e produção de petróleo e gás, como também o mercado de venda e revenda desses produtos. Em complemento à referida norma, também foi editada a Lei Federal n. 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis no país e também estabelece sanções administrativas às práticas infrativas.

Antevendo a abertura do mercado de petróleo, a União Federal, revogando as Leis n.s 4.137/62 e 8.158/81, promulgou a Lei n. 8.884/94 que, segundo seu art. 1º., “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Frente ao espírito da Carta Magna de 1988 e dos novos institutos apontados, o presente trabalho tem por fim analisar e propor soluções, através de um caso concreto, às questões que envolvem a livre iniciativa e a legislação antitruste no mercado de distribuição de combustíveis derivados de petróleo.

O caso concreto trazido para análise tem como fatos jurídicos relevantes, os princípios da livre iniciativa e concorrência estampados na Constituição Federal; o mercado relevante que é o de distribuição de combustíveis derivados de petróleo; os órgãos regulatórios, que têm caráter preventivo e/ou repressivo; e a lei do Petróleo.

II – CASO GERADOR

Objetivando promover, segundo seu entendimento, a proteção dos consumidores o Ministério Público Federal e Estadual, juntamente com os órgãos estadual e municipal de proteção ao consumidor (Procon) de determinado Estado da Federação, tendo como principal fundamento o princípio da livre concorrência, promoveu ação civil pública contra as distribuidoras de combustível líquidos derivados de petróleo e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

Na referida ação, o promovente, após discorrer sobre o mercado de petróleo desde a época que era controlado pelo Governo Federal até os dias atuais, conclui que os contratos celebrados entre as distribuidoras e os postos revendedores que estabelecem a

exclusividade dos produtos por estes comercializados são ilegais, uma vez que deixam de observar o princípio constitucional da livre concorrência.

Ainda fundamentando seu entendimento no princípio da livre concorrência, os referidos entes também se voltaram contra a agência reguladora do mercado (ANP), mais precisamente contra a Portaria 116/2000, que, além de vedar às distribuidoras de combustíveis líquidos derivados de petróleo o exercício da atividade de revenda varejista, obriga que os revendedores varejistas que optaram pela vinculação a uma marca não comercializem produtos de outras distribuidoras.

Tendo em vista que a ação foi promovida também contra um ente federal, a ação foi ajuizada através da Justiça Federal, no qual o juiz competente, instado a se pronunciar a respeito do pedido liminar, entendeu que na verdade, ao contrário dos fundamentos da ação proposta, o afastamento preliminar da cláusula de exclusividade poderia gerar danos aos consumidores e que, de resto, não estavam presentes os requisitos mínimos exigidos para a concessão da referida antecipação da tutela perseguida.

Anote-se, por oportuno, que o Tribunal Regional Federal em resposta ao recurso apresentado contra àquela decisão pelos entes que promoveram a ação, sob o mesmo fundamento, também negou o pedido liminar perseguido, mantendo incólumes os contratos que as distribuidoras mantêm com os seus revendedores, bem como os ditames da portaria 116/2000, da ANP.

III - DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS DERIVADOS DE PETRÓLEO

No Brasil a primeira legislação que se tem notícia tratando da repressão ao abuso do poder econômico foi o Decreto-Lei n. 7.666, do ano de 1945, que, em razão da deposição de Getúlio Vargas no mesmo ano, perdurou por pequeno espaço de tempo. Contudo, impulsionado pela Constituição de 1946 outras normas foram editadas com o fito de reprimir abusos praticados pelos grandes grupos econômicos contra os consumidores.

Mantida a repressão na Constituição de 1967 e na Emenda ou, como queiram alguns, na Constituição de 1969, o legislador constitucional quando da confecção da Carta Magna de 1988 destacou em diversos dispositivos os princípios que passariam a nortear a ordem econômica e financeira do nosso país.

Após as diversas normas editadas sobre o tema depois da Constituição de 1988, a União Federal promulgou a Lei n. 8.884, de 11/06/1994, depois alterada pela Lei n. 10.149, de 21/12/2000, originada de uma Medida Provisória, passando a vigorar em nosso país, conforme se depreende do seu art. 20, uma norma que não se limitou a tipificar condutas ilícitas, mas sim efeitos indesejáveis pela nova ordem econômica e financeira em vigor.

Quanto ao tema os professores em economia MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO e MÁRIO LUIZ POSSAS³ destacam que:

“A tarefa seria trivial se a lei antitruste procedesse a uma tipificação de condutas que, em si, constituíssem infração, bastando prová-las para aplicar as devidas penalidades legais. Sabe-se, todavia, que não é assim: a lei apresenta, na caracterização do ilícito, uma peculiaridade que faz diferir de outros sistemas legais que descrevem crimes ou infrações, na medida em que não estabelece ‘tipos’ de condutas infratoras, mas sim efeitos indesejáveis que, se produzidos, tornam uma prática ilícita, seja qual for o seu tipo ou sua forma jurídica (cf. art. 20, *caput*).

Ademais, na descrição de tais efeitos usam-se termos e expressões genéricas, que podem ser enquadrados como conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação requer interpretação que supra essa indeterminação pelo recurso à análise econômica.”

Neste contexto, é de se concluir que as infrações à ordem econômica não se limitam à análise jurídica do caso posto em análise, mas sim à repercussão econômica dos atos praticados, daí a preocupação do Estado em evitar atos de concentração de mercado ou qualquer outro que importem em abuso de poder econômico.

Por outro lado, é importante destacar que a lei antitruste não objetiva atingir o poder econômico, posto que em muitos casos é alcançado mediante políticas competentes e eficazes, mas sim os abusos ou desvios de finalidade, daí a própria lei estabelecer no artigo 20, §1º, que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior

³ MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas “Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas”. São Paulo: Singular, 2002, p. 135.

eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito” de domínio de mercado relevante.

A lei antitruste vai além quando permite no seu art. 54 que determinados atos de concentração sejam autorizados pelo órgão fiscalizador competente (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE) quando tenham por objetivos determinados fins, inclusive, “quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. É o caso dos atos que importem no aumento de produtividade das empresas; melhora de qualidade dos bens ou serviços e aqueles que propiciam eficiência e o desenvolvimento tecnológico; importando os referidos benefícios necessariamente na distribuição equitativa entre empresas e consumidores, sem a eliminação da concorrência.

Portanto, “na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral.”⁴ Logo, a repressão aos atos de concentração de mercado deverão ser efetivados quando sejam verificados abusos do exercício do poder econômico, afinal de contas a nova ordem econômica estampada na Constituição de 1988 estabelece como um dos seus fins o bem de todos.

Exatamente objetivando proporcionar o bem de todos, a União Federal colocou em prática os ditames estabelecidos nos artigos 177 e 238 da Constituição, através da Lei n. 9.478/97, conhecida, repita-se, como “Lei do Petróleo”, afastando, por consequência, restrições que atingiam o mercado de combustíveis derivados de petróleo.

Em artigo sobre o tema CELSO DE ALBUQUER BARRETO⁵ destaca:

“A mencionada Lei 9478/97 proclamou, sem deixar margem a dúvida, o respeito aos princípios da livre competição (Art. 61, §1º.), liberdade de concorrência e competitividade internacional (Art. 1º., incisos IX e XI), ou seja: com a entrada em vigor da Lei 9478/97, passou a vigorar, em sua plenitude, para a Petrobras e demais empresa que queiram atuar no setor, o princípio constitucional da livre iniciativa, tão importante que se encontra inscrito, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, (...).”

⁴ SZTAIN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p 36

⁵ Geopolítica do petróleo: Tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório, publicado na obra: Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (org.), Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 20.

Arrematando seu entendimento, o autor destaca que o princípio constitucional da livre iniciativa acarreta principalmente quatro conseqüências: “respeito à apropriação particular dos bens e meios de produção” (art. 5º., XXII, e 170, II, da Constituição Federal); “faculdade de constituir empresas sem necessidade de aprovação de órgãos públicos, salvo os casos expressamente previstos em lei, e escolher a forma associativa que melhor atenda aos criadores” (art. 170, parágrafo único, da Constituição); “liberdade de lucro” (art. 170, IV, da Constituição Federal); e “liberdade de contratar” (art. 5º., II, da Constituição Federal).

No que se refere especificamente ao petróleo, a União Federal, também objetivando evitar atos de concentração, detalhou a atuação de cada agente, assim, as etapas do processo de produção de combustível derivado de petróleo são realizadas de forma distintas, limitando, por conseqüência, a atuação de cada agente econômico.

Implementada a concorrência no mercado de distribuição de combustíveis, a União Federal, complementando o processo de desregulamentação, liberou a importação e os preços praticados pelas refinarias e pelas centrais produtoras.

IV – RESTRIÇÕES DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS DERIVADOS DE PETRÓLEO

Exatamente objetivando coibir os atos que importem na inobservância do bem de todos, a política antitruste estabelece “restrições verticais” que, no caso do mercado de distribuição de combustíveis derivados de petróleo, se encontra consubstanciada na Portaria n. 116/2000, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que impede que as empresas distribuidoras de combustíveis operem diretamente a atividade de revenda de seus produtos para o mercado varejista.

Para que sejam autorizadas a operar no mercado nacional as distribuidoras necessitam obedecer aos ditames da Portaria n. 202/1999, depois alterada pela Resolução n. 29/2004, ambas da ANP, que estabelecem um rol de obrigações a serem cumpridas pelas empresas.

Cumpridas as exigências legais, a atividade de distribuição que, segundo a Lei Federal n. 9.478/97, art. 6º., inciso XX, “compreende a aquisição, armazenamento,

transporte, comercialização e controle de qualidade dos combustíveis líquidos derivados de petróleo”, também tem de obedecer a vedação legal de não exercer a comercialização daqueles produtos ao consumidor final, posto que o sistema nacional de abastecimento é verticalizado.

Para o conhecimento preciso do tema cumpre transcrever os ditames da Portaria 116, da ANP, no que nos interessa, *in litteris*:

“Art. 12 - 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.”⁶

Todavia, antes do dispositivo acima transcrito a portaria n. 116 também estabelece que os revendedores varejistas que optaram pela vinculação a uma marca estão proibidos de comercializar produtos de outras distribuidoras.

"Art. 11 – (...)

§2º. – Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelos distribuidor detentor da marca comercial escolhida.”

Ou seja, a portaria da ANP, ao mesmo tempo em que veda que as distribuidoras exerçam a atividade de revenda varejista, também estabelece que os revendedores que se vincularem a determinada distribuidora devem obedecer a exclusividade a que optaram.

Contudo, indo de encontro ao espírito da norma, qual seja, respeito aos contratos e evitar os atos de concentração vertical, os autores da demanda judicial perseguem a nulidade daquele dispositivo e, por conseqüência, da cláusula de exclusividade firmada entre distribuidoras de petróleo e revendedores, sob o equivocado argumento de que tal pacto infringe tanto as normas antitrustes, que garantem a livre concorrência, como os ditames do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o ideal seria que os revendedores, em que pese ostentarem a marca de uma determinada distribuidora, não tivessem vínculo de exclusividade com ninguém.

⁶ Redação dada pela Resolução ANP nº 29, de 24.11.2004.

Neste contexto, pretendem os autores inserir a referida exclusividade dentre as práticas infrativas verticais, que, segundo a Resolução n. 20/99, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, consiste em “restrições impostas por um ofertante ou demandante de bens ou serviços em determinado mercado”.

Os ex-presidentes do CADE, GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS⁷ enumeram como principais práticas infrativas verticais, as seguintes: fixação de preços de revenda, restrições territoriais, acordos de exclusividade, recusa de negociação, discriminação de preços e venda casada.

Primeiramente é de se observar que a cláusula de exclusividade, *a priori*, pode parecer uma afronta ao princípio constitucional da livre concorrência no instante em que se apresentaria como uma suposta barreira à entrada de outras distribuidoras concorrentes. Todavia, o doutrinador FÁBIO KONDER COMPARATO⁸, ao analisar contratos que se assemelham ao ora em debate, como é o de franquia, já concluiu que tais tipos de instrumentos “não surgiram da necessidade ou do interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas bem ao contrário, como formas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção”, uma vez que, “são plenamente compatíveis com o princípio da livre concorrência”.

É importante destacar que “assegurar a livre concorrência não é um fim em si, mas um meio para a obtenção de resultados idealmente associados a ela (...), o fim da ordem econômica é o bem de todos.”⁹ Ou seja, se os contratos que estabelecem cláusulas de exclusividades importam na redução dos custos das operações e, por conseqüência, do produto final destinado ao consumidor, iniludível que o princípio da livre concorrência foi plenamente observado e colocado em prática.

Ora, em razão da natureza econômica deste setor o seu mercado se apresenta extremamente competitivo, dando causa, em muitas oportunidades, ao adiantamento pelas

⁷ Direito e Economia da Concorrência, Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 52

⁸ Franquia e Concessão de Venda no Brasil: Da Consagração ao Repúdio. *In* Revista de Direito Mercantil n° 18, 1975, p. 53.

⁹ MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. São Paulo: Singular, 2002, p. 137.

distribuidoras aos seus revendedores de vultosas quantias em dinheiro para que eles possam modernizar o seu estabelecimento e, em diversos casos, construir um novo posto de serviços automotivos, ofertando ao mercado estabelecimentos modernos e com diversos tipos de serviço que facilitam a vida dos seus clientes (troca de óleo, loja de conveniência, casa lotéricas, lanchonete, etc.). Por sua vez as distribuidoras exigem, como é normal em contratos bilaterais, que os seus parceiros comercializem por determinado período apenas combustíveis fornecidos por elas, garantindo, assim, o retorno do capital investido, que em muitos casos não é facilmente disponibilizado pelo mercado financeiro aos revendedores.

Em estudo sobre o tema RUDOLF KRASSER¹⁰ indica os pontos que devem nortear a licitude dos contratos que estabelecem a cláusula de exclusividade:

- “a) a obrigação estabelecida na relação comercial exclusiva deve ser recíproca e limitada no tempo, no espaço, na extensão e no objeto;
- b) o sistema de distribuição deve trazer, por finalidade, benefícios para o consumidor;
- c) o acordo de exclusividade não deve limitar a liberdade do concessionário em fixar seus preços de venda;
- d) os contratos ajustados devem ser respeitados pelas partes contratantes.”

Portanto, facilmente se verifica que no caso em tela os argumentos que deram causa à ação civil pública não se sustentam pelo simples fato de que, além das obrigações estabelecidas serem recíprocas, os contratos de distribuição de combustível foram firmados com prazo certo de vigência, determinando o local da comercialização e o seu objeto. Acrescente-se, ainda, que a cláusula de exclusividade permite que revendedor, vinculado a uma única distribuidora de combustível de renome nacional, aumente a venda em escala do produto e, por consequência, reduza seu valor final, o que traz grande benefícios aos consumidores.

Se não bastassem os argumentos acima aduzidos a respeito da legalidade da cláusula de exclusividade, cumpre destacar que também não procede a assertiva de que a relação estabelecida entre as distribuidoras e seus revendedores estaria desequilibrada em favor das primeiras frente ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o revendedor não é consumidor nos rigorosos termos do art. 2º da Lei Federal n. 8.078/90, logo, a relação entre as referidas empresas não está sujeita à referida legislação.

¹⁰ *La répression de la concurrence déloyale dans les États Membres de la Communauté Économique Européenne* t.4, p. 527. Apud SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A Cláusula de Exclusividade nos Contratos Empresariais, in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 804, 2002.

Por esse motivo, quando se fala em quebrar a exclusividade de contratos assinados entre empresas que têm relação comercial, sem que a compradora seja destinatária final do produto adquirido, desde logo é necessário considerar que o negócio mercantil havido entre as distribuidoras de combustível e os revendedores escapa da influência desse diploma legal.

Quanto ao tema cumpre trazer à baila as palavras do doutrinador WALDÍRIO BULGARELLI comentando o assunto com precisão irrepreensível:

“Descartou o legislador, no conceito, os vários problemas levantados pela doutrina a respeito de quem realmente deveria ser considerado consumidor, principalmente, no âmbito da sociologia (comparada até ao proletariado pela sua imprecisão), para considerar como tal, quer pessoas físicas, quer jurídicas, desde que destinatários finais, excluindo aqueles em situação intermediária”¹¹

Mais adiante assevera:

“Optou aqui a norma, não pela visão classista defendida pelos marxistas, mas pela visão chamada “sociologia dos papéis” defendida por W. Reich, do que se pode concluir que consumidor não constitui uma classe, mas uma posição jurídico social reconhecida pela lei, enquanto tal, ou seja, quando consome como destinatário final”.

Além do mais, os contratos celebrados entre distribuidoras e revendedores tem cunho eminentemente comercial, uma vez que para tanto basta que o objeto da avença seja bem móvel ou semovente; que pelo menos um comprador seja comerciante e que a compra e venda seja feita com o intuito de revender ou alugar o bem adquirido.¹² Portanto, se não bastassem tais características que demonstram a natureza comercial do negócio, é importante destacar que na maioria das vezes, conforme acima já foi ressaltado, ele é seguido de diversas benesses, tais como financiamento de capital de giro, comodatos de equipamentos, etc., ou seja, impossível caracterizar a relação entre distribuidoras e revendedores como relação de consumo.

Por outro lado, admitindo apenas por amor ao debate que pudesse ser aplicado ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, é de se destacar que a legislação antitruste, como é o caso da portaria 116/2000, da ANP, veda que os revendedores comercializem produtos diferentes daqueles cuja marca ostentam. Além do mais, admitir que

¹¹ Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor . São Paulo : Atlas, 1993, p. 26.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 410

as distribuidoras pudessem exercer a atividade de revenda varejista de combustíveis inviabilizaria por completo a atividade daqueles revendedores que não se vinculam a nenhuma bandeira, os chamados “bandeira branca”, pois estes não teriam como concorrer com as grandes distribuidoras.

Dentro desse contexto, é de se reconhecer que os contratos celebrados entre as distribuidoras e os revendedores podem trazer benefícios para a concorrência e, por consequência, para o consumidor final, posto que, repita-se, em muitos casos importam na redução dos custos de transação e na geração de economia de escala.

Os economistas JORGE FAGUNDES e JOÃO LUIZ PONDÉ em artigo intitulado “Economia Institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência”¹³, definem os custos de transação como sendo os recursos econômicos despendidos para “planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica”.

Ressaltam os referidos economistas a importância que as autoridades antitruste, para evitar conclusões errôneas, devem quando da apreciação analítica do caso considerar “o desenvolvimento, pelos agentes privados, de formas eficientes de realizar a coordenação de suas interações”, ou seja, inovações organizacionais não podem ser consideradas simplesmente como práticas infrativas à Lei Federal n. 8.884/1994.

A participação no mercado decorrente das práticas eficientes e inovadoras das empresas não deve ser confundida com o poder de mercado, posto que em muitas oportunidades em que pese o alto grau daquela participação, tal fato não gera o poder de agir com independência ou a capacidade de manter ou aumentar os preços acima dos patamares considerados competitivos por um lapso de tempo significativo.

Acrescente-se, ainda, que as ilicitudes enumeradas pela lei antitruste, principalmente no seu art. 20, se referem a atos que importem em abuso do poder de mercado exercido pela empresa. Dentro deste contexto, necessário se faz para a configuração da ilicitude apontada pelos autores da ação em debate que seja demonstrada a abusividade do ato praticado pela empresa, o que deve se dar através da análise dos efeitos do ato praticado.

¹³ Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002, p. 166.

Quanto ao tema cumpre verificar as palavras de MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO e MÁRIO LUIZ POSSAS:

“(...) a finalidade de se permitir o uso do poder econômico é a de que ele seja usado para competir pela busca de maior eficiência e, com isso, gerar resultados passíveis de aproveitamento social – mais e melhores produtos, menores preços, etc. (...) Em suma, se a finalidade de se permitir o uso do poder econômico é a de que seja usado para competir pela busca de maior eficiência, constitui uma conduta desviante – abusiva – o uso do poder para restringir a concorrência por meios não baseados na maior eficiência.”¹⁴

Por outro lado, é interessante observar o posicionamento de diversos Estados da Federação que editaram leis, como é o caso do Rio Grande do Sul, estabelecendo que deva ser observada a cláusula de exclusividade, seja pelas distribuidoras no instante em que vendem combustível aos seus revendedores, seja pelas revendedoras quando da compra do combustível junto às suas distribuidoras. A lei gaúcha n. 11.587/2001 foi promulgada nos seguintes termos:

“Art. 3º - Os postos revendedores ficam obrigados a exibir, ostensivamente, de maneira correta e clara, o nome da empresa distribuidora fornecedora dos combustíveis, de modo a assegurar ao consumidor o prévio conhecimento sobre a origem e a qualidade do produto adquirido.”

“Art. 6º - As empresas distribuidoras não poderão fornecer produtos combustíveis a postos revendedores que exibam a marca e a identificação visual de outra distribuidora.”

Portanto, a exclusividade é perfeitamente natural e inerente não só ao segmento relativo aos combustíveis, mas em vários outros segmentos comerciais. Quanto ao tema cumpre trazer à baila acórdão da lavra do Ministro, a época do STJ, MENEZES DIREITO¹⁵:

“Posto de Gasolina. Contratos de fornecimento entre a distribuidora e a revendedora. Dolo e Simulação. Precedentes. Súmula 126 da Corte.

1 – Amparado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, assim, no primeiro caso, a ausência de violação aos artigos 170, IV e 173, § 4º da Constituição Federal, afastada a ofensa ao princípio da livre concorrência, a falta do recurso extraordinário provoca a incidência da Súmula 126 da Corte.

2 – Precedentes da Corte assentaram que o posto varejista “negocia combustíveis cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo”.

¹⁴ Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. São Paulo: Singular, 2002, p. 139/140.

¹⁵ R.Esp. nº 188.947, DJ 08/03/ 2000.

3 – Não há dolo nem simulação quando se pratica ato amparado pela legislação em vigor, sem nenhuma manobra para burlar a disciplina legal ou agredir o direito da outra parte contratante, como bem posto no acórdão recorrido.

4 – Não há razão alguma para configurar, no caso, abuso de poder econômico, à medida que os contratos feitos sob a cobertura constitucional, legal e regulamentar não caracterizam domínio de mercado nacional ou eliminação total da concorrência. Todas as empresas que operam sob o regime de exclusividade de bandeira podem adotar o mesmo sistema contratual, não estando, no caso, configurada concorrência desleal. Recurso Especial não conhecido.”

Considerando que a regra seguida pela lei antitruste é de caráter analítico, ou seja, para que seja verificado qualquer ilícito necessário se faz a verificação de cada caso, iniludível que o entendimento dos autores da ação vai de encontro ao sistema legal e contratual acima referidos.

Os autores da ação ainda asseveram que as distribuidoras praticamente dominam o mercado de distribuição de combustíveis daquele Estado, constituindo o que a doutrina chama de “posição dominante compartilhada”, tudo em função das cláusulas de exclusividade utilizados nos contratos das distribuidoras.

A lei antitruste estabelece que haverá posição dominante quando “uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”¹⁶. Assim, é necessário que as empresas, além de disporem de suficiente poder de mercados para influenciar os preços ou outras condições comerciais, estejam comprovadamente atuando em conjunto, o que não se verifica no caso em análise, uma vez que as distribuidoras são concorrentes históricas entre si.

Outro fator que afasta por completo a suposta “posição dominante compartilhada” é a própria estrutura do mercado de revenda de combustíveis, uma vez que referido mercado se aproxima do que a teoria econômica denomina como “concorrência monopolista”, ou seja, em que pese os produtos comercializados serem semelhantes (combustível automotivo), eles não são entre si substitutos perfeitos, além do mais a elasticidade cruzada¹⁷ da demanda não é infinita ao mesmo nível de preços.

¹⁶ Parágrafo 2º, do art. 20, da lei 8.884/94.

¹⁷ Medida da sensibilidade da demanda de um produto a variações no preço de outro produto.

Neste tipo de mercado a diferença se dá principalmente na localização do posto revendedor, na bandeira que ostenta e na qualidade e diversificação dos serviços paralelos que oferece (lavagem, troca de óleo, loja de conveniência, etc.). Portanto, a concorrência se dá muito mais com base nestes fatos, que devem ser levados em consideração quando da análise do mercado, do que unicamente nos preços dos combustíveis.

Por outro lado, é princípio basilar que as condutas mencionadas no art. 21 da lei antitruste somente configuram infração na medida em que se verifiquem as hipóteses previstas no art. 20; logo, obedecidas as regras de hermenêutica, é necessário que as condutas inseridas no art. 21, estejam sendo utilizadas para configurar as hipóteses previstas no referido art. 20, quais sejam:

- “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Segundo lembra PAULA FORGIONI¹⁸, “nossas autoridades antitruste; acreditam haver no texto do art. 20 uma ‘regra razão’, de modo que, para a condenação da conduta, é necessário que seu ‘resultado líquido’ seja negativo, isto é, somente haverá infração à ordem econômica se – e apenas se – os prejuízos trazidos pelo ato superem as ‘eficiências’ para o sistema.”

Este é o sistema atualmente utilizado pela maior parte da jurisprudência norte-americana quando da análise das infrações ao art. 1º, do *Sherman Act*, de 1890¹⁹, ou seja, considerar como ilícitos apenas os casos que importarem em “restrições não razoáveis”, ou melhor, que não gerem benefícios ao mercado.

Portanto, no caso em tela verificada que a conquista de mercado de cada uma das distribuidoras se deu de forma natural (art. 20, §1º, da Lei Federal n. 8.884/94), com base em políticas eficazes que importaram na redução do custo, e que a cláusula de exclusividade acarretou maior benefício aos consumidores, uma vez que estes têm certeza dos produtos que

¹⁸ Contrato de distribuição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 167/168.

¹⁹ Consiste em uma das primeiras legislações concorrenciais, de origem americana, da história.

estão abastecendo seus veículos, não há como classificar os contratos de fornecimentos de produtos que estabelecem a referida exclusividade como contrários à lei antitruste.

V – PROTEÇÃO À MARCA DAS EMPRESAS NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS DERIVADOS DE PETRÓLEO

Quando atacam a cláusula de exclusividade dos contratos entabulados entre distribuidoras e revendedores os autores da ação civil público esquecem que em muitos casos as marcas ostentadas pelos revendedores foram consolidadas pelas distribuidoras junto ao consumidor final após longos anos de existência e grandes investimentos.

A Constituição Federal de 1988 quanto ao tema estabelece:

“Art. 5º - (...)

XXIX - A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;”

O doutrinador MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁰ destaca que o referido dispositivo “consagra também como direito fundamental a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso de nome comercial. Sem dúvida, essas formas de propriedade, esses direitos aí reconhecidos, são importantes para a estrutura econômica sobre a qual se ergue nossa Constituição.”

Por seu turno, a Lei Federal n. 9.279/96, colocando em prática os ditames da nossa Constituição, estabelece não só em que termos deve se dar a referida proteção, como também as penalidades que serão imputada aos infratores:

“Art. 2º - A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se mediante:

(...)

III - Concessão de registro de marca;

(...)

V - Repressão à concorrência desleal.”

²⁰ Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 19ª edição, p. 267

“Art. 190 - Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

(...)

II - Produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem”

Neste esteio e conforme se verifica do capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” da Constituição Federal, mais precisamente do seu art. 174, caberá ao Estado as funções de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica do país, ou seja, é seu dever promover a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial.

Contudo, embora devesse enaltecer os referidos ditames a ação civil pública promovida pelo Ministério Público se apresenta na contramão da nova ordem econômica, posto que a quebra da cláusula de exclusividade, além de dificultar a fiscalização e planejamento do Poder Público quando da fixação das políticas que norteiam esse setor que é absolutamente estratégico, sem sobra de dúvidas, acarretará completa balburdia no mercado.

Em citação que cai como uma luva NELSON HUNGRIA²¹ destaca:

“Figure-se agora o seguinte caso: Um revendedor de gasolina faz reencher o reservatório do seu posto, assinalado, v.g., pela marca (...), com gasolina de outra procedência, participando do fato o próprio agente da venda do produto. Um e outro terão incorrido no crime, pois a gasolina foi comprada para uso comercial (...).

A marca, por seu caráter pessoal, garante ao consumidor não só que a mercadoria provém de fabricação do titular da marca, como também que este controlou sua aplicação e a reconhece. A marca não é só indicação da procedência material, mas, outrossim, garantia moral do fabricante(...)”

Permitir que revendedores que ostentem determinada marca de combustível comercializem outras marcas de produtos, importará não só em flagrante crime contra a marca que pertence à distribuidora (art. 190, II, da Lei Federal n. 9.279/96), mas também crime de concorrência desleal (art. 195, IV e V, da mesma lei) e contra o próprio consumidor (art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 3230²², de 1990, deixou claro:

²¹ Comentários ao Código Penal, art. 175, Rio de Janeiro : Forense, p. 359/360

²² Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 01.10.90, p. 10450, e na RSTJ vol. 0021 - p. 135

“No estágio atual da evolução social, a proteção à marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado. A proteção legal à marca (Lei 5772/77, art. 59), que busca reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com o esforço e o labor alheios, não se restringe às sociedades mercantis, alcançando também associações civis...

O que se busca, com a proteção legal, é evitar o locupletamento com o esforço e labor alheios, a possibilidade de confusão ou dúvida, é reprimir a concorrência desleal. Essa a teleologia do sistema, refletida na própria lei.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela negativa de vigência ao direito federal, dou-lhe provimento para julgar procedente a pretensão cominatória ajuizada, invertendo os ônus da sucumbência, com incidência da correção monetária desde o ajuizamento da causa”

Ratificando o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, destaca, *in litteris*:

“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.”²³

Inclusive, muitas distribuidoras, principalmente as maiores, investem vultosas quantias para desenvolver produtos diferenciados e controles de qualidade que permitam coibir a comercialização pelos seus revendedores de produtos fora das especificações legais. É o caso, por exemplo, do programa da Petrobrás “De Olho no Combustível”, ou da Shell “DNA da Shell” e o da Ipiranga “Controle de Qualidade Ipiranga”.

A marca, então, representa para o consumidor a qualidade de um produto, logo, vigora o princípio de que cada empresa identifica o seu produto para necessariamente distingui-lo dos produzidos por outras empresas, a fim de que o consumidor aceite aquele que mais lhe agrade ou confie.

No caso dos combustíveis derivados de petróleo mais do que nunca esse requisito de confiança (marca) desperta grande atenção dos consumidores, tendo em vista que é notória a constante adulteração deste produto.

²³ MS 4578 / DF, DJ 18.12.1998 p. 281, e na RSTJ vol. 118 p. 45

Portanto, além de não ter um custo para criar uma estrutura de mercado que reflete em menor mobilização de capital, custo financeiro e valor do produto final, valem-se os revendedores desonestos da marca alheia para colocar seu produto no mercado, enganando, por consequência, os consumidores que confiam naquela marca.

Ora, dada a natureza do produto não é possível que o mesmo seja embalado na origem, sendo armazenado pelos revendedores em tanques subterrâneos que só permitem a aferição da origem e qualidade através de testes químicos realizados pelas distribuidoras ou pelos órgãos públicos de controle de qualidade.

Nestes termos, a proteção à cláusula de exclusividade também tem como um dos seus principais fitos proteger as marcas, posto que do contrário, além dos maus revendedores se locupletarem as custas daquelas distribuidoras que durante anos desenvolveram e investiram em um marca, estas podem ser responsabilizadas solidariamente no caso de aquisição pelos consumidores de produtos fora dos parâmetros anunciados em suas campanhas publicitárias.

VI - ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sucedendo ao Programa Nacional de Desestatização da União Federal (Lei n. 8.031/90), surgem em nosso país as agências reguladoras, que, segundo as palavras do Ministro JOAQUIM BARBOSA, nasceram com a idéia fundamental “de criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e, sobretudo, impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração”.²⁴

Dentre as diversas agências criadas pela União Federal nos interessa a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP²⁵, que surgiu através da Lei Federal n. 9.478/97, tendo como finalidade “promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”.

²⁴ Agências Reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado). *In* Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 341.

²⁵ Após o advento da lei federal n. 11.097/2005, foi acrescentada à sua denominação os termos “Gás Natural e Biocombustíveis”

Em que pese o caráter regulador e de fiscalização da agência em comento, tal fato não afasta a atuação da autoridade antitruste que se consubstancia principalmente na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, existindo, na verdade, uma complementação entre estas duas entidades, principalmente por se tratar de entes dotados de maior autonomia que os demais.

Na obra “Direito e Economia da Concorrência” os autores GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS²⁶, transcrevendo estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, detalham as delimitações daquelas duas atividades:

- “i) o objetivo da defesa da concorrência é mais restrito, atendo-se em geral ao de eficiência alocativa. A regulação incorpora um conjunto maior de metas, incluindo preocupações amplas, como a de universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente, entre outros;
- ii) o método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, enquanto o regulador tradicional procura substituí-los;
- iii) a autoridade antitruste agiria *a posteriori*, exceto no controle de atos de concentração; já o regulador tradicional estabelece *a priori* que deveriam ser seguidas pelos administradores;
- iv) a autoridade antitruste teria preferência por remédios estruturais que pudessem, uma vez adotados, restabelecer o funcionamento dos mecanismos de mercado. Como estes últimos, tenderiam a ser substituídos pela regulação, a autoridade regulatória teria preferência a adotar remédios comportamentais.”

Tamanho é o caráter complementar da atividade de regulação e de defesa da concorrência que a Lei Federal n. 9.478/ 97, mais precisamente no seu art. 10, estabelece que caberá à ANP comunicar à Secretaria de Direito Econômico – SDE e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE todo e qualquer fato que afronte a ordem econômica.

“Art. 10 - Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de 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.”²⁷

²⁶ Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 139

²⁷ Redação dada pela Lei nº 10.202/2001

Comentando o referido dispositivo MARIA D'ASSUNÇÃO C. MENEZELO²⁸, citando FÁBIO ULHOA COELHO, destaca que o seu “principal objetivo é a ‘tutela da liberdade de competição’, a fim de proteger os direitos dos consumidores.” É onde reside a autonomia da agência (independência técnica para analisar e detectar condutas lesivas), posto que do contrário passaria a ser apenas mais um ente da emaranhada estrutura do Poder Executivo.

Em estudo especializado sobre o tema MARCOS JURUEMA²⁹ destaca:

“Para evitar conflitos entre os agentes reguladores e o CADE, a tendência que se vê das leis da ANATEL, da ANP, da ANTT e da ANTAQ é no sentido de que a entidade de defesa da concorrência deve atuar nos casos em que o regulador detectar condutas lesivas à livre competição; evita-se, assim, a duplicidade de regulações, o que também pode ser alcançado por meio de acordos e convênios; do contrário, a duplicidade pode resultar em violação dos princípios da economicidade (dois custos para a mesma ação) e da eficiência (pela inexistência de especialização de um dos agentes).”

Portanto, com o objetivo de assessorar a agência quanto aos procedimentos a serem observados em relação ao controle, à prevenção e à repressão das infrações da ordem econômica foi criado, através da portaria n. 42/99, o Comitê de Política da Concorrência, depois extinta pela portaria n. 121/99, também da ANP, em razão da criação, pela mesma agência, da Comissão de Defesa da Concorrência – CDC (Portaria n. 60/2000).

A referida Comissão tem por fim dar cumprimento às obrigações assumidas pela ANP no Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Direito Econômico - SDE. Assim, o referido acordo nada mais é do que o cumprimento ao art. 36, da Lei Federal n. 8.884/94, que obriga as autoridades federais e demais entes da União, a prestarem toda assistência e colaboração solicitadas pelo CADE e SDE.

É interessante observar que nos casos de processos administrativos, encaminhados pela SDE, que tenham por objeto apuração de infrações previstas nos arts. 20 e 21, da Lei n. 8.884/94, a Comissão de Defesa da Concorrência – CDC também deverá emitir parecer técnico conclusivo quanto às práticas infrativas. Ou seja, neste caso o trabalho da ANP não estará sujeito apenas a prestação de informações, mas também terá grande relevância na aplicação da penalidade, tendo em vista seu conhecimento técnico da matéria.

²⁸ Comentários à Lei do Petróleo. São Paulo : Atlas, 2000, p. 90.

²⁹ Agências Reguladoras. In Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 383

Para a execução dos seus trabalhos a Comissão deverá proceder nos seguintes termos:

“ROTEIRO PARA AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Do Requerimento: Descrição resumida da denúncia encaminhada pela SDE, contendo o representante e representado e a caracterização da denúncia.
2. Do Mercado Relevante: Mercado onde ocorreram as práticas denunciadas - produto e geográfico.
3. Da Estrutura do Mercado: Considerações quanto a oferta e demanda do mercado relevante.
4. Considerações sobre a Denúncia/Conclusão: Após descritas as peculiaridades do mercado relevante (estrutura do mercado), verificação do poder de mercado do representado a fim de caracterizar o ilícito para a abertura do Processo Administrativo.

ROTEIRO PARA OS PROC. ADMINISTRATIVOS - art. 20 e 21 - Lei nº 8.884/94 (Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999)

1. Caracterização da conduta
 - 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal.
 - 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.
2. Análise da Posição Dominante
 - 2.1. Delimitação do mercado relevante
 - 2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no mercado relevante
 - 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada) no mercado relevante, incluindo condições institucionais.
3. Análise da Conduta Específica
 - 3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este ou outro mercado
 - 3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados
 - 3.3. Avaliação final dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas

ROTEIRO PARA OS PROC. ADMINISTRATIVOS - art. 54 - Lei nº 8.884/94

1. Definição do Mercado Relevante
 - 1.1. Definição do Mercado Relevante na Dimensão Produto.
 - 1.2. Definição do Mercado Relevante na Dimensão Geográfica.
2. Mensuração do Mercado Relevante: Identificação das firmas Participantes do Mercado Relevante
3. *Market Shares* e Grau de Concentração do Mercado Relevante: Aferição do poder de Mercado
4. Análise das Barreiras à Entrada - Barreiras Estruturais
5. Análise dos Efeitos Anticompetitivos
6. Análise das Eficiências
7. Análise do *Trade Off* entre os Efeitos Anticompetitivos e as Eficiências

8. Conclusões³⁰

Se não bastasse o trabalho realizado pela Comissão de Defesa da Concorrência, a ANP, através do Núcleo de Defesa da Concorrência do Abastecimento³¹, analisa, através do levantamento dos preços dos combustíveis, o comportamento dos mercados de distribuição e de revenda, o que implica, por consequência, na apuração de possíveis infrações à ordem econômica.

Exatamente em harmonia a esta linha de procedimento a ANP editou a Portaria 116/2000, que veda o exercício pelas distribuidoras da revenda de combustível no mercado varejista, ou seja, a norma atacada pelo Ministério Público na ação civil pública ajuizada mais uma vez se mostra de extrema importância para o próprio consumidor.

Portanto, como exige a legislação, necessário se fazia para que fosse configurado qualquer ato lesivo à concorrência que o autor da ação demonstrasse que o art. 11, §2º, e 12, da Portaria 116/2000, ou até mesmo a cláusula de exclusividade inserida nos contratos celebrados entre distribuidora e revendedor, limitassem ou de alguma forma prejudicassem a livre concorrência. Na verdade o que se verifica é exatamente o inverso.

VII – CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos acima aduzidos é de se concluir que a cláusula de exclusividade inserida nos contratos de distribuição de combustível, desde que utilizadas com observância ao princípio constitucional da livre concorrência, contribui para o desenvolvimento do mercado no instante em que, reduzindo os custos de transação e gerando a economia de escala, podem reduzir os preços dos produtos oferecidos ao consumidor final.

No que se refere à Portaria 116, da ANP, contra a qual também se insurgem os autores da ação civil pública é de se verificar que a sua edição tem como principal fito estimular a concorrência no mercado de combustíveis, uma vez que, ao mesmo tempo em que veda as distribuidoras atuarem no mercado varejista, evitando qualquer tipo de alinhamento

³⁰ Anexos I, II e III, da Portaria n. 60/2000, da ANP.

³¹ http://www.anp.gov.br/petro/relatorios_precos.asp, dia 28/08/2007, 08:40 horas.

vertical, obriga o revendedor varejista que opte por exibir a marca comercial de um determinado distribuidor, a comercializar somente combustíveis fornecidos por este.

Ou seja, a cláusula de exclusividade e a portaria da ANP não só se harmonizam como também se complementam, uma vez a segunda reforça e legitima a primeira quando a exigência de que os produtos comercializados pelo revendedor sejam os mesmos da marca da distribuidora que o seu estabelecimento ostenta, evitando, assim, que os consumidores sejam lesados e as autoridades competentes sejam tolhidas quanto ao *munus* da fiscalização.

VIII – BIBLIOGRAFIA

MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas. **Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas**. São Paulo: Singular, 2002, p. 135.

SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p 36

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Geopolítica do petróleo: Tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório, publicado na obra: Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**, Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 20.

OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**, Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 52

COMPARATO, Fábio Konder. **Franquia e Concessão de Venda no Brasil: Da Consagração ao Repúdio**, in Revista de Direito Mercantil nº 18, 1975, p. 53 .

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. **A Cláusula de Exclusividade nos Contratos Empresariais**, in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 804, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo : Atlas, 1993, p. 26.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 410

FAGUNDE, Jorge. PONDÉ, João Luiz. **Economia Institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência**, *in* Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002, p. 166.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 167.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Saraiva, 19ª edição, 2004, p. 267.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro : Forense, p. 359.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado)**, *in* Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 341.

MENEZELO, Maria D'Assunção. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo : Atlas, 2000, p. 90.

JURUEMA, Marcos. **Agências Reguladoras**, *in* Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 383