

HASSON SAYEG, NOVAES, VENTUROLE E ANDRADE
ADVOGADOS

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO
PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA – CADE.**

Processo nº 08700.009858/2015-49

**SINDICATO DO COMÉRCIO
VAREJISTA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DO ESTADO DE
SÃO PAULO – SINCOPEPETRO**, estabelecido na Rua Atibaia, nº
282, Perdizes, São Paulo/SP, inscrito no CNPJ/MF sob o nº
62.620.232/0001-08 e **JOSE ALBERTO PAIVA GOUVEIA**,
brasileiro, casado, empresário, portador da cédula de identidade
de nº 3.047.754/SSP/SP, cadastrado no CPF/MF sob o nº
128.343.868-20, com endereço na Avenida Dr. José Galante, nº
426, apto. 91, Vila Suzana, São Paulo/SP, por sua advogada que
esta subscreve, nos autos do **PROCESSO ADMINISTRATIVO**
em epígrafe, vêm, respeitosamente, à presença de **Vossa
Excelência**, em cumprimento a Nota Técnica
57/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE, expor e requerer o quanto
segue.

R. Itaquera, 384 – Pacaembu
São Paulo – SP
01246-030
Tel.: (+55 11) 3663-6868
Fax.: (+55 11) 3663-6966

SRTVS – Qd. 701 – Bloco A – S. 730 - Cj. D-LT. 5
Centro Empresarial Brasília – Brasília – DF
70340-907
Tel.: (+55 61) 3235-0230

www.hslaw.com.br

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE/MJ
PROTUDO - 08700 - 19-011-2017-10+56 - 1/1

Inicialmente, os peticionários informam a qualificação completa da testemunha Gesner de Oliveira, como sendo:

GESNER JOSE DE OLIVEIRA FILHO, brasileiro, casado, economista, portador da cédula de identidade RG: 6.968.227/SSP/SP, cadastrado no CPF/MF sob o nº 013.784.028-47, residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Tucumã, nº 621, apto. 121, com endereço profissional na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 2081, cj. 32, São Paulo/SP, CEP. 01452-000. Além do mais, é público e notório que a referida testemunha arrolada é sócio da GO Associados, foi Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE (1996-2000); Presidente da Sabesp (2007-10); Ph.D. em Economia pela Universidade da Califórnia/Berkeley; Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP desde 1990. Professor Visitante da Universidade de Columbia nos EUA (2006).

Quanto às testemunhas arroladas, a oitiva delas é imprescindível para o exercício da ampla defesa dos peticionários, consignando, desde logo que os representados não abrem mão de ouvi-las, sequer admitem o cerceamento da respectiva defesa por parte dessa autarquia.

Com efeito, a testemunha MANUEL ENRIQUEZ GARCIA, é o presidente do Conselho Regional de Economia do Estado de São Paulo e da Ordem dos Economistas do Brasil, de modo que, na condição de técnico, poderá prestar seu depoimento quanto a absoluta racionalidade do aumento de preços dos combustíveis na cadeia econômica a partir do aumento pela Refinaria; assim como, no sentido da manifesta impropriedade da instauração do presente PA tendo em vista a

impossibilidade de poder de manipulação artificial de preços pelos representados.

A testemunha GESNER DE OLIVEIRA, economista de renome, inclusive ex-Presidente da autarquia, é observador e analista técnico do segmento dos combustíveis automotivos, de modo que, nessa condição, também poderá testemunhar quanto a absoluta racionalidade do aumento de preços dos combustíveis na cadeia econômica a partir do aumento pela Refinaria; assim como, no sentido da manifesta impropriedade da instauração do presente PA tendo em vista a impossibilidade de poder de manipulação artificial de preços pelos representados.

A testemunha DANIEL ALEXANDRE MAGALHÃES é gerente comercial de empresa distribuidora de combustíveis e como agente do respectivo segmento econômico poderá testemunhar que de fato e efetivamente, sempre que ocorre um anúncio de aumento de preços pela Petrobras Refinaria, no mesmo instante, esse aumento é repassado às distribuidoras, aos TRRs e aos postos de gasolina, todos integrantes da respectiva cadeia econômica, que são imediatamente impactados.

As testemunhas LUIZ ANTONIO BIAZOLLI e ROGÉRIO C. FAVELE, são diretores do Sincopetro e nessa condição poderão testemunhar que o clipping da entidade é organizado pelo respectivo departamento de imprensa, sem qualquer ingerência da pessoa física do presidente, e contempla todas as notícias que envolvam o segmento de combustíveis, no país e fora dele.

Ainda, as referidas testemunhas LUIZ ANTONIO BIAZOLLI e ROGÉRIO C. FAVELE, somados à

testemunha CLAUDIO DE ALMEIDA METELLO são revendedores varejistas de combustíveis automotivos (donos de postos de gasolina) e nessa condição poderão testemunhas que a entrevista concedida pelo Representado Jose Alberto, em absolutamente nada influenciou ou teria o potencial de influenciar, o aumento dos combustíveis na bomba aos consumidores finais, mas, sim, que esse aumento foi consequência absolutamente lógica do aumento de preço pela Refinaria, imediatamente protraído na etapa seguinte da cadeia econômica – distribuidoras e na sequência, aos postos de gasolina. Ainda, as referidas testemunhas poderão informar que é impossível não repassar imediatamente o aumento dos preços.

Como se vê, todas as testemunhas arroladas são absolutamente pertinentes, e as respectivas oitivas em nenhuma hipótese podem ser afastadas.

É direito do representado produzir todas as provas admitidas em direito para comprovar suas alegações, de modo que nem em conjectura poder-se-ia indeferir as oitivas sob o pretexto de se evitar ônus excessivo às testemunhas.

Assim sendo, os representados reiteram o requerimento de produção de prova oral, para oitiva das testemunhas arroladas por ocasião da defesa.

No mais, quanto à prova pericial, ELA TAMBÉM É ESSENCIAL E OS REPRESENTADOS NÃO ABREM MAOS DELA, na medida em que será cabalmente comprovado, nos livros fiscais das companhias distribuidoras em cotejo com os livros fiscais da Petrobrás Refinaria, que o aumento de preços anunciados pela Refinaria foi imediatamente absorvido e repassados pelas Distribuidoras aos postos de gasolina, de

maneira que, comprovar-se-á que nada de abusivo ou artificial ocorreu no aumento dos preços na bomba ao consumidor final.

Logo, os representados reiteram o requerimento de produção de prova oral, para oitiva das testemunhas arroladas por ocasião da defesa.

No mais, quanto a apresentação de peça apartada com as denúncias em face das companhias distribuidoras, se esclarece o seguinte:

Não foi somente na oportunidade da defesa que o cartel das distribuidoras foi relatado a esta autarquia pelos sindicatos dos postos de gasolina.

Como se vê, já no ano 2000, foi instaurado a requerimento do Sincopeiro perante a SDE (à época), averiguação preliminar nº 08012.004258/2000-02. Na referida averiguação preliminar, a SDE sugeriu o respectivo arquivamento, com o que não houve concordância do d. MPF e do Pro-CADE como se verifica dos pareceres anexos.

No entanto, embora instaurado o processo administrativo, essa autarquia foi manifestamente inerte e improba, uma vez que deixou de apurar as infrações da ordem econômica pelas companhias distribuidoras, tendo havido a prescrição intercorrente com o arquivamento do respectivo processo, como se verifica das cópias anexas. Lamentável.

Como se vê no incluso acórdão lavrado pela Sra. Presidente do CADE e o respectivo Conselheiro Relator, aos 13.10.2005, relativamente a Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02, a denúncia contra o cartel das distribuidoras foi trazido ao conhecimento dessa autarquia em

razão de procedimento instaurado pela SDE, por força de encaminhamento pelo MM. Juiz da Vara Federal de Ribeirão Preto, solicitando a apuração de infrações da ordem econômica.

Ocorre que, desde logo desprezando a autoridade do d. MPF, o que por si só justificaria a instauração de processo administrativo pela SDE, uma vez que a ação civil pública originária de Ribeirão Preto tem como Autor o próprio *Parquet*, inexplicavelmente a SDE resolveu instaurar mera averiguação preliminar, que equivale a simplista figura da sindicância preparatória, equiparando o d. MPF a figura de um mero interessado particular, como se vê no art. 30, da revogada Lei 8.884/94, *in verbis*:

"Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo."(g.n.)

Ou seja, o ofício do MM. Juiz Federal encaminhando petição inicial assinada pelo d. MPF, ao ser enquadrada como averiguação preliminar foi tratada como representação de qualquer interessado. Pasmem!

Para agravar, dada a natureza absolutamente precária e preliminar da antiga averiguação preliminar, a revogada Lei 8.884/94, determinava que fosse o referido procedimento concluído dentro de sessenta dias, o que não foi observado, *ex vi* de seu art. 31:

"Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento ..."(g.n.)

Deste modo, o processo administrativo para apurar as infrações da ordem econômica, na verdade, deveria ter sido instaurado em 68 dias, *ex vi* da combinação do art. 31 com o art. 32, ambos da revogada Lei 8.884/94, *in verbis*:

"Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados."(g.n.)

Entretanto, a instauração da averiguação preliminar, que se deu em 28.07.2000, foi mantida, em silêncio, sem qualquer intimação ou cientificação dos Sindicatos petionários e, após 5 anos de tramitação, com 3 anos de paralização, acabou em 13.10.2005, sendo definitivamente arquivada **"em virtude da verificação de prescrição intercorrente"**(sic, acórdão de 13.10.2005, g.n.).

Note-se, no acórdão que dentre os advogados referidos, não constam os signatários das ações civis

públicas ou qualquer outro representante dos ora peticionários, que eram de conhecimento da SDE e do CADE, pois tinham as cópias das petições iniciais.

Ocorre que as práticas, que são objeto da denúncia contra o cartel das distribuidoras, são permanentes, de maneira que não há que se falar em prescrição conforme o parecer do Professor Gesner de Oliveira, levado à V. Exa.

Naqueles idos, a prescrição era tratada diretamente pela Lei 9.873/99, a qual dispunha o seguinte em seu art. 1º:

*"Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, **no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.**"*
(g.n.)

Note, quanto a inaceitável prescrição, o que consta no v. voto do relator do CADE na referida averiguação preliminar:

"Prescrição intercorrente. Decisão pelo arquivamento.

(...)

A instauração da Averiguação deu-se em 28 de julho de 2000, por meio do Despacho nº 667 (fls. 55). Após, foram encaminhadas as Notificações de n.ºs 250, 251, 252, 253, 254, 255 e 256 (fls.57/63) às Representas, todas no dia 1º de setembro de 2000, ocorreu audiência com a Shell na SDE (fls. 68). A SINDICOM apresentou sua defesa em 28 de setembro de 2000, a ESSO em 6 de outubro de 2000, a Petrobrás em 10 de outubro de 2000, a Texaco e a Shell em 30 de outubro de 2000, a AGIP em 8 de novembro de 2000 e, por fim, a Ipiranga em 14 de novembro de 2000. (...) Após a defesa da Ipiranga, não houve qualquer ato por parte da SDE em relação à presente averiguação preliminar, tendo esta apenas mudado de coordenação dentro da SDE, até a emissão da Nota Técnica de fls. 311/326, no dia 22 de dezembro de 2004.

(...)

Assim, transcorreram aproximadamente quatro anos e dois meses sem que houvesse ato pela SDE que objetivasse apurar as infrações, o que configura a prescrição da presente averiguação preliminar, visto que o tempo transcorrido foi superior a três anos.

(...)

Por todo o exposto, dado que a averiguação preliminar permaneceu paralisada por mais de três anos na SED, o que caracteriza prescrição

intercorrente, decido pelo arquivamento do presente processo.”(g.n)

Se não bastasse este absurdo, para agravar mais e mais ainda, o v. voto do Sr. Conselheiro Relator em três páginas e meia, numa manifestação flagrantemente superficial, concluiu pela inexistência de sequer indícios de infração da ordem econômica em razão das alentadas ações civis públicas, cujas peças inaugurais, inclusiva e a subscrita pelo d. MPF de Ribeirão Preto, possuem mais de 100 laudas.

Objetivamente, significa sim dizer que nem sequer fisicamente, ou seja, materialmente, as questões levantadas pelo d. MPF em 100 laudas foram minimamente enfrentadas.

Sendo que o colegiado do CADE ao se deparar com o voto do relator sequer ousou entrar nesse terreno de areia movediça, restringindo-se o arquivamento unicamente à prescrição como consta expressamente do acórdão administrativo.

Para piorar ainda mais, mais e mais verifica-se na narrativa fática para se chegar a conclusão da prescrição, que sequer houve instrução, ou seja, investigação por parte da SDE se os fatos objeto da averiguação preliminar estariam ocorrendo, assim como, qual a abrangência e suas repercussões em face da ordem econômica.

Veja-se que, a narrativa do voto do relator do CADE explica haver a averiguação preliminar ficado paralisada entre a apresentação da última defesa pela Ipiranga ora Ré e a manifestação da SDE, arquivando o procedimento em

razão da prescrição, comprovando que ABSOLUTAMENTE NADA SE APUROU!

Ipsa facto, o absurdo continuou mais, mais, mais e mais uma vez, eis que a d. Procuradoria do CADE, composta pela Advocacia Geral da União, manifestou o incluso PARECER PROCADE 196/05, de 04.05.2005, expressamente sugerindo a conversão daquela averiguação preliminar em processo administrativo em função dos fortes indícios das práticas objeto daquele procedimento, como se vê *in verbis*:

**"AVERIGAÇÃO PRELIMINAR Nº
08012.004258/2000-02**

**EMENTA: (...) PARECER RECOMENDADNO A
INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO**

(...)

Em Despacho, de fls. 55, o Senhor Secretário de Direito Econômico determinou a promoção de Averiguações Preliminares para apurar possíveis condutas infringentes à ordem econômica.

Em 28.07.00 a presente Averiguação Preliminar foi instaurada com a finalidade de verificar a existência de lesão à livre concorrência e as empresas notificadas a apresentarem os esclarecimentos.

(...)

necessária se faz a verificação da subsunção da situação fática ao estabelecido nas normas fixadas nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, após a motivação do ato instaurador e a realização da devida investigação para ter a certeza da consistência de sua materialidade ou não dos efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que não alcançados, mas, aplicável a qualquer pessoa, pelas autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

(...)

Como bem observado no conceito mencionado, sem a delimitação do mercado relevante é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Com efeito, no presente processo, o mercado relevante afetado não foi definido, bem como a área onde se trava a concorrência, de modo que o exame dos efeitos quanto à existência do poder de mercado e o seu exercício não foram verificados, para daí poder opinar se a prática que está sendo imputada é ou não considerada como restritiva.

(...)

cabe ressaltar que a ANP dispõe de competência fiscalizadora nos termos do disposto no inciso VII do art. 8º da Lei nº 9.474, de 06.08.97

(...)

é preciso investigar se há ou não há natureza anticoncorrencial nas condutas alegadas, e procurar caracterizá-las

(...)

Neste contexto, sabe-se que as restrições verticais podem servir para dar a uma distribuidora um maior controle dos preços cobrados no varejo pelos seus produtos/serviços e, com isso, possibilitar a manutenção de arranjos de fixação conjunta de preços com outras distribuidoras.

De modo que as restrições verticais, em particular a exclusividade, representando uma integração vertical por contrato, poderiam ter uma intenção de preclusão do mercado de fornecimento de combustível ao ingresso de novos concorrentes, pelo aumento do custo de entrada imposto a eles, representado pela necessidade de desenvolvimento de uma rede própria de comercialização.

(...)

Portanto, necessário se faz o exame mais aprofundado da questão em sede de Processo Administrativo, ex vi do disposto no art. 31 da Lei Antitruste, mormente quando verificados forte indícios de infração.

Não obstante, o que também deve ficar esclarecido é a motivação do ato instaurador⁶ devendo ser tipificadas as possíveis condutas

alcançadas no intuito de poder punir as infrações à ordem econômica praticadas pelas Representadas.

No caso presente, existem possibilidades das Representadas impor (i) aumento injustificado de preços a rede revendedora; (ii) prática de preços discriminatórios e predatórios; (iii) imposição aos revendedores varejistas de margem de lucros e/ou preço final de venda e cota mínima; (iv) retomada de imóveis onde funcionam postos revendedores locados, sublocados ou comissionados; (v) reintegração de posse de bens entregues em comodato; (vi) exigência de exclusividade na aquisição de combustível pelo revendedor e (vii) manipulação, coordenação e controle da revenda de combustíveis, estarem incorrendo nas condutas do artigo 20, incisos I, II, III e IV, c/c o art. 21, incisos II, IV, V, X, XI e XVIII da Lei 8.884/94.

Desta forma, da análise dos autos, tem-se a necessidade de instauração de Processo Administrativo pelo Senhor Secretário da SDE para a verificação de indícios de infração à ordem econômica por parte das distribuidoras e dos sindicatos neste processo representados, haja vista tratar-se de setor extremamente organizado de produtos homogêneos a possibilidade de concorrência neste mercado.

(...)

Ante o exposto, sugiro a conversão da presente Averiguação em Processo Administrativo em função dos fortes indícios das supostas práticas acima mencionadas.”(g.n.)

E, mais uma vez, a Autoridade do d. MPF foi nova e absurdamente menosprezada, sequer para ser acatado ao ponto de ser instaurado um processo administrativo naquela autarquia, tendo sido solenemente ignorado pelo Colegiado do CADE, o Parecer MPF/CADE 97/2005, exatamente no sentido de ser instaurado o processo administrativo, como se vê, *in verbis*:

"Entretanto, o bem elaborado parecer do Pro-CADE, de fls. 349/366, conclui diversamente, sugerindo a conversão da averiguação preliminar em processo administrativo, "em função dos fortes indícios" de práticas que configuram dano à livre concorrência.

E, de fato, pela leitura atenta do parecer da Pro-CADE, verifica-se a necessidade do processo administrativo, para que as práticas denunciadas, envolvendo postos de combustíveis e distribuidoras de derivados de petróleo, sejam apuradas com maior profundidade, para que, então, se tenha um conjunto de elementos que proporcionem aquilatar o efetivo dano, ou não, à livre concorrência.

Assim, pelos mesmos fundamentos do parecer da Pro-CADE, o Ministério Público Federal pronuncia-se pelo não-provimento do recurso de ofício da SDE, com a consequente determinação para que seja instaurado o respectivo processo administrativo.”(g.n.)

Como é bem de ver, houve omissão por parte da SDE, acobertada pelo CADE, a ponto de caracterizar improbidade administrativa de ambos, pelo fato da SDE na época não haver instaurado em 68 dias, o processo administrativo.

Assim sendo, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM APRESENTAÇÃO PELOS REPRESENTADOS DE PEÇA APARTADA COM AS DENÚNCIAS TRAZIDAS CONTRA O CAREL DAS DISTRIBUIDORAS, MAS, SIM, CUMPRE AO CADE, INSTAURAR, DE OFÍCIO, COM OS ELEMENTOS JÁ APRESENTADOS, O RESPECTIVO PROCESSO ADMINISTRATIVO, SOB PENA DE SE PERPETUAR A PREVARICAÇÃO

Nessas circunstâncias, reitera-se que, como restou evidenciado, impõe-se não só o arquivamento do presente processo administrativo em face dos peticionários, como, também, a instauração de averiguação preliminar em face das companhias distribuidoras elencadas na peça de defesa, para apuração da prática de atos de infração da ordem econômica, tipificados no art. 36, da Lei 12.529/2011.

DO PEDIDO

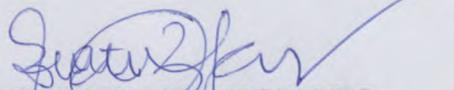
A vista do exposto os peticionários reiteram integralmente os termos da defesa apresentada, no sentido de julgar improcedente o presente processo administrativo em face do Sr. Jose Alberto e do Sincopetro pela manifesta inocorrência de qualquer ato de conduta de infração da ordem econômica, ainda que potencial, por parte deles, determinando-se seu arquivamento com as anotações de praxe.

Ainda, os representados requerem o deferimento da produção das provas especificadas por ocasião da defesa e justificadas as necessidades neste ato, sob pena de ocorrer violação do direito fundamental dos representadas à ampla defesa.

Requer, finalmente, que o CADE, faça cessar a sua omissão juridicamente censurável e, de ofício determine a instauração de Averiguação Preliminar em face de **SHELL BRASIL S/A, atual RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A, ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA atual COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADE S/A, AGIP SÃO PAULO S/A, PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETROLEO, COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA, as denominadas 6 irmãs, e o Sindicato delas, SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEL E LUBRIFICANTES (SINDICOM)**, para apuração de atos de infração da ordem econômica, tipificados no art. 36, da Lei 12.529/2011 por parte deles, em detrimento do mercado e do consumidor.

HASSON SAYEG, NOVAES, VENTUROLE E ANDRADE
ADVOGADOS

Termos em que
Pedem deferimento
De São Paulo para Brasília, 17 de junho de 2017.



P.p. BEATRIZ QUINTANA NOVAES
OAB/SP 192.051

R. Itaquera, 384 – Pacaembu
São Paulo – SP
01246-030
Tel.: (+55 11) 3663-6868
Fax.: (+55 11) 3663-6966

SRTVS – Qd. 701 – Bloco A – S. 730 – Cj. D-LT. 5
Centro Empresarial Brasília – Brasília – DF
70340-907
Tel.: (+55 61) 3235-0230

www.hslaw.com.br



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Nota Técnica n.º /2004/SDE/DPDE/CGAJ
Data: 07 de dezembro de 2004
Protocolado: 08012.004258/2000-02
Natureza: Averiguação Preliminar
Representantes: Ministério Público, Sindicato do Com. Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de SP
Representados: Shell do Brasil S/A, Esso Brasileira do Petróleo Ltda., Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda., Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Companhia São Paulo de Petróleo (AGIP /Dist. S/A.), Texaco do Brasil S/A Produtos de Petróleo (Texaco), Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes (SINDICOM)
Advogados: João Geraldo Piquet Carneiro, Ilídio da Costa Leandro e outros.
Assunto: prática de preços discriminatórios e predatórios

Senhor Coordenador-Geral,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de averiguação preliminar originada da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal perante o Juízo de Franca – SP e da Sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto - SP em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal.
 2. **A Ação Civil Pública proposta perante o Juízo de Franca – SP**, pelo Ministério Público Federal, pelo Sindicato do Com. Varejista
-

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- de Derivados de Petróleo do Estado de SP – SINCOPEPETRO e pelo Sindicato do Com. Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região – RECAP (**fls. 17/40**), em face de 191 distribuidoras, teve por objeto imposições para os postos de gasolina de cláusula de exclusividade na aquisição de combustíveis de uma única bandeira.
3. Segundo o representante do *Parquet*, para burlar os saudáveis efeitos da livre concorrência, as companhias distribuidoras persistem em manter a forma de contratação que mantiveram no passado, quando o posto de gasolina, diante do engessamento estatal, deveria estar vinculado necessariamente a uma bandeira, insistindo na preservação do ajuste e exclusividade de aquisição de combustíveis.
 4. E ainda, que pelo pacto de exclusividade, o posto de gasolina é obrigado a adquirir combustíveis somente daquela companhia distribuidora com quem contrata, que, por sua vez, normalmente, não lhe fornece caso este não se submeta a tal pacto.
 5. Aduz ainda, que cada vez que um posto revendedor submete-se a um pacto de exclusividade, fecha-se em prejuízo do consumidor uma porta de acesso à livre concorrência que existe entre as companhias distribuidoras de combustíveis, que compram da refinaria a preço controlado e vendem a preço liberado, negando-lhe beneficiar-se do melhor preço, qualidade e oferta.
 6. Informa que ao burlar o jogo da competição de mercado, impondo exclusividade aos postos de gasolina, a companhia consegue indiretamente fixar unilateralmente os preços aos clientes do respectivo estabelecimento, por haver escapado da livre concorrência, logrando elevar seus preços sem justa causa, ao arripio do art. 39, inc. X, do Código de Defesa do Consumidor.
 7. Segundo o representante do *Parquet*, o pacto de exclusividade estabelece, indiretamente, em desfavor do consumidor, obrigações que o colocam em desvantagem exagerada, inclusive, permite em favor do fornecedor a variação do preço de maneira unilateral e, em suma, está em desacordo com o sistema de proteção consumerista.
 8. Entende o representante do *Parquet* que tais cláusulas são nulas de pleno direito, por implicar a supressão de direito fundamental do consumidor, consubstanciado na liberdade de escolha.
 9. **A Ação Civil Pública proposta perante o Juízo de Ribeirão Preto – SP**, pelo Ministério Público Federal, pelo Sindicato do Com. Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de SP – SINCOPEPETRO e pelo Sindicato do Com. Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região – RECAP (**fls. 04/16**), em face dos representados teve por objeto, como se depreende da sentença proferida por aquele Juízo:
 - a abster-se de aumentar injustificadamente seus preços à rede revendedora;
 - a proibição de prática de preços discriminatórios;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- não imposição aos revendedores varejistas de margens de lucros ou preço final de venda ou cota mínima de aquisição;
 - proibição de retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento;
 - revisão dos alugueres ou contraprestação a qualquer título, no montante de até 1% do valor venal do imóvel;
 - abster-se de exercer a reintegração de posse dos bens entregues em Comodato;
 - não praticar juros de mora anuais superiores a 6%, quando não convenccionados ou 12% quando convenccionados; e
 - suspensão do contrato de exclusividade enquanto houver a prática das condutas denunciadas.
10. Da presente averiguação constam cópia da decisão do juízo de Ribeirão Preto – SP e cópia da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal perante o Juízo de Franca - SP (fls. 4/16), que determinou o envio de cópias para a Secretaria de Direito Econômico - SDE, para apuração de eventuais ilícitos contra a ordem econômica. Recebidas as cópias, decidiu-se pela promoção da presente averiguação preliminar (fls. 52/54), dada a constatação de indícios de criação de dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de adquirente de bens.
11. Vale salientar que a sentença proferida pelo Juízo de Ribeirão Preto foi no seguinte sentido:
- “Os fatos narrados na alentada petição inicial certamente envolvem relações de consumo que merecem a apreciação judicial, como forma de garantir, eventualmente, os direitos do consumidor.
- Os documentos encartados noticiam indícios veementes da prática de preços predatórios, de cláusulas contratuais abusivas, de má utilização da posição dominante, com discriminação de preços, aniquilamento da vontade de uma das partes no contrato. Por isto mesmo é evidente o interesse dos consumidores, na medida em que a questão trazida a juízo não representa apenas relação entre a fornecedora dos combustíveis e as distribuidoras e postos de revenda.
- De fato, se demonstradas as práticas descritas no pedido inicial, ou parte delas, ter-se-á claramente uma hipótese que interessa ao direito do consumidor.
- As distribuidoras compram da Petrobrás a preço controlado (Lei nº 9.478/97, art. 4º, II) e transfere (*sic*) aos revendedores e grandes consumidores com preços e condições ajustados.
- Assim, descabidos os preços discriminatórios.”
12. Por fim, deferiu em parte a liminar requerida para o fim de:
- “a. suspender a cláusula de exclusividade e de aquisição de cota mínima, na compra e venda de combustíveis, nos contratos

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

firmados entre as distribuidoras-requeridas e os postos revendedores que estejam localizados no Estado de São Paulo, salvo região não incluída na base territorial dos sindicatos que figuram em litisconsórcio ativo;

b. absterem-se, na mesma condição, as distribuidoras requeridas de impor aos revendedores varejistas margem de lucro e/ou preço final de venda, e bem assim de promoverem qualquer ato que implique em retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento ou de buscarem a reintegração de posse de bens entregues em comodato.”

13. A presente Averiguação Preliminar foi instaurada em conformidade com o Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, datado de 28 de julho de 2000.
14. Buscando verificar a existência de lesão à livre concorrência, as empresas foram notificadas para apresentarem seus esclarecimentos.
15. Dos esclarecimentos apresentados verificou-se o seguinte:

- SINDICOM (fls. 74/75)

O SINDICOM alegou ser parte ilegítima no presente expediente, visto que não teria como interferir na administração de suas associadas e, muito menos, ditar regras ou estratégias para as atividades das suas associadas. Negou que impeça novas distribuidoras de se associarem a ele, pelo que tal filiação é possível a qualquer tempo, desde que se atendam aos requisitos dos estatutos.

Ainda, que não possui informações ou documentos que permitam esclarecer atividades que seriam privativas de seus associados; disse não promover cartéis de combustível, agindo em conformidade com as leis para entidades da espécie.

- ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. (fls. 76/112)

Argüiu não ter praticado nenhum ato lesivo à concorrência, afirmando que a decisão que concedeu liminar parcial em sede de Ação Civil Pública foi modificada por agravo de instrumento, que entendeu “*não se encontrarem os elementos caracterizadores das supostas infrações à lei 8.884/94, nem, tampouco existirem, nos autos, provas de que houvessem ocorrido.*”

Segundo a Representada, a liberação de preços implicou um acirramento da concorrência, principalmente entre os postos de revenda. As distribuidoras têm seus volumes de venda de combustíveis assegurados pelo desempenho dos postos de revenda que integram sua bandeira.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Via de regra, os preços estão ligados a peculiaridades sócio-econômicas da região em que se situam tais postos de revenda, o que leva concorrentes a praticar preços coerentes com tais peculiaridades. Nunca os preços foram tão favoráveis aos consumidores, por isso, não há interesse da Representada de modificar tal situação, porquanto seu lucro está no volume de vendas, justificando a não imposição de qualquer elevação de preços de derivados de petróleo e álcool carburante junto àqueles que comercializam os produtos com o consumidor final, negando a prática de preço predatório.

Afirmou que imposição de cláusula de exclusividade aos postos de revenda pode emanar de três fontes: da lei ou do tipo penal contratual ou do pacto acessório a uma avença. Mencionou o art. 11, inc. XI, da Portaria n° 116¹, de 06 de julho de 2000. Mas, como os fatos objeto da presente Averiguação Preliminar ocorreram antes da aludida Portaria, a eles não se aplica.

Assim, as locações firmadas entre as distribuidoras e os postos de revenda teriam por objetivo o uso e gozo das coisas imóveis e móveis (infungíveis) descritas no contrato. E sendo o locatário empreendedor econômico, o uso e fruição das coisas dadas em locação prendem-se ao exercício de sua atividade comercial.

Ainda, esclareceu que prédio, tanques de armazenamento de combustíveis, bombas e equipamentos outros entregues para uso e gozo do locatário, proporcionariam a operatividade de seu negócio. A verdade é que o locatário usa as coisas, a fim de usufruir das vantagens patrimoniais que elas podem produzir, destacando-se, dentre as últimas, o lucro.

O que vincularia as distribuidoras aos postos de revenda seria o pagamento do uso e fruição das coisas locadas. Essa retribuição poderia ser ajustada a um valor pecuniário obtido mediante a incidência de uma porcentagem sobre a quantidade de produtos fornecidos pela Representada, pois isso não desnaturaria o contrato de locação. Mesmo porque, as compras e vendas são pactuadas entre as figurantes de tal contrato, achando-se nele previstas de forma programática.

Não haveria, em tese, exclusividade, apenas a fixação de um parâmetro mínimo para o cálculo de aluguel, o que não

¹ A Esso mencionou a Portaria N° 116 em sua defesa, porém, não informou o Órgão expedidor. Salientamos que a representada Texaco, nos esclarecimentos prestados às fls. 156/224, anexou cópia da Portaria ANP N° 116, de 05 de julho de 2000 (fls. 176/182).

Caso a Portaria mencionada pela Esso seja a mesma anexada pela Texaco, há que se salientar não haver inciso XI, no artigo 11, como mencionado pela referida empresa.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

prejudicaria a posição jurídico-econômica das partes no contrato, porquanto se pretende apenas assegurar à locadora uma retribuição mínima do que onerosamente restou. A exclusividade estaria ligada ao tipo contratual próprio do contrato de locação estipulado pelas partes.

Alegou, também, com referência às alegadas imposições de aquisição de cota mínima, bem como de margem de lucro, preço final de venda, que nunca exigiu dos postos de revenda esses comportamentos. Primeiro porque só fornece seus produtos mediante prévia solicitação do adquirente e dentro das quantidades estabelecidas no contrato de compra e venda mercantil. A margem de lucro e o preço final de venda dizem respeito, exclusivamente, ao posto de revenda, já que a Representada não tem participação na gestão comercial do revendedor, tampouco na fixação do preço ao consumidor.

- PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A (fls. 127/147)

O mercado brasileiro de combustíveis vem sofrendo diversas mudanças nos últimos anos, intervindo o Estado no mercado, autorizando abertura de novas distribuidoras, bem como permitiu que os postos revendedores trabalhassem sem vinculação a uma marca de uma determinada empresa distribuidora, adquirindo combustíveis de quem lhes conviessem, o que se denomina de bandeira branca.

Nesse sentido, alegou não praticar qualquer lesão à livre iniciativa e à livre concorrência, uma vez que não impõe ao posto revendedor que ostente obrigatoriamente sua bandeira, sendo livre a escolha de filiação à distribuidora pelo revendedor.

Ademais, a representada asseverou não ser monopolizadora do mercado de distribuição, haja vista existência de inúmeras outras distribuidoras competindo entre si, o que perfaz aproximadamente o total de 200 distribuidoras. E ainda que estejam as distribuidoras ligadas ao mesmo sindicato, tal filiação não representa vínculo entre elas. Atuam de forma independente, competindo entre si no mercado de distribuição, sendo certo que existem outros sindicatos e outras revendedoras.

Os direitos e obrigações entre o revendedor e a distribuidora são estipulados no contrato de compra e venda mercantil; contrato de mútuo e contrato de arrendamento de equipamento. Segundo a Representada, não existiria qualquer imposição para que a distribuidora figure locatária, sendo apenas decorrência de negociações pactuadas entre particulares. Os contratos de

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

exclusividade entre as distribuidoras e revendedores são de sua livre escolha, ou seja, escolhe-se uma grande distribuidora e firma-se pacto de comprar combustíveis apenas dela ou opta-se pela bandeira branca, sem exclusividade. O contrato de comodato dos equipamentos seria acessório.

Informa que “os postos de gasolina revendedores têm a opção de trabalhar sem vinculação à marca de uma determinada distribuidora, ou associar-se à (*sic*) uma empresa de renome, sendo que, neste último caso deve cumprir com todas as suas obrigações, tal como também deve fazer a distribuidora.”

Aduz ainda que: “A livre concorrência existe no segmento. Não se pode admitir, doutro lado, é a possibilidade de um posto revendedor simplesmente ignorar um contrato celebrado com a distribuidora, e ao invés de comercializar produtos PETROBRÁS, passar a vender produtos da marca “A”, “B” ou “C”, sendo certo que, quando o posto revendedor credenciado descumpra a cláusula de exclusividade e adquire produtos de terceiros, são tomadas as devidas providências no sentido de se restabelecer a situação anterior, de forma que os produtos oferecidos pelo revendedor tenham garantia de qualidade dos produtos fornecidos pela BR.”

Logo, “não se pode falar em cartelização no mercado quando a opção da ‘bandeira’ fica a critério do próprio posto revendedor. Mesmo depois da liberação para os postos de ‘bandeira branca’, o interesse dos postos revendedores em trabalhar com uma marca de renome, conhecida no mercado, com todo o aparato técnico necessário ao funcionamento do posto, continua, não havendo qualquer imposição da distribuidora para que seja celebrado contrato com cláusula de exclusividade.”

Ademais, pela sua ótica, a prática de preços predatórios e discriminatórios é inexistente, já que os preços praticados pela Petrobrás para os seus revendedores obedeceriam, rigorosamente, às regras de mercado, a fim de tornarem-se competitivos.

Na verdade, existiriam vários fatores para a fixação dos preços, quais sejam: necessidade de ação para responder a concorrência, áreas de influência com características e peculiaridades distintas, prazo de pagamento e financiamento e os contratos.

Afirmou que, no que se refere à estipulação de cotas mínimas nos contratos, deve-se atentar para as peculiaridades do mercado de combustíveis. Tais contratos são firmados em comum acordo entre as partes. O estabelecimento consensual (e não imposição) de quantidades mínimas de produtos a serem adquiridos estaria

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

atrelado à contraprestação dos investimentos feitos pela Representada no ponto de vendas. Sendo assim, a Petrobrás não imporá, unilateralmente, ao posto revendedor, aquisição de quotas mínimas de combustível, por se tratar de relação negocial com anuência recíproca das partes. Por derradeiro, quanto à margem de lucro do preço final, afirmou não ter nenhuma ingerência sobre estes.

- TEXACO BRASIL S/A - PRODUTOS DE PETRÓLEO (fls. 156/169)

Segundo a Representada, o mercado relevante, no caso em tela, seria todo o Estado de São Paulo, onde esta teria aproximadamente 7% dos postos revendedores, sendo certo que somente caracterizar-se-ia posição dominante de mercado se a empresa detivesse, pelo menos, 20% do mercado de bens ou serviços. Vale registrar que a averiguada informa deter cerca de 10% do *market share* do Estado².

Como a Representada financiava e cedia todo tipo de equipamentos para o postos revendedores, exigia, em contrapartida, que esses adquirissem com exclusividade os produtos da distribuidora financiadora.

O art. 11 da Portaria ANP n° 116, de 5.7.2000, estabelece que o posto revendedor que optar por exibir uma determinada marca comercial de distribuidora somente poderá revender produtos desta distribuidora, ou seja, deverá exclusivamente vender produtos da distribuidora a que for vinculado.

Quanto à margem de lucro, a Representada não imporá limitações para seus revendedores, inexistindo qualquer cláusula contratual nesse sentido. Da mesma forma, a Texaco não praticaria preços predatórios, especialmente porque a competição existente no mercado de combustíveis seria muito acirrada.

- SHELL BRASIL S/A (fls. 225/240)

A Shell do Brasil insurgiu-se contra as acusações dizendo que, tanto sob o aspecto geográfico, quanto sob o aspecto material não exerceria controle sobre o mercado relevante, uma vez que referida atividade encontra-se totalmente aberta, havendo mais de 200 distribuidoras operando no mercado.

As pendências entre a Representada e os revendedores não seriam ilegais ou abusivas, mas apenas questões contratuais. Em relação aos contratos de exclusividade, este seria uma opção do

² Saliente-se que a Representada apresentou tais informações no ano de 2000, baseada em dados relativos ao ano de 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

revendedor e não da Representada, visto que se trataria de livre acordo de vontades entre as partes e, desta forma, é possível atuar no mercado sem estar necessariamente vinculado a qualquer contrato de exclusividade.

- AGIP DISTRIBUIDORA S/A (fls. 243/251)

A Representada alegou, como as demais empresas, encontrar-se em posição de concorrência, afirmando que o contrato de locação firmado entre as partes, ou seja, posto de vendas e distribuidoras, estaria em plena conformidade com as legislações comerciais e civis. O preço da locação é livremente estipulado entre as partes.

Seria inerente ao negócio que aos postos de revenda coubesse a obrigação do pagamento de determinado valor, a título de aluguel. Seria lícito, também, que este valor se ajustasse à porcentagem incidente sobre a quantidade de produtos fornecidos pela distribuidora. No entanto, este contrato não seria coligado com as operações de compra e venda que, eventualmente, ocorram entre as distribuidoras/postos de revenda.

A acusação de formação de cartel seria infundada. Alegaram os Representantes que as Representadas dominam 75% do mercado estadual e 83% do mercado nacional, o que é errôneo pela ótica da empresa. De acordo com o quadro de retiradas elaborado pela Petrobrás, as Representadas, juntas, não ultrapassariam uma concentração de 50% do mercado.

A prática de preços semelhantes das Representadas não constituiria indício de fraude, tampouco formação de cartel, o que se justificaria pelo fato de as distribuidoras Representadas utilizarem tecnologia moderna com custos similares.

A respeito da determinação de cota mínima de compra, esclareceu que essa seria resultado da livre negociação entre as partes, com base em estudos fundamentados e projeções de ordem técnica desenvolvidas e estruturadas, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso.

- COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA (fls. 264/270)

Protestou, contra a acusação de prática de preços predatórios, afirmando que as distribuidoras usariam os revendedores para desempenhar suas atividades. Assim, seria ilógico praticar preços predatórios contra seus próprios revendedores, ressaltando que tal exercício seria contrário aos interesses da própria Ipiranga.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Ademais, os preços praticados estariam em consonância com os veiculados pelas demais distribuidoras no mercado. No que toca à exclusividade, aduz não haver qualquer infração à ordem econômica quando duas ou mais pessoas capazes, manifestando livremente sua vontade, definem direitos e obrigações recíprocas que visam a ajustar a melhor forma de se manter o relacionamento comercial desejado.

A cláusula de exclusividade seria condição acordada pelas partes, totalmente lícita e justificável. Como afirmado pelas outras distribuidoras, a cláusula de exclusividade é acordada para viabilizar o retorno dos investimentos evitando a concordância de práticas enganosas e ilícitas perante o consumidor de combustível. A própria Portaria ANP 116/2000, reguladora da atividade de revenda de combustíveis, previu a cláusula de exclusividade.

No que respeita à estipulação de cota mínima, afirmou que se trataria de fruto de estudos técnicos que demonstram o potencial de vendas do revendedor desses parâmetros. A cota mínima acordada entre as partes é proporcional ao mínimo que a Ipiranga necessitaria para reaver os investimentos que realizou. Por último, salientou que não impôs restrições em relação às margens de lucros a serem praticadas, visto que é assegurado ao revendedor a liberdade de praticar os preços que bem entender.

16. É o relatório.

II. ANÁLISE

17. Ressalta-se que tramita nesta SDE o Procedimento Administrativo nº 08012.001249/2001-02³, versando sobre condutas

³ Representantes: Ministério Público, Sindicato do Com. Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de SP, Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região. Representados: Shell do Brasil S/A, Esso Brasileira do Petróleo Ltda., Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda., Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Companhia São Paulo de Petróleo (AGIP /Dist. S/A.), Texaco do Brasil S/A Produtos de Petróleo (Texaco), Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes – SINDICOM. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelos representantes que teve por objeto: **i.** abstenção pelas distribuidoras da prática de preços discriminatórios, livres de fretes, entre os revendedores varejistas de sua rede revendedora; **ii.** abstenção de imposição aos revendedores varejistas, direta ou indiretamente, de margem de lucros ou preço final de venda ao consumidor; **iii.** abstenção de realização de vendas abaixo do preço de custo, inibindo-as de praticar preços predatórios, a fim de que não se criem dificuldades artificiais de funcionamento às empresas concorrentes, em detrimento do consumidor; **iv.** que seja sustada a obrigação dos revendedores varejistas de observar a exclusividade na aquisição de combustíveis automotivos fornecidos pelas empresas representadas, com a qual tenham contrato; **v.** que as empresas representantes abstenham-se de promover atos tendentes à retomada dos imóveis onde estejam estabelecidos postos revendedores; **vi.** revisão do aluguel ou contraprestação a qualquer título, devido pelos postos revendedores às distribuidoras representadas, readequando-o para o patamar de até 1% do valor venal do imóvel; **vii.** que as distribuidoras representadas abstenham-se de exercer a reintegração de posse dos bens (bombas e tanques) entregues aos revendedores varejistas em comodato.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

semelhantes às investigadas nos presentes autos, também em desfavor dos mesmos representados.

18. Assim, por se tratar de denúncia idêntica, sugere-se o apensamento daqueles autos à presente Averiguação, para que sejam tratados conjuntamente, com vistas a evitar tratamentos e decisões divergentes a condutas semelhantes.
19. Cabe examinar se são aptos a gerar efeitos prejudiciais à livre concorrência ou à livre iniciativa, nos termos da Lei nº 8.884/94, os seguintes fatos relatados na denúncia, que se referem ao relacionamento entre as Representadas e os postos revendedores de combustíveis:
 - (i) aumento injustificado de preços à rede revendedora;
 - (ii) prática de preços discriminatórios e predatórios;
 - (iii) imposição aos revendedores varejistas de margem de lucros e/ou preço final de venda e cota mínima;
 - (iv) retomada de imóveis onde funcionam postos revendedores locados, sublocados ou comissionados;
 - (v) reintegração de posse dos bens entregues em comodato;
 - (vi) exigência de exclusividade na aquisição de combustível pelo revendedor;
 - (vii) manipulação, coordenação e controle da revenda de combustíveis.
20. No caso da representação em tela, aduzem os Representantes que, praticando as condutas mencionadas, as Representadas violaram as disposições do artigo 20, enquadrando as condutas descritas nos ditames do artigo 21, incisos XI e XVIII, da Lei nº 8.884/94.
21. Conforme os ditames da Lei de Proteção à Concorrência, todo ato, sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante, ainda que tais efeitos não sejam alcançados, constitui infração da ordem econômica (artigo 20 da Lei nº 8.884/94).
22. Do artigo 1º do mesmo diploma legal, extrai-se que o bem imediatamente tutelado é o interesse coletivo ou geral da concorrência, de forma a preservar-se o mercado, sendo a coletividade a titular dessa proteção.
23. No caso em análise, as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores não são rivais atuando no mesmo elo de uma cadeia produtiva, em relação de concorrência. Ambas as partes, até mesmo pela natureza da relação estabelecida (distribuidora e

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

postos revendedores), desenvolvem suas atividades para atingir, como dito, um objetivo comum, qual seja, a venda de combustíveis aos consumidores. Afinal, uma distribuidora de combustíveis sem canais de distribuição sólidos não tem como concorrer de forma eficiente. Por essa razão, o fortalecimento da rede deve ser um dos objetivos primeiros de qualquer distribuidora de combustíveis que precise ser efetivamente competitiva e conviva num ambiente fortemente concorrencial.

24. O contrato de distribuição tem a natureza de contrato colaborativo ou de comunhão de escopos, pois ambos os contratantes têm como objetivo empresarial comum e preponderante a venda do produto-objeto do contrato. Não se descarta, obviamente, uma disputa por margens de lucro em decorrência da venda do produto ao consumidor final, sendo possível haver assimetria de poder de barganha entre as partes contratantes, podendo a parte mais forte auferir proporcionalmente maiores lucros do que a outra. No entanto, a Lei 8.884/94 não confere poderes aos órgãos de defesa da concorrência para mediar ou arbitrar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos privados. A tese do abuso de dependência econômica se prestaria a justamente colocar os órgãos de defesa da concorrência no papel de entes revisores de contratos privados, com o fim de restabelecer-lhes esse tipo de equilíbrio, função essa que compete exclusivamente ao Poder Judiciário, a quem cabe, pela Constituição, a resolução de controvérsias entre os particulares.
25. Outrossim, os postos revendedores de combustíveis não são, do ponto de vista jurídico-econômico das relações de mercado, considerados “consumidores”, pois atuam em parceria com as distribuidoras para a consecução de um objetivo comum: a comercialização de combustíveis ao público consumidor.
26. Ademais, a relação vertical estabelecida entre as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores não enseja uma relação monopolista de uma parte em relação à outra, mas sim um contrato com vistas a viabilizar as atividades de revenda, já que as empresas distribuidoras somente podem escoar sua produção por meio de postos de gasolina.
27. Verifica-se que o CADE já se manifestou em casos semelhantes ao presente, em que não há relação de mercado, tendo apreciado questões como a recusa de fornecimento de produtos em razão do não cumprimento de critérios pré-estabelecidos entre as partes contratantes, como se pode verificar no voto do Ilustre Conselheiro-Relator Thompson Almeida Andrade, na Averiguação Preliminar nº 08012.000487/00-40, em que constam como Representante Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores – FENABRAVE, e Representadas, Associação Nacional de Fabricantes de Veículos – Anfavea, Fiat Automóveis S.A., Volkswagen do Brasil Ltda., General Motors do Brasil Ltda. e Ford Motor Company Brasil Ltda., conforme segue abaixo:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

“(...)

Conforme determinação expressa no artigo 20 e no caput do artigo 21⁴, a análise das infrações da ordem econômica tem como premissa a verificação da existência ou não de poder de mercado da parte de quem praticou a restrição para que esta tenha potencial para limitar ou prejudicar a livre concorrência ou dominar mercado relevante de bens ou serviços. Ademais, conforme ressaltado na Resolução CADE n° 20, de 09 de junho de 1999, em se tratando de práticas verticais, como é o presente caso, é necessário que parcela substancial do mercado ‘alvo’ seja afetado pelas práticas restritivas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.

(...)

Conforme entendido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, acompanhada pela SDE, adotou o entendimento das Representadas, especialmente dos representantes da Volkswagen, conforme ilustrado nas assertivas abaixo:

‘(...)

Como assinalado na defesa da Volkswagen, não existe uma relação de mercado propriamente dita entre as montadoras de automóveis e suas concessionárias. Apesar de se observar uma relação entre compradores (concessionárias) e vendedores (montadoras), essa relação não se dá via mercado, onde, por definição, ambas as partes são livres para contratar com qualquer agente. No caso em questão, temos uma relação vertical via contrato. Nesse tipo de relação, ambas as partes concordam em restringir suas condutas comerciais em benefício mútuo. Os possíveis desentendimentos decorrentes dessa relação são, normalmente, resolvidos no âmbito privado, através de negociação entre as partes. Dado que montadoras e concessionárias fazem parte da mesma cadeia produtiva e que as concessionárias têm um importante papel na distribuição dos veículos aos consumidores finais – que constituem o ‘público alvo’ de interesse para as montadoras – existe forte incentivo para que ambas as

⁴ Segundo o *caput* do artigo 21, caracterizam infração da ordem econômica condutas que configurem a hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. O artigo 20 estabelece que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (grifei):

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

*partes tentem resolver suas diferenças através de negociação, uma vez que temos aí uma relação de dependência mútua*⁵

(...)

A suspensão da linha de financiamento ao concessionário inadimplente não configura, no meu entender, recusa de contratar. Trata-se apenas do acionamento de mecanismo prudencial amplamente utilizado nas atividades de financiamento e crédito em diversos mercados.

(...)

A frustração do planejamento de vendas, no entanto, não interessa nem à montadora nem à concessionária. Tampouco vislumbro qualquer racionalidade à intenção, imputada pela Representante às montadoras, de destruir seus concessionários, uma vez que tornar inviável o funcionamento de um ponto de venda, através da suspensão do financiamento, pode acarretar, perda de rentabilidade e de market share, acarretando ainda a perda de todo o esforço de desenvolvimento da clientela efetuado pela revenda”.

28. No mesmo sentido, na Averiguação Preliminar nº 08012.006532/99-18, em que foi representante a Nova Texas Veículos Ltda. e representada a FIAT Automóveis S.A., o Ilustre Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques assim se pronunciou a respeito do tema:

“(…)

Cumprе ressaltar: não havendo relação de mercado, inexistе a possibilidade de haver infração da ordem econômica sob o prisma da Lei 8.884/94.

(...)

*Repisando: **não há que se falar em relação de mercado in casu**, posto que perfeita em contrato de exclusividade voluntária, de índole colaborativa e/ou de comunhão de escopos, fora da atenção da Lei 8.884/94, em que os distribuidores representam importante agente ao escoamento da produção aos consumidores finais, havendo irracionalidade econômica na exploração da sua situação de distribuição pelos fabricantes.*

Eliminado, como está, o elemento do contexto (mercado) do presente caso, o que impede de forma clara a incidência da Lei 8.884/94 à presente questão, não há que se falar em conduta anticoncorrencial, restando a opção do arquivamento da presente Averiguação Preliminar.

(...)

⁵ Parecer da SEAE, fl. 1804.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

*Ante o exposto, ressaltando o compromisso legal de sigilo que deve ser acatado em atenção ao disposto no artigo 30, § 3º, da Lei 8.884/94, considero a presente questão excluída do campo jurídico de abrangência da Lei 8.884/94, sendo conseqüentemente irrelevante em termos concorrenciais, sobretudo pelo fato de não se incluir no conjunto das relações de mercado, razão pela qual voto pelo seu **arquivamento**, sem a imposição que quaisquer penalidades, acompanhando integralmente a bem lançada manifestação da D. SDE/MJ e, parcialmente, da D. Procuradoria-Geral do CADE e do Ministério Público Federal.
(...)"*

29. Como visto, em casos semelhantes ao presente, nas quais há a mesma premissa – inexistência de relação de mercado –, o CADE entendeu pelo arquivamento. Logo, as práticas denunciadas, referentes ao suposto abuso na linha vertical entre distribuidoras e postos revendedores devem merecer o mesmo tratamento ante a inexistência de infração à Ordem Econômica.
30. Outrossim, a semelhança de práticas das Representadas, consubstanciadas na exigência comum de exclusividade de venda de seus produtos em face dos postos, apontada como cartelização, entretanto, não se consubstancia em indícios de infração.
31. Isso porque, a referida exigência de exclusividade tem fundamento específico em regulamentação da Agência Nacional do Petróleo - ANP.
32. De acordo com o artigo 11, § 2º, da Portaria ANP 116, de 5 de julho de 2000⁶, *verbis*:
“§ 2º Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida.”
33. Logo, não cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência condenar por violação antitruste empresas que se comportam de acordo com instrumento legal expedido pelo ente regulador.
34. Não se nega que o fim da exigência de exclusividade aos postos revendedores poderia em tese aumentar a concorrência e permitir maior escolha para o consumidor. Entretanto, atualmente, de acordo com a norma acima, há possibilidade de que postos de combustíveis optem por não exibir a marca do distribuidor, podendo vender combustíveis de mais de uma marca ("posto de bandeira branca"). Logo, a escolha pela exibição ou não da marca, e a conseqüente escolha pela exclusividade de venda dos combustíveis, é livre. Assim, não se afasta que, no atual modelo, a concorrência dê-se pela disputa entre as marcas dos postos

⁶ Constante nos autos às fls. 176/182.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- exclusivos, com cada distribuidora procurando concorrencialmente estabelecer e aumentar sua rede de postos própria.
35. Logo, nesse aspecto, o cerne do questionamento da representação é um modelo de regulação estabelecido por um Órgão regulador, e não propriamente um comportamento abusivo de qualquer ente em atuação nesse mercado, o que afasta a possibilidade de aplicação de punição em sede de Processo Administrativo.
36. Assim, conclui-se pela inexistência de infração à Ordem Econômica nos fatos encaminhados ao conhecimento desta SDE.

III. CONCLUSÃO

37. Ante o exposto, sugere-se o apensamento aos presentes autos os do Procedimento administrativo nº 08012.001249/2001-02, pela identidade de objeto.
38. Quanto ao mérito, de acordo com jurisprudência já consolidada, conclui-se pela inocorrência de infração à Ordem Econômica, não havendo violação Lei nº 8.884/94 nos fatos trazidos ao conhecimento desta SDE.
39. Portanto, sugere-se o arquivamento da Averiguação Preliminar, no âmbito desta SDE, recorrendo-se de ofício ao CADE, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.884/94 e do art. 10 da Portaria MJ nº 849, de 22 de setembro de 2000.

À consideração superior.
Brasília, de de 2004.

LUCIANA DE CARVALHO VIEIRA

Chefe de Divisão

MARCEL MEDON SANTOS

Coordenador Geral

De acordo.
Encaminhe-se ao Sr. Secretário de Direito Econômico.
Brasília, de de 2004.

BARBARA ROSENBERG

Diretora do DPDE

C:\Documents and Settings\Luciana vieira\Meus documentos\ Parecer técnico\AP nº 08012.004258 00-02 - Sind. Com. Varej. Petróleo SP.doc



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

409
lit.

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

Representantes: Ministério Público Federal e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo

Representadas: Shell do Brasil S/A, Esso Brasileira de Petróleo Ltda, Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda, Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Companhia São Paulo de Petróleo (Agip Distribuidora S/A), Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes (Sindicom)

Advogados: Ilídio da Costa Leandro, Carlos Leduar Lopes, Venâncio Pessoa Igrejas Lopes Filho, Carlos José Gonçalves de Araújo, Daniela Loureiro Santos, Rubens Duffles Martins, Jairo de Borba Cunha e outros

Relator: Conselheiro **Roberto Augusto Castellano Pfeiffer**

RELATÓRIO

I. DA INSTAURAÇÃO DA AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR

Trata-se de Averiguação Preliminar originada de cópia da Ação Civil Pública nº 2000.61.02.000034-1, proposta por **Ministério Público Federal, Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo** (Sincopetro) e **Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região** (Recap) em desfavor das empresas **Shell do Brasil S/A** (Shell); **Esso Brasileira de Petróleo Ltda** (Esso); **Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda** (BR); **Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga** (Ipiranga), **Companhia São Paulo de Petróleo**, atualmente denominada como **Agip Distribuidora S/A** (Agip); **Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo** (Texaco); **Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes** (Sindicom), da **Agência Nacional do Petróleo** (ANP) e da **União Federal**, encaminhada pelo M.M Juiz da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), solicitando apuração de possíveis infrações à ordem econômica.

De acordo com os representantes, tal como denunciado na referida ação, as distribuidoras de combustíveis citadas estariam praticando preços predatórios e impondo aos revendedores varejistas cláusula de exclusividade, aquisição de cota mínima, bem como margem de lucro e preço final de venda.

Nesse sentido, supostamente para burlar os efeitos da livre concorrência, as representadas firmariam em seus contratos com os postos de gasolina a obrigatoriedade de vinculação destes a uma “bandeira”, insistindo na preservação do ajuste e exclusividade de aquisição de combustíveis. Dessa forma, conforme a representação, não apenas o revendedor

ficaria obrigado a adquirir a produção somente daquela companhia distribuidora com que contrata, como, normalmente, caso não se submeta a tal pacto, o fornecimento seria interrompido.

O Ministério Público Federal, em sede de referido litígio, defendeu que a exclusividade gera prejuízo ao consumidor, porque lhe impede o acesso à livre concorrência que existe entre as companhias distribuidoras de combustíveis, negando-lhe o benefício do melhor preço, qualidade e oferta. Isso porque, burlando a competição, a companhia consegue fixar unilateralmente os preços aos clientes do estabelecimento, logrando elevá-los sem justa causa, ao arripio das normas consumeristas. Para o representante do *Parquet*, então, tais cláusulas seriam nulas de pleno direito, por implicarem a supressão da fundamental liberdade de escolha do consumidor.

Em atenção a essa realidade, a Ação Civil Pública proposta perante o juízo de Ribeirão Preto/SP contra as representadas teve por objeto, a saber:

- a abstenção de aumento injustificado de seus preços à rede revendedora;
- a proibição de prática de preços discriminatórios;
- a não imposição aos revendedores varejistas de margens de lucros ou preço final de venda ou cota mínima de aquisição;
- a proibição de retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento;
- a revisão dos aluguéis ou contraprestação a qualquer título, no montante de até 1% do valor venal do imóvel;
- a abstenção de exercer a reintegração de posse dos bens entregues em comodato;
- a abstenção de praticar juros de mora anuais superiores a 6%, quando não convencionados, ou 12% quando convencionados; e
- a suspensão do contrato de exclusividade enquanto houver a prática das condutas denunciadas.

A 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP determinou o envio de cópia da decisão à Secretaria de Direito Econômico - SDE para apuração de eventuais ilícitos contra a ordem econômica e deferiu em parte liminar requerida pelo MPF, para:

“a. suspender a cláusula de exclusividade e de aquisição de cota mínima, na compra e venda de combustíveis, nos contratos firmados entre as distribuidoras-requeridas e os postos revendedores que estejam localizados no Estado de São Paulo, salvo região não incluída na base territorial dos sindicatos que figuram em litisconsórcio ativo;

b. absterem-se, na mesma condição, as distribuidoras requeridas, de impor aos revendedores varejistas margem de lucro e/ou preço final de venda e bem assim de promoverem qualquer ato que implique retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento, ou de buscarem a reintegração de posse de bens entregues em comodato.” (fls. 14/15)

400
alt

Cumpra observar ter sido interposto pela representada Ipiranga o Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.016843-7 perante o TRF 3ª Região, que concedeu a suspensão dos efeitos da decisão recorrida até a sentença de mérito na citada Ação Civil Pública.

Ressalte-se, ainda, que foi igualmente juntada aos autos a concessão de antecipação parcial de tutela em Ação Civil Pública interposta pelos mesmo representantes na 1ª Vara Federal da 13ª Subseção Judiciária de Franca/SP, em razão de suposta imposição a postos de gasolinas de cláusula de exclusividade na aquisição de combustíveis de uma única bandeira, por parte de 191 (cento e noventa e uma) distribuidoras.

Segundo exposto pelo Ministério Público Federal, no segmento da distribuição de combustíveis, em que pese esse alto número de companhias distribuidoras cadastradas na ANP, somente 6 (seis) delas – Shell, Petrobrás, Esso, Agip, Ipiranga e Texaco dominariam 83% (oitenta e três por cento) do mercado.

Na referida ação, em que a ANP integra o pólo passivo, o Juízo de Franca/SP suspendeu pelo prazo de um ano, a contar de 8/3/2000, as cláusulas de exclusividade e de aquisição de cota mínima na compra e venda de combustíveis.

Observadas essa decisão e a proferida em Ribeirão Preto, o Sr. Secretário de Direito Econômico, em Despacho de 28/7/2000 (fl. 55), determinou a promoção de Averiguações Preliminares para apuração de condutas infringentes à ordem econômica, com fulcro no § 1º, art. 30, da Lei nº 8.884/94.

II. DAS ALEGAÇÕES DAS REPRESENTADAS

Solicitado a prestar esclarecimentos, o **Sindicom** (fls. 74/75) afirmou ser parte ilegítima no expediente por não ter como interferir na administração de suas associadas. Também negou impedir que novas distribuidoras se associem, esclarecendo que tal filiação é possível a qualquer tempo, desde que atendidos os requisitos do estatuto. Por fim, declarou não promover cartéis de combustível nem agir em desconformidade com a lei.

A distribuidora **Esso** (fls. 76/112), por sua vez, arguiu não ter praticado nenhum ato lesivo à concorrência, que, segundo considerou, teria sofrido um acirramento em razão da liberação de preços da gasolina e álcool carburante instituída pela Portaria nº 59/96 do Ministério da Fazenda, especialmente entre postos de revenda.

Afora isso, destacou que seu lucro está no volume de venda de combustíveis assegurado pelo desempenho dos postos que integram sua bandeira e que, assim, precisa praticar preços coerentes com as peculiaridades sócio-econômicas das regiões em que estes se situam e comercializam com o consumidor final. Desse modo, afirmou inviável a prática de preços predatórios.

Quanto à imposição de cláusula de exclusividade aos revendedores, a Esso a vinculou ao tipo contratual firmado com esses agentes, ou melhor, às características próprias do contrato de locação. Ainda destacou que a prestação da distribuidora consiste na entrega de combustíveis, bombas e equipamentos outros para uso e gozo do locatário, o posto de gasolina, e

407
Wit.

no cumprimento de outras obrigações que visam a conferir ao último a obtenção das vantagens patrimoniais (frutos) que ele espera alcançar no exercício de sua atividade econômica.

Em função disso, concluiu que não há óbice a que a retribuição seja ajustada mediante a incidência de uma porcentagem sobre a quantidade de produtos fornecidos pela representada, pois isso não desnatura o contrato de locação, avença predominante do acordo misto subscrito pelas partes. A exclusividade, para a Esso, portanto, estaria ligada ao tipo contratual próprio da locação.

Por último, afirmou que nunca exigiu dos revendedores a aquisição de cota mínima, bem como de margem de lucro e preço final de venda, pois essas questões dizem respeito exclusivamente ao posto de gasolina e a representada não teria participação na gestão comercial deste, tampouco na fixação do preço ao consumidor.

A **Petrobrás** (fls. 127/147) também prestou esclarecimentos e destacou as mudanças no mercado brasileiro de combustíveis, especialmente em função da autorização estatal para abertura de novas distribuidoras e de permissão a que postos revendedores trabalhem sem vinculação a uma marca de determinada empresa. Essa possibilidade de adquirir combustíveis de quem lhes convier é comumente denominada de bandeira branca.

Diante disso, argumentou que, por haver liberdade na escolha de filiação a qualquer das, aproximadamente, 200 (duzentas) distribuidoras existentes no mercado (o que não lhe tomaria, a propósito, monopolista), não caberia se falar em prática lesiva à livre iniciativa e à livre concorrência, pois não impõe a obrigatoriedade de ostentação de sua bandeira.

Em seqüência, esclareceu que por não poder atuar no ramo do varejo, firma com os postos, assim como outras distribuidoras, contrato de compra e venda mercantil (com acessório contrato de comodato), contrato de mútuo e contrato de arrendamento de equipamento, todos eles para definição dos direitos e obrigações recíprocas. Algumas vezes, inclusive, inclui contrato de locação, mas que não é imposto, pelo contrário, decorre de negociações pactuadas entre particulares, respeitado o princípio da autonomia da vontade.

Nesse ponto, destacou que o acordo de exclusividade entre distribuidoras e revendedores é de livre escolha, mas que quando estes escolhem uma grande distribuidora só podem adquirir combustível dela, ou, por outro lado, devem optar pela bandeira branca.

Ressaltou, então, a necessidade de se considerar que a distribuidora investe pesado no imóvel, instala os equipamentos de última geração e o adequa à exploração do ramo de venda combustível, ou seja, monta todo o posto e passa para o revendedor um imóvel com todas as condições para explorar sua atividade. Além disso, lembrou que os postos que se associam a determinada distribuidora de renome, utilizando sua bandeira, ainda que não obrigados a tanto, tem a garantia de adquirir produtos de qualidade. Para isso, contudo, deve cumprir com todas as obrigações pactuadas.

De outra monta, explicou que, ao trabalhar com bandeira branca, o posto revendedor livra-se de qualquer vínculo, investe por conta própria e compra de quem quiser. Não obstante isso, para tentar competir no mercado, segundo a Petrobrás, trabalham com valores abaixo do preço de custo, o que, em muitos casos, resulta de adulteração do produto ou de sonegação fiscal.

F 156 408
lll

Afora isso, a representada ainda insistiu inexistir cartelização no mercado de combustíveis, apenas o interesse dos revendedores, mesmo após liberação para uso de bandeira branca, em trabalhar com uma marca de renome, conhecida no mercado e possuidora de todo o aparato técnico necessário ao funcionamento do posto. E, de todo modo, quanto à exclusividade, reafirmou que busca somente o cumprimento do contrato firmado.

No mais, avaliou inócua a prática de preços predatórios e discriminatórios, visto que os preços por ela estipulados obedecem rigorosamente as regras de mercado, a fim de se tornarem competitivos. Também asseverou que as cotas mínimas configuradas nos contratos de forma atrelada à contraprestação dos investimentos ocorre de comum acordo, já que essencial a anuência recíproca em face da relação comercial. Quanto à margem de lucro no preço final, por derradeiro, sustentou não ter nenhuma ingerência sobre estes.

A **Texaco** (fls. 156/169), por seu turno, inferiu a necessidade de ser estabelecido o mercado relevante, que entendeu ser, para o caso em tela, todo o Estado de São Paulo, onde teria aproximadamente 7% dos postos revendedores e cerca de 10% do *market share* estatal, ou seja, sem posição dominante.

Tal como enfatizado por outras representadas, informou que, em contrapartida à cessão de equipamentos, aos financiamentos, aos benefícios de veiculação sistemática de publicidade e de promoções institucionais e, em suma, aos altos investimentos realizados pela distribuidora no estabelecimento do posto de gasolina, este compromete-se a adquirir com exclusividade os produtos da primeira. A seu favor, ainda lembrou o art. 11, § 2º, da Portaria ANP nº 116¹, de 5/7/2000, que estaria autorizando a exclusividade na venda de combustíveis.

Sobre a arguição de imposição de margem de lucro, ponderou não existir qualquer cláusula contratual nesse sentido e, em acréscimo, refutou a alegada prática de preços predatórios, já que a competição existente no mercado seria muito acirrada.

A **Shell** (fls. 225/240) assegurou que, tanto sob o aspecto geográfico, quanto sob o aspecto material não exerce controle sobre o mercado relevante, especialmente porque a atividade de distribuição de combustível encontra-se totalmente aberta, com a presença de várias distribuidoras.

Tal como as demais, negou haver cartelização ou sequer ilegalidades e abusividades nos contratos firmados entre a representada e os postos revendedores. Destacou também que a exclusividade pactual é decorrente de livre acordo de vontades e que é perfeitamente possível atuar no mercado sem esse vínculo.

A **Agip** (fls. 243/251) garantiu exercer o comércio de maneira lícita e adequada às leis do mercado, atualmente mais competitivo, e que, em locação do imóvel e de equipamentos, toma-se inerente que aos postos de revenda caiba a obrigação consistente no pagamento de determinado valor, a título de aluguel. Esse valor, conforme afirmou, pode lícitamente ser ajustado de acordo com a porcentagem incidente sobre a quantidade de produtos fornecidos pela distribuidora. Ademais, esclareceu a representada que o contrato de locação firmado não é

¹ “§ 2º Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida.”

409
BLL

coligado com as operações de compra e venda que eventualmente ocorrem entre distribuidoras e postos de revenda.

Sustentou, da mesma forma, inexistir formação de cartel e que, de acordo com quadro elaborado pela Petrobrás, as representadas juntas não ultrapassam uma concentração de 50% do mercado de combustíveis. Declarou também que a prática de preços semelhantes por parte das representadas não caracterizaria cartel, apenas retrataria o uso de tecnologia moderna e com custos similares para todas.

No que tange à determinação de cota mínima de compra, afiançou tratar-se de resultado da livre negociação entre as partes, com base em estudos fundamentados e projeções de ordem técnica, observadas as peculiaridades de cada caso.

A distribuidora **Ipiranga** (fls. 264/270) protestou contra a acusação de prática de preços predatórios, porque seria ilógico perpetrá-los contra seus próprios revendedores e que tal exercício seria contrário aos seus interesses.

Além disso, considerou a cláusula de exclusividade como uma condição acordada pelas partes totalmente lícita e justificável para viabilizar o retorno de investimentos. Sobre a cota mínima, esclareceu tratar de quantia proporcional ao mínimo que a Ipiranga necessita para reaver os gastos realizados. Ainda salientou que não impõe restrições em relação às margens de lucros a serem praticadas, pois assegurado ao revendedor a liberdade de estipular os preços que bem entender.

III. DA NOTA TÉCNICA DA SDE

Em Nota Técnica de fls. 311/326 a **Secretaria de Direito Econômico – SDE**, sugeriu o apensamento dos autos do Procedimento Administrativo nº 08012.001249/2001-02 à presente Averiguação Preliminar, em razão da identidade de objetos.

Sobre a possibilidade de infração concorrencial, ressaltou a Secretaria que as distribuidoras e os postos revendedores não se apresentam como rivais, mas atuam, na realidade, no mesmo elo de uma cadeia produtiva e possuem objetivo comum: a venda de combustíveis aos consumidores. Sendo assim, constatou que o fortalecimento da rede e o escoamento da distribuição da produção por canais sólidos incluem-se nos objetivos de toda distribuidora que precisa ser efetivamente competitiva.

Nesse sentido, avaliou que o contrato entre os citados agentes tem natureza de contrato colaborativo ou de comunhão de escopos. Por esse motivo, mesmo com disputa por margens de lucro e assimetria de poder de barganha entre as partes contratantes, e ainda que a mais forte consiga auferir maiores lucros, a Lei nº 8.884/94, conforme constatou, não haveria conferido poderes aos órgãos de defesa da concorrência para mediar ou arbitrar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos privados.

Em adição, ressaltou que os postos de gasolina não podem ser considerados *consumidores*, pois atuam em parceria com as distribuidoras em relação vertical, que não se resumiria a uma relação monopolista, mas em mera relação contratual pra viabilização das atividades de revenda, em função da dependência para o escoamento da produção.

uso
Bla

Alertou ainda que em casos semelhantes ao presente (envolvendo concessionárias e montadoras de veículos), baseados na mesma premissa, entendeu o CADE pela inexistência de relação de mercado entre os agentes. Por tal motivo, não haveria como se falar em infração à ordem econômica.

Especificamente sobre a exigência de exclusividade nos contratos, a Secretaria argumentou haver, para tanto, fundamento específico em regulamentação da ANP e que, sendo assim, não caberia ao SBDC condenar por violação antitruste empresas que se comportam de acordo com instrumento legal expedido por órgão regulador. Retomou, ademais, a possibilidade da livre escolha dos postos pela exibição ou não da marca e a conseqüente eleição da exclusividade de venda dos combustíveis adquiridos da distribuidora relacionada.

Em virtude disso, enfim, não observou qualquer infração concorrencial e sugeriu o arquivamento da Averiguação Preliminar. O Sr. Secretário de Direito Econômico, à fl. 327, acolheu essa sugestão, encaminhando os autos ao CADE, com recurso de ofício, no dia 23/12/2004.

IV. DO PARECER DA PROCADE

A Procuradoria-Geral do CADE – ProCADE (fls. 349/365) registrou o pensamento para análise conjunta, pela SDE, do Procedimento Administrativo nº 08012.001249/2001-02, por versar sobre denúncias idênticas às investigadas e em desfavor das mesmas representadas, perante a 1ª Vara Federal de Piracicaba, 9ª Subseção/SP, Ação Civil Pública nº 1999.61.09.005873-0.

Em seu parecer, destacou que o consumidor é sempre o beneficiário final da erradicação de fatores de ineficiência, já que é ele o interessado último no aproveitamento máximo dos recursos econômicos da sociedade.

Afora isso, asseverou a suma importância da delimitação do mercado relevante de produto, com a verificação da substitutibilidade da demanda e da oferta para a obtenção da parcela de mercado, bem como da área de atuação da conduta para a definição da dimensão geográfica afetada. De acordo com a Procuradoria, sem a demarcação do mercado relevante, tal como ocorrido no presente procedimento, resta impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, já que não verificada a existência de poder de mercado e incipientes as análises sobre prováveis práticas restritivas.

Pela observação dos autos, considerou que as restrições verticais, em especial a exclusividade, podem servir para dar à distribuidora um maior controle dos preços cobrados no varejo pelos seus produtos/serviços e, com isso, possibilitar a manutenção de arranjos de fixação conjunta de valores com outras distribuidoras. Ainda notou que poderia haver intenção de preclusão do mercado de fornecimento de combustível ao ingresso de novos concorrentes pelo aumento do custo de entrada imposto a eles, representado na necessidade de desenvolvimento de uma rede própria de comercialização.

Por tudo isso, a ProCADE julgou necessário um exame mais aprofundado da questão, haja vista tratar-se de setor extremamente organizado de produtos homogêneos, que apresenta particularidades e características que diminuem a possibilidade de concorrência no

411
alt

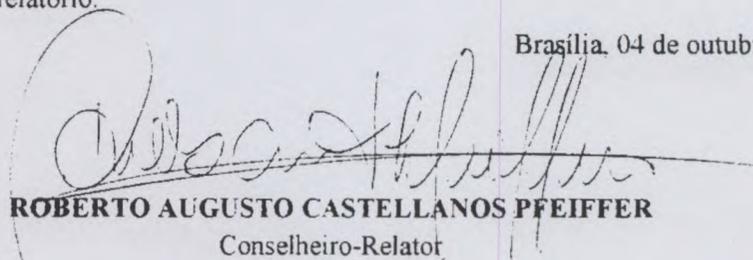
mercado. Avaliando presentes fortes indícios de infração econômica, em especial a possibilidade de as representadas incorrerem nas condutas do art. 20, incisos I, II, III e IV c/c o art. 21, incisos II, IV, V, X, XI e XVIII da Lei nº 8.884/94, sugeriu, então, a conversão da Averiguação Preliminar em Processo Administrativo.

V. DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O **Ministério Público Federal – MPF** (fls. 368/369), pelos mesmos fundamentos do parecer da ProCADE, pronunciou-se pelo não provimento do recurso de ofício da SDE, sugerindo a instauração do respectivo processo.

É o relatório.

Brasília, 04 de outubro de 2005.



ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro-Relator



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

412
alt

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

Representantes: Ministério Público Federal e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo

Representadas: Shell do Brasil S/A, Esso Brasileira de Petróleo Ltda, Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda, Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, Companhia São Paulo de Petróleo (Agip Distribuidora S/A), Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes (Sindicom)

Advogados: Ilídio da Costa Leandro, Carlos Leduar Lopes, Venâncio Pessoa Igrejas Lopes Filho, Carlos José Gonçalves de Araújo, Daniela Loureiro Santos, Rubens Duffles Martins, Jairo de Borba Cunha e outros

Relator: Conselheiro **Roberto Augusto Castellano Pfeiffer**

Ementa: Averiguação Preliminar. Conduta anticoncorrencial. Aumento abusivo de preços, preço predatório, imposição de cláusula de exclusividade, discriminação de preços, preços predatórios, imposição de margem de lucro aos revendedores, manipulação, coordenação e controle da revenda de combustível, retomada de imóveis onde funcionam revendedores locados, sublocados ou comissionados e reintegração dos bens entregues em comodato. Prescrição intercorrente. Decisão pelo arquivamento.

VOTO

I. DA INSTAURAÇÃO DA AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR

Trata-se de Averiguação Preliminar originada de cópia da Ação Civil Pública nº 2000.61.02.000034-1, proposta por **Ministério Público Federal, Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo (Sincopetro) e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região (Recap)** em desfavor das empresas **Shell do Brasil S/A (Shell); Esso Brasileira de Petróleo Ltda (Esso); Petrobrás Distribuidora de Petróleo Ltda (BR); Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (Ipiranga),**

Companhia São Paulo de Petróleo, atualmente denominada como **Agip Distribuidora S/A** (Agip); **Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo** (Texaco); **Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustível e Lubrificantes** (Sindicom), da **Agência Nacional do Petróleo** (ANP) e da **União Federal**, encaminhada pelo M.M Juiz da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), solicitando apuração de possíveis infrações à ordem econômica.

De acordo com os representantes, tal como denunciado na referida ação, as distribuidoras de combustíveis citadas estariam praticando preços predatórios e impondo aos revendedores varejistas cláusula de exclusividade, aquisição de cota mínima, bem como margem de lucro e preço final de venda.

Nesse sentido, supostamente para burlar os efeitos da livre concorrência, as representadas firmariam em seus contratos com os postos de gasolina a obrigatoriedade de vinculação destes a uma "bandeira", insistindo na preservação do ajuste e exclusividade de aquisição de combustíveis. Dessa forma, conforme a representação, não apenas o revendedor ficaria obrigado a adquirir a produção somente daquela companhia distribuidora com que contrata, como, normalmente, caso não se submeta a tal pacto, o fornecimento seria interrompido.

O Ministério Público Federal, em sede de referido litígio, defendeu que a exclusividade gera prejuízo ao consumidor, porque lhe impede o acesso à livre concorrência que existe entre as companhias distribuidoras de combustíveis, negando-lhe o benefício do melhor preço, qualidade e oferta. Isso porque, burlando a competição, a companhia consegue fixar unilateralmente os preços aos clientes do estabelecimento, logrando elevá-los sem justa causa, ao arpejo das normas consumeristas. Para o representante do *Parquet*, então, tais cláusulas seriam nulas de pleno direito, por implicarem a supressão da fundamental liberdade de escolha do consumidor.

Em atenção a essa realidade, a Ação Civil Pública proposta perante o juízo de Ribeirão Preto/SP contra as representadas teve por objeto, a saber:

- a abstenção de aumento injustificado de seus preços à rede revendedora;
- a proibição de prática de preços discriminatórios;
- a não imposição aos revendedores varejistas de margens de lucros ou preço final de venda ou cota mínima de aquisição;
- a proibição de retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento;
- a revisão dos aluguéis ou contraprestação a qualquer título, no montante de até 1% do valor venal do imóvel;
- a abstenção de exercer a reintegração de posse dos bens entregues em comodato;
- a abstenção de praticar juros de mora anuais superiores a 6%, quando não convencionados, ou 12% quando convencionados; e
- a suspensão do contrato de exclusividade enquanto houver a prática das condutas denunciadas.

414
11/11

A 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP determinou o envio de cópia da decisão à Secretaria de Direito Econômico - SDE para apuração de eventuais ilícitos contra a ordem econômica e deferiu em parte liminar requerida pelo MPF, para:

"a. suspender a cláusula de exclusividade e de aquisição de cota mínima, na compra e venda de combustíveis, nos contratos firmados entre as distribuidoras-requeridas e os postos revendedores que estejam localizados no Estado de São Paulo, salvo região não incluída na base territorial dos sindicatos que figuram em litisconsórcio ativo;

b. absterem-se, na mesma condição, as distribuidoras requeridas, de impor aos revendedores varejistas margem de lucro e/ou preço final de venda e bem assim de promoverem qualquer ato que implique retomada de imóveis onde funcionem postos revendedores locados, sublocados ou comissionados, salvo por falta de pagamento, ou de buscarem a reintegração de posse de bens entregues em comodato." (fls. 14/15)

Cumpre observar ter sido interposto pela representada Ipiranga o Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.016843-7 perante o TRF 3ª Região, que concedeu a suspensão dos efeitos da decisão recorrida até a sentença de mérito na citada Ação Civil Pública.

Ressalte-se, ainda, que foi igualmente juntada aos autos a concessão de antecipação parcial de tutela em Ação Civil Pública interposta pelos mesmo representantes na 1ª Vara Federal da 13ª Subseção Judiciária de Franca/SP, em razão de suposta imposição a postos de gasolinas de cláusula de exclusividade na aquisição de combustíveis de uma única bandeira, por parte de 191 (cento e noventa e uma) distribuidoras.

Segundo exposto pelo Ministério Público Federal, no segmento da distribuição de combustíveis, em que pese esse alto número de companhias distribuidoras cadastradas na ANP, somente 6 (seis) delas - Shell, Petrobrás, Esso, Agip, Ipiranga e Texaco dominariam 83% (oitenta e três por cento) do mercado.

Na referida ação, em que a ANP integra o pólo passivo, o Juízo de Franca/SP suspendeu pelo prazo de um ano, a contar de 8/3/2000, as cláusulas de exclusividade e de aquisição de cota mínima na compra e venda de combustíveis.

Observadas essa decisão e a proferida em Ribeirão Preto, o Sr. Secretário de Direito Econômico, em Despacho de 28/7/2000 (fl. 55), determinou a promoção de Averiguações Preliminares para apuração de condutas infringentes à ordem econômica, com fulcro no § 1º, art. 30, da Lei nº 8.884/94.

II. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A instauração da Averiguação deu-se em 28 de julho de 2000, por meio do Despacho nº 667 (fls. 55). Após, foram encaminhadas as Notificações de n.ºs 250, 251, 252, 253, 254, 255 e 256 (fls. 57/63) às Representas, todas no dia 1º de setembro de 2000, para que estas apresentassem as suas defesas. Em 20 de setembro de 2000, ocorreu audiência com a Shell na SDE (fls. 68). A SINDICOM apresentou sua defesa em 28 de setembro de 2000, a ESSO em 6 de outubro de 2000, a Petrobrás em 10 de outubro de 2000, a Texaco e a Shell em 30 de outubro de 2000, a AGIP em 8 de novembro de 2000 e, por fim, a Ipiranga em 14 de novembro de 2000.

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

415
llll

As defesas das Representadas encontram-se acostadas às fls 74/281. Após a defesa da Ipiranga, não houve qualquer ato por parte da SDE em relação à presente averiguação preliminar, tendo esta apenas mudado de coordenação dentro da SDE, até a emissão da Nota Técnica de fls. 311/326, no dia 22 de dezembro de 2004.

Pelo exposto, é necessário notar que, de acordo com o parágrafo primeiro, do artigo 1º da Lei 9.873/99:

"Art. 1º: Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º - Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso".

Estando a averiguação preliminar inserida no conceito de procedimento administrativo *latu sensu*, a ela também diz respeito o dispositivo legal supra, uma vez que o mesmo se aplica a todos os procedimentos administrativos, indistintamente, inclusive àqueles instaurados previamente à Lei 9.873/99, tendo em vista o seu caráter de lei processual.

Na averiguação preliminar em tela, nota-se, pela enumeração das datas acima, que os últimos atos praticados pela SDE antes da Nota Técnica de 22 de dezembro de 2004 foram as notificações das Representadas, em 1º de setembro de 2000. Assim, transcorreram aproximadamente quatro anos e dois meses sem que houvesse ato pela SDE que objetivasse apurar as infrações, o que configura a prescrição da presente averiguação preliminar, visto que o tempo transcorrido foi superior a três anos.

III. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SETOR DE COMBUSTÍVEL

Caso for superada a questão da prescrição, é necessário, primeiramente, tecer algumas considerações sobre o setor de combustível e rever as mudanças ocorridas neste nas últimas décadas.

A Petrobrás foi criada em 1953, como estatal detentora do monopólio da exploração, produção, importação e refino de petróleo, gás natural e derivados. Nessa época, as atividades de distribuição e revenda eram exercidas por empresas privadas mediante autorização, porém a Petrobrás definia o número e o tamanho ótimo destas empresas e suas respectivas áreas de atuação. Os preços dos produtos e as quantidades a serem comercializadas por cada agente eram estabelecidos pela autoridade estatal.

O setor de combustível permaneceu assim até a promulgação da Lei n.º 9.478/97, também conhecida como Lei do Petróleo, por meio da qual foi iniciado o processo de liberalização dos preços de combustíveis e a flexibilização do monopólio. Tal lei também criou o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e a Agência Nacional do Petróleo, ANP, órgão responsável pela regulação do setor.

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

416
111

A Portaria ANP n.º 116 de 2000, que regulamenta a atividade varejista de combustível, estabeleceu que as distribuidoras não são permitidas a comercializar combustível no varejo, *in verbis*:

"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."

Por esse motivo, de acordo com a norma supracitada, para que seu produto alcance o consumidor, é necessário que a distribuidora venda para um posto revendedor para que este revenda para os consumidores. O posto de gasolina, por sua vez, ainda de acordo com a Portaria ANP n.º 116, pode escolher por exibir a marca de uma única distribuidora ou não. De acordo com o art. 11:

"§ 1º O revendedor varejista poderá optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos."

"§ 2º Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida."

Assim, optando por ostentar apenas uma marca, o posto deverá vender combustível apenas daquela distribuidora. A presente averiguação preliminar diz respeito aos contratos entre as distribuidoras e os postos revendedores que optam por exibir a marca de uma delas.

IV – DA ANÁLISE DAS CONDUTAS

As condutas anti-competitivas alegadas pelas Representantes, descritas nas ações civis mencionadas acima e supostamente praticadas pelas distribuidoras de combustível são as seguintes:

- (i) imposição de cláusula de exclusividade;
- (ii) aumento injustificado de preços;
- (iii) discriminação de preços;
- (iv) preços predatórios;
- (v) imposição de margem de lucro aos revendedores;
- (vi) manipulação, coordenação e controle da revenda de combustível;

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

417
llt

- (vii) retomada de imóveis onde funcionam revendedores locados, sublocados ou comissionados; e
- (viii) reintegração dos bens entregues em comodato.

Tais condutas seriam passíveis de enquadramento no art. 21 e violariam o art. 20, ambos da Lei n.º 8.884/94, segundo as Representantes.

Cabe ressaltar, primeiramente, que a análise antitruste realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem por objetivo averiguar se condutas praticadas por empresas podem prejudicar a concorrência em um determinado mercado. Ações de empresas que não têm o potencial de causar tal prejuízo, mas apenas podem prejudicar concorrentes ou outro agente econômico que mantenha relações comerciais com aquela, não devem ser examinadas sob a luz do Direito da Concorrência e, portanto, não são analisadas por este Conselho.

Considero que as condutas (vii) e (viii) descritas acima são relacionadas à matéria de *cunho privado* e não demonstram, *a priori*, possibilidade de causar impactos na concorrência do setor de combustível. Por essa razão, devem ser apuradas por meio de ação específica e foro próprio.

As demais condutas são passíveis de serem enquadradas no art. 21 da lei supracitada, se for verificado que tais práticas possam causar efeitos nocivos ao mercado, ainda que não alcançados. Porém, a simples adoção destas condutas não configura infração à ordem econômica *per se*. É preciso, além de verificar se as práticas realmente ocorreram, analisar as condições em que a empresa praticou tais ações.

O mercado onde as supostas condutas anti-competitivas estariam sendo praticadas seria o de distribuição de combustível. Conforme descrito no item acima, as distribuidoras de combustível não são permitidas a vender o produto diretamente ao consumidor e por isso, revendem o combustível para postos que, por sua vez, vendem para o consumidor. Os postos podem exibir a marca comercial de uma distribuidora ou podem optar por não ostentar marca alguma, os quais são chamados de "bandeira branca".

Assim, no momento que o posto revendedor decide por exibir uma marca de distribuidora, esta fornece àquele os equipamentos e a estrutura necessária para vender seus produtos. De acordo com a Portaria ANP n.º 116 já citada, este posto se compromete a vender somente combustíveis da distribuidora da qual ostenta a marca e, então, cria-se uma relação de verticalização. Neste caso específico, portanto, concordo com o parecer da SDE de que não há um mercado em si, mas uma relação comercial entre dois agentes que têm como fim comum atender à demanda de combustível do consumidor. De acordo com o Parecer da SDE, às fls. 322:

"os postos revendedores de combustíveis não são, do ponto de vista jurídico-econômico das relações de mercado, considerados "consumidores", pois atuam em parceria com as distribuidoras para a consecução de um objetivo comum: a comercialização de combustíveis ao público consumidor.

Ademais, a relação vertical estabelecida entre as distribuidoras de combustíveis e os postos revendedores não enseja uma relação monopolista de uma parte em relação à outra, mas sim um contrato com vistas a viabilizar as atividades de

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

912
BLL

revenda, já que as empresas distribuidoras somente podem escoar sua produção por meio de postos de gasolina."

Por outro lado, no caso de postos de "bandeira branca", a situação é diferente, pois há, de fato, um mercado de distribuição de combustível, já que há os agentes que ofertam o produto, as distribuidoras, e os agentes que demandam os postos de gasolina, e ambos tem a livre escolha de quem desejam comprar/vender combustível. Porém, como no caso em tela a representação trata especificamente daqueles postos revendedores que se comprometem a adotar a bandeira de uma distribuidora e, conseqüentemente, assumem contratos de exclusividade, o mercado de distribuição relacionado aos postos de bandeira branca não será considerado.

Portanto, não há que se falar em mercado de distribuição na relação comercial da distribuidora com o posto de gasolina que ostenta a sua marca, pois como ressaltado pela SDE, os postos revendedores não podem ser considerados consumidores. Existe, na verdade, uma relação de verticalização entre as distribuidoras e os postos por meio dos respectivos contratos firmados por estes agentes. Por este motivo, já que não existe mercado, as condutas alegadas pelas Representantes não possuem potencial de afetar qualquer concorrência, mas apenas fazem parte de um contrato firmado entre as partes.

Além disso, há que se ressaltar que as supostas práticas anti-competitivas de discriminação de preços, preço predatório e aumento injustificado de preços, além de não se encontrar nos autos qualquer indicio que as comprovem, não condizem com a racionalidade econômica esperada por uma empresa que visa maximizar seus lucros, mesmo que a relação entre as empresas pudesse ser considerada um mercado. Como o posto de gasolina é o único meio pelo qual a distribuidora pode alcançar o consumidor e assim escoar sua produção, seria irracional da parte desta aumentar abusivamente seus preços ou adotar qualquer prática que visasse excluir os postos revendedores do mercado de revenda de gasolina. Portanto, não há qualquer racionalidade econômica em atos da distribuidora que visem prejudicar o posto de gasolina.

Em relação à conduta de imposição de cláusula de exclusividade, esta é uma escolha do posto que decide por exibir a bandeira de uma distribuidora. O posto pode optar por ser "bandeira branca" e ter a liberdade de comprar combustíveis de quem desejar. Assim, a opção de ostentar uma marca e, portanto, assumir a cláusula de exclusividade é do posto varejista. Já quanto às supostas práticas de imposição de margem de lucro aos revendedores e manipulação, coordenação e controle da revenda de combustível, não há indícios nos autos de que estas de fato ocorreram.

V - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, dado que a averiguação preliminar permaneceu paralisada por mais de três anos na SDE, o que caracteriza prescrição intercorrente, decido pelo arquivamento do presente processo.

No entanto, caso este Conselho entenda que não houve prescrição, em relação ao mérito, visto que o contrato de exclusividade é opção do posto e considerando a irracionalidade econômica em atos da distribuidora que pudessem prejudicar o posto revendedor, concluo que

Averiguação Preliminar nº 08012.004258/2000-02

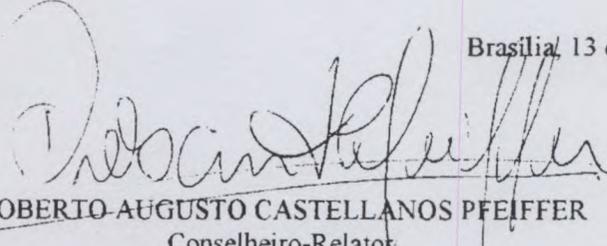
419
elt.

não existe um mercado *in casu* na relação entre as distribuidoras e os postos-revendedores. Por este motivo, não se aplica a Lei n.º 8.884/94 ao presente caso, já que não há que se falar em conduta anti-competitiva. Portando, decido pelo arquivamento da averiguação preliminar.

Determino, todavia, o envio de cópia do inteiro teor desta decisão ao Excelentíssimo Secretário-Executivo do Ministério da Justiça, para que sejam tomadas as providências pertinentes ao caso, tendo em vista o que determina o art. 1º, §1º, da lei nº 9.873/99 no que tange à apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação do processo administrativo.

É o voto.

Brasília, 13 de outubro de 2005.



ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro-Relator