Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis*

Free competition and exclusivity clause in fuel distribution contracts

*Diogo Pignataro de Oliveira***

*Vinicius Fernandes Costa Maia****

RESUMO

O mercado de combustíveis, situado no final da cadeia da indústria do petróleo, etapa esta intitulada de *downstream*, é formado pelo distribuidor e pelo revendedor varejista que comercializa o combustível ao consumidor final. Há no segmento dos postos revendedores duas figuras em atuação no varejo: o posto “bandeira branca” (sem vinculação à marca de alguma distribuidora) e o posto bandeirado (vinculado a alguma distribuidora). O contrato entabulado entre o distribuidor e o revendedor bandeira contém cláusulas de aquisição mínima de produtos e exclusividade na comercialização de combustíveis por um prazo limitado, esta última oriunda da

* Artigo recebido em outubro de 2011 e aprovado em novembro de 2011.

** Advogado. Professor assistente I do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da especialização em direito do petróleo e gás da Universidade Potiguar. Professor da especialização em direito internacional da UFRN. Mestre em direito pela UFRN. Habilitado em direito do petróleo e gás natural pela UFRN/ANP. Presidente da Comissão de Assuntos Energéticos da OAB/RN.

*** Advogado. Graduado pela UFRN.

regulamentação trazida pela Portaria nº 116/2000 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), além de poder disciplinar a respeito de diversas outras questões e avenças específicas. O presente trabalho objetiva, sinteticamente, demonstrar que a inserção da cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição não é ilegal, nem tampouco óbice à livre-iniciativa e à livre concorrência. Através do estudo comparativo entre a legislação sobre o tema, a doutrina e os precedentes jurisprudenciais, percebeu-se que há uma evolução de entendimento sobre a cláusula de exclusividade, sendo assente, sobretudo, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que ela só será considerada ilegal quando tendente a prejudicar a concorrência. Logo, a cláusula de exclusividade, por si mesma, não é vedada, sendo sua ineficácia em um contrato condicionada à análise judicial abrangente sobre o contrato firmado e as externalidades econômicas envolvidas.

PALAVRAS-CHAVE

Livre concorrência — cláusula de exclusividade — distribuição de combustíveis

ABSTRACT

The fuel market, situated at the end of the chain of petroleum industry, stage entitled downstream, is formed by the distributor and the retail dealer who sells the fuel to the end user. There are, in the gas stations segment, two figures at work in retail: the “white-flag” gas station (without any link to any distributor brands) and the “flagged” gas station (linked to a distributor). The contract between the distributor and the flagged dealer contains clauses of minimum purchase and exclusivity in the marketing of fuel for a limited period, the latter coming from the regulations brought in by Ordinance nº 116/2000 by Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), yet being able to discipline many other matters and specific covenants. The present paper aims at, briefly, demonstrating that the insertion of the exclusivity clause in contracts of distribution is not illegal, nor obstacle to the free enterprise or free competition. By means of the comparative study of legislation on the subject, legal doctrine and jurisprudential precedents, it was apprehended that there is an evolution of understanding of the exclusivity clause, being settled, especially by Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), it shall be considered

illegal only when aimed at hampering competition. Therefore, the exclusivity clause by itself is not prohibited, its ineffectiveness in a contract being subject to comprehensive judicial analysis of the agreement executed and economic externalities involved.

KEY-WORDS

Free competition — exclusivity clause — fuel distribution

1. Notas introdutórias

É lugar comum se falar na dinamicidade das relações comerciais atuais e da rapidez com que se efetuam e findam as parcerias, demandando do poder público, notadamente, do Poder Judiciário, a prestação de um serviço também eficaz e capaz de garantir certeza e segurança das negociações entre as pessoas.

Os indivíduos procuram, em justa medida, a garantia da estabilidade de suas relações e a certeza de seus investimentos, pugnando pela máxima previsibilidade de certas situações e pelo cumprimento das promessas, daí firmarem contratos com a finalidade de assegurar o comprometimento de obrigações e responsabilidades recíprocas, instrumentos vinculantes estes que devem total obediência ao ordenamento jurídico posto.

O Estado, assim, deve garantir não somente que as partes tenham liberdade de contratar, mas também oferecer estruturas básicas para que os contratos sejam cumpridos e, se inadimplidos, possam ser cobrados e executados efetivamente. Ademais, tem o Estado o dever de atuar como fiscalizador do mercado quanto à observância das práticas concorrenciais tomadas pelos agentes envolvidos.

Em termos gerais, os agentes econômicos sucedem de forma a tomar suas decisões levando em consideração os custos da transação e a possibilidade de lucro maximizado. Logo, como define Calixto Salomão,¹ o resultado dessas resoluções dependerá de diversos fatores, mormente do comportamento dos concorrentes, como prevê a teoria dos jogos.

No mercado de distribuição de combustíveis, o chamado *downstream* — que compreende a parte logística, de transporte de produtos da refinaria até

¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55.

as bases de armazenamento das distribuidoras para posterior distribuição aos postos revendedores de combustíveis —, é comum a assinatura de contratos de compra e venda de combustíveis entre as distribuidoras e os postos revendedores com cláusula de exclusividade de fornecimento, tendo como uma das contrapartidas existentes a vinculação à marca da distribuidora.

Essa prática ganhou os contornos atuais com a edição da Portaria nº 116/2000 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), norma que foi responsável pela mudança de perfil no mercado de distribuição de combustíveis, porquanto estimulou a concorrência, o investimento e fortalecimento das marcas, o que se conhece por “bandeira”.

Não obstante se tratar de mesmo produto (combustíveis), com características iguais e definidas pelas normas de qualidade da ANP, as distribuidoras, com o fito de minorar os efeitos da concorrência e arregimentar clientela, passaram a investir no quesito diferenciação.

A cláusula de exclusividade, assim, não obstante derivada de norma, tem sido discutida judicialmente por ser considerada como supedâneo de desequilíbrio entre as partes contratantes e por dificultar o exercício da livre concorrência.

Através de uma análise das estruturas do mercado de combustíveis, em cotejo com as decisões dos tribunais pátrios sobre os contratos de fornecimento de combustíveis, busca-se no presente trabalho demonstrar que, ao invés de se considerar a cláusula de exclusividade como embargo à atividade econômica, deve ela ser tida como estimulante à racionalização e eficiência das operações de compra e venda de combustíveis.

2. O contrato de distribuição de combustíveis

2.1 *Da abertura do mercado de combustíveis*

A estrutura do mercado de combustíveis no Brasil foi marcada por excessiva intervenção governamental até a década de 1990.² A partir daí,

² Foi nesse período em que praticamente se iniciou a adoção das políticas econômicas neoliberais no país; em 1990 o Conselho Nacional do Petróleo foi extinto pelo Departamento Nacional do Petróleo. Bem nos lembra Gilberto Bercovici que a política nacional de abastecimento de combustíveis, antes prevista pelo Decreto nº 49.331/1960, foi modificada no sentido de liberalizar os preços dos combustíveis e as margens de distribuição e revenda, encerrando a exigência de volumes mínimos de comercialização. O mesmo autor ressalta que com o Plano Real a importação de derivados de petróleo foi liberada, assim como foi garantido o livre acesso a oleodutos, tanques

iniciou-se o processo de desregulamentação, que terminou em 2002 com a transição para a liberação do mercado. A necessidade de se abrir o mercado de derivados de petróleo se fazia premente para acompanhar a tendência descentralizante das políticas neoliberais adotadas pelo país, bem como para favorecer a concorrência e dinamizar um mercado que já apresentava sinais de engessamento.

Há cerca de 10 anos, os postos de combustíveis só se constituíam através de exclusividade com as distribuidoras, o que colocava esses agentes em uma posição privilegiada, vez que poderiam aportar recursos nos mercados mais promissores, negligenciando os mais remotos e com margem menor, já que a expansão para outras áreas geraria diferencial logístico capaz de reduzir as margens de lucro.

O resultado dessa política, além da inibição de novos agentes investidores no mercado, era o encarecimento dos combustíveis para determinadas regiões do país, em razão do elevado frete, ou mesmo ausência de abastecimento em algumas áreas.

A Lei nº 9.478/1997, conhecida como “Lei do Petróleo”, que instituiu a ANP e trouxe os contornos gerais do mercado, definiu como objetivos da política energética nacional (art. 1º): “II — promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos; V — garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal; IX — promover a livre concorrência”.

Vê-se que o legislador foi sensível aos reclames da revenda e também dos empresários nacionais e estrangeiros pela expansão e abertura do mercado, possibilitando à iniciativa privada a exploração de um mercado estratégico para o desenvolvimento nacional. É de bom alvitre mencionar que a Portaria nº 362/1993, editada pelo Ministério de Minas e Energia (MME), ao revogar o § 2º do art. 5º e o inciso VII do art 6º e alterar a redação do art. 5º, transformando seu § 1º em Parágrafo único, da Portaria nº 253/1991, do Ministério da Infraestrutura, criou um novo segmento no mercado de revenda de combustíveis, os chamados revendedores de “bandeira branca”.

Passou-se, assim, a ter um mercado contemplado por dois segmentos: os revendedores que ostentavam alguma bandeira de uma distribuidora (ou

e terminais, além de ter sido extinto o mecanismo de equalização de preços ao consumidor em todo o país. BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 244.

bandeira colorida) e os postos de bandeira branca, que não se vinculavam permanentemente a nenhuma distribuidora em específico.

O cenário diferenciado possibilitou o ingresso de novos investidores no mercado e também que várias distribuidoras se estabelecessem e passassem a atuar em mercados até então não atrativos para as distribuidoras atuantes. O efeito causado pelo aumento da concorrência foi deveras positivo e descortinou um mercado até então empoeirado pelo controle e pela burocracia estatal.

Há de se ressaltar, nesse passo, que a regulamentação do mercado de revenda de combustíveis foi normatizada pela Portaria nº 116/2000 da ANP. Já a atividade de distribuição restou regulamentada pela Portaria ANP nº 29/1999 que prevê, entre outras disposições, a vedação de venda, por parte da distribuidora, diretamente ao consumidor final.³ A atuação da empresa se efetiva, assim, em regra e na sua maioria, junto aos postos que revendem seu combustível; entretanto, faz parte do escopo da distribuidora a venda de combustíveis a grandes consumidores,⁴ pontos de abastecimento⁵ e transportador-revendedor-retalhista.⁶

Do narrado, afiguram-se dois cenários para as distribuidoras: como consolidar e expandir sua marca e como expandir sua margem através da venda aos postos desvinculados.

2.2 Das estratégias de eficiência das distribuidoras de combustíveis

Conforme dito, pode-se perceber que a estruturação do mercado de revenda em dois pilares, bandeira branca e bandeira, possibilitou o aumento da

³ “Art. 16-A. O distribuidor somente poderá comercializar combustíveis automotivos com: I — outro distribuidor de combustíveis automotivos, autorizado pela ANP, com observância ao disposto no art. 16-B; II — Transportador-Revendedor-Retalhista [TRR] autorizado pela ANP; III — revendedor varejista autorizado pela ANP; IV — consumidor final que possua equipamento fixo, como, por exemplo, grupo gerador de energia elétrica; ou V — consumidor que disponha de ponto de abastecimento localizado em seu domicílio, que atenda à legislação vigente. [...]”

⁴ Pessoa jurídica que utiliza óleo diesel e/ou biodiesel para consumo próprio, na produção de bens ou prestação de serviços, e que não o comercializa com terceiros.

⁵ Instalação dotada de equipamentos e sistemas destinados ao armazenamento de combustíveis, com registrador de volume apropriado para o abastecimento de equipamentos móveis, veículos automotores terrestres, aeronaves, embarcações ou locomotivas.

⁶ Pessoa jurídica autorizada para o exercício da atividade de transporte e revenda retalhista de combustíveis, exceto gasolinas automotivas, gás liquefeito de petróleo (GLP), combustíveis de aviação e álcool combustível.

concorrência e, por conseguinte, permitiu a expansão do mercado de distribuição. A Portaria nº 116/2000, por seu turno, ao regular a revenda varejista de combustíveis, previu que os postos que optassem por se vincular a uma marca específica deveriam somente adquirir e vender combustíveis por ela fornecidos, *in verbis*:

Art. 11. O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.

[...]

§ 2º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá:

I — exibir a marca comercial do distribuidor, no mínimo, na testeira do posto revendedor de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e

II — adquirir e vender somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial. [...]

Tem-se na norma referida a gênese da cláusula de exclusividade que é, inclusive, a causa na mudança de paradigma da relação entre a distribuidora e os postos revendedores.

Considerando-se a existência de dois segmentos, um com vinculação e outro livre, as distribuidoras passaram a se dinamizar internamente para apresentar preços competitivos, com o fito de atrair o revendedor bandeira branca e, por consequência, ganhar em volume. Em outra ponta, engendraram formas de fortalecer sua marca e agregar serviços e utilidade aos postos que optassem por vinculação direta com a bandeira ganhando, assim, em margem de lucro.

Essa relação, embora pareça simples, apresenta efeitos jurídicos complexos, notadamente no campo da responsabilidade civil e das relações de consumo, que tem sido objeto de atenção da doutrina ante a divergência jurisprudencial ainda existente sobre a temática. Não obstante tal consideração, o escopo da discussão aqui encetada é a análise da cláusula de exclusividade em seu aspecto jurídico e econômico.

É de se dizer, pois, que a relação contratual das distribuidoras com os postos de bandeira branca é pontual, cujas transações não são instrumentali-

zadas em contrato escrito, os pedidos de combustível são feitos pela via telefônica, eletrônica ou por representante comercial, cuja única prova da transação entabulada é a fatura ou mesmo o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (Danfe) emitido eletronicamente.

Em se tratando de postos bandeirados, as distribuidoras utilizam-se dos contratos de fornecimento, que possuem nomenclatura variada, por exemplo, *contrato de promessa de compra e venda mercantil*, *contrato de fornecimento de combustíveis*, cujo negócio principal é a comercialização de combustíveis ao revendedor com exclusividade.

A contratação se dá com o estabelecimento de uma determinada meta de combustíveis para a aquisição pelo posto revendedor, de fixação anual ou mensal, a chamada galonagem ou litragem, que é determinada em parceria com o posto revendedor de acordo com suas características e possibilidades.

Outros pactos adjetos são firmados em conjunto com o referido contrato, alguns contidos no próprio corpo do contrato, como a garantia fiduciária e o comodato de equipamentos para o funcionamento do posto (bombas, tanques, cobertura etc.) e de sinalização (poste emblema, totens, placa de preços etc.), outros por instrumentos apartados, como os mútuos feneratícios, que são muito comuns na atividade, tratando-se de empréstimo, a fundo perdido ou retornável, para que o revendedor forme seu fundo de comércio ou mesmo o utilize para efetuar melhorias em seu estabelecimento comercial.

As distribuidoras também costumam firmar com o posto revendedor uma variedade de contratos adicionais e satélites ao principal, de compra e venda de combustíveis com exclusividade, como de venda de lubrificante, de licença de marca de loja de conveniência, de adesão a serviços financeiros, além de oferecer outros serviços de assessoria jurídica, verificação de qualidade dos combustíveis e treinamentos.

Não é incomum, diga-se de passagem, que as distribuidoras ofereçam ao revendedor, via contrato de locação ou de arrendamento, o próprio imóvel para a operação do posto revendedor,⁷ vinculado, entretanto, à assinatura do contrato de fornecimento com cláusula de exclusividade na exibição da marca e aquisição dos produtos.

⁷ Com o fito de evitar práticas anticoncorrenciais a ANP, através do art. 12 da Portaria nº 116/2000, veda ao distribuidor de combustíveis o exercício da atividade de revenda varejista. Assim, a distribuidora de combustíveis não pode manter, direta ou indiretamente, postos de combustível de sua propriedade, ressalvado o chamado posto escola, que é um posto destinado ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores.

Ao posto bandeira branca não são oferecidos tais serviços, nem tampouco lhe são inerentes os benefícios que a marca agrega, logo, de se esperar que os preços dos combustíveis adquiridos pelo posto bandeira branca sejam mais baratos que os do posto bandeira colorida.

A análise repentina de tal alegação pode levar à constatação de um falso paradoxo, de como um parceiro comercial exclusivo obtém o mesmo produto mais caro do que um parceiro eventual e sem vinculação contratual. Não se pode prosperar nesse entendimento.

Em se tratando de um mesmo produto, com características iguais, como já se disse alhures, a estratégia de mercado das distribuidoras é pela diferenciação trazida por sua marca, logo, é normal que os custos dessa diferenciação sejam repassados ao revendedor, o que corresponde a um preço final por litro ou m³ mais alto do que o repassado ao revendedor bandeira branca.

O revendedor sem vinculação à marca específica, por assim dizer, foi o principal responsável pela mudança de contexto no mercado de distribuição de combustíveis; por sua causa as distribuidoras passaram a adotar outras estratégias que trouxeram dinamismo ao mercado. Isso não quer dizer, porém, que tal segmento tenha causado a supressão dos postos bandeirados. Pelo contrário. Na sociedade de consumo as pessoas costumam adjetivar a marca que precede o produto, logo, não raras vezes, o consumidor opta por abastecer em postos de vinculação expressa a uma determinada bandeira, da qual detém confiança, a postos de bandeira branca, mesmo diante de preços distintos.

A cláusula de exclusividade, assim entendida, é expressão a um só tempo de determinação legal, oriunda da Portaria nº 116/2000 da ANP, como também é fator que estimula a livre concorrência. O *busílis* reside na consideração de que tal disposição contratual possa causar desequilíbrio entre os contratantes, bem como seja supedâneo de retirar do posto revendedor sua liberdade contratual, como se tem visto em alguns precedentes e será objeto dos tópicos doravante discutidos.

Por assim dizer, o descumprimento da cláusula de exclusividade gera consequências dentro e fora da relação contratual. Os efeitos interpartes *exsurge* da incidência da cláusula penal *comezinha* aos contratos de distribuição, além, é claro, de perdas e danos excepcionais, notadamente quando são cotejados os investimentos feitos pela distribuidora e o grau de descumprimento da cláusula.

Fora do contrato, interpreta-se a transgressão à cláusula de exclusividade como um ilícito administrativo, a provocar a instauração de um processo que

pode culminar com a imposição de multa que, nesse caso, pode variar entre R\$ 5.000,00 e R\$ 1.000.000,00, a teor do art. 3º, III, da Lei nº 9.847/1999.

3. A cláusula de exclusividade como fator de estímulo à concorrência

3.1 *Do contrato e sua interpretação*

Para antes de discutir sobre o contrato e seu cumprimento, necessário se faz conceituar o que é obrigação. O vocábulo vem do latim e significa atar, ligar, unir. A concepção jurídica vem sendo construída doutrinariamente, haja vista que o Código Civil pátrio não cuidou de abordá-la. Corroboramos com o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, quando afirma:

a obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e de débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.⁸

Embora muitas vezes esquecido, tal conceito merece fixação, pois se trata de pressuposto necessário para que se interprete qualquer relação contratual que se forme entre as pessoas.

A dinâmica dos mercados e de suas relações tem exigido do jurista e do Judiciário a inovação na aplicação da lei e na concepção dos contratos. Tem se falado muito que, a partir da década de 1990, o mundo vivenciou um “novo paradigma dos contratos”, expressão inclusive rejeitada por alguns, entre eles Eros Roberto Grau,⁹ que concebe os contratos como figuras viabilizadoras da fluência nas relações de mercado.

O contrato, embora vinculado aos limites impostos pela legislação, é instrumento que comporta grande possibilidade de criatividade. Há muito tem se afastado de sua concepção clássica, reconhecendo a possibilidade de sua

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.

⁹ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 18, p. 121-130, jun. 2011. p. 126.

inovação e adaptação. Como já mencionado em linhas anteriores, o contrato de fornecimento de combustíveis é contrato atípico por sua natureza, vez que neles estão insertas disposições a respeito da compra e venda de combustíveis, do comodato de equipamentos, de mútuo feneratício etc.

No que pertine à marca da distribuidora, muito se assemelha a um contrato típico de franquia comercial. Adotando o conceito de Fran Martins¹⁰ e de Nelson Abraão,¹¹ temos que a franquia caracteriza-se pelo liame entre franqueador (marca) e franqueado (empresário), no qual aquela concede o direito de uso de marca e produtos, bem como assistência quanto aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, sem que haja entre ambas vínculo de subordinação.

No caso das distribuidoras de combustível, tal disposição decorre de obediência ao art. 11, da Portaria nº 116/2000 da ANP.¹²

É de se destacar que desde a edição da referida portaria houve notável esforço por parte do Ministério Público e do Procon do estado de São Paulo para que a referida exclusividade fosse declarada inconstitucional. Destaque-se a propositura das Ações Cíveis Públicas de nº 2001.70.01.008206-8 e 2003.70.01.000145-4, perante a justiça federal do Paraná, que embora tenham obtido sucesso na obtenção da liminar pela retirada de eficácia da cláusula de exclusividade, foram inexitosas quando da prolação da sentença de mérito.¹³

¹⁰ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 221.

¹¹ ABRÃO, Nelson. A lei da franquia empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995. p. 27.

¹² A disposição de vinculação exclusiva do posto revendedor à distribuidora não é novidade do mercado de combustíveis. Muito embora a Lei nº 9.478/1997 nada tenha disposto a esse respeito, o § 2º da Portaria Minfra nº 253/1991 já trazia essa objeção à atividade de revenda; todavia, definia que os postos deveriam necessariamente operar sob uma bandeira. Não obstante a Portaria do MME nº 362/1993 tenha revogado tal disposição, criando a figura do posto bandeira branca, a Portaria MME nº 61/1995, em seu art. 11, ripristinou a obrigatoriedade de exclusividade em caso de vinculação à distribuidora específica, todavia, em convivência com o mercado bandeira branca, que não existia até 1993, o que foi revogado pela Portaria MME nº 9/1997, mas repetido pela Portaria ANP nº 116/2000, que vigora até hoje.

¹³ A sentença que julgou improcedentes as ações baseou-se, em grande medida, na impossibilidade de o Poder Judiciário assentar-se como interventor da economia. Desse modo, cabe o destaque da seguinte passagem da sentença prolatada pelo juiz federal Rogério Cangussu Dantas Cachi-chi: “O normal é que o mercado dite suas próprias regras a fim de que a concorrência prevaleça de fato e de direito livre. Qual a justificativa para uma ‘imposição judicial de preços’ em substituição à eventual ‘combinação entre concorrentes’? Ambos produzem perniciosos e inconstitucionais efeitos. O mercado não deve ser gerido pelo juiz, mas por suas próprias condições. (...) Onde o excesso na interferência judicial, com foros de dirigismo econômico, poderá provocar efeito indesejado de imiscuir-se o juiz em seara que não lhe é própria. Tamaña ingerência merece ser evitada, pois, à míngua de solo firme ou à revelia de todo o contexto econômico, acaba não só por beneficiar interesses privados de distribuidoras não presentes no feito e de postos de bandeira branca, como também por embotar a naturalidade do mercado. Não se me entremostra natural,

O dirigismo contratual, bastante presente na época em que o mercado de distribuição e revenda era controlado pelo Estado, deu lugar a uma crescente abertura e liberdade para os agentes econômicos. Todavia, por se tratar de atividade de relevo econômico e de grande interesse público, passou a ser regulada e fiscalizada por órgão público autônomo e independente, criado justamente para tal finalidade, a ANP, sucessor do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC).

A revenda, nesse contexto, conquistou ampla margem de discussão sobre os seus contratos e sua forma de atuação, podendo associar-se a uma distribuidora ou não. Diante do grande número de distribuidoras em atuação no Brasil,¹⁴ o empresário poderá escolher uma que mais se adapte às suas necessidades e que mais lhe traga benefícios, o que, por certo, é fator de estímulo à concorrência, pois as distribuidoras buscarão a conquista de mercado oferecendo vantagens competitivas.

A contratação, assim, envolve diversos aspectos que são ponderados tanto pela distribuidora quanto pelo dono do posto de combustíveis. Como o produto possui a mesma constituição ditada pelas normas da ANP, tem-se que os quesitos diferenciação (por parte da distribuidora) e localização (por parte do revendedor) irão pesar sobremaneira na escolha. Terá margens melhores um posto revendedor bem localizado, com grande volume e com a possibilidade de agregar serviços ao estabelecimento, bem como será escolhida a distribuidora que apresentar um maior *mix* de produtos ofertados, bem como preço e condições de pagamento diferenciados.

Hoje as distribuidoras costumam oferecer, além do trivial do mercado (combustíveis, lubrificantes e conveniência), outros serviços como seguro de veículos e predial, serviços financeiros através de cartões vinculados, cursos de gestão empresarial, além de condições elásticas de pagamento.

Essa mudança de faceta no mercado, que ocasionou uma maior injeção de concorrentes, bem como a outorga de liberdade de contrato ao posto revendedor, retirou o conceito de hipossuficiência¹⁵ muitas vezes aplicado às

muito menos salutar, a judicialização do mercado, o que, sim, representaria uma ameaça à livre concorrência e a direitos do consumidor em flagrante ofensa aos desígnios constitucionais”.

¹⁴ Segundo dados do Anuário Estatístico 2010 da ANP (<www.anp.gov.br/?pg=31286#Se_o_3>), têm-se no Brasil, em atuação, 142 distribuidoras de combustíveis.

¹⁵ A questão da hipossuficiência tem causado discussões acaloradas entre os doutrinadores pátrios. O ministro José Delgado (2004, p. 4) considera que a definição de hipossuficiência não prescinde da concretização da relação de consumo como uma visão limitada, uma vez que nem sempre o consumidor é necessariamente a parte mais fraca da relação. Sem embargo de tais considerações, pensamos que a hipossuficiência necessita de prévia existência de relação de consumo.

relações entre a revenda e a distribuição, notadamente, quando não se está diante de relação típica de consumo. Nesse sentido tem-se amparado o Superior Tribunal de Justiça (STJ),¹⁶ sendo repetido pelos tribunais pátrios.

Não se quer dizer, contudo, que aos referidos contratos não se apõe o dever de se respeitar os princípios mais básicos do direito contratual, com relevo ao princípio do equilíbrio econômico que, no escólio de Orlando Gomes,¹⁷ representa primordialmente o fundamento de duas figuras previstas no Código Civil, a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.

É possível, pois, falar que os auspícios do século XX trouxeram uma nova conotação ao princípio da força obrigatória dos contratos, que sofreu sensível restrição, uma vez que é possível que o Estado corrija distorções que ocorram no curso da relação contratual, uma vez caracterizada a fuga dos fins contratuais, afastada de sua função social, termo sobre o qual o Código Civil, em seu art. 421,¹⁸ assenta os limites dos ajustes entre particulares.

Nesse sentido, merece destaque o trabalho de Norberto Hallwass,¹⁹ para quem a obediência ao princípio da função social do contrato nada mais é que a limitação da vontade individual das partes contratantes em contraponto à prevalência do bem-estar coletivo.

Como demonstra Floriano Peixoto de Marques Neto,²⁰ tem-se um largo e crescente campo em que o atendimento dos interesses dos particulares nada mais é do que a consagração do interesse público. Dessa forma, muitas vezes, a própria lei pode consagrar dois interesses públicos aparentemente colidentes, cabendo ao aplicador do direito a análise daquele que prevaleceria sobre os demais. A intervenção econômica, por exemplo, é necessária para a garantia do interesse público, todavia, se exercida de forma arbitrária, colide frontalmente com um interesse público mais importante, o da livre concorrência.

O contrato de compra e venda mercantil, nesse entendimento, seria como todos os outros contratos, passível de intervenção estatal caso verificada a

¹⁶ Sobre o tema recomendamos a leitura dos julgados: REsp 933627/CE; REsp 858239/SC; REsp 475.220/GO; REsp 188.947/PR; REsp 262.620 RS.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68.

¹⁸ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁹ HALLWAS, Norberto. *Principiologia contratual no estado democrático e social de direito: limites e possibilidades da intervenção estatal nos contratos*. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2007. p. 34.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

impossibilidade de seu cumprimento ou o distanciamento de seus fins, com o enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento de outra. Nesse caso, estar-se-ia diante da possibilidade de revisão do contrato ou mesmo pela sua resolução.

Não é o entendimento de Ricardo Hasson Sayeg,²¹ que em sua tese de doutoramento considera que a cláusula de exclusividade por si só está eivada de ilegalidade, em primeiro plano, porque não há permissivo legal que a ampare, em segundo lugar, porque ela é responsável por retirar eficácia de um direito fundamental,²² trazido pelo art. 170, IV, da Constituição Federal, o da livre concorrência.

Não se pode considerar ilegal a cláusula de exclusividade, pois, como já se disse, ela decorre de obrigação há muito preconizada pela ANP e por seus predecessores, como não há que se falar em ofensa ao princípio da livre concorrência, uma vez que a exclusividade contratada constitui medida que a um só tempo fomenta a concorrência como também garante a qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor.

Além do mais, ainda que não houvesse texto legal preconizando tal forma contratual, não haveria óbice ao agente privado em utilizá-la, uma vez que a liberdade de contratar tem o sentido de viabilizar os efeitos da propriedade privada. Assim, são livres as partes para criar as regras de suas relações, respeitados, é claro, os limites próprios da legislação e dos princípios éticos.

Em um contrato como o firmado entre distribuidora e postos de combustíveis, com obrigações dinâmicas, é permitida a revisão e interpretação de suas disposições; todavia, é defeso ao empresário fugir do vínculo de exclusividade, sem cumprir sua obrigação e aquisição da quantidade de produtos

²¹ SAYEG, Ricardo Hasson. *Aspectos contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis automotivos*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 172.

²² Como bem nos coloca Gilmar Mendes (2009, p. 266), outras forças sociais podem trazer ao indivíduo vários constrangimentos. O mesmo autor assume que é de grande complexidade tal aferição, haja vista que a liberdade também corresponde à possibilidade de se vincular, o que importa aceitar limitação no âmbito protetor dos direitos fundamentais. Daniel Sarmento, sobre a questão de se verificar a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, considera que um dos parâmetros a serem relevados na questão diz respeito à assimetria de poder na relação entre as partes. Para ele, ainda que as relações sejam tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 332. O STF já teve oportunidades de se manifestar sobre o tema. No Recurso Extraordinário de nº 161243/DF, de relatoria do ministro Carlos Velloso, o tribunal reconheceu a aplicação do direito fundamental à igualdade salarial em uma relação trabalhista.

avencada ou adimplir a multa rescisória, sob pena de incorrer nas cominações do instituto da responsabilidade civil.

3.2 *Das escolhas dos agentes econômicos*

Os agentes econômicos no exercício de sua atividade se relacionam com aqueles parceiros que mais lhes sejam viáveis e que maximizem sua possibilidade de lucro. A tomada de decisão é um processo complexo na cadeia econômica e envolve diversos aspectos até que seja efetuada a contratação. Por exemplo, antes que uma distribuidora aporte capital (material e imaterial) em um posto revendedor são analisados os vieses do empreendimento como a localização do estabelecimento comercial, o fluxo de veículos, a credibilidade do empresário, o *rating* de pagamentos, ocasião em que se elabora uma proposta de viabilidade comercial que definirá se o investimento será rentável ou não.

Da mesma maneira ocorre com o empresário da revenda varejista que buscará associar-se a uma distribuidora que lhe ofereça as melhores vantagens: mais prazo para pagamento dos combustíveis adquiridos, mútuo financeiro, equipamentos, reformas no posto etc.

Tal análise decorre das práticas comerciais cotidianas. Todos os dias o indivíduo depara-se diante de vários caminhos e escolhe aquele que traz os melhores benefícios.

Em uma relação bilateral em que há um objetivo comum, a maximização dos lucros, muitas vezes, as partes têm de moderar seus propósitos para que as parcerias se efetivem, como bem demonstra Heron Begnis e colaboradores,²³ quando dizem que “ao perseguir seus objetivos individuais, seria compreensível que indivíduos e firmas se comportassem de forma oportunista, porém isto levaria a um resultado coletivo subótimo”.

Dessa forma, percebe-se que o comportamento oportunista²⁴ é deveras prejudicial a uma relação comercial, vez que tornará iníqua a parceria. Dis-

²³ BEGNIS, H.S.M. et al. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Revista Gestão e Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 314, maio/ago. 2007.

²⁴ Calixto Salomão considera ultrapassada a teoria clássica que trata o contrato como a representação de interesses contrapostos entre credor e devedor. Para o autor, o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses das partes. A eficácia de um contrato, dessa maneira, estaria predisposta ao cooperativismo contratual, devendo o instrumento ser uma relação de vontades individuais das partes, mas permeado por dispositivos que tutelassem um interesse maior, o do objeto contratual. Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica*, op. cit., p. 209.

corre o mesmo autor que para evitar esse tipo de comportamento os agentes econômicos procuram reduzir o nível de incerteza das operações através da utilização de mecanismos de credibilidade e controle.²⁵

A razão de ser da cláusula de exclusividade é, em primeira análise, instrumento próprio da regulação do mercado, haja vista que garante ao consumidor a informação precisa da origem do combustível adquirido,²⁶ podendo demandar da distribuidora que comercializou o combustível, como também é instrumento de controle da agência reguladora sobre os combustíveis fornecidos, sua quantidade e por quem, o que auxilia ainda na gestão tributária do Estado.

Sob outra ótica, a cláusula de exclusividade funciona como um instrumento de controle por parte da distribuidora sobre o andamento da parceria com o revendedor e o retorno do investimento, haja vista que com a exclusividade geralmente são contratadas metas de aquisição de determinada quantidade de combustíveis.

Caso inexistisse a expressão da exclusividade, a incerteza da operação seria imensa, pois na possibilidade de o revendedor poder comercializar produtos de outras distribuidoras ainda que ostentasse a marca de uma específica, ele optaria naturalmente por atuar com preços *spot*,²⁷ já que as margens de lucro poderiam ser maximizadas em razão da diferença de preço encontrada entre os preços do combustível oferecido no mercado bandeirado e no bandeira branca.

A cláusula de exclusividade, assim, não pode ser considerada reserva de mercado, nem mesmo se concebe demonizar a distribuidora por se utilizar

²⁵ Todos os anos, o Banco Mundial publica o chamado Doing Business (<<http://portugues.doinbusiness.org/data/exploreconomies/brazil/>>), que consiste em um estudo sobre a regulamentação dos negócios em várias economias. São levados em consideração diversos aspectos para se ranquear um país: quantidade de procedimentos para se abrir e fechar uma empresa, quantidade de procedimentos para a obtenção de alvará de construção, facilidade na obtenção de crédito, quantidade de impostos e o número de procedimentos para se exigir o cumprimento do contrato. Sobre esse último ponto, destaque-se o dado de que no Brasil são necessários, em média, para a execução judicial de um contrato, 45 procedimentos, o tempo médio de 616 dias e, ainda, um custo de 16% do valor do contrato para conseguir sua execução. Tais aspectos colocam o Brasil na 127ª posição, abaixo de economias como as de Kosovo, Jordânia, Kênia e Kuwait, e demonstram que ainda é difícil fazer negócios no país, sobretudo, quando o ambiente regulatório não promove o funcionamento dos negócios.

²⁶ Cumpre lembrar que a Portaria ANP nº 116/2000, com o fito de garantir o direito à informação ao consumidor, determinou que o revendedor varejista deverá expor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível comercializado.

²⁷ Na maior parte das vezes os postos bandeirados gozam de benefícios creditícios junto à distribuidora. Logo, podem adquirir combustíveis a crédito, para pagamento futuro ou de forma parcelada, daí uma das razões pela diferença de preço praticado. No mercado bandeira branca, prevalecem as aquisições *spot*, ou seja, a preço do dia, fixado e pago na data da negociação.

de sua previsão em contrato. A aferição de sua legalidade, embora bastante questionada, tem sido objeto de paulatina acomodação por parte do Judiciário no sentido positivo. O STJ já teve a oportunidade de pronunciar-se sobre o tema,²⁸ cabendo o destaque de Recurso Especial de nº 188.947, de relatoria do então ministro Carlos Alberto Menezes Direito, cuja ementa aclara:

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

Faz-se necessário enquadrar o contrato como celebrado de boa-fé por ambas as partes, todas com capacidade de celebrar pactos obrigacionais, com pleno consentimento dos obrigados e com objeto inteiramente lícito. Não obstante tal situação, existem quatro princípios sob os quais repousa o Direito dos Contratos, quais sejam, o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e o da boa-fé,²⁹ que consubstanciam por demais a pactuação firmada entre distribuidora e postos de combustíveis.

O contrato de compra e venda de produtos derivados de petróleo e álcool hidratado comum entre esses agentes, com cláusula de exclusividade, não contraria nenhum desses princípios citados, pelo contrário, os segue fielmente.

Há sempre que se ressaltar a importância da autonomia da vontade, haja vista que os agentes econômicos tomam suas decisões com base em cenários de ganhos e não de perdas; logo, o contrato firmado entre as partes só se efetiva com a cláusula de exclusividade, porque assim desejam reciprocamente, porque assim vislumbram por conveniência e interesse comercial. Isto porque a Portaria nº 116/2000 da ANP expressamente estipula que os revendedores varejistas para atuarem em tal segmento devem fazê-lo sob a forma de comprar exclusivamente combustíveis de uma única distribuidora, no caso dos postos bandeirados, ou então não optar por exibir nenhuma “bandeira”, se

²⁸ Ver Re. Esp. nº 475.220-GO; Re. Esp. nº 858.239-SC e RMS 16585.

²⁹ Gomes, *Contratos*, op. cit., p. 35.

registrando na ANP como posto “bandeira branca”, podendo, assim, adquirir combustíveis de qualquer distribuidora.

Podemos tomar como ponto de partida hermenêutica do dispositivo sua literalidade. Verifica-se em sua parte primeira que a adoção das insígnias comerciais de uma distribuidora em seu estabelecimento é uma opção do revendedor e não uma imposição. Não se trata mais de um requisito para operar no mercado de revenda de combustíveis a ostentação da marca comercial de uma distribuidora, tal como ocorria nos tempos de vigência do Decreto nº 538/1938, quando a competência regulatória do mercado de combustíveis pertencia ao extinto Conselho Nacional do Petróleo.

Logo, quando um posto revendedor opta por ostentar as insígnias comerciais de uma determinada distribuidora, realiza tal ato de forma voluntária, de sorte que a cláusula de exclusividade não lhe é imposta como *conditio sine qua non* para operar no mercado. Ao contrário, trata-se de uma aceitação voluntária perpetrada pelo revendedor, que, em troca da fidelidade à “bandeira” da distribuidora à qual anui, recebe as benesses já relatadas, bem como se beneficia do respeito comercial que a marca da distribuidora possui no mercado.

A cláusula de exclusividade inserta nos contratos de compra e venda não é somente legal do ponto de vista do direito da concorrência, como também seu descumprimento faz exsurgir para a distribuidora o direito de exigir a manutenção da exclusividade contratada. Em análise de recurso de apelação, o Tribunal de Justiça mineiro julgou legítima a pretensão da distribuidora em instalar medidores de vazão para averiguar o cumprimento da exclusividade contratada, cujo acórdão merece destaque:

ACÇÃO COMINATÓRIA — CONTRATO MISTO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL, LUBRIFICANTES E COMODATO — CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE — FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS — SENTENÇA REFORMADA. Se a parte celebra contrato contendo cláusula que prevê a compra exclusiva do produto fornecido pela contratada fica obrigada ao seu cumprimento, tendo em vista o princípio da força obrigatória dos contratos. Comprovado o descumprimento do contrato de prestação de serviços pela empresa adquirente dos combustíveis, resta justificado o pedido de instalação de medidores das bombas de combustíveis.

[TJ/MG — 14ª Câm. Cível — Apel. Cível 1.0145.06.327142-6/004 — Rel. des. Antônio de Pádua — j. 25/9/2008]

O mercado de combustíveis, é cediço, apresenta nível concorrencial dos mais altos. Não se pode, assim, conceber que agentes econômicos quedem-se hipossuficientes quando da contratação que redunde no processo de embandeiramento do posto revendedor. A exclusividade, derivada primeiramente de norma legal, é meio que a distribuidora possui de proteger seu capital e obter o retorno do parceiro comercial; seu descumprimento legitima pretensões contra o devedor da obrigação.

3.3 Do posicionamento do Cade sobre a Cláusula de Exclusividade

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), tem a função de fiscalizar os mercados e evitar que se promovam condutas anticompetitivas em suas mais diversas formas. O mercado em debate, por negociar produtos de utilização geral, sendo base para quase todas as atividades humanas, costumeiramente está em evidência quando o assunto é concorrência e preços.

Como já foi tratado anteriormente, o mercado de distribuição de combustíveis é marcado pela homogeneidade do produto, tendo como consequência uma variação muito baixa de preços, o que tem levado, muitas vezes, a alegações de cartelização no mercado.

É preciso estabelecer uma premissa de que, não obstante os agentes econômicos pratiquem preços semelhantes, não quer dizer que há a necessária formação de cartel. É de bom alvitre afirmar que para o produto adquirido pelas distribuidoras praticamente só existe um fornecedor, que trabalha com preços semelhantes a todos aqueles a que vende o combustível.

As distribuidoras, aqui se falando de mais de uma centena, representam em termos de postos bandeirados 56,2% do mercado,³⁰ enquanto o mercado

³⁰ Ainda que haja muitos agentes econômicos atuando no mercado de distribuição, ele é bastante concentrado entre as quatro maiores distribuidoras: BR (17,9%), Ipiranga (15,1%), Raizen (9,7%) e Alesat (3,6%), conforme dados fornecidos pelo Anuário Estatístico 2010 da ANP (<www.anp.gov.br/?pg=31286#Se_o_3>). Essa questão da concentração do mercado em poucos agentes, sobretudo, quando se trata de recursos que demandam uma infraestrutura específica, como no caso da exploração dos serviços de água e luz, cuja inserção de demais agentes econômicos do mesmo nicho é inviável, os chamados monopólios necessários, já foi objeto de farto estudo. No que diz respeito ao mercado de combustíveis, não há que se falar na doutrina da *essencial facilities*, com ex-

bandeira branca que representa o restante movimenta o mercado *spot*. A margem de preço entre postos bandeira branca e bandeirados é diferenciada para a distribuidora, como já se disse anteriormente; logo, ainda que o mercado bandeira branca represente boa parte do movimento das distribuidoras, são os postos bandeirados que garantem uma rentabilidade maior, seja pela margem de lucro em si, seja pela garantia de compra oferecida nos contratos.

A cláusula de exclusividade se insere nesse contexto econômico, no qual se precisa atender a maximização dos lucros com a otimização das estratégias de vendas diante da concorrência. A distribuidora procura oferecer àquele que se franqueia de sua marca uma série de benefícios que agregam valor não só ao combustível, mas outros benefícios ao estabelecimento comercial. Conte-se também que o posto revendedor bandeirado aproveita-se das campanhas publicitárias efetuadas pela distribuidora. A contrapartida da padronização de marca é, portanto, o contrato com a reserva da exclusividade.

Costuma-se dizer que a verticalização do mercado, vedada pelo art. 21, XI, da Lei nº 8.884, encontra-se perfeitamente constituída quando efetuada a leitura dos contratos formulados entre as distribuidoras e os postos revendedores. Tal conclusão não merece guarida quando da detida leitura do artigo mencionado. Veja-se:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros;

ção do mercado de gás, como nos indica Luciana de Góis, que considera possível a aplicação do princípio do *open access*, trazido do direito norte-americano, que preconiza o acesso a demais empresas no mercado da infraestrutura essencial utilizada pelo operador principal (GÓIS, Luciana Figueira de. A gênese do princípio do *open access* a gasodutos no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO E GÁS, 3., Salvador, 2005. *Anais...* São Paulo: Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, 2005. p. 7). A distribuição de combustíveis prescinde do princípio do *open access* já que uma distribuidora concorrente pode armazenar combustíveis em base de armazenagem de outras distribuidoras, como preconiza o inciso II, do art. 10 da Portaria nº 202/1999 da ANP.

É bem verdade que no contrato firmado entre as distribuidoras e os postos revendedores há disposta cláusula de exclusividade, muitas vezes determinando a aquisição mínima mensal de combustíveis, sendo o preço determinado pela distribuidora quando da aquisição do combustível pelo revendedor. Tais pressupostos, no entanto, não são características da malfadada restrição vertical de mercado.³¹

O inciso anteriormente referenciado é bem claro em seu início quando utiliza o verbo “impor”. No mercado de distribuição de combustíveis não podemos falar de imposição porquanto os revendedores possuem ampla liberdade contratual e podem contar com os serviços de vários agentes, vinculando-se, por fim, com aquele que mais lhe beneficia. Na esteira do afirmado, destacamos a Resolução do Cade nº 20/1999, que prevê:

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

A verticalização é, assim, necessária, como medida de segurança da distribuidora para ter retorno de capital tangível e intangível investido no posto revendedor, bem como medida para conter e evitar o *free-riding*.³² Desde que não seja meio de restringir a entrada de novos distribuidores no mercado, nem permita o desrespeito aos direitos do consumidor pela abusividade na

³¹ As práticas restritivas verticais, no entendimento do Cade (Resolução nº 20/1999), consistem em restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado “de origem” sobre mercados relacionados verticalmente — a “montante” ou a “jusante” — ao longo da cadeia produtiva mercado “alvo”.

³² O termo *free-riding* pode ser traduzido como *carona*. Constitui-se em um fenômeno percebido quando uma empresa rival beneficia-se de investimentos (ex.: marketing) realizados por outra empresa, sem, contudo, incorrer em custos para isso. A cláusula de exclusividade entraria nesse contexto para restringir a atuação dos *free-riders*. Por exemplo, caso não existisse a exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis, a distribuidora colocaria sua imagem no posto revendedor, investiria no estabelecimento, agregaria clientela pelos serviços e marketing oferecidos e, na hora da compra do combustível, o posto revendedor buscaria no mercado o concorrente da distribuidora que apresentasse o preço mais barato.

fixação dos preços, a cláusula de exclusividade não é por si só ilícita e potencialmente ofensiva à livre concorrência.

É verdade que a arma que liberta é a que aprisiona. A cláusula de exclusividade, se adotada pela distribuidora de forma abusiva, pode ter como resultado o sufocamento da margem de lucro do revendedor e, por via conexa, o aumento abusivo do preço final ao consumidor, além de impedir a disseminação da concorrência. Todavia, no mercado tratado, é perceptível que tais efeitos só podem ser percebidos minimamente e de forma pontual.

Interessante destacar que a Companhia de Bebidas das Américas (Ambev) foi protagonista de um dos processos mais conhecidos na atualidade porque foi condenada pelo Cade ao pagamento de multa milionária. É preciso, antes de relembrar o caso para o qual a empresa foi condenada a pagar multa, remeter-se até o ano 1999, quando a Antarctica e a Brahma submeteram ao Cade as intenções de se associarem, o que culminou com o Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12.

Na ocasião, embora tenha o Cade reconhecido que a operação tinha força efetivamente de comprometer o regular andamento do mercado, os ganhos obtidos com a fusão das empresas seriam favoráveis ao mercado em si e aos consumidores. A operação foi aprovada com algumas restrições, entre elas a vedação da imposição de cláusula de exclusividade aos pontos de venda, ressalvadas as hipóteses de: a) quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes à participação preponderante na formação dos ativos do ponto de venda; e b) quando do interesse do ponto de venda e a critério deste.

Em 2004, a Schincariol representou contra a Ambev (Processo Administrativo nº 08000.003805/2004-10) alegando que os programas de fidelização “Tô Contigo” e “Festeja” promovidos por esta empresa, através de pontuação aos pontos de venda em troca de descontos e brindes, estavam promovendo um desequilíbrio no mercado, pois era exigida uma velada exclusividade aos pontos de venda, o que impedia o acesso dos concorrentes na venda de cervejas àqueles estabelecimentos participantes do programa.

Conforme o voto do relator Fernando de Magalhães Furlan, “para que uma restrição vertical seja crível em termos econômicos, ela deve gerar rendas ou promover a extração de rendas de terceiros. (...) é necessário que, ao menos potencialmente, essa ação gere redução de bem-estar social”.

O programa de fidelidade da Ambev, concluiu-se, trazia efeitos negativos à economia, pois impediria a competitividade, ainda que os concorrentes obtivessem maior eficiência, pois os pontos de venda seriam forçados a aderir

ao programa sob pena de terem de adquirir produtos mais caros do que seus concorrentes.

Do caso narrado, pode-se extrair a baliza do Cade no que tange à cláusula de exclusividade. Para o órgão, a conquista de mercado decorre de um processo natural, resultante da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes. Nessa senda, necessária é uma releitura do § 4º, do art. 170, da Constituição Federal. Quando a norma encerra que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, não quer dizer, necessariamente, que tais práticas sejam ilícitas de *per se*.

É importante atentar-se para o vocábulo “abuso”. Quer dizer que a cláusula de exclusividade pode ser medida que atente à dominação de mercado, não por isso seja ilícita. A ilicitude residirá se essa medida protetiva causar efeitos nocivos ao mercado, sobretudo, quando impeça a entrada de novos agentes no mercado e que torne impossível a manutenção da avença pelo cliente.

Para o Cade a cláusula de exclusividade somente será vedada quando constatado, através de processo regular, conforme disposições da Resolução Cade nº 20/1999, que o mercado está sendo negativamente afetado por sua inserção nos contratos entre distribuidores e revenda.

4. Considerações finais

A cláusula de exclusividade prevista nos contratos de compra e venda mercantil firmados entre as distribuidoras de combustível e a revenda varejista quando da opção pela marca (processo de embandeiramento) deriva, pois, da Portaria nº 116/2000 da ANP. Tal dispositivo visa, em primeiro lugar, a proteção do consumidor, já que estão presentes no mercado tanto revendedores bandeirados quanto bandeira branca.

A proteção e o desenvolvimento da marca envolvem uma série de cuidados e investimentos por parte da distribuidora que aporta no posto que opta por exibir seus signos, capital material e imaterial, requerendo em contrapartida a aquisição de certo volume de combustíveis e que os mesmos sejam adquiridos exclusivamente da distribuidora contratada.

Ficou demonstrado que na revenda varejista quase a metade dos postos revendedores opta por não se associar a uma distribuidora específica, en-

quanto as distribuidoras, em vultoso número, dividem-se entre o restante do mercado.

O ambiente concorrencial do segmento é marcado por ampla oferta de contratação. A homogeneidade do produto comercializado força o distribuidor a inovar e apresentar ao mercado diferencial, além do preço, para que o varejo o prefira aos demais concorrentes.

O resultado dessa diferenciação é também um preço maior para o revendedor bandeirado em relação ao preço do revendedor bandeira branca, todavia, compensado ao revendedor pelo acréscimo em vendas que a marca gera, bem como com os serviços adicionados no estabelecimento comercial, de acordo com o *mix* oferecido pela distribuidora.

A competitividade no mercado não resta afrontada pela cláusula de exclusividade contida nos contratos efetuados com os postos bandeirados; ela promove, em primeiro plano, o equilíbrio financeiro do distribuidor, garantindo o controle da parceria e retorno do investimento, e permite que se evite o *free-riding* e outras práticas tendentes a desequilibrar a harmonia do mercado.

O Cade posiciona-se favoravelmente à cláusula de exclusividade, vislumbrando seus aspectos positivos, desde que o fim por ela atingido não configure abuso por parte do estipulante, como forma de dominação indevida de mercado, com prejuízo ao parceiro comercial, aos demais concorrentes e ao consumidor.

Referências

ABRÃO, Nelson. A lei da franquia empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995.

BEGNIS, H. S. M. et al. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Revista Gestão e Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, maio/ago. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CADE. *Guia prático: a defesa da concorrência no Brasil*. São Paulo: CIEE, 2007.

DELGADO, José Augusto. *Hipossuficiência de uma das partes na relação de consumo com pessoas jurídicas*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/435>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

GÓIS, Luciana Figueira de. A gênese do princípio do *open access* a gasodutos no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO E GÁS, 3., Salvador, 2005. *Anais...* São Paulo: Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, 2005. p. 441-446.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 18, p. 121-130, jun. 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HALLWAS, Norberto. *Principiologia contratual no estado democrático e social de direito: limites e possibilidades da intervenção estatal nos contratos*. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Aspectos contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis automotivos*. São Paulo: Edipro, 2002.