

Organizadores

Elvino de Carvalho Mendonça
Luciano Inácio de Souza
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NA CADEIA PRODUTIVA DO PETRÓLEO: ANÁLISES DE JULGADOS DO CADE

Alden Caribé de Souza

Alexandre Augusto Reis Bastos

Alicia Burns-Wright

Ana Paula Martínez

Bernardo Gouthier Macedo

Carolina Saito

César Mattos

Daniel Silva Boson

David C. Smith

Eduardo Frade Rodrigues

Eduardo Pontual Ribeiro

Elvino de Carvalho Mendonça

Fernando de Magalhães Furlan

Gustavo Madi Rezende

Jorge Henrique de Saules Nogueira

Laércio Nilton Farina

Leonor Cordovil

Lia Santos Chitolina

Luciano Inácio de Souza

Luiz Guilherme Ros

Luiz Phillip Nagy Guarani Moreira

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga

Ricardo Muniz-Almeida

Thales de Melo e Lemos

William R. Vigdor

Prefácio: Juliano Basile



Mgalhas

A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E
CONCORRÊNCIA NA CADEIA PRODUTIVA DO
PETRÓLEO: ANÁLISES DE JULGADOS DO CADE

Produção: Aurélio Faleiros Lopes

Editoração e capa: Poliana Silva

Colaboração: Ariane Messias

A Interface entre Regulação e Concorrência na Cadeia Produtiva do Petróleo: Análises de Julgados do CADE. Elvino de Carvalho Mendonça, Luciano Inácio de Souza, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (orgs.) São Paulo: Migalhas, 2017.

Vários autores.

276 p.

ISBN: 978-85-61707-87-3

1. Brasil – Direito I. Título.

CDD 340



Editora Migalhas

Avenida Presidente Castelo Branco, 600

Ribeirão Preto, SP - CEP: 14.096-560

Telefax: (16) 3617.1344

www.livrariamigalhas.com.br

migalhas@migalhas.com.br

Contratos entre distribuidoras e postos revendedores de combustíveis

*Laércio Nilton Farina
Alexandre Augusto Reis Bastos*

1. Introdução

O mercado de revenda de combustíveis no Brasil sempre foi bastante analisado pelo CADE seja no controle de condutas ou no controle de estruturas. No controle de condutas o CADE tem, ao longo do tempo, julgado e condenado diversas empresas proprietárias de postos de combustíveis por formação de cartel nas cidades de Florianópolis/SC, João Pessoa/PB, Belo Horizonte/MG e, mais recentemente, os postos de Vitória/ES. Porém, este artigo centrar-se-á no controle de estruturas baseado em processo que tramitou no CADE durante o ano de 2004.

Inicialmente, cabe destacar que na cadeia produtiva de revenda de combustíveis o posto revendedor constitui-se no seu elo mais fraco pois, o mercado à montante é formado por grandes empresas multinacionais de refinamento do petróleo ou por grandes empresas distribuidoras. Por outro lado, a empresa revendedora de combustíveis, na grande maioria dos casos, é formada por pequenos empresários que têm um faturamento irrelevante quando comparado às grandes empresas distribuidoras de combustíveis.

É sabido, ainda, que a forma de uma rede de combustível crescer se dá de quatro maneiras possíveis: 1) adquire postos de terceiros; 2) constrói postos de sua propriedade de bandeira branca; 3) constrói postos de sua propriedade de bandeira exclusiva; e 4) administra postos de propriedade das distribuidoras por meio da celebração conjunta de contrato de comissão mercantil ou de contrato de locação de imóvel e comodato de equipamentos.

Nesse sentido, a Cascol Combustíveis – maior revendedora de combustíveis do Distrito Federal e atuante no mercado há 55 anos – endereçou ao CADE, no ano de 2001, consulta onde sua principal dúvida residia na figura de submeter àquele Conselho os contratos de comissão mercantil ou contrato

de locação de imóvel e comodato de equipamentos, realizados entre ela e as distribuidoras de combustíveis Petrobras e Texaco. Esta consulta recebeu o nº 0074/01 tendo o Sr. Conselheiro Mércio Felski como Relator.

Em voto, o Sr. Conselheiro manifestou-se pela obrigatoriedade de submissão daquele tipo de contrato à análise dos órgãos de defesa da concorrência por estarem envolvidas nos negócios das empresas participantes de grupo, cujo faturamento supera o patamar legal de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) o que, por força do disposto no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, implicaria notificação obrigatória de ato ou contrato ao Sistema, no ver do então Conselheiro.

Entendeu, ainda, que caberia a ambas empresas envolvidas no negócio a notificação conjunta, com base no disposto no art. 1º da Resolução CADE nº 15/98, opinando, ao final de seu voto, que a consulta fosse convertida em ato de concentração, nos termos do § 2º do art. 6º da Resolução CADE nº 18/98.

Em pedido de vista, o ex-Conselheiro Celso Fernandes Campilongo apresentou entendimento no sentido de que fosse determinada a notificação de todos os contratos firmados pelas empresas da consulente com qualquer distribuidora a partir de 13 de junho de 1994 – data da publicação da Lei nº 8.884/94, bem como de quaisquer outros contratos que respeitassem à aquisição direta ou indireta de postos de combustíveis. Quanto à responsabilidade pela notificação dos contratos, seguiu o entendimento do Relator do caso, na medida em que se manifestou pela obrigatoriedade de notificação conjunta pelos contratantes, determinando, igualmente, a conversão da consulta em ato de concentração.

Diante do quadro que se afigurou, não restou outra alternativa à Cascol Combustíveis senão a de apresentar ao CADE todos os seus contratos de distribuição de combustíveis com as distribuidoras Petrobras e Texaco no período entre 1994 e 2004, que originou o Ato de Concentração nº 08012.003409/2004-92, sob a relatoria do ex-Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.

2. Da ausência da obrigação

Não obstante existam vários estudos a respeito do mercado relevante de

revenda de combustíveis, cláusulas de exclusividade, ingerência da distribuidora nos preços do combustível ou sobre o negócio propriamente dito, ou o poder de mercado do grupo consulente, parece ter escapado a todos os analistas que enfrentaram a questão até o presente, uma observação singela: a de que o crescimento do grupo quando ao abrir um novo posto de combustível (desde que não seja adquirindo ativos de concorrente), seja sob bandeira de exclusividade, seja sob bandeira branca, não resulta de integração econômica, **mas de simples crescimento orgânico da empresa!**

Necessário lembrar que durante a década de 2000 houve uma evolução bastante acentuada nos conceitos de controle de concentração havidos no âmbito da jurisprudência do CADE, e ver-se-á que a letra do então artigo 54 e seu parágrafo 3º da Lei nº 8.884/1994, que até a edição da Lei nº 12.529/11 provocaram intensos debates a respeito da real intenção do legislador, sofreu temperança, que resultou no entendimento da circunscrição do faturamento de 400 milhões ao território nacional (já em outubro de 2005) tanto quanto passara pela criação do Procedimento Sumário¹.

Assim é que a exegese sobre a submissão que se imaginava correta ao início da década, e que justificou a consulta tal como formulada – ali assumida a obrigatoriedade da submissão de atos tais – não mais se justifica. Tudo sem se mencionar que aquele período foi marcado por frequente, e por vezes excessiva, imposição de multas, com poucos exemplos de demonstração de critérios.

Justificável, assim, a preocupação da Requerente, a ponto de confundirem atos integrativos do ponto de vista econômico, com aqueles de mera administração, que são os que caracterizam os atos que envolvem crescimento orgânico das empresas.

Mas entender que a abertura de novos postos de combustíveis de uma mesma rede reclamam controle do SBDC (ainda que sumário), é contrariar de maneira flagrante o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, onde o legislador constitucional extraordinário fez inserir a expressão “eficiência” ao texto que, desde 1988, enumerava as qualidades essenciais do ato administra-

¹ Portaria Conjunta nº 1, de 18 de fevereiro de 2003 alterada pela Portaria Conjunta nº 8, de 2 de fevereiro de 2004.

tivo erigindo-os à condição de princípios da Administração Pública.

Entender que ao SBDC deve ser submetido todo e qualquer ato – mesmo quando não integrativo economicamente – é pretender transformar o CADE, principalmente, em órgão meramente notarial, a apor o carimbo de “aprovado sem restrições” em todo e qualquer ato jurídico que implique em crescimento da empresa que se enquadre nos limites do parágrafo 3º do artigo 54. Incluir-se-ia em tais atos, por exemplo, os de abertura de novas lojas de redes de supermercado (ou qualquer outra rede), ou, ainda, para se ficar mais próximo do tema aqui tratado, submeter ao Sistema toda e qualquer abertura de loja de franquia de lanchonetes. Agências bancárias também seriam um bom exemplo.

Vislumbrar-se “eficiência” em critério tal é ignorar por completo a acepção de tal vocábulo. É fugir completamente ao espírito do legislador ordinário. As dúvidas que permeiam o debate sobre os atos submissíveis jamais levaram à conta eventual necessidade de submissão de atos que significam mero crescimento orgânico, como aquele que é aqui tratado.

A SEAE/MF, ao examinar a questão, concluiu acertadamente a respeito dos meios que devem ser utilizados quando da preocupação com a existência eventual de abuso de posição dominante. Deve ser objeto de investigação em sede de Processo Administrativo, tratando-o como conduta, por óbvio².

Mas, da mesma forma como se desenvolveu o debate, escapou àquela Secretaria o fato de que o crescimento é orgânico e, portanto, não sujeito à apreciação do Sistema, ainda que sob procedimento sumário.

Há que se ter em conta que a abertura de um novo estabelecimento, como é o caso, configura aumento de capacidade instalada e, portanto, de oferta. Sob este prisma, portanto, nenhuma preocupação sob o aspecto anti-truste há de haver.

Se assim é, porque deveria ser submetido ato tal? Por preocupação quanto ao tamanho da empresa, ou grupo, de varejo de combustíveis? Por preocupação, quiçá, em relação ao seu *market share*? Ou o mesmo tipo de preocupa-

2 Ato de concentração nº 08012.003409/2004-92; Requerentes: Comal Combustível Automotivos Ltda., Lubrificantes Gasol Ind. e Com. Ltda. e outros; Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado.

ção em relação à distribuidora?

Qualquer uma destas hipóteses, porém, está fora da análise antitruste, encontrando-se na esfera da regulação o que, definitivamente, não é a vocação do SBDC, e não se encontra dentro das hipóteses do artigo 54, da então lei de concorrência vigente.

3. Das modalidades de abertura de postos novos

Conforme dito na introdução do presente artigo, a Cascol Combustíveis é titular de uma rede que cresce abrindo novos postos de venda combustível – e não haveria outra maneira de crescer – e, frisa-se novamente, o faz de quatro maneiras possíveis: 1) adquire postos de terceiros; 2) constrói postos de sua propriedade de bandeira branca; 3) constrói postos de sua propriedade de bandeira exclusiva; e, 4) administra postos de propriedade das distribuidoras por meio da celebração conjunta de contrato de comissão mercantil ou de contrato de locação de imóvel e comodato de equipamentos.

Como informação tão relevante, quão óbvia, o grupo não só fatura mais de R\$ 400.000.000,00/ano, como detém mais de 20% do mercado relevante³.

A questão, pois, se centra nos critérios do parágrafo 3º do artigo 54, já que o simples aumento de capacidade instalada não se presta, a toda evidência, a caracterizar a hipótese do *caput*.

Aquele parágrafo, por seu turno, faz expressa alusão à **concentração econômica**. Alguns intérpretes tem-no cotejado com o *caput* e, desta forma, concluído que qualquer ato, seja qual for, deve ser submetido ao SBDC quando os limites (R\$ 400 milhões ou 20%) são ultrapassados.

Mas em qualquer ato obviamente se está referindo àqueles em que alguma forma de integração, alteração de estrutura econômica, ou ainda alteração de centro decisório, seja objeto do dito ato. E nesse passo, parece de todo conveniente que as quatro maneiras sejam examinadas, para comparação.

3 Conforme aduzido em sede de parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico no Ato de Concentração nº 08012.003409/2004-92, trata-se do mercado relevante de venda de combustíveis automotivos no Distrito Federal e arredores, cujo *market share* que cabe à Cascol Combustíveis representa 28% do referido mercado.

3.1 Postos adquiridos de terceiros

Quando o requerente adquire um posto de combustíveis pré-existente, parece óbvia a obrigação de submissão do ato ao Sistema, dados os limites do parágrafo 3º. É aqui clara a alteração das relações de mercado. Transfere-se a titularidade de um estabelecimento até então concorrente para o âmbito do grupo, muito embora inexista alteração de centros decisórios, senão para aquele estabelecimento específico que foi negociado.

Consideradas as circunstâncias de faturamento e *market share* da requerente, não há dúvidas sobre que, ao adquirir um posto de combustíveis de terceiros (seja de um particular, seja de uma rede de postos rival), o ato seja obrigatoriamente submetido ao Sistema. Trata-se, afinal, de um ato de transferência de ativos entre empresas diretamente concorrentes, sendo que uma delas ultrapassa os limites legais previstos no parágrafo 3º do artigo 54 da Lei Antitruste.

O mesmo se dá na hipótese de transferência de um ativo específico nas mesmas circunstâncias, como por exemplo, a aquisição de um terreno destinado à construção de posto de combustível, como ocorre na área do Distrito Federal, onde o planejamento urbano implica especificidade de terrenos, tal como determinado pelas normas contidas no Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal. Assim, na qualidade de instrumento de implementação de política pública, um dos objetivos da destinação específica das áreas urbanas para edificação é o de ampliar e descentralizar as oportunidades de desenvolvimento das atividades econômicas do território, prevendo espaço para a geração de emprego e renda, priorizando sua localização próxima aos núcleos urbanos.⁴

Por essa razão, a forma de aquisição dos lotes para edificação se dá via procedimento licitatório, através do qual qualquer pessoa física ou jurídica pode vir a adquirir um terreno, em igualdade de condições, e, uma vez obtida autorização dos órgãos públicos competentes e cumpridas as exigências impostas pela Lei, poderá edificar e desempenhar atividade de revenda em posto

de combustíveis.

Assim sendo, ao adquirir um dos terrenos descritos de quem já o detenha – isto é, tenha se submetido previamente ao certame licitatório – destinados à construção de posto de combustível, o consulente deverá submeter o ato ao Sistema.

Mesmo neste caso específico, e consideradas as características do mercado de revenda de combustíveis, a obrigatoriedade de submissão já se mostra um exagero formal. Exagero que, contudo, é incontornável, dados os pressupostos legais (faturamento e *share*).

No caso em tela, contudo, e consideradas as circunstâncias peculiares tocantes à grande pulverização da rede de revenda de combustíveis, notadamente no mercado relevante em tela (dimensão geográfica), a compra e venda de um único posto, ou estabelecimento, ou ainda a compra e venda de um terreno (ativo específico), sequer poderia ser considerada como um ativo significativo e, portanto, não preencheria a condição do artigo 54 de molde a cumprir sua exigência.

Dirão alguns que, não obstante, para se alcançar tal entendimento é necessário adentrar-se o mérito da transação específica razão de ser da obrigatoriedade da submissão. Trata-se de posição respeitável, conquanto eventualmente discutível.

De qualquer maneira, tem-se por obrigatória a submissão dos atos consistentes na aquisição de postos ou terrenos específicos na área do Distrito Federal (e em outras localidades aonde tal planejamento urbano venha a ocorrer), por redes, ou grupos, que preencham os critérios econômicos do parágrafo 3º, como o faz o consulente.

3.2 Postos próprios de bandeira branca

Mas a requerente não se limita, obviamente, a crescer por aquisição. Ao contrário, a maior parcela do incremento de estabelecimentos que compõem seu ativo se dá pela abertura de novos postos, isto é, pelo aumento da oferta de estabelecimentos.

Como anotado acima, há três maneiras de serem abertos novos estabe-

⁴ Art. 5º, II da Lei Complementar DF nº 17, de 28 de janeiro de 1997.

lecimentos (que, somadas à anteriormente descrita, totalizam as quatro mencionadas).

A primeira delas se trata da construção de um posto de combustíveis sem vinculação a qualquer marca de distribuidora (ou bandeira). São os chamados postos de bandeira branca.

Assim, a requerente já é titular do terreno e erige seu próprio posto. É o exercício da livre iniciativa naquilo que naturalmente prescinde de regulação estatal ou controle antitruste.

Crescimento orgânico sem qualquer sombra de dúvida e inexistência de qualquer vislumbre de obrigatoriedade de se obter autorização do CADE para a abertura de novo estabelecimento nessas circunstâncias.

3.3 Postos próprios de bandeira exclusiva

O mecanismo, nesta hipótese, não difere daquele tratado acima, com a única diferença de que, ao invés de bandeira branca, o consulente elege, dentre as distribuidoras existentes no mercado, aquela que melhores condições apresenta para aquele estabelecimento específico.

Desta forma, a requerente poderá abrir um novo estabelecimento sob a bandeira, digamos, da Petrobrás, da Texaco, da Esso ou outra qualquer. Os itens ali comercializados serão obviamente exclusivos daquela marca, porque essa é a característica em tal mercado. Em um posto de combustíveis de determinada marca (ou bandeira) não se espera encontrar combustível ou produtos de marca concorrente. A exclusividade é, portanto, da própria natureza da atividade comercial aqui tratada.

Nem por isso deixa de ser crescimento orgânico, tal como aquele tratado no item antecedente (bandeira branca), diferindo daquele tão somente pela decisão gerencial de se eleger determinada marca para aquele estabelecimento.

Seja por um ou outro modelo, o fato essencial é que um novo posto é sempre de ser considerado aumento da capacidade instalada. Em ambas as hipóteses não se há sequer de cogitar de obrigatoriedade de submissão, seja pelos motivos já abordados, seja pelo exercício do mais elementar raciocínio.

3.4 Postos em regime de Comissão Mercantil ou de locação de imóvel com comodato de equipamentos

Aqui repousa a dúvida que dá azo à ato de concentração ora analisado.

Como já afirmado, a simplicidade da questão impressiona porque não paira qualquer dúvida a respeito do fato de que as duas maneiras já descritas de abertura de novos postos de combustível por parte do consulente, prescindam de notificação ao SBDC.

Porque, então, esta deveria ser considerada de maneira distinta? Onde se pode identificar impactos, ou efeitos, sobre o mercado de natureza distinta daqueles outros dois já considerados?

Os efeitos sobre a concorrência, sobre o mercado, decorrentes do fato de o Grupo assumir a administração de postos de propriedade de distribuidoras de combustíveis são **exatamente idênticos nos três casos!**

Onde, assim, a obrigatoriedade de submissão vislumbrada pelos votos proferidos em sede de consulta?

Sob o enfoque da eficiência do ato administrativo não se vislumbra qualquer motivo sustentável para a submissão tal como então entendida. Isto porque, convenha-se, qual a função do SBDC em caso tal? Ditar o tamanho ótimo da empresa, fiscalizando seu crescimento? Lembre-se que aqui não está havendo transferência de ativo entre concorrentes. Não está havendo integração econômica nem mesmo vertical, já que o relacionamento do vértice distribuidor/varejista é exatamente o mesmo nos três casos aqui mencionados (posto próprio de bandeira branca, posto próprio de bandeira exclusiva ou este que ora se trata, isto é, de administração de posto de propriedade da distribuidora).

Há que se ter em mente que há dois mercados relevantes que podem ser identificados aqui, quanto à dimensão produto. Um, o de distribuição de combustíveis, do qual o consulente não é *partícipe*. Outro, o de revenda de combustíveis.

Se a operação é examinada sob a ótica do mercado relevante da distribuição, não se afigura lógico que o revendedor (que não é distribuidor) se veja compelido a notificar a celebração de contrato de comissão mercantil (ou de locação) em razão da exclusividade da bandeira.

Se, contudo, a operação é examinada sob a ótica do mercado relevante da revenda, encontra-se aqui a razão da indagação feita acima sobre qual a função que seria de se esperar do SBDC no exame de ato tal? Regular o tamanho do mercado, ou dos seus agentes?

O exame do artigo 54 tem por necessária consequência, uma de três: 1) o ato é aprovado sem restrições; 2) o ato é aprovado com restrições; e, 3) o ato não é aprovado.

Ora, considerando-se que parece difícil a imposição de qualquer restrição na abertura de um único estabelecimento – especificamente considerado o posto de combustíveis – somente a aprovação ou a reprovação do ato remanesceriam.

Eventual reprovação somente poderia ter por fundamento o tamanho das firmas, ou sua participação de mercado. À míngua da mínima caracterização das hipóteses do artigo 54 e seus parágrafos para uma operação tal, a única motivação, ou fundamentação, para essa hipotética reprovação seria um critério exclusivamente regulatório.

Excluído tal critério que, repita-se, não é a vocação legal do SBDC, apenas uma hipótese se verifica plausível de eventual submissão, isto é, a aprovação sem restrições.

Em outras palavras, mera função notarial para o CADE, o que se afigura impensável para um órgão de análise antitruste. A agressão ao princípio constitucional da eficiência que deve qualificar o ato administrativo se afigura clara nesta hipótese.

Se a motivação do entendimento acerca da obrigatoriedade de submissão reside nas eventuais dúvidas acerca da cláusula de exclusividade inerente a contratos desta natureza, é de se observar que ditos contratos são padrão nas empresas distribuidoras. Para o consulente, como para quaisquer outros que venham a entabular negócios similares com as distribuidoras, trata-se de contrato de adesão.

Nesse passo, as regras que regem o relacionamento contratual estão pre-determinadas. Se este ou aquele aspecto reclama atenção dos órgãos do SBDC, por presumida infração contra a ordem econômica, não é por meio do procedimento de submissão pelo artigo 54 o mecanismo processual legítimo para a

análise, mas o processo administrativo para apuração de infração. Análise de conduta, pois, não de concentração.

4. Dos Pareceres da SEAE/MF, SDE/MJ, PROCADE e do MPF

A SEAE/MF em parecer sob o rito sumário e sob o argumento que a Cascol Combustível detém poder no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal, opinou pelo conhecimento das operações, aprovando-as sem restrições.

Diferentemente da SEAE/MF, a SDE/MJ⁵ opinou pelo não conhecimento das operações argumentando que antes mesmo da vigência da Lei nº 8.884/94 a Cascol Combustíveis já detinha considerável poder de mercado. Verificou-se, ainda, que o acréscimo (mais 40 postos) até 2005 praticamente acompanhou proporcionalmente o crescimento de revenda de combustíveis. Destacou, por fim, que doze dentre os cinquenta e dois postos de sua propriedade atuam sob o regime de bandeira branca, não possuindo contrato firmado com nenhuma distribuidora e, ainda, que os contratos celebrados a partir da vigência da Lei nº 8.884/94 não resultaram impacto que configure ou possa gerar efeitos anticoncorrenciais no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal.

O MPF e a ProCADE⁶ opinaram pelo conhecimento dos referidos contratos deixando, entretanto, de aplicar multa por intempestividade por não tratar-se de concentração econômica. Pugnaram também pela exclusão das cláusulas 3.1 e 3.2 dos contratos de comissão mercantil.

5. Do julgamento do processo no CADE

A composição do CADE que participou do julgamento era formada pelo Presidente-Substituto, Ricardo Villas Bôas Cueva (a Presidente Elizabeth

5 Íntegra do Parecer disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000263381713.pdf.

6 Íntegra do Parecer disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000287711985.pdf.

Farina encontrava-se impedida), pela Procuradora-Geral Substituta Karla Margarida Santos, e pelos Conselheiros Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado (Relator), Luis Fernando Rigato Vasconcelos, Luiz Fernando Schuartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Sicsú. Participou ainda no julgamento o Subprocurador da República José Elaeres Marques Teixeira como representante do *Parquet* Federal.

Em seu voto bem fundamentado, o Conselheiro Delorme Prado iniciou fazendo um arrazoado do processo de conhecimento, pelo CADE, dos atos de concentração.

Asseverou o Conselheiro que “os atos de concessão comercial obrigam um empresário (o concessionário) a comercializar, com ou sem exclusividade, um produto fabricado ou comercializado por um concedente. No caso da comercialização de veículos automotores terrestres há uma lei específica que regula o mercado de concessão comercial. Esse pode ser, também, encontrado em atividades como venda de combustíveis e de embarcações. Nesse caso, da mesma forma, não se confundem nem a atividade, nem a personalidade jurídica, do concedente e do concessionário, não sendo, portanto, necessária a comunicação às autoridades antitrustes de qualquer alteração nos contratos de concessão. Tai como quaisquer outras empresas, as concessionárias estão sujeitas a comunicar atos de concentração que se enquadram nos termos do parágrafo terceiro do artigo 54, da Lei nº 8.884/94.”

Corroborando com o entendimento da SDE/MJ, entendeu o Relator ser o contrato de comissão mercantil próximo ao de franquia. Em ambos os casos o comitente ou franqueador estabelecem o *modus operandi* do negócio, padronizando o estabelecimento e os uniformes, e fornecendo com exclusividade os produtos comercializados. Conclui que a ausência, sequer em tese, de qualquer forma de concentração econômica entre concorrentes afasta, ainda na análise *in abstracto*, qualquer efeito anticoncorrencial dos contratos de comissão mercantil celebrados entre empresas que não atuam no mesmo mercado relevante.

Por fim, com referencia aos contratos de locação, afirmou que este é disciplinado pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 e representa matéria estritamente civil, não encontrando repercussão na esfera comercial, razão

pela qual afastou, *ad nutum*, sua análise.

Ao final, concluiu que os contratos apresentados pela Cascol Combustíveis não são passíveis de conhecimento pelo CADE nos termos do art. 54 da Lei Antitruste e, sim, crescimento orgânico respaldado pelo art. 20, parágrafo 1º da lei. Seguiram o Relator os Conselheiros Luiz Fernando Schuartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Sicsú.

Em voto-vista, o ex-Conselheiro Ricardo Cueva divergiu do Relator conhecendo e aprovando a operação, e ainda aplicando à Requerente multa por intempestividade no valor de R\$ 1,6 milhões. O voto foi seguido pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos.

6. Conclusão

Do que se pode concluir a respeito do tema objeto do mérito do ato de concentração e do presente artigo é que:

- 1) Inexiste qualquer tipo de integração econômica nos contratos de comissionamento mercantil ou locação e comodato entre o varejista administrador e a distribuidora de combustíveis, que seja distinto de todos os outros modelos contratuais existentes para o setor;
- 2) A celebração de tais contratos não induz a qualquer alteração de centro decisório entre os agentes envolvidos no ato jurídico;
- 3) Tratando-se de mero ato que resulta do crescimento orgânico do Grupo, o ato jurídico questionado não preenche sob quaisquer aspectos, as características daqueles abrangidos pelo leque do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, ainda que se tendo em conta a amplitude da expressão sob qualquer forma manifestados;
- 4) A exclusividade inerente aos contratos seja de comissão mercantil (hipótese daqueles em que é comitente a Petrobrás Distribuidora S/A) seja os de locação e comodato de equipamentos (hipótese daqueles em que a locadora e comodante é a Texaco Brasil S/A), refere-se exclusivamente ao estabelecimento objeto do contrato, como decorre da natureza da própria atividade comercial, não gerando

quaisquer efeitos obrigacionais no restante da, ou das, empresas que compõem o Grupo consulente;

- 5) Inexiste possibilidade de qualquer decisão a ser adotada pelo CADE, que não tenha conotação rigidamente regulatória, a tornar inócuo e, portanto, ineficiente, a simples submissão para fins de chancela, ante a inexistência de matéria concorrencial a ser tutelada na espécie.

Assim é que, de Sullivan, para quem a lei antitruste é a que proíbe certas alterações na estrutura industrial⁷, a Forgioni, para quem é sempre a concentração econômica o motivo que gera a compulsoriedade de notificação do ato à autoridade antitruste⁸, há extensa literatura em que, em momento algum, conduz à ilação de que atos tais como aqueles de que se tratou acima devam ser submetidos à apreciação da autoridade.

Requeru a requerente em pedido final que o ato de concentração fosse arquivado sem julgamento do mérito e, caso vencida essa preliminar, que a aprovação incondicional das operações com aplicação de multa mínima por intempestividade nos moldes do § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Referências bibliográficas

SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, Hornbook Series, 1977, p.576, "Law about merger is law which prohibits certain changes in industrial structure.

FORGIONI, Fundamentos do Antitruste, 2005, p, 493.

Ato de Concentração: 08012.003409/2004-92.

7 SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, Hornbook Series, 1977, p. 576, "Law about merger is law which prohibits certain changes in industrial structure."

8 FORGIONI, Fundamentos do Antitruste, 2005, pp. 493 e ss.