



Contribuições do Cade

**0 ambiente concorrencial no setor
de refino de petróleo e distribuição
de combustíveis líquidos**



Sumário Executivo

O presente documento busca apresentar um panorama sobre questões antitruste nos mercados de refino e de distribuição de combustíveis líquidos, em especial, levando em consideração modificações estruturais anunciadas na estrutura da Petrobras. Sem comprometer o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) com qualquer posição a respeito da especificidade da análise de mérito da venda de ativos nesse setor, o documento apresenta uma abordagem genérica a respeito de quais são as questões potenciais que impactam a análise concorrencial. O documento inicia com uma introdução histórica do relacionamento entre Direito Concorrencial e o setor de refino, seguida de uma análise jurisprudencial e do compartilhamento de eventuais preocupações, de caráter geral, que a modificação estrutural anunciada pela Petrobras pode acarretar. Entende-se, assim, ser interessante que os interlocutores deste debate prestem atenção a estes aspectos concorrenciais.

Introdução

O setor de combustível, de longa data e em diversos países do mundo, faz parte do debate a respeito da própria gênese do Direito Econômico e, em especial, do Direito Concorrencial. A própria constituição da *Standard Oil Trust* (em 1882) é anterior ao *Sherman Act* (1890), que foi utilizado para disciplinar concentrações consideradas indevidas neste setor [como se verifica no julgamento do caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)].

No Brasil, José Bento Monteiro Lobato, conhecido escritor de histórias infantis, após ter trabalhado como adido nos Estados Unidos e ver o progresso no referido setor [derivado de um ambiente concorrencial de um mercado mais desenvolvido e regulamentado], em 1931, fundou a Companhia Petróleos do Brasil, passando a atuar na prospecção de petróleo no campo de Araraquara. Ao mesmo tempo, Lobato, em 1935, denunciou privilégios que a própria *Standard Oil* possuía no Brasil, que, em seu ponto de vista, eram oriundos de corrupção, que geravam distorções competitivas¹. Em 1938, o mesmo decreto que instituiu o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), também, passou a considerar patrimônio da União as jazidas de petróleo em solo brasileiro. Lobato, após enviar nova carta a Getúlio Vargas, denunciando novamente privilégios da *Standard Oil* e problemas concorrenciais da regulamentação do setor de refino nacional, foi preso em 1941 e condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional por atos de injúria contra o CNP.²

¹A este respeito, vide o que foi referido por Leonardo Contesini: "*Diante da situação Monteiro Lobato escreveu uma carta ao presidente Vargas em janeiro de 1935 reclamando das dificuldades impostas pelo Ministério da Agricultura em relação às atividades de suas companhias ao mesmo tempo em que denunciava confidencialmente as atividades da filial argentina da Standard Oil Company (que mais tarde se tornaria a Exxon/Esso) no país com a conveniente corrupção de fiscais do Serviço Geológico Nacional. "[...]nossas melhores jazidas de minérios já caíram em mãos estrangeiras e no passo em que as coisas vão o mesmo se dará com as terras potencialmente petrolíferas. E já hoje ninguém poderá negar isso visto que tenho uma carta em que o chefe dos serviços geológicos da Standard ingenuamente confessa tudo, e declara que a intenção dessa companhia é manter o Brasil em estado de 'escravização petrolífera'.*" De acordo com <https://www.flatout.com.br/historia-de-monteiro-lobato-e-o-petroleo-brasileiro/>, verificado em 6 de janeiro de 2017.

² De acordo com <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/a-prisao-de-monteiro-lobato>. Segundo Hilário Freire e Waldemar Medrado Dias, Lobato criticou, por meio de carta enviada a Getúlio Vargas, (i) o retardamento por parte do CNP da autorização de criação de empresa nacional de criação de petróleo e (ii) as exigências do Decreto nº 2.179, de 8 de maio de 1940. Em sua carta utilizou-se do argumento 'Qui Prodest?' (A quem aproveita?), inferindo que o cenário até então existente seria favorável aos interesses do truste Standard-Royal Dutch. Lobato foi preso, pelo

Tudo isso ocorre antes de Vargas sancionar a primeira norma antitruste nacional (Decreto-Lei nº 7.666, a 22 de junho de 1945), que também teve pouco tempo de duração, já que uma das primeiras medidas tomadas por José Linhares, de viés mais liberal, após Vargas sair do poder, foi a revogação das normas antitruste. No referido período, entre diferentes visões a respeito de como se deveria regular a economia e o refino nacional, em 1948, foi gestado um projeto de Lei, por uma Comissão criada por Eurico Gaspar Dutra, chamada Estatuto do Petróleo. Tal projeto foi alvo de grandes críticas, o que suscitou a Campanha “o Petróleo é nosso”. Após nova eleição de Getúlio Vargas, enviou-se projeto da criação da Petrobrás em 6 de dezembro de 1951. Em 3 de outubro de 1953, foi aprovada a Lei nº 2004, que criou a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), mas que, ao mesmo tempo, instituiu o monopólio estatal da exploração, do refino e do transporte.

Alguns autores referem que após 1995 houve “quebra” do monopólio do petróleo. Isso não parece tecnicamente correto, já que, conforme explica Cláudia Ajaj³:

Esse monopólio foi transformado em norma constitucional com a Constituição de 1967 e sofreu alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 1/69, prevendo que “a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”, instituídas pelo art. 169 da referida Carta Magna. A Constituição Federal de 1988, no art. 177, posteriormente alterado pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995, **mantém o monopólio do petróleo para a União**, que permanece titular do domínio sobre os recursos minerais disposto no art. 20, IX. Porém, com a alteração da redação do § 1º do art. 177, instituído pela EC n. 9/95, ocorre inovação no sentido de permitir à União, no sistema de pesquisa e lavra, a opção de contratar empresas privadas ou estatais para a execução desse trabalho ou a manutenção do atual sistema, sempre nos termos da lei (grifo nosso).

Aliás, o Estado Brasileiro possui grande parte das ações da Petrobras e também atua na parte regulatória. Com efeito, houve, em 16 de outubro de 1997,

Tribunal de Segurança Nacional em 20 de maio de 194, incurso no art. 3º., 25, do Decreto Lei 431 de 1939, por atos de injúria

³ AJAJ, Cláudia. Monopólio do petróleo e a Emenda Constitucional 9 de 1995. De acordo com o site <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp061644.pdf>, verificado em 6/1/2017.

a aprovação da Lei do Petróleo (Lei 9.478/97) e a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), órgão regulador da indústria do petróleo. Frise-se que, embora exista autorização para outras empresas atuarem no setor de refino de petróleo no Brasil, a Petrobrás continuou um dos poucos agentes no território nacional a ter ativos para tal atividade (sendo que nenhum agente chega a ter o mesmo porte da referida empresa no território nacional).

Neste ínterim, ao lado da evolução do mercado de refino de petróleo, as normas concorrenciais nacionais também evoluíram, como se verificou na Lei nº 4.137/62, no art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988, na Lei 8.137/91, na Lei 8.158/92, na Lei 8.884/94 e na Lei 12.529/2011. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como instituição, melhorou em termos de estrutura física⁴, da eficiência de órgãos de instrução⁵ e de recursos financeiros⁶, para dar respostas a desafios de caráter concorrencial.

Embora a Autoridade de Defesa da Concorrência tenha uma competência própria do controle repressivo ou da análise estrutural geralmente passiva e cuja atuação ocorre na avaliação de casos concretos, cabe a esta Autarquia auxiliar no debate social a respeito de como se podem evitar problemas concorrenciais. De outro lado, o Estado brasileiro, em seus diferentes poderes, e em especial, por intermédio da Autoridade Regulatória setorial, necessita pensar como seria a melhor forma de desenhar incentivos que inibam o abuso do poder econômico. Tal atividade é ainda mais importante em um setor essencial como o de energia (e em especial o de refino de petróleo), que impacta todos os setores da sociedade.

Recentemente, foram publicadas, na imprensa pátria, notícias que sinalizariam a possibilidade de haver uma grande modificação no ambiente concorrencial no segmento de refino. Com efeito, Diretores da Petrobrás sinalizaram a possibilidade de venda de uma série de ativos, em refinarias e em

⁴ NASCIMENTO, R. C. (2009). Depoimento. Em P. DUTRA, *Conversando com o Cade* (pp. 25-37). São Paulo: Singular.

⁵ GRINBERG, M. (2009). Depoimento. Em P. DUTRA, *Conversando com o Cade* (pp. 17-24). São Paulo: Singular.

⁶ MALARD, N. T. (2009). Depoimento. Em P. DUTRA, *Conversando com o Cade* (pp. 39-53). São Paulo: Singular.

terminais e dutos da empresa⁷, com eventual desverticalização de mercado (como, por exemplo, no âmbito do mercado de gás⁸ entre outros⁹).

Este movimento pode ser benéfico à concorrência, mas, ao mesmo tempo, traz consigo alguns desafios não-triviais sobre os incentivos que podem ser criados pelas mudanças estruturais. Neste aspecto, resguardando-se o dever e o direito de se manifestar nos casos concretos sobre as especificidades das modificações de cunho estrutural, o Cade busca, por meio da elaboração do presente documento, auxiliar neste debate, explicitando sua experiência em casos passados e sinalizando, de maneira genérica, alguns pontos que são interessantes de serem levados em consideração em relação a este grande movimento estrutural anunciado.

Considerando a grande extensão potencial do mercado de energia (e para tornar factível o debate), este documento busca apresentar contribuição específica nos mercados de refino e de distribuição de combustíveis líquidos. Assim, o documento foi dividido em duas partes: na primeira, há um relato não exaustivo da jurisprudência administrativa em tais mercados e, na segunda parte, busca-se compartilhar eventuais preocupações que a modificação estrutural pode acarretar e que podem ser levadas em consideração por todos que participam deste amplo diálogo nacional.

⁷ De acordo com os sites <http://q1.globo.com/economia/noticia/2016/10/petrobras-avalia-venda-de-dutos-e-terminais-junto-com-refinarias.html>, <http://www1.valor.com.br/empresas/4827702/petrobras-nega-informacoes-sobre-venda-de-refinaria-para-total>, <http://www.valor.com.br/empresas/4715901/petrobras-avalia-modelos-de-venda-de-participacao-em-refino>, <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1816612-petrobras-preve-combustiveis-mais-baratos-apos-venda-de-refinarias.shtml> verificados em 6/1/2017

⁸ De acordo com o site <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20161121/eventual-restricao-cade-sobre-liquigas-atrai-interesse-rivais-ultragaz/434206> verificado em 6/1/2017

⁹ De acordo com os sites <http://q1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/09/veja-o-que-petrobras-ja-vendeu-e-quer-vender-ate-2018.html> verificado em 6/1/2017

1. Problemas concorrenciais à luz da experiência passada do Cade

1.1. Casos passados analisados pelo Cade no setor de refino de petróleo

Considerando o mercado de Refino, um dos casos emblemáticos julgados pelo Cade envolveu o (AC Petrobrás/Ipiranga/Braskem/Quattor, 2008), em especial o Ato de Concentração 08012.002818/2007-14 por meio do qual os ativos da Refinaria Ipiranga seriam divididos entre as empresas Braskem S.A., Petróleo do Brasil S.A., Ultrapar Participações S.A. na proporção de 1/3 para cada, sendo que todas as decisões, em qualquer esfera administrativa, dependeriam de unanimidade. A Petrobrás também passaria a ter uma participação relevante na própria Braskem e na Unipar (Quattor) por meio do Ato de Concentração 08012.014585/2007-01.

De acordo com o ex-Conselheiro Luis Fernando Rigato de Vasconcellos, tais operações em conjunto teriam o condão de gerar um quase monopólio no refino, com a união da Braskem, da Petrobras, da PQU, da Ipiranga e da Copesul em uma única empresa. Por conseguinte, a operação teria o potencial (1) ou de resultar na monopolização do mercado de refino do sul do país, não restando qualquer concorrente para rivalizar ou (2) de diminuir os incentivos dos concorrentes de rivalizarem uns com os outros em razão dos efeitos coordenados das participações passivas. Por esse motivo, o ex-Conselheiro Rigato votou pela imposição de restrições em tal operação.

Os demais conselheiros do Cade discordaram de tal posicionamento seguindo o voto do ex-Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado. De acordo com o ex-Conselheiro Prado, por mais que as Centrais Petroquímicas fossem os poucos agentes a concorrer com a Petrobrás pela produção de gasolina, a *"fabricação de tais produtos por uma central petroquímica é residual"*, não constituindo *"o core business das empresas"* (centrais petroquímicas), motivo pelo qual desconsiderou estes agentes em sua análise. Já em relação à aquisição da refinaria Ipiranga pela Petrobrás, alegou que:

- O poder de mercado da Petrobras relativamente aos derivados do refino já era bastante significativo antes da operação, sendo reduzido o acréscimo aportado pela Refinaria Ipiranga;
- O controle da refinaria seria exercido em conjunto por Braskem, Ultra e Petrobras, e não apenas pela Petrobras, o que diminuiria as preocupações de abuso de poder de mercado pela Petrobras;
- É possível a importação dos produtos derivados de petróleo como forma de contestar um eventual abuso de poder de mercado. No Ato de Concentração Petrobras e Repsol-YPF, o Cade adotou como mercado relevante geográfico de combustíveis líquidos não apenas a Região Sul do Brasil, mas também o nordeste da Argentina e parte do Uruguai.

Assim, o Cade acabou autorizando a compra da Refinaria Ipiranga pelas requerentes.

Frise-se, de outro lado, que antes do Ato de Concentração referido acima, a própria Ipiranga e a refinaria Manguinhos vieram ao Cade reclamar que estavam sendo vítimas de preços predatórios por parte da Petrobras. De acordo com a denúncia, referida no voto do ex-Conselheiro Rigato:

A Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A e a Refinaria de Petróleo Ipiranga apresentaram ao SBDC representações contra Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, alegando que a mesma (1) pratica preço predatório em determinados derivados (2) cria artificialmente dificuldades à entrada de rivais no âmbito do refino e (3) estipula discriminação de preços do petróleo por meio de preços de transferência. No que tange ao preço predatório, a denúncia pode ser vista tanto sob o aspecto da produção doméstica como da importação. Quanto à produção, segundo as denúncias, a Petrobras estaria fixando o preço de alguns derivados de petróleo (em especial da gasolina, do óleo diesel e do GLP) em patamar inferior ao custo da matéria-prima, conduta que inviabilizaria a concorrência no segmento de refino de petróleo. De acordo com as conclusões do parecer da Consultoria Tendências (fl.2078 dos autos), as margens negativas dos três derivados mencionados não seriam percebidas, porque a Petrobras manipula os valores de

transferência interna de petróleo. No que tange à importação de derivados, alega-se que os preços nacionais estariam abaixo do aceitável no que tange à importação de diesel e de GLP, já que (1) o Brasil é importador líquido destes derivados e (2) o preço de venda interno está abaixo dos custos de internalização dos referidos produtos. Em ambos os casos (produção e importação), segundo as denúncias, a prática de preços abaixo dos custos ocorre em razão da possibilidade da Petrobras impor subsídios cruzados, que teriam um duplo efeito negativo. Estes subsídios auxiliam a recuperar o prejuízo da Petrobras e criam dificuldades a entrantes no refino. (...) Quanto à discriminação de preços de venda do petróleo, alegou-se que a Petrobras estaria recebendo petróleo (insumo) a preços menores que o petróleo vendido às refinarias privadas, por meio de um "preço de transferência". Afirmou-se que, enquanto a Petrobras recebe petróleo barato nacional, as refinarias privadas são obrigadas a adquirir o petróleo a preços internacionais (inclusive da própria Petrobras)

Fonte: Voto do ex-Conselheiro Luis Fernando Rigato de Vasconcellos.

A SDE e a SEAE, à época, descartaram a possibilidade de haver prática predatória, referindo que eventuais *"inconsistências temporais observadas na relação entre preços domésticos e internacionais dos derivados de petróleo"* eram *"pontuais"*, sendo que a Petrobras apresentou margens de lucro positivas durante todo o período. Também, não visualizaram indícios de discriminação de preços, já que o petróleo das refinarias da Petrobras era pesado e com preço menor que o petróleo leve vendido às denunciadas. Assim, tais preços não seriam comparáveis entre si, não havendo sentido falar em discriminação de preços.

A Procuradoria do Cade, à época, considerou que *"a confessada prática de preços sub-competitivos (abaixo do preço do mercado internacional ou de importação) por parte da monopolista"* deveria *"causar graves preocupações às autoridades antitruste"*, posicionando-se no sentido de que as investigações deveriam continuar.

Novamente, o ex-Conselheiro Luis Fernando Rigato de Vasconcellos foi o único a votar na Averiguação Preliminar 08012.007897/2005-98 no sentido de que as investigações continuassem, porque, em sua visão, havia indícios de que a Petrobras estava, sim, tendo prejuízos. Argumentou que a SDE e a SEAE não visualizaram tal prejuízo porque usaram uma análise agregada. A SDE definiu o mercado relevante de análise alvo da conduta como uma cesta de derivados

(como gasolina, diesel, GLP, nafta e querosene). Considerou que embora, do lado da demanda, estes produtos não fossem substitutos, do ponto de vista da oferta, seria impossível produzir apenas gasolina, sem outros subprodutos. Ocorre que, se as refinarias de baixa complexidade da Petrobras (como Recap e Reman) comprassem petróleo leve [a preços internacionais] e vendessem insumos leves, segundo as simulações realizadas pelo ex-Conselheiro Rigato, as mesmas teriam prejuízos. Tais refinarias, assim como Manguinhos e Ipiranga, não tinham condições de craquear petróleo pesado. De todo modo, fez-se um cálculo conservador, chegando-se à conclusão de que, ao menos em tais refinarias, haveria prejuízo na produção da Petrobrás. Tal cálculo sequer contabilizou a possibilidade de haver petróleo subsidiado entre refinarias. Ou seja, em uma abordagem mais ampla, poderia haver, inclusive, possibilidade de *margin squeeze* tanto nos Inputs (petróleos) como nos Outputs (derivados). Rigato ainda compreendeu que poderia ser legítima a preservação de preços estáveis de derivados de apelo popular como gasolina. Todavia, a política de subsídios destes derivados deveria se dar de maneira transparente, já que *“subsídios que permitem a estabilidade do preço da gasolina são os mesmos que aumentam os preços de outros produtos (como QAV) e que impedem a entrada de novas refinarias.”* Tal mecanismo, segundo sua compreensão, seria capaz de “perenizar” o monopólio no refino via mecanismos não transparentes.

Os demais conselheiros do Cade votaram para fechar a investigação de preços predatórios, utilizando uma análise intertemporal clássica (sem uma análise detida do lucro da Petrobrás por tipo de produto). O voto condutor do caso foi do ex-Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado. De acordo com Prado,

“a característica do refino de Petróleo é que as proporções são relativamente fixas. Ou seja, para reduzir o preço de um determinado derivado de petróleo é necessário aumentar a produção de toda a cesta de derivados de petróleo. Não é simplesmente possível reduzir o preço de um produto, elevando o preço dos outros, sem que a empresa tivesse uma política de manter estoques crescentes dos produtos em que não praticasse preços predatórios.”

O ex-Conselheiro Prado considerou que para provar que um preço é predatório é necessário seguir os seguintes passos:

- a. Mostrar que a empresa infratora tem poder de mercado;
- b. Mostrar que a estratégia de preços praticadas não é sustentável no longo prazo, sendo inferior a algum tipo de custo a ser definido
- c. Mostrar que tal estratégia tem por objetivo excluir uma empresa do mercado ou discipliná-la, tendo como efeito a redução do nível de competição do mercado - ou seja, não haja justificativas empresariais (*business justification*) para a política de preços inferiores ao nível de custo definido no item b.
- d. Mostrar que a estratégia de preços é lucrativa no longo prazo, ou seja, que os custos assumidos podem ser recuperados pelo aumento a ser realizado quando o concorrente for excluído ou disciplinado. Ou seja, que considerando os preços baixos e altos práticos ao longo de um período de tempo, o fluxo de caixa esperado trazido a valor presente, por alguma taxa de desconto, torne tal estratégia racional
- e. Finalmente, que o resultado leve a uma redução do bem-estar do consumidor.

O ex-Conselheiro Prado compreendeu que:

- A Petrobras é uma empresa lucrativa, cujas ações são transacionadas na Bovespa e em mercados internacionais, e que pratica a mesma política de preços para os derivados de petróleo em todo o Brasil e para todos os seus clientes, sem nenhuma indicação de estratégia de combate a concorrentes

regionais, o que impediria a verificação do requisito "b" e "c" acima referidos.

- Também, considerou que não há indicação que a estratégia de preço da Petrobras tenha por objetivo excluir concorrentes do mercado, nem seria racional supor que a empresa resolvesse reduzir o preço dos derivados de petróleo em todo o país para excluir dois concorrentes relativamente pequenos e, posteriormente, aumentar o preço para recuperar o custo da prática. Como não haveria aspecto de lucratividade na prática, não seria verificado o item "d" acima.
- No que diz respeito ao bem-estar dos consumidores (item "e") compreendeu que a estratégia de preço da Petrobras é sustentável e beneficia os consumidores. Reciprocamente, Prado compreendeu que aumentar os preços dos derivados de petróleo para permitir a sobrevivência de um concorrente menos eficiente seria uma política que se enquadraria na definição de "populismo antitruste", que caracterizou as decisões da suprema corte norte-americana depois da promulgação do Robinson-Patman Act de 1936, que só pode ser entendida no contexto das graves perturbações da Grande Depressão.

Com estes argumentos, o Cade encerrou a investigação da Averiguação Preliminar.

Recentemente, a Juíza Simone Gastesi Chevrand, referindo-se aos estudos feitos à época em especial pelo ex-Conselheiro Rigato e a uma série de outros indícios, no âmbito do Processo 0259040-67.2013.8.19.0001, da 25ª Vara Cível do Rio de Janeiro, compreendeu que a refinaria Manguinhos foi vítima de preço predatório, ao contrário do que fora decidido pelo Cade. Assim, deferiu indenização a tal empresa no valor de R\$935.532.723,97 (novecentos e trinta e

cinco milhões, quinhentos e trinta e dois mil, setecentos e vinte e três reais e noventa e sete centavos). Tal caso cível ainda está em julgamento.¹⁰

1.2. Casos passados analisados pelo Cade no setor de distribuição de combustíveis líquidos

1.2.1. Atos de Concentração

Jurisprudência

De acordo com os “Cadernos do Cade – Varejo de Gasolina” de 2014, pode-se verificar que entre 1996 e 2013, o Cade julgou diversos casos envolvendo combustíveis líquidos, tal como se verifica abaixo:

Mercados analisados	Aprovados sem restrições	Aprovados com restrições	Não aprovados
Somente varejo	33	3	0
Distribuição e varejo	13	6	0
Total	46	9	0

Tabela 1 – Quantidade de Atos de Concentração (Combustíveis líquidos) julgados pelo Cade (1996 – Out/2013)

Fonte: Departamento de Estudos Econômicos - Cadernos do Cade – Varejo de Gasolina” de 2014

Ano	Operações	Número	Aprovação
2000	Agip adquire negócios da Shell em MS, MT, GO e TO	08012.002810/2000-74	Sem restrições
	Permuta de ativos entre Petrobras e Repsol YPF onde esta	08012.003776/2000-62	Sem restrições

¹⁰ De acordo com o site

<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProcesso=2013.001.226850-0>, verificado em 29/11/2016

	recebe contratos de distribuição com mais de 300 postos das regiões S, SE e CO do Brasil		
2001	Repsol YPF absorve operações da distribuidora Novoeste, que atuava em SP e MT	08012.000254/2001-90	Sem restrições
	Agip adquire operações da Shell na região Sul	08012.001066/2001-89	Sem restrições
	PDVSA adquire ativos da distribuidora Equatorial, que atuava na região Norte do Brasil.	08012.006137/2001-30	Sem restrições
	Agip comprou operações de distribuição da Ipê, em MG	08012.004326/2001-78	Com restrições
2002	Repsol YPF adquire negócios da distribuidora Wal, no estado do RJ	08012.005519/2002-27	Sem restrições
2004	Petrobras incorpora as operações da Agip	08012.005539/2004-60	Com restrições
2006	Fusão entre os Grupos Ale e Satélite. Surge a Alesat.	08012.002634/2006-73	Sem restrições
2007	Parte das operações da Ipiranga é vendida à Petrobras.	08012.002820/2007-93	Com restrições
	Parte das operações da Ipiranga é vendida ao Grupo Ultra.	08012.002816/2007-25	Com restrições
2008	Bandeira Esso é comprada pela Cosan.	08012.005716/2008-31	Sem restrições
	Bandeira Texaco é comprada pelo Grupo Ultra.	08012.009025/2008-15	Com restrições

	Alesat adquire a distribuidora Polipetro que atuava em SP e estados da região Sul.	08012.010037/2008-84	Sem restrições
2009	Alesat adquire a Repsol YPF	08012.000236/2009-36	Com restrições
2010	Formação de join-venture entre Cosan a Shell – surge a Raízen.	08012.001656/2010-01	Sem restrições
	Ipiranga adquire a Distribuidora Nacional de Petróleo, com atuação nas regiões N e CO.	08012.012026/2010-53	Sem restrições
2012	Alesat adquire a Ello-Puma, distribuidora que atuava na região SE, CO e NE.	08012.002307/2012-60	Sem restrições
	Raízen adquire a Mime, distribuidora com atuação no PR e SC.	08012.001132/2012-73	Sem restrições

Tabela 2 – Operações de Concentração analisadas pelo Cade no período de 1996 a 2013

Fonte: Departamento de Estudos Econômicos - Cadernos do Cade – Varejo de Gasolina” de 2014

A relação entre distribuidoras de combustíveis e revendedores varejistas foi abordada em alguns votos de conselheiros do Cade.¹¹ Nesses votos, reconhece-se que, apesar da proibição de que as distribuidoras atuem no varejo, essas exercem significativa influência no mercado à jusante, visto que mais da metade dos postos de combustíveis no país está ligada a distribuidoras por meio de contratos de exclusividade; ou seja, atuam sob uma “bandeira”.

Essa influência se dá por meio de dois fatores: (i) em muitos casos, a distribuidora financia instalações e equipamentos e presta assessoria técnica à unidade varejista, inclusive em questões mercadológicas; e (ii) as distribuidoras

¹¹ Ver votos nos Atos de Concentração nº 08012.005519/2002-27 (Repsol YPF e Wal), 08012.002820/2007-93 (Petrobras e Ipiranga) e 08012. 005539/2004-60 (Petrobras e Agip).

investem nas suas marcas visando fidelizar clientes (em que pese o fato de combustíveis líquidos serem produtos homogêneos), o que acaba afetando diretamente as vendas dos postos de combustíveis. Assim, concluiu-se que o nível de concorrência no segmento de distribuição afeta o grau de concorrência no segmento de varejo.

Dos 6 casos em que houve restrições, na tabela acima, em dois deles houve restrição de adequação da cláusula de não concorrência ao mercado relevante analisado [AC nº 08012.004326/2001-78 (Agip e Ipê), AC nº 08012.002816/2007-25 (Ultra e Ipiranga)].

Nos 4 outros casos, o Cade assinou Termos de Compromisso de Desempenho (atual Acordo em Controle de Concentração). Em tais acordos, o Cade exigiu que os contratos entre Distribuidores e Revendedores fossem cancelados, ou não renovados, ou, ainda, que a distribuidora facultasse ao posto a possibilidade de rescindir o contrato de exclusividade antes do fim do seu prazo (sem imposição de multa contratual). Tais restrições visavam criar oportunidades para que outras distribuidoras pudessem atuar naquele mercado considerado excessivamente concentrado, ou que os postos pudessem optar por atuar como "bandeira branca". Citam-se aqui as seguintes restrições:

- AC nº 08012. 005539/2004-60 (Petrobras e Agip), *(**Assinado TCD** em que a BR deveria provar em 5 meses que sua participação em 14 mercados relevantes teria ficado abaixo de 50% em número de postos, sendo vedada rescisão unilateral com postos, devendo transferir postos para outras distribuidoras)*
- AC nº 08012.002820/2007-93 (Petrobras e Ipiranga), *(**Assinado TCD** em que a BR deveria facultar o distrato de parte dos contratos de fornecimento de combustíveis com postos revendedores da bandeira Ipiranga nos municípios selecionados.)*

- AC nº 08012.009025/2008-15 (Ultra e Chevron) e *(Assinado TCD determinando flexibilização da multa contratual.)*
- AC nº 08012.000236/2009-36 (Alesat e Repsol YPF). *(Assinado TCD determinando a não renovação do contrato Alesat - Posto MFB)*

Houve ainda outros atos de concentração no setor envolvendo agentes que atuam na distribuição de combustíveis líquidos, como os seguintes, citados de maneira apenas exemplificativa:

- Ato de Concentração 08012.009288/2010-31 - Petrobrás Distribuidora S/A e Unimetal Indústria Comércio e Empreendimentos Ltda.
- Ato de Concentração 08012.008698/2011-45 - BR e Derivados do Brasil S.A.
- Ato de Concentração 08012.003436/2011-94 - Constituição de sociedade BRS Biorefino de Lubrificantes S/A - BR Distribuidora e RRS Participações
- Ato de Concentração 08700.008736/2012-92 - BR e o Consórcio MPEC
- Ato de Concentração 08700.009479/2013-97 - Raízen Combustíveis S.A., Latina Distribuidora de Petróleo Ltda, STG Participações Ltda e RTR Participações S.A.
- Ato de Concentração 08700.007423/2013-06- Parceria para oferta de serviços de lubrificação entre a BR e a Comau do Brasil Indústria e Comércio Ltda.
- Ato de Concentração 08700.007680/2013-30 - Britanic Strategies Limited e EBX Holding Ltda.
- Ato de Concentração 08700.007780/2013-66 - Raízen Combustíveis e Serviços e Tecnologia de Pagamentos S.A.

- Ato de Concentração nº 08700.005278/2014-00 constituição do Instituto Jogue Limpo ("Instituto"), envolvendo o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes ("SINDICOM") e as empresas distribuidoras¹²
- Ato de Concentração 08700.003489/2016-61 - Tramp Oil Distribuidora Ltda e Tobras Distribuidora de Combustíveis Ltda.
- Ato de Concentração 08700.003683/2016-47 - Partners Alpha Participações Ltda., Setee Serviços Administrativos e Participações Ltda. e Derivados do Brasil Ltda.

Gize-se que o Ato de Concentração 08700.009926/2015-70, envolvendo as empresas Rumo Logística Operadora Multimodal e Raízen Combustíveis S.A. não foi conhecido pelo Cade, com base no artigo 2º, §1º, II, da Resolução Cade nº 10/2014, já que envolveu apenas concentração vertical de agentes que possuíam menos de 30% de participação no mercado analisado.

Está ainda em análise o Ato de Concentração 08700.006444/2016-49 referente à aquisição pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. (Grupo Ultra) das ações representativas da integralidade do capital social da sociedade Alesat Combustíveis S.A. ("Alesat"), (Grupo Ale).

Análise diferenciada

No Guia H anterior, de 2001 (Guia de Análise de Concentração Horizontal)¹³, se uma empresa tivesse menos de 20% do mercado relevante, entendia-se que o ato de concentração deveria ser aprovado. Na atual lei, também presume-se

¹² Petronas Lubrificantes Brasil S/A ("PETRONAS"), Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. ("IPIRANGA"), Shell Brasil Petróleo Ltda. ("SHELL"), Cosan Lubrificantes e IM Especialidades S.A. ("COSAN"), Castrol Brasil Ltda. ("CASTROU"), Total Lubrificantes do Brasil Ltda. ("TOTAL"), YPF Brasil Comércio de Derivados de Petróleo LTDA. ("YPF"), Petrobras Distribuidora S.A. ("BR") e Chevron Brasil Lubrificantes Ltda. ("CBLL").

¹³ *Guia de Análise de ACs* instituído pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 (publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15)

poder de mercado apenas se a empresa possui 20% de participação do mercado (o art.36 § 2º. da Lei 12.529/2011), sendo que, por meio do art. 8º., III, da Resolução 2 do Cade de 2012 [com redação dada pela Resolução 9 de 1º. de outubro de 2014], um AC pode ser aprovado pelo “rito sumário”, se as empresas possuírem comprovadamente participação abaixo de 20%.

Em alguns casos do setor de “distribuição” de combustíveis líquidos, este parâmetro de 20% foi considerado muito baixo como etapa inicial da análise. Assim, para o Cade, apenas concentrações muito elevadas poderiam gerar preocupações de caráter concorrencial neste setor, conforme alguns precedentes, senão vejamos:

TESTES DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

- 50% da tancagem + Poucos “bandeiras branca”

(AC Petrobrás/Ipiranga/Braskem/Quattor, 2008)

TESTES DE CONCENTRAÇÃO DIAGONAL (Revenda e Distribuição)

- **TESTE 1** - 40% de postos + Delta 10%

(AC BR/Agip, 2006)

- **TESTE 2** - 60% de postos + 50% do volume de combustíveis

(AC Petrobrás/Ipiranga/Braskem/Quattor, 2008)

- **TESTE 3** - 60% de postos + Baixa probabilidade de entrada

(AC Chevron/Ipiranga, 2010)

Como se verifica acima, os testes adotados em diferentes casos foram distintos, sendo estes testes utilizados apenas como filtro inicial da análise, no âmbito de concentração horizontal, para que se separassem atos de concentração com potencial anticompetitivo daqueles em que não haveria preocupação concorrencial. Já no âmbito da concentração diagonal, os testes

foram usados para avaliar quais eram os municípios em que o Cade iria sugerir algum tipo de interferência.

Gize-se, também, que, de acordo com o Guia-H-2016 do Cade¹⁴, a análise dos atos de concentração não deve ser, *necessariamente*, baseada em regras simplificadas de Market Share ou até mesmo no conceito de mercado relevante, podendo haver várias metodologias alternativas, como, por exemplo, o uso de índices de pressão de preços ou modelos de simulação para aferição dos efeitos concorrenciais. De todo modo, como demonstrado acima, o Market Share ainda é utilizado como filtro (para definição do que é sumário ou não) em análises mais simples e como critério de conhecimento de alguns casos.

1.2.2. Conduas

Abaixo há algumas das condutas que já foram analisadas pelo Cade, envolvendo o setor de distribuição de combustíveis líquidos, a saber:

- **Cartel** - Averiguação Preliminar 08012.001669/2004-23 (Fecombustíveis vs Cias. Distribuidoras de Combustíveis)
- **Cartel** - Averiguação Preliminar 08012.000329/2003-02 (SDE vs Distribuidores e Postos de combustíveis do DF)
- **Discriminação de Preços** - Averiguação Preliminar - 08012.006071/2009-35 (Nacional Transp. Aéreos vs Raizen Combustíveis)

¹⁴ *Guia de Análise de ACs*, conforme decisão proferida em 27 de Julho de 2016, via Despacho da Presidência do Cade 215/2016 apresentado pelo Presidente Interino Márcio de Oliveira Júnior [Diário Oficial da União, de 2 de agosto de 2016, seção 1, página 33 e disponível no site http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf, verificado em 5/12/16]

- **Discriminação de Preços** – Averiguação Preliminar - 08012.009542/1998-99 (Sind. Com. Varejista de Combustíveis do Paraná vs Shell, Esso, Petrobrás e alguns postos)
- **Discriminação de Preços** – Averiguação Preliminar - 08012.000095/2001-23 (Sind. Com. Varejista de Combustíveis do Paraná vs Shell, Esso, Petrobrás e Ipiranga)
- **Fixação de preços de revenda** - Processo Administrativo - 08012.004736/2005-4 (SEAE vs Raizen Combustíveis e pessoa física)
- **Recusa de venda, discriminação e colusão** – Processo Administrativo - 08000.004451/1993-28 (Sind. Nac. do Com. Transportador Revendedor Retalhista de Óleo Diesel, Óleo Combustível e Querosene vs Distrib. De Combustíveis e Lubrificantes e seu sindicato nacional)
- **Preço predatório, exclusividade, fixação de margem de lucro** - Averiguação Preliminar - 08012.004258/2000-02 - MPF, Sind. Varej. Campinas e Sind. Varejista Est. SP vs Distribuidoras e Sind. Nacional das Distribuidoras
- **Preço predatório** - Averiguação Preliminar - 08012.001040/2007-26 (Premium Dist. De Petróleo vs Dist. De Combustíveis associadas ao Sindicom)
- **Preço Predatório** – Averiguação Preliminar - 08700.000073/2008-81 (ANP vs Petrobras)

- **Aumento Abusivo de Preços** - Averiguação Preliminar 08012.004000/1998-39 (Sind. Postos do Estado da Bahia vs Shell)

Em 2014, no âmbito do Processo Administrativo 08012.011042/2005-61 o Cade impôs multa de 26,4 milhões de Reais à empresa Raízen, como se verifica abaixo:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade condenou, na sessão de julgamento desta quarta-feira (12/11), a Raízen Combustíveis S/A (antiga Shell Brasil Ltda.) por abuso de poder de mercado na distribuição de combustíveis nas cidades de Marília e Bauru, no estado de São Paulo, entre os anos de 1999 e 2003. A distribuidora influenciou a adoção de conduta uniforme e fixou preços na revenda de combustíveis, impondo a padronização de sistemas contábeis, preços e margens de lucro a postos concorrentes. O Tribunal do Cade condenou também dois gerentes comerciais da empresa por participação nas condutas anticompetitivas. O conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto-vista no processo (PA nº 08012.011042/2005-61), destacou que as instruções contidas em e-mails enviados pelos dois gerentes comerciais da empresa, à época dos fatos, mostraram que a Shell restringia a atuação dos varejistas na revenda de combustíveis. De acordo com o conselheiro, o exercício abusivo de poder de mercado da Shell se realizava a partir de um constante monitoramento do mercado, que permitia à empresa certificar-se de que as condições impostas estavam sendo cumpridas. Caso os revendedores optassem por adotar preços, em condições de concorrência, a distribuidora ameaçava os varejistas com notificações de despejo. “Os postos varejistas eram compelidos a aplicar, na revenda de combustíveis, a estratégia pensada pela distribuidora”, afirmou Oliveira Júnior. Pelas práticas anticompetitivas, a Raízen Combustíveis S/A (antiga Shell Brasil Ltda.) foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 26,4 milhões. Já as pessoas físicas envolvidas no caso deverão pagar multa no valor de aproximadamente R\$ 32 mil, cada uma.¹⁵

Em andamento, neste setor, há os seguintes casos:

- Análise de eventual cartel e fixação de preço de revenda - Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64

¹⁵ De acordo com o site <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresa-e-pessoas-fisicas-por-praticas-anticompetitivas-no-mercado-de-revendade-combustiveis>, verificado em 5/12/2015.

(Ministério Público do Estado de Santa Catarina vs Ipiranga e Alesat, e outros)

- Análise de eventual cartel - Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86, cujo Representante é José Antonio Machado Reguffe e cujos representados são Cascol Combustíveis para Veículos Ltda; Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Automotivos e de Lubrificantes do Distrito Federal – Sindicombustíveis-DF; Petrobrás Distribuidora S/A.; Raízen Combustíveis S/A (sucessora de Shell Brasil Ltda. e Cosan Combustíveis e Lubrificantes S/A); Ipiranga Produtos de Petróleo S/A.; Alesat Combustíveis S/A e as seguintes redes de postos: Autosshopping; Brasal; Gasolline, Igrejinha, Ilson, Iticar; Karserv; Mizuno Kay; Passarela; Serv Car; Arrochela; JB; JPC; Disbrave e Rede Z+Z.

Há outros casos não referidos acima, seja porque a lista mencionada é apenas exemplificativa, seja porque, eventualmente, é possível haver operações ou investigações confidenciais em trâmite no Cade.

2. Preocupações sob o ponto de vista concorrencial à luz do cenário previsto

É de conhecimento dos diversos agentes que a Petrobras possui grande participação de mercado, quando não monopólio, em diversos segmentos de mercado, muitos dos quais relacionados verticalmente, o que pode gerar problemas concorrenciais. Assim, a venda de ativos pela empresa gera grande expectativa no mercado, inclusive quanto à possibilidade de redução da concentração e desverticalização.

Não obstante, esse mesmo movimento gera uma série de preocupações derivadas da forma como ele pode ser feito. As principais preocupações podem ser resumidas pelos seguintes pontos:

- (i) **Forma de alienação do ativo:** o impacto concorrencial do desinvestimento tem como premissa a forma como o ativo será alienado. A venda total indica que a Petrobras sairá de determinado mercado, o que pode gerar impactos positivos se dele decorrer uma desverticalização. Contudo, a alienação parcial pode gerar outras preocupações. Caso a empresa opte por vender uma parte do ativo para um agente concorrente (por exemplo, alienar 50% e manter os demais 50%), o resultado pode ser um aumento da possibilidade de atuação coordenada, não uma redução. Além disso, pode gerar um reforço de integração vertical, o que ensejaria preocupação de fechamento de mercado e discriminação, entre outras condutas.
- (ii) **Para quem o ativo será alienado:** a modificação no cenário concorrencial com a alienação do ativo depende, principalmente, do agente adquirente. Nesse caso existem, em linhas gerais, três situações:
 - a. O agente que adquire o ativo não opera no mercado de atuação do ativo nem em mercados verticalmente relacionados e possui capacidade técnica e financeira para atuar de forma competitiva. Esse é o cenário ideal, tendo em vista que é mais provável (embora não certo) que haveria um aumento na competição e uma redução da possibilidade de condutas anticompetitivas.
 - b. O ativo é adquirido por um agente que já atua no mercado como concorrente ou em outro mercado verticalmente relacionado. Nesse caso, o cenário concorrencial dependerá da estrutura dos mercados envolvidos e da atuação desse agente nesses mercados.

- c. O ativo é alienado para o principal ou um dos principais concorrentes no mercado ou para um agente que possui significativa atuação em mercados verticalmente relacionados, seja na compra ou no fornecimento de insumos. Nesse caso a operação provavelmente será preocupante do ponto de vista concorrencial, demandando uma análise profunda dos impactos da alienação no mercado.
- (iii) **Relações contratuais pós-venda:** a alienação do ativo pode resultar na assinatura de uma série de contratos de fornecimento ou aquisição de insumos pela Petrobras ou pelo agente adquirente. Nesse caso, esses contratos não devem possuir conteúdos que resultem na discriminação, recusa de fornecimento ou outras condutas que possam prejudicar a concorrência do mercado. O fato de esses contratos possuírem conteúdo semelhante aos existentes pré-alienação não os eximem da possibilidade de possuírem cláusulas anticompetitivas. Nesse caso, as cláusulas pré-alienação podem ser objeto de investigação e punição, caso se conclua pela sua ilicitude.
- (iv) **Atuação da Petrobras nos mercados pós-desinvestimentos:** a saída da Petrobras total ou parcialmente de determinados mercados por meio do programa de desinvestimentos pode ensejar a mudança da atuação da empresa em mercados relacionados, seja de forma vertical ou horizontal. Essa mudança pode ter impactos significativos no ativo a ser vendido ou na dinâmica do mercado, independente de quem for o adquirente. Assim, é importante que a empresa leve em consideração, no seu planejamento, os impactos não só da alienação do ativo, mas das mudanças realizadas para se adaptar a essa nova realidade. Ações que possam impactar a concorrência tomadas pela Petrobras podem ensejar a avaliação da autoridade concorrencial, seja

no bojo da análise de um ato de concentração envolvendo a estatal ou por meio do controle de condutas.

Assim, é importante que os agentes envolvidos no desinvestimento levem em consideração o risco regulatório associado à alienação de ativos de grande porte que devem ou podem ter a análise de agências governamentais como o Cade. Esse risco envolve não apenas a possibilidade de ter a operação reprovada com base no cenário atual, mas, também: (i) o risco de não serem aceitas propostas de desinvestimentos apresentados pelas empresas; (ii) que a responsabilidade pelo ativo permanece com a empresa que o vende até a aprovação regulatória pelo Cade; (iii) que o tempo total de análise pelo Cade é de 240 dias, podendo ser estendido até por 90 dias; (iv) que a etapa de pré-notificação pode ser longa a depender das informações apresentadas pelas empresas e da complexidade da operação, entre outros fatores.

A decisão de quando e como será realizado o desinvestimento cabe à empresa ou grupo detentor do ativo. Ao órgão antitruste, cabe deixar claro quais são os procedimentos e, sendo apresentada a operação, fazer a análise concorrencial adequada no prazo determinado pela Lei. Dessa forma, os pontos colocados acima são questões teóricas levantadas tendo em vista a estrutura de mercado atual e a experiência do órgão em casos anteriores, conforme relatado na segunda seção. A análise das operações concretas ocorre caso a caso, e será realizada quando de sua notificação ao órgão.