



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO SOCIOECONÔMICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA PARA A INOVAÇÃO

Marcelo Silva Cavallazzi

DISTRIBUIDORAS E POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: FIDELIDADE À BANDEIRA

Florianópolis

2019

MARCELO SILVA CAVALLAZZI

DISTRIBUIDORAS E POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: FIDELIDADE À BANDEIRA

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT), da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre
Orientadora: Profa. Dra. Patrícia de Oliveira Areas

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Silva Cavalazzi, Marcelo

Distribuidoras e Postos de Combustíveis: Fidelidade à Bandeira / Marcelo Silva Cavallazzi ; orientadora, Patrícia de Oliveira Areas. Florianópolis, SC, 2019.

79 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio Econômico. Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT), Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação. 2. Fidelidade à bandeira. 3. Tutela regulatória. 4. Consumidores. I. Areas, Patrícia de Oliveira. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT). III. Título.

MARCELO SILVA CAVALLAZZI

DISTRIBUIDORAS E POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: FIDELIDADE À BANDEIRA

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.^a Patrícia de Oliveira Areas, Dr.^a
Orientadora
Universidade da Região de Joinville

Prof. Araken Alves de Lima, Dr.
Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Prof. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, Dr.
Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT).

Prof. Irineu Afonso Frey, Dr.
Coordenador do Curso

Prof.^a Patrícia de Oliveira Areas, Dr.^a
Orientadora
Universidade da Região de Joinville

Florianópolis, 23 de março de 2019.

Este trabalho é dedicado à minha família: Felipe, meu filho; Ana, minha esposa; Antônio e Sandra, meus pais; Rodrigo, Tati, Arthur, Daniel, respectivamente meu irmão, minha cunhada e meus sobrinhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço muito à minha Professora e orientadora Patrícia Areas e aos Professores Irineu Afonso Frey, Araken Alves de Lima e Mário Steindel.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar os motivos pelos quais deve ser mantida a tutela regulatória de fidelidade à bandeira exercida pela Agência Nacional do Petróleo – ANP -, que consiste no exercício do poder de polícia administrativa da referida agência reguladora em relação aos revendedores e distribuidores de combustível, em especial quanto ao uso devido das marcas e dos demais sinais visuais distintivos exibidos nos postos. Mediante a tutela regulatória, a ANP edita normas, fiscaliza e sanciona os postos e as distribuidoras que não observam as normas de fidelidade à bandeira, a fim de coibir que postos revendam combustível que não seja proveniente da distribuidora cuja marca e conjunto-imagem ostenta no estabelecimento. Há atualmente discussão pública quanto ao fim da referida tutela regulatória de fidelidade à bandeira realizada pela ANP. Trata-se de debate instaurado pela própria agência reguladora. Para atingimento do propósito deste trabalho, utilizou-se do método indutivo, por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental, de observação e de análise de casos. A partir de análise da legislação, das contribuições prestadas na Tomada Pública de Contribuição n.º 4 da ANP e das decisões judiciais que versam sobre infidelidade à bandeira, foi possível identificar argumentos em prol da manutenção da tutela regulatória em cotejo com os argumentos contrários à referida tutela promovida pela ANP. Foram descritos alguns dos danos que a infidelidade à bandeira gera aos agentes do mercado de combustíveis e, sobretudo, aos consumidores. Fez-se a análise de decisões proferidas em processos judiciais que versaram sobre infidelidade à bandeira, destacando-se a importância de os consumidores serem devidamente informados, através das marcas, quanto à origem dos produtos e serviços. Tratou-se da importância da tutela regulatória à luz da análise do ordenamento jurídico, do debate público promovido pela ANP (TPC n.º 4) e das decisões judiciais.

Palavras-chave: fidelidade à bandeira. Tutela regulatória. Consumidores

ABSTRACT

This paper aims to identify the reasons for maintaining the regulatory loyalty guardianship exercised by the National Petroleum Agency – ANP which consists in the exercise of the administrative police power of said regulatory agency in relation to dealers and distributors, especially as to the proper use of the marks and other distinctive visual signs displayed on gas stations. Through regulatory oversight, the ANP issues standards, oversees and sanctions stations and distributors that do not comply with flag(brand) loyalty standards, in order to restrain stations that resell fuel that does not come from the distributor whose brand and image set on the establishment. However, there is currently public discussion regarding the end of the referred regulatory loyalty tutelage by ANP. This is a debate initiated by the regulatory agency itself. To achieve the purpose of this paper, the inductive method was used, through bibliographic, documentary, observation and case analysis techniques. From the analysis of the legislation, the contributions made in the ANP's Public Contribution Takeover n^o 4 and the court decisions dealing with the flag(brand) unfaithfulness, it was possible to identify arguments in favor of maintaining the regulatory tutelage against the referred tutelage promoted by the ANP. Some of the damage that flag(brand) infidelity causes to fuel market players and, above all, to consumers has been described. It was analyzed the decisions made in court proceedings that dealt with flag(brand) infidelity, highlighting the importance of consumers being properly informed, through brands, about the origin of products and services. It was the importance of regulatory oversight in light of the analysis of the legal system, the public debate promoted by the ANP (PCT n^o 4) and the court decisions.

Keywords: Flag(brand). Regulatory Guardianship. Consumers.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Agentes econômicos na Cadeia de Combustíveis Líquidos - destaque aos revendedores varejistas (postos de combustíveis).....	26
Figura 2 - Foto existente no processo demonstrando a manutenção de parte da identidade visual da Petrobras Distribuidora S.A, embora tenha sido juntada pelo próprio réu no processo para sustentar que não estava utilizando a marca da companhia distribuidora, mas, sim, seu próprio sinal distintivo	57

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- INPI Instituto Nacional de Propriedade Industrial
- BR Petrobras Distribuidora S.A (BR Distribuidora)
- TJSC Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- COF Circular de Oferta de Franquia
- ANP Agência Nacional de Petróleo
- CADE Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor
- SEFEL Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	CADEIA DE COMBUSTÍVEL.....	18
2.1	BREVE HISTÓRICO DO PETRÓLEO.....	18
2.2	AGENTES ECONÔMICOS DA CADEIA DE COMBUSTÍVEL.....	20
2.3	NÚMEROS DA CADEIA DE COMBUSTÍVEL	24
2.4	CONTRATO ENTRE DISTRIBUIDORA E POSTOS REVENDEDORES	27
3	FIDELIDADE À BANDEIRA.....	30
3.1	TUTELA REGULATÓRIA DA FIDELIDADE À BANDEIRA.....	31
3.2	TPC Nº 4 FIM DA TUTELA REGULATÓRIA DA ANP.....	34
3.3	TPC Nº 4 - CONTRIBUIÇÕES À ANP SOBRE O FIM DA TUTELA REGULATÓRIA.....	35
3.4	MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA À TUTELA REGULATÓRIA VIGENTE FORMULADA PELA SECRETARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA	39
3.5	NOTA TÉCNICA DO CADE – CRÍTICA À TUTELA REGULATÓRIA EM VIGOR.....	41
4	IMPORTÂNCIA DA EFETIVA TUTELA DOS BENS IMATERIAIS.....	45
4.1	MARCA E LICENCIAMENTO.....	47
4.2	PROTEÇÃO DA MARCA COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	50
4.3	MARCA E RELAÇÃO DE CONSUMO.....	52
4.4	TRADE DRESS.....	54
4.4.1	Marcas e <i>trade dress</i> ostentados nos postos de combustíveis e o direito do consumidor	55
4.4.2	Consumidor desatento	59
5	JUDICIÁRIO DIANTE DA INFIDELIDADE À BANDEIRA	62
5.1	AÇÕES COLETIVAS E AÇÕES PENAIS.....	62
5.2	AÇÕES INDIVIDUAIS.....	67
6	CONCLUSÃO.....	72
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

1 INTRODUÇÃO

As distribuidoras de combustíveis que se destacam no mercado brasileiro diferenciam-se dos concorrentes através do *trade dress* e das marcas, as quais licenciam aos postos de combustíveis “bandeirados”, com quem celebram contratos de diferentes naturezas. Os postos bandeirados, que adotam o padrão visual da licenciante da marca, assumem a obrigação de revender, com exclusividade, o combustível fornecido pela distribuidora durante a relação contratual.

Há alguns revendedores, no entanto, que revendem produtos de outras fontes, apesar de ostentarem no estabelecimento a marca e/ou conjunto-imagem da distribuidora licenciante. Esse comportamento praticado por alguns poucos revendedores configura infrações de distintas naturezas – administrativa, civil e penal -, e gera danos às mais variadas pessoas - como ao titular da marca, aos concorrentes, bem como aos consumidores. Trata-se da infidelidade à bandeira, que é regulada, fiscalizada e sancionada pela Agência Nacional do Petróleo - ANP.

Não obstante a ilicitude e a lesividade desse comportamento, a ANP e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), desde a greve dos caminhoneiros ocorrida em maio de 2018¹, vêm discutindo o fim da tutela regulatória de fidelidade à bandeira exercida pela agência reguladora. Está em pauta o fim do dever-poder da ANP de regular, fiscalizar e sancionar os postos que, embora adotem a identidade visual de uma determinada distribuidora, revendem produtos adquiridos de outras fontes.

Neste trabalho, como objetivo geral, serão apresentados os motivos pelos quais deve ser mantida a tutela regulatória de fidelidade à bandeira promovida pela ANP, não obstante haver entendimentos contrários. Os objetivos específicos, por sua vez, serão: a) analisar a cadeia de combustíveis; b) analisar a tutela regulatória de fidelidade á bandeira promovida pela ANP; c) analisar a importância da efetiva tutela dos bens imateriais; d) analisar os processos judiciais que versam sobre infidelidade à bandeira.

¹ Conforme se verá no decorrer do primeiro capítulo.

Para atingir os referidos objetivos, será adotado o método indutivo, por meio de uma pesquisa qualitativa, por meio do qual serão extraídos argumentos de diferentes fontes: doutrina especializada; contribuições prestadas à Tomada Pública de Contribuições n.º 4 da ANP; análise das normas do ordenamento jurídico brasileiro; análise dos processos judiciais que versam sobre infidelidade à bandeira submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), instaurados até o ano de 2015.

Segundo Bittar (2016, p. 34), o método indutivo “corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de ser generalizadas”, tendo como características proceder “do particular para o geral, ressaltando-se a empiria do ponto de partida”.

Como técnicas de pesquisa, serão utilizadas técnicas de investigação teórica e empírica. (BITTAR, 2016)

As técnicas de investigação teórica são utilizadas para conhecer e apresentar a revisão bibliográfica das principais questões conceituais do presente trabalho, dentre elas: o entendimento acerca da cadeia de combustíveis; os direitos de propriedade intelectual e bens imateriais; bem como os principais elementos a respeito dos contratos de licenciamento de uso de marca e de autorização do uso do conjunto-imagem (*trade dress*). Para tanto, serão utilizadas técnicas conceituais e normativas de forma a apresentar o estado da arte conceitual aos elementos que farão parte da análise dos casos pesquisados. (BITTAR, 2016)

A técnica de investigação empírica, a qual permite “chegar a conclusões científicas, basicamente dedicando-se à compreensão do próprio fenômeno *in natura* [...]”, fazendo com que o pesquisador “tenha contato imediato com a realidade estudada” (BITTAR, 2016, p. 217), é utilizada para a análise dos casos pesquisados junto ao Judiciário envolvendo a proteção dos bens imateriais das distribuidoras.

De forma mais específica, são utilizadas as técnicas de observação participante, por meio das quais o pesquisador, atuando como advogado concursado da Petrobras Distribuidora S.A, contribuirá com sua experiência profissional mediante a análise dos casos identificados no *site* do TJSC que tratam dos bens imateriais das distribuidoras que são ilicitamente utilizados em postos de serviços e lojas de conveniência.

O trabalho está dividido em 4 (quatro) seções.

Na primeira, analisou-se a cadeia de combustível mediante breve histórico da exploração do petróleo e, mais detalhadamente, através da descrição dos agentes econômicos que compõem a cadeia de combustível, dos números da referida cadeia e dos contratos celebrados entre distribuidoras e postos revendedores.

Na segunda seção, abordou-se a tutela regulatória de fidelidade à bandeira exercida pela ANP e, mais especificamente, a discussão pública aberta por referida agência reguladora e pelo CADE quanto ao fim da tutela regulatória.

Já na terceira seção, discutiu-se a natureza dos bens imateriais e dos direitos de propriedade intelectual, especialmente o direito de propriedade industrial sobre a marca, cujo uso e exploração podem ser objeto de licenciamento. O conceito de *trade dress* ou conjunto-imagem foi também abordado. A relação entre marca / *trade dress* ostentados nos postos de combustíveis e o direito de consumidor foram objeto de detida análise.

Na quarta e última seção, analisaram-se as decisões do judiciário que versam sobre infidelidade à bandeira. As decisões proferidas em ações coletivas, ações penais e ações de caráter individual foram analisadas, identificando-se os fundamentos em defesa da fidelidade à bandeira, em especial quanto à importância em ser observada em prol dos consumidores.

2 CADEIA DE COMBUSTÍVEL

Nesta seção, será feito um breve histórico do petróleo, com informações acerca do início da sua exploração, dos fins aos quais serve, bem como das principais normas do ordenamento jurídico brasileiro que regulam referida matéria.

Em seguida, será abordada mais especificamente a cadeia de combustível no Brasil, com a descrição dos principais agentes econômicos, das normas que versam sobre a segmentação dos setores de distribuição e revenda, bem como das normas que versam sobre fidelidade do revendedor à bandeira da distribuidora.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO PETRÓLEO

No século XIX, nos Estados Unidos, foi dado início à exploração do petróleo mediante pesquisas, perfurações e uso em diferentes áreas. Inicialmente, serviu ao tratamento do reumatismo. Posteriormente, à iluminação. E, no final do citado século, o diesel substituiu o carvão como fonte de energia para movimentação de locomotivas e de outros meios de transportes. Impulsionou o ramo automobilístico. (GUERRA, 2006, p. 19)

No Brasil, o mercado de distribuição e de revenda de combustível remonta há quase um século, com a importação de veículos e a instalação da companhia internacional de petróleo Standard Oil Company (“Esso”), dirigida por John Rockefeller. Depois, outras multinacionais vieram para o Brasil, como Shell, Texaco e Atlantic. (GUERRA, 2006, p. 19)

No governo de Getúlio Vargas, por meio da Lei n.º 2004, de 03 de outubro de 1953, foi criada a Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A -, empresa estatal constituída como sociedade de economia mista pela União, acionista majoritária com 51% do capital votante. Sob a campanha popular cujo slogan era “o petróleo é nosso”, foi concebida para o exercício do monopólio da exploração do petróleo no Brasil.

Tempo depois, em 1970, foi criada a Petrobras Distribuidora S.A, também conhecida como BR ou BR Distribuidora, responsável pela comercialização dos produtos derivados do petróleo, em especial a venda de combustível no atacado para postos revendedores e para “grandes consumidores”. Já em 1975, tornou-se a líder do mercado de distribuição de combustível.

Em 1988, a Constituição Federal, em seu artigo 177, tratou do monopólio da União sobre algumas das atividades da cadeia do petróleo:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

[...] (BRASIL, 1988).

De acordo com a Constituição Federal, a União detém o monopólio das atividades de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, de refino de petróleo, bem como de importação dos seus derivados básicos, podendo contratar com empresas estatais ou privadas para a realização das referidas atividades.

Com efeito, não obstante o monopólio, referidas atividades não são realizadas diretamente pela União, mas, sim, pelas sociedades empresárias do sistema Petrobras e por outras empresas, conforme previsto no § 1º do art. 177 da Constituição Federal. Embora a Petrobras tenha uma maior participação na realização dessas atividades, existem outras empresas no Brasil que também as realizam. (BRASIL, 1988).

Quanto às atividades de venda e revenda de combustível, não há previsão de que sejam do monopólio da União. A Constituição Federal previu, tão somente, a

criação de lei para ordenar referidas atividades, respeitados os princípios da Constituição, conforme disposto no art. 238 da Constituição Federal:

A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

A lei sobre a qual a Constituição Federal faz menção é a Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997, conhecida como Lei do Petróleo. Ao concretizar as normas constitucionais acima citadas, referida Lei criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP)², delineando sua competência. Embora a venda e a revenda de combustível não sejam atividades do monopólio da União, pela utilidade pública que representam, nos termos do inciso I do § 1º do artigo 1º da Lei 9.847, de 26 de outubro de 1999³, estão também sob a fiscalização da ANP.

A Petrobras Distribuidora S.A., em concorrência com outras distribuidoras, realiza a atividade de distribuição atacadista, isto é, de venda de combustíveis aos revendedores (postos de combustíveis) e aos “grandes consumidores”⁴ (ex: transportadoras), de modo que sua relação com referidos agentes econômicos é regulamentada e fiscalizada pela ANP, conforme será visto mais detalhadamente nos próximos tópicos.

2.2 AGENTES ECONÔMICOS DA CADEIA DE COMBUSTÍVEL

Na cadeia de combustíveis automotivos, os agentes econômicos atuam em duas grandes etapas: produção e distribuição (CADE, 2014). As sociedades empresárias do sistema Petrobras realizam diferentes atividades dessa cadeia, como exploração, refino e distribuição atacadista.

² Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP), nos termos do art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal. Por força do artigo 9º da Lei do Petróleo, a Agência Nacional do Petróleo assumiu as atribuições do extinto Departamento Nacional de Combustíveis (DNC). Apesar do que dispõe a Constituição Federal, a ANP regula e fiscaliza toda a cadeia de combustível e não apenas o que é monopólio da União.

³ Lei 9.847/1999 (Fiscalização do Abastecimento Nacional) dispõe no inciso I do § 1º do art. 1º que as atividades de distribuição e revenda são de utilidade pública, assim como de produção, importação, refino, entre outras relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de modo que são fiscalizadas pela ANP.

⁴ Apesar da expressão “grandes consumidores”, a palavra “consumidores”, no caso, não é utilizada nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Em regra, referido código não se aplica para as relações entre distribuidoras e “grandes consumidores”.

A Petróleo Brasileiro S.A (*holding*), através do refino, produz derivados do petróleo, os quais são vendidos a diferentes distribuidoras, inclusive para Petrobras Distribuidora S.A. Esta, por sua vez, em concorrência com outras distribuidoras, realiza a atividade de distribuição atacadista, isto é, de venda de combustíveis aos “grandes consumidores” e aos revendedores (postos de combustíveis).

A Lei do Petróleo define os diferentes segmentos e etapas de produção e transformação do petróleo até a venda a varejo de combustível. Para fins do presente estudo, serão focadas as atividades de distribuição atacadista e distribuição varejista, também denominadas, respectivamente, de distribuição e revenda.

O inciso XX do artigo 6º da Lei do Petróleo estabelece que a distribuição consiste “na atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das lei e regulamentos aplicáveis”.

Já a revenda está disciplinada no inciso XXI do artigo 6º da Lei do Petróleo, o qual dispõe que é a “atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis”.

A ANP, autarquia federal criada pela Lei do Petróleo com natureza de agência reguladora, exerce poder de polícia administrativa sobre as atividades acima mencionadas, fiscalizando e regulamentando os diferentes setores da cadeia de combustível. Referida autarquia, desde a edição da Portaria ANP n.º 116/2000, mediante normas infralegais editadas com base na Lei do Petróleo, estabelece que os agentes econômicos que atuam na distribuição (atacadista) e na revenda devem ser distintos:

Art. 12. É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura de óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista (ANP n.º 116/2000)

À época em que editada a Portaria n.º 116, de 05 de julho de 2000, enquanto sua elaboração estava sendo objeto de discussão entre os agentes

econômicos interessados, a ANP sugeriu redação ao artigo 12 que autorizaria as distribuidoras a operarem diretamente postos de combustíveis em um limite máximo de 10% do número total de postos de cada distribuidora por estado ou de até 15% do volume total desses combustíveis automotivos comercializados pelos Postos Revendedores com sua marca comercial no ano anterior (BARROSO, 2005, p. 82/83)⁵.

Contudo, conforme relata Felizardo Barroso (2005, p. 83), a Federação Nacional do Comércio Varejista de Combustíveis (Fecombustíveis) se opôs a essa medida, uma vez que descaracterizaria a revenda no país. Segundo os cálculos da referida federação com base nos dados da ANP, por volta de 2004 havia 2.764 postos em todo o Brasil que poderiam vir a ser operados por distribuidoras, visto que existiam, em operação, 27.644 postos. Assim, ao ser editada a Portaria ANP n.º 116, de 05 de julho de 2000, prevaleceu a redação que proibiu as distribuidoras de operarem postos de combustíveis, à exceção dos postos escolas.

Atualmente, o artigo 8º, incisos IX e X, da Resolução ANP n.º 41/2013⁶ e o art. 33 da Resolução ANP n.º 58/2014⁷ confirmam essa proibição. Ambos estabelecem que as distribuidoras estão proibidas de exercer a atividade de revenda de combustível, à exceção do posto escola, o qual lhes serve ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento de serviços, mão-de-obra e tecnologias⁸.

⁵ Art. 12. O distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, que atender às disposições das Portaria ANP n.º 29, de 9 de fevereiro de 1999, e n.º 202, de 30 de dezembro de 1999, poderá exercer, por intermédio de pessoa jurídica por ele controlada societariamente, a atividade de revendedor varejista, observados os seguintes limites estabelecidos por Unidade da Federação:

I – operar no máximo 10% (dez por cento) do número total de Postos Revendedores com sua marca comercial; ou II – operar quantitativo de Postos Revendedores cujo volume comercializado de gasolinas automotivas, óleo diesel e álcool combustível seja de, no máximo, 15% (quinze por cento) do volume total desses combustíveis automotivos comercializado pelos Postos Revendedores com sua marca comercial, no ano anterior. (...)

⁶ Resolução ANP n.º 41 de 05 de 11 de 2013 - Art. 8º Será indeferida a solicitação de autorização à pessoa jurídica: (...) IX - de cujo quadro de sócios participe pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos autorizado pela ANP, à exceção dos casos autorizados para o exercício da atividade de posto revendedor escola por distribuidor de combustíveis automotivos; X - que esteja autorizada pela ANP ao exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, de Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) ou de Transportador-Revendedor-Retalhista na Navegação Interior (TRRNI)."

⁷ Resolução ANP n.º 58 de 17 de 10 de 2014 – Art. 33. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP o exercício da atividade de transportador revendedor retalhista e de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁸ Resolução ANP n.º 04 de 08 de 02 de 2006. Art. 2º. O exercício da atividade de posto revendedor escola consiste em capacitar e treinar mão-de-obra no atendimento adequado ao consumidor em postos revendedores varejistas de combustíveis automotivos, assim como na

Cabe destacar que a Constituição Federal reservou à Lei Ordinária o tratamento sobre a distribuição e a revenda (art. 238). A Lei do Petróleo, porém, não foi explícita quanto à impossibilidade de exploração concomitante das atividades de distribuição e de revenda de combustível pela mesma sociedade empresária ou por sociedades empresárias do mesmo grupo econômico.

Como o artigo 6º da Lei do Petróleo distingue distribuição de revenda, atribuindo-as, respectivamente, às empresas especializadas e aos revendedores, “na forma das leis e regulamentos aplicáveis”, a ANP preencheu essa imprecisão da redação da lei. Através de atos normativos infralegais, definiu o assunto, segmentando as atividades de distribuição e de revenda de combustível.

Sucedo que, após a greve dos caminhoneiros ocorrida no ano de 2018⁹, que foi desencadeada, entre outros motivos, pela variação e elevação do preço do óleo

implantação e desenvolvimento de novas tecnologias por meio da aplicação de programa de capacitação profissional.

⁹ Sobre a greve dos caminhoneiros, cita-se matéria da revista Exame: “São Paulo – A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) revogou as medidas excepcionais tomadas durante os protestos dos caminhoneiros para garantir o abastecimento de combustíveis no país, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União desta terça-feira, à medida que avalia que o fornecimento está se normalizando. Com isso, voltam a vigorar as misturas obrigatórias de biodiesel no diesel e de etanol anidro na gasolina, além da vinculação de marca para vendas de distribuidoras de combustíveis líquidos, de aviação e GLP (gás de botijão). As medidas haviam sido anunciadas pela ANP nos dias 24 e 30 de maio. Em meio às manifestações, que afetaram diversos setores da economia nacional, a ANP flexibilizou as misturas de biocombustíveis e liberou distribuidores de uma marca para comercializarem seus produtos com postos de outras. Todas as medidas visavam garantir a “continuidade do abastecimento de combustíveis e inibir preços abusivos”. Na véspera, contudo, o governo considerou encerrada a crise dos caminhoneiros e disse que o foco agora é fiscalizar a redução nos preços do diesel, cuja alta recente foi o estopim para os bloqueios em estradas e refinarias. Associações do setor de combustíveis chegaram a encaminhar cartas à ANP pedindo a revogação das medidas. A Plural, que responde pelas empresas de distribuição, afirmou que a manutenção dessas ações seria prejudicial, pois colocaria “em xeque a estabilidade do setor, incentivando comportamentos oportunistas dos mais variados agentes econômicos.” (PICO, 2013). (...) Segue, também, matéria do O Estado de São Paulo: “Quando anunciaram uma paralisação para o dia 21 de maio, pouca gente acreditaria que somente dez dias depois os caminhoneiros começariam a desmobilizar um evento que pararia o País. A greve causou uma crise sem precedentes no abastecimento do Brasil, levando o governo a criar, às pressas, um pacote de medidas para a categoria. Abaixo, relembre a a cronologia dessa greve e entenda os motivos da manifestação. **O que motivou a greve?** Desde que a Petrobrás iniciou sua nova política de preços para os combustíveis, em 3 de julho do ano passado, até o primeiro dia da greve dos caminhoneiros, o óleo diesel teve alta de 56,5% na refinaria, segundo cálculos do Centro Brasileiro de Infraestrutura (CBIE). O valor passou de R\$ 1,5006 para R\$ 2,3488 (sem contar os impostos). O aumento acompanhou a cotação do petróleo no mercado internacional, exatamente a intenção da estatal. Mas, para os caminhoneiros, essa elevação dos preços encareceu os custos da atividade. Na segunda-feira, dia 21 de maio, eles iniciaram protestos que paralisaram rodovias no País, culminando com o desabastecimento de produtos e de combustível nas cidades. **O que os**

diesel, a ANP e o CADE colocaram em discussão pública, para fins de redução dos preços do combustível, a possibilidade da distribuidora operar postos e o fim da tutela regulatória da ANP sobre a fidelidade à bandeira, o que ainda será objeto de detida análise.

2.3 NÚMEROS DA CADEIA DE COMBUSTÍVEL

Antes de tratar sobre a tutela regulatória de fidelidade à bandeira promovida pela ANP, serão abordados alguns números acerca da cadeia de combustível no Brasil.

De acordo com os dados do CADE, em 2014 havia 198 distribuidoras de combustíveis e 39.027 postos de combustíveis (CADE, 2014). Ambos estão na etapa de distribuição de combustível, no denominado “*downstream*”¹⁰. O primeiro, na distribuição atacadista. O segundo, na distribuição varejista.

As distribuidoras realizam a atividade de comercialização por atacado perante a rede varejista e junto aos “grandes consumidores”. Já aqueles que exercem a atividade de revenda ou de distribuição varejista são denominados de postos de combustíveis ou de postos de serviços, pois no mesmo espaço podem ofertar não apenas combustível, mas também serviços e produtos de outras naturezas, contanto

caminhoneiros reivindicavam? A principal reivindicação dos caminhoneiros era a redução da carga tributária sobre o diesel. Os motoristas pediram a zeragem da alíquota de PIS/Pasep e Cofins e a isenção da Cide (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico). Os impostos representavam quase a metade do valor do combustível na refinaria. Segundo eles, a carga tributária menor daria fôlego ao setor, já que o diesel representa 42% do custo do frete. **Quais foram as reivindicações atendidas pelo governo?** O governo anunciou uma redução de R\$ 0,46 no preço do óleo diesel, provenientes da zeragem da Cide sobre o combustível e de uma diminuição da alíquota de PIS/Cofins. Além disso, se comprometeu a publicar uma tabela que regulamentava preços mínimos para o preço do frete. Sua primeira versão foi contestada por produtores rurais e pela indústria, que alegavam que a cobrança do frete iria inviabilizar o setor produtivo. Foi elaborada uma segunda versão, que reduzia em média 20% dos valores mínimos dos fretes. Poucas horas após ser publicada e com críticas de diversos setores, o governo revogou a tabela. Foi só pouco antes do recesso parlamentar e com forte pressão dos caminhoneiros que o Congresso aprovou a tabela de preços mínimos para o transporte rodoviário. Houve também a isenção da cobrança de eixo suspenso de caminhões vazios em pedágios, em todo território nacional e a garantia de que a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) contrate 30% de seus fretes com caminhoneiros autônomos” (GREVE, 2018).

¹⁰ Conforme esclarece Luiz Antônio Guerra e Valério Pedroso Gonçalves no livro Contrato de Franquia Empresarial nos Postos de Combustíveis, “A importação, o refino, a distribuição, o transporte e a revenda são as atividades que se realizam de forma distinta, por cada integrante do mercado de produção, distribuição e revenda dos produtos derivados de petróleo e do álcool combustível. As duas primeiras atividades enumeradas (importação e refino), além do controle de qualidade e da exportação de produtos, configuram a atuação de *middlestream*; a distribuição e a revenda – atividades inerentes ao setor petrolífero posteriores à obtenção dos produtos para uso final – são chamadas de *downstream*.” (GUERRA, 2006, p. 27).

que não haja “prejuízo à segurança, saúde, meio ambiente e ao bom desempenho da atividade da revenda varejista”¹¹.

Além das distribuidoras e dos revendedores (postos de serviços), segundo dados da CADE, em 2014 existiam no *downstream* 417 Transportadores Revendedores Retalhistas (CADE, 2014), os quais são sociedades empresárias que realizam a venda de óleo diesel adquirido das distribuidoras às empresas de grande porte, como empresas de transporte, que necessitam de elevado volume de combustível.

Na etapa imediatamente superior ao *downstream*, no denominado *middlestream*¹², estão as refinarias e as centrais petroquímicas. Em 2014, havia, respectivamente, 16 e 3. Integram a cadeia produtiva do mercado de combustível junto com as usinas de etanol, as quais, em 2014, somavam 420.

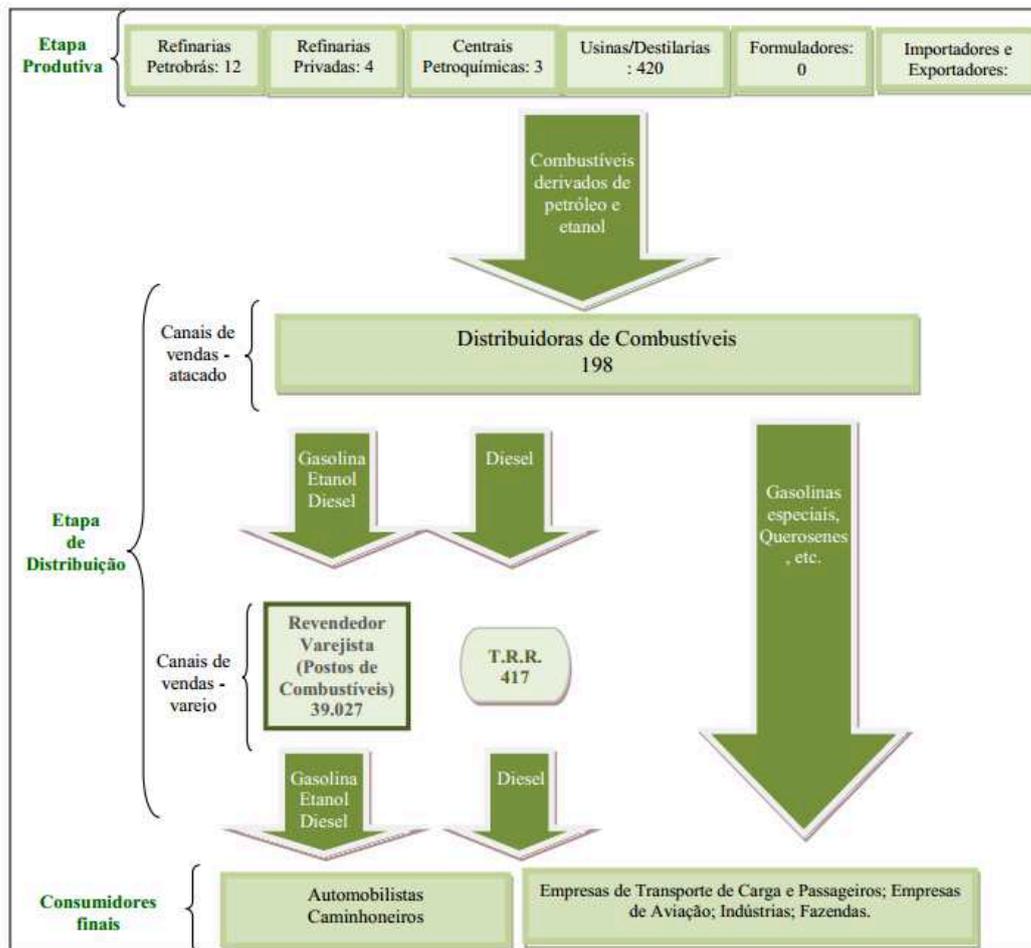
Segue figura 01 que ilustra a cadeia de combustíveis no Brasil conforme dados de 2014 do CADE:

¹¹ Resolução ANP n.º.41 de 05 de 11 de 2013. “Art. 5º - Adicionalmente à comercialização, a varejo, de combustíveis automotivos, de óleo lubrificante acabado envasado ou a granel, de aditivo envasado para combustíveis líquidos, de aditivo envasado para óleo lubrificante acabado, de graxas lubrificantes envasadas e de querosene iluminante a granel ou envasado, fica facultado o desempenho, na área ocupada pelos postos revendedores, de outras atividades comerciais e de prestação de serviços, sem prejuízo da segurança, saúde, meio ambiente e do bom desempenho da atividade da revenda varejista.”

¹² Nas diferentes etapas de produção e transformação do petróleo até a venda de seus derivados pelos postos de combustíveis ao consumidor final, além do *downstream* e do *middlestream*, há o *upstream*, que consiste na atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos, como petróleo e gás natural. A distribuição e a revenda, que são o foco deste trabalho, estão no *downstream*.

Figura 1 - Agentes econômicos na Cadeia de Combustíveis líquidos - destaque aos revendedores varejistas (postos de combustíveis)

Figura 01 – Agentes econômicos na Cadeia de combustíveis líquidos – destaque aos revendedores varejistas (postos de combustíveis)



Fonte: Kleit (2003), Freitas (2010) e ANP (2012). Elaboração: Departamento de Estudos Econômicos.

Fonte: CADE, 2014.

Os dados e a figura acima expostos estão em estudo do CADE formulado em 2014.

Atualmente, os dados da ANP (BOLETIM, 2018, p. 05), de 04 de dezembro de 2018, informam que existem: a) 19 refinarias de petróleo; b) 372 destilarias; c) 166 distribuidoras de combustíveis; d) 403 TRRs; e) 40.904 revendedores varejistas.

Desses 40.904 postos de serviços, 17.826 são bandeira branca, sem marca de distribuidora, ao passo que 23.078 são embandeirados, licenciados da marca de uma determinada distribuidora, de quem adquirem combustível com exclusividade por ostentarem a bandeira (identidade visual) dela. Verifica-se que a diferença entre

postos embandeirados e postos bandeira branca não é expressiva.

2.4 CONTRATO ENTRE DISTRIBUIDORA E POSTOS REVENDEDORES

O artigo 123 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial) considera marca de produto ou de serviço o sinal visualmente perceptível usado para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim de origem diversa. Na economia de mercado, que é o caso da brasileira, em que a livre iniciativa e a livre concorrência estão asseguradas na Constituição Federal (Art. 170), os agentes que competem entre si distinguem seus respectivos produtos e serviços por meio das marcas.

Já em uma economia em que não existe concorrência, não há necessidade de distinguir produtos e serviços idênticos, semelhantes ou afins através das marcas, uma vez que existe, tão somente, um agente que os produz ou os presta. A origem é única. Não há competição entre empresários em busca dos clientes.

No contexto brasileiro de economia de mercado, em que a competição estimula a inovação, as distribuidoras, sobretudo as que se destacam no mercado, desenvolvem produtos e serviços na competição pelo embandeiramento de postos de combustíveis, aos quais, após a celebração de contratos, fornecem *know-how*, equipamentos (comodato), frequentemente empréstimos em dinheiro, bem como os autorizam a usar a marca, os desenhos industriais e demais elementos de imagem com forte poder de atração de clientela.

As sociedades empresárias que estejam ou que queiram ingressar no mercado de revenda de combustível podem optar por operar seu posto como bandeira branca ou como embandeirado, ou seja, sem ou com o uso da marca e da imagem de uma determinada distribuidora.

Os postos bandeiras brancas adquirem combustíveis de diferentes fontes, geralmente daquela distribuidora que lhes oferta o produto com o melhor preço no momento da compra, não formalizando a aquisição dos produtos através de instrumentos contratuais.

Já os postos embandeirados, em regra, celebram os seguintes contratos com uma determinada distribuidora: a) promessa de compra e venda mercantil de combustível; b) comodato de equipamentos; c) licença de uso de marca e autorização do uso do *trade dress* (identidade visual da distribuidora); d) contrato de franquia (loja de conveniência; loja de lubrificantes); e) mútuo de dinheiro; f) bonificação; g) fiança e hipoteca.

Por meio do contrato de promessa de compra e venda mercantil, são convencionadas as obrigações de fornecimento e de aquisição de combustível em quantidade negociada pelas partes. No mesmo instrumento contratual ou em instrumento contratual diverso, as partes convencionam a licença de uso de marca através da qual a distribuidora autoriza o revendedor a utilizar sua marca e seu *trade-dress*, geralmente sem exigir *royalties* em contraprestação, bem como empresta, via comodato, equipamentos ao posto, como totens, tanques, bombas medidoras, entre outros.

É usual, ainda, a celebração de contrato por meio do qual a distribuidora empresta dinheiro ao revendedor, a juros baixos, para construção ou reforma do posto e para início ou retorno das atividades, viabilizando seu fluxo de caixa. Há também a denominada bonificação, em que o revendedor recebe, no início da relação contratual, um montante em dinheiro, o qual deverá devolver ao final da relação contratual se não adquirir o volume total de combustível pactuado.

Em contrapartida ao investimento, o posto assume a obrigação de adquirir combustível em quantidades mínimas mensais, com exclusividade, da distribuidora que lhe licencia o uso da marca e lhe empresta os equipamentos, até o termo final do prazo contratual ou até cumprir a galonagem total pactuada. Esse dever de exclusividade decorre também de normas da ANP, de repressão à concorrência desleal, de direito de propriedade industrial e de defesa do consumidor. Aquele que ostenta uma bandeira deve vender, com exclusividade, combustível da distribuidora licenciante da marca, sob pena de sofrer sanções administrativas, contratuais e até mesmo de natureza penal.

No mesmo imóvel em que há a revenda de combustível, é comum haver também lojas de conveniência. Essas lojas são franqueadas das distribuidoras. A formatação jurídica, portanto, é diferente daquela adotada, no mercado brasileiro, para a revenda de combustível. Os contratos de franquia implicam uma participação

maior da franqueadora no negócio do franqueado, mediante padronização da operação, além do pagamento de *royalties*, de taxa e fundo de marketing, bem como de taxa de ingresso por parte da franqueada, nos termos da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia).

Além dos contratos de promessa de compra e venda mercantil, de licença de uso de marca, de comodato, de franquia, de mútuo e de bonificação, há outras espécies contratuais, como, por exemplo, de locação e sublocação ou de comissão mercantil. Quando o revendedor não tem imóvel, a própria distribuidora, em algumas situações, aluga-o de terceiro e o subloca ao operador, com o qual celebra, além do contrato de sublocação, os demais pactos supracitados, investindo na parceria empresarial.

Há situações, ainda, em que os imóveis são de propriedade da distribuidora, onde geralmente o revendedor, através de contrato de comissão mercantil e demais pactos (mútuo; comodato de equipamentos; licença de marca), opera o posto de serviço como comissário. Nesse formato de relação jurídica, há a celebração de contrato de comodato do imóvel, em que o comodante é a distribuidora e o comodatário, o comissário.

Os contratos descritos nos parágrafos acima, celebrados entre distribuidoras e postos embandeirados, têm duração, em média, de 5 (cinco) anos, podendo a duração ser de período maior ou menor a esse, a depender da negociação entre as partes e do investimento realizado pela distribuidora no posto. Embora os contratos acima descritos sejam os mais comumente adotados no mercado brasileiro entre distribuidoras e postos embandeirados, nada impede a adoção de outras formações jurídicas¹³.

¹³ Os postos de combustível embandeirados, não obstante não adotarem a formação jurídica de franquia, têm a imagem padronizada em virtude do que está disposto no contrato de licença de uso de marca celebrado com as grandes distribuidoras. Embora não paguem *royalties* e verbas de marketing, recebem assistência quanto ao uso devido da imagem e obtêm proveito com ações de trabalho de marca, produtos, propaganda e publicidade, além de *know-how*, razão por que Felizardo, Guerra e Franschetti (BARROSO, 2005), no livro **Conveniência e Franchising: o canal do varejo contemporâneo** franquias de postos de serviços (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), sugerem que as distribuidoras adotem contratos de franquia não apenas para as lojas de conveniência, mas também para os postos. Sustentam que com alguns ajustes, como a criação dos manuais de operação, da circular de oferta de franquia, entre outros instrumentos que tornam a relação mais clara e fiel ao conceito da rede, os postos seriam franquias de negócio formatado, com todos os benefícios dela

3 FIDELIDADE À BANDEIRA

Os revendedores de combustível têm a liberdade de optar pela venda de combustível sem ostentar a bandeira (marca e *trade dress*) de uma determinada distribuidora. São os denominados postos bandeira branca, os quais devem tão somente informar na bomba medidora, por meio de adesivo, a origem do combustível que está sendo naquele momento revendido. No cadastro da ANP, devem optar por não exibir a marca de um distribuidor de combustível (Resoluções ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, e nº 57, de 17 de outubro de 2014).

O posto bandeira branca, no momento da aquisição do combustível, tem a oportunidade de escolher de quem comprar os produtos. Por outro lado, ao não ostentar a marca e o *trade dress* de uma distribuidora de maior porte, que investe em marketing, publicidade, no fornecimento de *know-how*, no empréstimo de equipamentos e de dinheiro, pode sofrer como consequência dessa opção a redução das vendas. Estima-se que 1/3 dos consumidores é influenciado pela marca ao abastecer o veículo¹⁴.

Os postos embandeirados, por sua vez, devem cadastrar na ANP o nome da distribuidora ao qual estão contratualmente vinculados (Resoluções ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, e nº 57, de 17 de outubro de 2014). São postos de combustíveis que adotam a identidade visual da distribuidora licenciante e assumem a obrigação de revender, com exclusividade, os produtos por ela fornecidos durante

decorrentes, muitos dos quais já recebem, ao passo que as distribuidoras também aufeririam as vantagens dessa formatação, como, por exemplo, recebimento de royalties e maior padronização da operação.

¹⁴ **“Relacionado à defesa do consumidor:** Segundo pesquisa de mercado com 1650 respondentes, **92% dos entrevistados entendem que a marca é importante no seu processo de escolha de compra de combustíveis.** Além disso, através de outra pesquisa foi identificado que a marca tem papel importante na decisão de compra do consumidor, isso porque a marca influencia, em média, em 33.7% da decisão de compra de consumidores, percentual verificado através do índice “Contribuição de Marca” (vide detalhamento Anexo I da metodologia de contribuição da marca e Anexo II.1). Com isso podemos concluir que praticamente um terço da decisão dos consumidores é construída através de informações comunicadas pelas marcas – não limitada às marcas Petrobras, Shell e Ipiranga. Este parâmetro seria uma média de todas as marcas de postos de combustíveis do Brasil. Isso também significa que, caso a marca seja excluída, isto impactaria diretamente na equação de valor do consumidor, sendo que ele seria obrigado a decidir com menos informações, em uma categoria bastante acostumada a um passado de adulterações e problemas de qualidade de combustível. Ambas as pesquisas possuem um erro amostral de 2p.p.” Ref. Tomada Pública de Contribuições n.º 03/2018 (“Verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis”) – Parecer Kantar Consulting, 13/11/2018. <http://www.anp.gov.br/wwwanp/consultas-e-audiencias-publicas>. (ANP – TPC 03/2018)

a relação contratual.

No entanto, alguns revendedores embandeirados, mesmo ostentando a identidade visual da distribuidora à qual estão contratualmente vinculados, adquirem combustível de outras fontes em violação à cláusula de exclusividade contida nos instrumentos contratuais em que estão regulados a promessa de compra e venda mercantil, a licença de uso de marca e o comodato. E, em violação às normas da ANP, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei de Propriedade Industrial. Trata-se da infidelidade à bandeira.

3.1 TUTELA REGULATÓRIA DA FIDELIDADE À BANDEIRA

Em virtude de que no Brasil, atualmente, as distribuidoras não podem operar posto de combustível, à exceção do posto escola, há uma relação de interdependência entre distribuidores e revendedores de combustível. Aqueles dependem destes para escoar seus produtos. Estes, por sua vez, compram combustível das distribuidoras¹⁵, conforme estabelecem o art. 6º, incisos I a III, da Resolução 43/2009 e o art.14, inciso I, da Resolução ANP 41/2013¹⁶.

Os postos de combustíveis podem ser bandeira branca ou bandeirado (também chamado de embandeirado), o que dependerá da relação existente com as distribuidoras. Quando não ostenta a marca e o conjunto-imagem¹⁷ de uma

¹⁵ Além das distribuidoras, os revendedores podem comprar combustível das importadoras. Cabe destacar, ainda, que, entre as medidas para diminuição do preço do combustível, o CADE sugeriu, no estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” (fls. 16/19), alteração das normas para que os revendedores possam comprar etanol diretamente das usinas, sem a intermediação das distribuidoras, o que acabaria com o fenômeno conhecido como “dupla margem de lucro”. (CADE, 2018, p. 16 – 19)

¹⁶ Resolução ANP nº 43 de 22 de 12 de 2009. Art. 6º. O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com: I - outro fornecedor cadastrado na ANP; II - distribuidor autorizado pela ANP; e III - mercado externo. E Resolução ANP nº 41 de 05 de 11 de 2013. Art. 14 O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir: I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25 desta Resolução; II - óleo lubrificante acabado envasado ou a granel, registrado na ANP; III - aditivo para combustíveis líquidos envasado, registrado na ANP; IV - aditivo para óleo lubrificante acabado envasado, registrado na ANP; e/ou V - graxas lubrificantes envasadas, registradas na ANP.

¹⁷ O *trade dress* é também denominado no Brasil como conjunto-imagem, termo utilizado por Tinoco Soares em seu livro *Concorrência Desleal vs. Trade Dress e/ou Conjunto-imagem*. Trata-se da identidade visual do produto, serviço ou estabelecimento, mais especificamente a aparência global,

distribuidora específica, o posto revendedor é bandeira branca. Já quando exibe a marca e o conjunto-imagem de determinada distribuidora, é embandeirado. No cadastro da Agência Nacional do Petróleo, deverá informar a qual bandeira (distribuidora) está vinculado ou se é bandeira branca.

O posto embandeirado, que ostenta a marca e a identidade visual de uma distribuidora específica, não pode adquirir e revender combustível de outras distribuidoras. No Brasil, esse dever de exclusividade ou de fidelidade à bandeira decorre não apenas de previsão contratual, isto é, da cláusula que versa sobre a obrigação de aquisição exclusiva de combustível da distribuidora que licencia a marca, mas também das normas de proteção da propriedade industrial, de repressão à concorrência desleal, de defesa do consumidor, bem como de atos normativos infralegais editados pela ANP, como, por exemplo, o art. 32 da Resolução 58/2014¹⁸ e o artigo 25 da Resolução n.º 41/2013 da ANP¹⁹.

que abrange rótulos, embalagens, configurações de recipientes, bem como a aparência dos mais variados estabelecimentos. (ANDRADE, 2011, p. 3-27). Adiante, este tema será tratado com mais detalhes.

¹⁸ Art. 32. É vedada a comercialização de combustíveis líquidos com revendedor varejista que não esteja autorizado pela ANP ou que optou por exibir a marca comercial de outro distribuidor, nos termos do art. 25 da Resolução ANP n.º 41, de 5 de novembro de 2013, ou outra que venha a substituí-la, conforme informações disponibilizadas no endereço eletrônico www.anp.gov.br, exceto no caso previsto no § 1º deste artigo. § 1º Até que a ANP disponibilize sistema informatizado de autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos, se no endereço eletrônico da ANP constar a opção do revendedor varejista de exibir a marca comercial de outro distribuidor, o novo distribuidor somente poderá efetuar a comercialização de combustíveis após receber, do revendedor, a seguinte documentação: [...] (ANP 58/2014).

¹⁹ Art. 25. O revendedor varejista de combustíveis automotivos deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. § 1º Após o deferimento, pela ANP, da informação constante na Ficha Cadastral, de que trata o art. 7º, ou alteração cadastral por meio do preenchimento da Ficha Cadastral a que se refere o inciso I, do art. 11, a informação de opção ou não de exibir a marca comercial de distribuidor estará disponível no endereço eletrônico da Agência (<http://www.anp.gov.br>). § 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 e no totem do posto revendedor, de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e II - adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial. § 3º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por não exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista: I - não poderá exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, devendo retirar a(s) logomarca(s) e a identificação visual com a combinação de cores que caracterizam distribuidor autorizado pela ANP; II - não poderá exibir qualquer identificação visual que possa confundir ou induzir a erro o consumidor quanto à marca comercial de distribuidor; e III - deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba medidora, o nome fantasia, se houver, a razão social e o CNPJ do distribuidor fornecedor do respectivo combustível automotivo. § 4º Se o posto revendedor exibir marca comercial de distribuidor em suas instalações, o revendedor deverá adquirir, armazenar e comercializar somente combustível fornecido pelo distribuidor do qual exiba a arca comercial, exceto nos casos previstos no inciso I do art. 11. § 5º Para efeito dos parágrafos 2º a 4º deste artigo, devem ser consideradas como marcas

Contudo, as previsões normativas da agência reguladora que versam sobre o dever de fidelidade à bandeira – assim como as que tratam sobre a restrição à verticalização da cadeia de combustível -, vêm sendo examinadas e discutidas pela ANP e pelo CADE desde a greve dos caminhoneiros ocorrida em maio de 2018. Referidas autarquias federais criaram grupos de trabalho para analisar a cadeia de combustíveis com intuito de sugerir e promover mudanças para reduzir o preço do combustível nas bombas.²⁰

No contexto dos referidos grupos de trabalho constituídos pela ANP e pelo CADE, foram abertas as Tomadas Públicas de Contribuições – TPC 3 e TPC 4.^{21 22}

comerciais do distribuidor: I - as marcas figurativas ou nominativas utilizadas para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; e/ou II - as cores e suas denominações, se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo, ou caracteres que possam, claramente, confundir ou induzir a erro o consumidor.

²⁰ Do site da ANP, consta a seguinte informação acerca da referida Tomada Pública de Contribuições: “A TPC se insere no contexto do grupo de trabalho constituído pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela ANP para estabelecer atuação conjunta no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O grupo de trabalho tem como objetivo analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pelo Cade para repensar o setor de combustíveis, a possibilidade de serem adotadas permanentemente as medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP durante a greve dos caminhoneiros para assegurar o abastecimento nacional de combustíveis e outras possíveis medidas. Dessa forma, acredita-se que as medidas a serem implementadas após a TPC aumentem a competição pela retirada de barreiras regulatórias e pelo fim de nichos de mercado artificiais com a promoção da inovação na economia brasileira”. (ANP – TPC 3/2018)

²¹ Informações em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41636587/do3-2018-09-20-avisotomada-publica-de-contribicoes-n-3-2018-41636472 e http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41636586/do3-2018-09-20-avisotomada-publica-de-contribicoes-n-4-2018-41636463

²² “TOMADA PÚBLICA DE CONTRIBUIÇÕES Nº 3/2018 - A DIRETORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP, no uso de suas atribuições, tendo em vista a Resolução de Diretoria nº 548, de 13 de setembro de 2018 e a Portaria ANP nº 357, de 14 de setembro de 2018, CONVIDA a sociedade a participar da Tomada Pública de Contribuições para coletar contribuições, dados e informações sobre a verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis, no período de 21 de setembro a 20 de outubro de 2018. OBJETIVO: Coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis;” Os documentos relacionados a esta Tomada Pública de Contribuições, assim como os procedimentos para participação, estão disponíveis, na íntegra, no sítio: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/consultas-e-audiencias-publicas>. (ANP - TPC 3/2018)

“TOMADA PÚBLICA DE CONTRIBUIÇÕES Nº 4/2018 - A DIRETORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP, no uso de suas atribuições, tendo em vista a Resolução de Diretoria nº 548, de 13 de setembro de 2018 e a Portaria ANP nº 357, de 14 de setembro de 2018, CONVIDA a sociedade a participar da Tomada Pública de Contribuições para coletar contribuições, dados e informações sobre a verticalização da cadeia de distribuição de combustíveis, no período de 21 de setembro a 20 de outubro de 2018. OBJETIVO: Coletar dados, informações e evidências que contribuam para a análise da necessidade de se manter a tutela regulatória da fidelidade à bandeira;” Os documentos relacionados a esta Tomada Pública de

Na TPC 3, o objetivo é discutir o fim da restrição à verticalização da cadeia de combustível, ao menos dos segmentos de distribuição e de revenda, o que acabaria com a “dupla margem”. Por sua vez, na TPC 4, o objetivo é discutir o fim da regulação e da fiscalização da ANP em relação à fidelidade à bandeira, o que, em tese, conferiria maior liberdade aos postos e fomentaria a concorrência.

No Brasil, há restrição à verticalização integral da cadeia de combustível. A revenda de combustível no varejo, por exemplo, não pode ser exercida por distribuidoras. Por meio de normas infralegais editadas com base na Lei do Petróleo, a ANP proíbe expressamente às distribuidoras a operação de postos de combustível, à exceção do posto escola. Quiçá, por meio de alteração infralegal, poderá haver mudança quanto à segmentação da cadeia de combustível, o que está em discussão.

Quanto à fidelidade à bandeira, que é o tema mais afeto a este trabalho, a ANP regula e fiscaliza o dever dos postos de venderem somente o combustível cuja marca e *trade dress* ostentam ao público consumidor. Por meio de normas infralegais, estabelece onde as marcas da distribuidora licenciante devem estar expostas, ou seja, ao menos na testeira e nos totens, bem como o dever do posto de revender, com exclusividade, os produtos da marca exibida no estabelecimento e cadastrada no *site* da ANP, conforme artigo 25 da Resolução n.º 41/2013 da ANP.

Na Tomada Pública de Contribuições n.º 4, o fim da regulamentação e da fiscalização da ANP sobre a fidelidade à bandeira está em discussão. Tendo em vista que a tutela regulatória de fidelidade à bandeira exercida pela ANP tem relação direta com este trabalho, serão abordadas, no tópico a seguir, algumas contribuições prestadas, por diferentes agentes, a respeito do tema por conta da TPC n.º 4 da ANP.

3.2 TPC Nº 4 FIM DA TUTELA REGULATÓRIA DA ANP

O inciso I do artigo 8º da Lei do Petróleo dispõe que compete à ANP proteger os interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. (BRASIL, 1997)

Não obstante o dispositivo legal supracitado estabelecer que a ANP deve proteger os interesses dos consumidores quanto à qualidade e à oferta dos produtos, está sendo colocado em discussão o fim da tutela regulatória da ANP à fidelidade à bandeira, que consiste em um conjunto de normas editadas pela referida agência reguladora que impõe aos postos revendedores que optam por exibir a marca e a identidade visual de uma distribuidora específica o dever de tão somente revender os combustíveis por ela fornecidos, sob pena de se sujeitarem às sanções da Lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, aplicadas pela agência reguladora no exercício do seu poder de polícia administrativa.

Contudo, a própria a ANP, com a participação do CADE, por meio da TPC n.º 4 (ANP – TPC 4/2018), abriu oficialmente o debate público acerca da pertinência da tutela regulatória de fidelidade à bandeira em vigor, havendo posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à referida tutela em seu *site*, os quais foram apresentados em forma de contribuições por distribuidoras, revendedores, representantes de órgãos de classe ou associação e consumidores, conforme será visto a seguir.

3.3 TPC N.º 4 - CONTRIBUIÇÕES À ANP SOBRE O FIM DA TUTELA REGULATÓRIA

Durante o ano de 2018, no âmbito da Tomada Pública de Contribuições n.º 4 da ANP, agentes interessados na cadeia de combustível manifestaram-se acerca da tutela regulatória de fidelidade à bandeira. De acordo com o Edital da ANP, as contribuições precisaram considerar, no mínimo, os seguintes aspectos: defesa do consumidor; fiscalização do poder público sobre o contrato privado entre

distribuidores e revendedores; fiscalização pela ANP da utilização da marca; responsabilidade solidária dos distribuidores sobre os postos bandeirados, independente da existência de culpa; experiência internacional em que somente combustíveis aditivados recebem a proteção da marca, pois os demais são commodities; possibilidade de introdução de maior competição entre os distribuidores pelo fim da tutela regulatória da fidelidade à bandeira.

Serão expostos abaixo, em resumo, os diferentes argumentos em prol da e contra à tutela regulatória da fidelidade à bandeira atualmente realizada pela ANP, os quais foram apresentados em razão da Tomada Pública de Contribuições n.º 4 promovida pela ANP em conjunto com o CADE.

A Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (Fecombustíveis) expressou o entendimento de que as normas que disciplinam a fidelidade à bandeira são adequadas, pois dão confiança aos consumidores sobre a origem e a qualidade dos produtos que adquirem, evitando que sejam induzidos em erro. Por outro lado, embora afirmou não haver motivos para a revogação da atual regulação, a Fecombustíveis sugeriu que a ANP estabeleça condições mínimas para facilitar a rescisão dos contratos celebrados entre revendedor e distribuidora, mais especificamente a não incidência de multas contratuais rescisórias em detrimento do revendedor quando os preços dos combustíveis praticados pela distribuidora não estiverem competitivos. (ANP – TPC 4/2018)

O Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool do Estado de Pernambuco – SINDACÚCAR/PE, por sua vez, sustentou que a revogação ou, ao menos, a atenuação da regra de embandeiramento e, especialmente, da exclusividade nas relações de fornecimento entre distribuidoras e revendedores bandeirados fomentará a concorrência, sob pretexto de que acabará com uma situação de monopólio entre a distribuidora e seus revendedores, reduzindo a barreira a novos ofertantes. Afirmou que as penalidades aplicáveis a quem descumpra a regra de fidelidade à bandeira arrefecem a concorrência, beneficiando, sobretudo, as principais distribuidoras, sem haver benefício concreto ao consumidor, visto que a quantidade de postos bandeira branca autuados por irregularidades no combustível é próxima do número de postos bandeirados autuados. Alegou, ainda, que seria baixo o grau de diferenciação dos produtos e serviços ofertados nesse mercado, motivo pelo qual a regra de fidelidade à bandeira não serviria de estímulo à inovação. Criticou a

suposta ingerência das distribuidoras sobre os postos quanto aos preços na bomba, ao prazo dos contratos de exclusividade, entre outras questões. (ANP – TPC 4/2018)

Já o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina (SINDIPETRO) propôs a manutenção da regulamentação que impõe a fidelidade à bandeira, uma vez que confere segurança ao consumidor quanto à procedência do combustível adquirido. Contudo, defende a regulamentação de uma estrutura mínima de contrato, com a previsão de cláusula de saída em favor do revendedor a ser imposta via regulamento. Isso porque as penalidades contratuais seriam elevadas, o que impediria o revendedor de procurar outro fornecedor de combustível quando insatisfeito com o preço do combustível da distribuidora licenciante da marca. Para referido sindicato, “para maximizar a concorrência, estimulando investimentos de entrantes do mercado, a agência deve regulamentar, ao menos minimamente, a estrutura base dos contratos, especialmente, limitando as penalidades de rescisão, possibilitando que um revendedor possa sair de um contrato se outro agente de distribuição apresentar melhor oferta de preço”. (ANP – TPC 4/2018)

A Raízen (*joint venture* entre a Cosan e a Shell), entre outros pontos, tratou da importância da exclusividade e da tutela regulatória da fidelidade à bandeira para diminuição da assimetria de informação entre fornecedor e consumidor, o qual, quando se depara com a oferta de produto de determinada marca, tem maior garantia quanto à procedência e à qualidade do combustível. Afirmou, ainda, que a possibilidade do embandeiramento e a existência da tutela regulatória estimula as distribuidoras, na competição pelo embandeiramento, a desenvolverem e aperfeiçoarem produtos, serviços, equipamentos, know-how e marcas, ao passo que não impede a existência de postos bandeira branca, com marcas próprias, os quais, por sua vez, focam mais nos preços. Destacou que a tutela regulatória diminui o custo de monitoramento dos contratos, reduz condutas oportunistas (*free-riding*) e fomenta a lealdade contratual. Outrossim, que frequentemente decisões judiciais apresentam a tutela regulatória como argumento central para proibir que o revendedor adquiria combustível de outras distribuidoras que não aquela cuja marca é exibida. Sustentou, em síntese, que há redução das fraudes (inclusive fiscais) e,

por outro lado, o aumento da concorrência, dos investimentos, bem como do bem-estar do consumidor. (ANP – TPC 4/2018)

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) também apresentou contribuições à ANP. Argumentou que deve haver tutela regulatória da fidelidade à bandeira inclusive quanto aos combustíveis líquidos não aditivados, uma vez que, no Brasil, não podem ser considerados commodities. Isso porque, ainda que possuam as mesmas especificações técnicas, diferem-se em relação às garantias prestadas por cada distribuidora quanto aos processos de aquisição, armazenagem e transporte dos combustíveis. Desincentiva fraudes fiscais e relacionadas aos produtos. Permite que o consumidor identifique a procedência dos produtos com rapidez, sem que seja induzido em erro. Garante uma maior eficiência econômica na relação entre distribuição-revenda, uma vez que referido modelo justifica investimento em ativos específicos e fundamentais ao abastecimento nacional, em logística, treinamentos e outras formas de diferenciação dos produtos e serviços prestados ao consumidor. Evita condutas oportunistas de distribuidoras que não fizeram investimentos para a valorização da marca (free-riding), de modo que o fim da tutela regulatória implicaria riscos de redução de inovação no setor, da competitividade leal, entre outros pontos negativos. (ANP – TPC 4/2018)

A Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência (PLURAL), antigo SINDICOM, sustentou que o fim da tutela regulatória ou mesmo a mudança das normas hoje vigentes poderá prejudicar o consumidor quanto às escolhas conscientes. Isso porque autorizar o revendedor a vender combustível diverso da marca exibida pelo posto nos totens e em outros pontos visíveis ao motorista, ainda que seja inserido um adesivo na bomba indicando a marca do produto efetivamente vendido, aumentará a assimetria de informações entre fornecedor e consumidor, o qual tem, por previsão constitucional e legal, direito de ser informado a respeito do que lhe é oferecido no mercado. Alegou que não é possível afirmar que, no Brasil, o combustível, ainda que gasolina comum, seja uma simples commodity que não mereça a proteção da fidelidade à bandeira (proteção marcária), uma vez que há diferentes distribuidoras que adotam diferentes práticas na comercialização desse produto, algumas mais e outras menos sérias. Sustentou que a tutela regulatória, ao reforçar o dever de respeito à marca exibida ao consumidor, fomenta a competição entre os distribuidores e os investimentos em

produtos, logística etc., além de reduzir os comportamentos oportunistas (“free-riding”) e os custos de transação. Ressaltou que a quantidade de revendedores bandeira branca é bastante expressiva, o que evidencia que o cenário de revenda de combustíveis é diversificado e sob forte condição de rivalidade. (ANP – TPC 4/2018)

Houve outras contribuições provenientes das mais variadas fontes, como de associações, revendedores, distribuidoras e consumidores. Os argumentos que mais se repetiram em prol da e contra a tutela regulatória de fidelidade à bandeira foram expostos acima de modo sucinto. Além das contribuições acima mencionadas, houve manifestações de órgãos e entes públicos, mais especificamente da Secretaria do Ministério da Fazenda e do CADE, que serão objeto dos próximos tópicos.

3.4 MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA À TUTELA REGULATÓRIA VIGENTE FORMULADA PELA SECRETARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

Além das contribuições que estão no *site* da ANP, cabe destacar, também, a existência de relatório da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL), do Ministério da Fazenda, emitido em 2018, por meio do qual propôs o fim da tutela regulatória da ANP sobre a fidelidade à bandeira. Embora reconheceu que referida tutela efetuada pela ANP “carrega consigo a justificativa de proteção do consumidor contra a comercialização de combustível de origem desconhecida por revendas que utilizem as marcas de penetração nacional, além de outras razões ligadas a confiabilidade da marca e da procedência do produto” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, p. 71), sustentou que a preocupação quanto à origem dos produtos vendidos pelos postos deve ser das distribuidoras.

Sob pretexto de que a tutela regulatória da ANP à fidelidade à bandeira seria matéria de interesse exclusivamente privado, a SEFEL, do Ministério da Fazenda, afirmou que não se justifica a intervenção do poder público. Transcreva-se trecho do relatório elaborado por referida secretaria do Ministério da Fazenda (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, p. 71):

Sobre a questão da proibição de comercialização a revendedores com bandeira diferente da distribuidora, entende-se que esta vedação carrega consigo a justificativa de proteção do consumidor contra a comercialização de combustível de origem desconhecida por revendas que utilizem as marcas de penetração nacional, além de outras razões ligadas a confiabilidade da marca e da procedência do produto.

Entende-se que a preocupação inerente à justificativa acima pode fazer sentido, mas não parece justificar a interferência da agência reguladora em relações que poderiam acontecer no âmbito dos agentes privados. Ora, se uma distribuidora investe em qualidade e em sua marca para que seu produto seja mais valorizado, esse atributo deve estar refletido na negociação nos contratos realizados entre os agentes, com a exigências de cláusulas de exclusividade e de informação do posto sobre a origem do combustível.

O mérito de o consumidor valorizar a diferenciação do produto de determinada marca é totalmente das empresas. Como consequência, a competição por preço pode ser arrefecida em detrimento da concorrência por meio da diferenciação do produto. O que não parece se justificar é a existência de uma espécie de “certificado” regulatório dado pela exclusividade da bandeira. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, Sefel, 2018, p. 71)

O estudo acima citado sugeriu que se revogue “a vedação à comercialização de combustível entre distribuidoras e postos revendedores de bandeiras diferentes da sua”. Assim, ao menos do que se infere do mencionado texto, o posto que ostenta a bandeira de determinada distribuidora e revende combustível fornecido por outra distribuidora não deve sofrer fiscalização e tampouco sanção da ANP (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, p. 71). Cabe, sim, à distribuidora que se sentir lesada buscar as sanções contratuais ou legais, no entanto não há justificativa para a ANP intervir diante da infidelidade à bandeira.

O autor do referido relatório partiu do pressuposto de que o combustível é uma *comódite*, razão por que a origem do produto diversa da marca exibida no posto, contanto que atendidas as especificações legais e regulamentares, não gera dano que justifique a atuação sancionatória da ANP. O principal lesado pela infidelidade à bandeira seria a distribuidora, que teria condições, independentemente da tutela da ANP, de reprimir essa conduta de quem com ela contratou.

No tópico a seguir, será analisada a contribuição prestada pelo CADE, mediante nota técnica, à Tomada Pública de Contribuições n.º 4 instaurada pela ANP, a fim aprofundar a análise do debate público sobre a regulamentação da fidelidade à bandeira. O CADE tem posicionamento semelhante ao da Secretaria do Ministério da Fazenda acima exposto, ou seja, contrário à tutela regulatória em vigor.

3.5 NOTA TÉCNICA DO CADE – CRÍTICA À TUTELA REGULATÓRIA EM VIGOR

O CADE se pronunciou sobre a Tomada Pública de Contribuições 4/2018 da ANP por meio da nota técnica n.º 36/2018/DEE/CADE (ANP – TPC 4/2018). Do teor do parecer emitido pelo órgão do CADE, constata-se nítida crítica à tutela regulatória hoje em vigor e aos contratos celebrados entre distribuidoras e revendedores.

Embora o CADE entenda que é possível haver convenção entre as partes acerca do dever de fidelidade à marca ou de exclusividade entre postos embandeirados e distribuidores licenciantes da marca, sustenta que a simples ausência de norma regulamentária e sancionatória da ANP em face do descumprimento de uma obrigação contratual de fidelidade à bandeira aumentaria a competição.

Além do fim da referida fiscalização, que, na visão do CADE, envolveria tão somente interesses privados, sugere que a ANP, com o intuito de que não haja “exclusividade de fato no *downstream* nem amarras indevidas contra a livre iniciativa”, passe a regular as seguintes matérias que são objeto dos contratos celebrados entre distribuidoras e postos embandeirados: multa rescisória, estabelecendo-se o que seria abusiva; tempo máximo de vigência de contrato; possibilidade de previsão contratual de galonagem mínima a ser adquirida pelo posto; possibilidade de existência de galonagem mínima num cenário no qual os contratos não possuem cláusula de precificação definida; possibilidade de discriminação de preços por motivos que não sejam objetivamente determinados; possibilidade de pagamento de bonificações e pagamentos antecipados por “benfeitorias”.

Ou seja, em sua Nota Técnica, o CADE sustenta que a ANP deveria regular, de forma genérica e abstrata, negociações de cunho privado, que envolvem diferentes variantes, tais como: investimento efetuado pela distribuidora no posto de serviço; valor do petróleo no mercado internacional; volume de combustível a ser adquirido pelo revendedor durante o contrato com base em análise do potencial de vendas; prazo de pagamento dos produtos com base na existência ou não de garantia; corte de prazo para revendedor com débitos pelo não pagamento dos

produtos adquiridos; revendedor que retira o combustível na base ou que solicita a entrega do produto no posto; distância do posto em relação à base onde estão armazenados os combustíveis da distribuidora etc.

É certo que a ANP teria dificuldade de regular o conteúdo dos contratos entre distribuidor e revendedor, uma vez que existem inúmeras particularidades não apenas na fase pré-contratual (negociação), mas também durante o desenrolar da relação contratual. Além da dificuldade prática de pré-definir o conteúdo dos contratos em defesa dos revendedores, a ANP possivelmente extrapolaria seu poder regulatório se porventura efetuasse a regulamentação dos contratos entre distribuidoras e revendedores, em especial quanto às multas, preços do combustível, limite de volume de combustível a ser adquirido, bonificação, entre outras matérias que estão na esfera da liberdade contratual das partes. As agências reguladoras não podem inovar a ordem jurídica, isto é, criar obrigações não previamente estabelecidas em lei.

O dever de fidelidade à bandeira não decorre diretamente das normas editadas pela ANP, mas, sim, de normas constitucionais e legais que protegem as criações industriais, a concorrência leal e sobretudo o consumidor. A ANP, por meio de normas infralegais, através da tutela regulatória, apenas reforça esse dever em defesa dos interesses dos consumidores quanto à oferta dos produtos, conforme competência que lhe foi atribuída por lei.

Já a suposta defesa do revendedor em face das distribuidoras, mediante normas infralegais, não foi atribuída à ANP. Ainda que sob pretexto de fomentar a concorrência, não se vislumbra a competência constitucional ou legal da ANP para tratar, mediante atos infralegais, de matérias como multa contratual, bonificação, dentre outras citadas na Nota Técnica do CADE, que são negociadas entre agentes autônomos, cuja relação não é regida, em regra, pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que não se pressupõe a vulnerabilidade de nenhuma das partes contratantes.

À relação entre distribuidoras e revendedores, incide a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), com diversos dispositivos que, diante de eventuais ilicitudes ou comportamentos abusivos, podem ser invocados pela parte que se sentir lesada, como, por exemplo, os institutos da exceção de contrato não cumprido, da onerosidade excessiva, da imprevisão, da equidade, da boa fé objetiva,

da função social do contrato, dentre muitos outros que servem de remédio aos desvios e às ilicitudes eventualmente praticados pelas distribuidoras ou pelos revendedores.

Além do Código Civil, há também as normas antitrustes (Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011), que podem ser invocadas perante o judiciário, o que é feito, com alguma frequência, pelos revendedores, quando sustentam haver discriminação de preços praticados pela distribuidora a fim de justificar o rompimento prematuro do contrato, muito embora o preço diferenciado praticado pela distribuidora no mercado não necessariamente é discriminatório, visto que cada relação contratual tem suas peculiaridades, conforme visto acima.

Por outro lado, a relação entre postos e consumidores de combustíveis está regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual é composto por normas cogentes, de interesse público, que versam acerca da oferta dos produtos e serviços a uma massa de consumidores, muitos, mal instruídos, que se dirigem a um determinado posto de serviço com base na confiança que lhes conferem a marca e a imagem da distribuidora ostentadas nos totens, na testeira, na roupa dos frentistas, na loja de conveniência.

Nesta relação entre revendedor e consumidores, há um contrato de adesão, impessoal, em que a principal informação recebida pelo consumidor aderente, vulnerável, além do preço, é a de que o combustível fornecido é proveniente de uma determinada distribuidora, que tem o dever de entregá-lo não adulterado aos postos de sua rede, dentro das especificações, incapaz de causar danos ao veículo e à segurança das pessoas.

Diante desse contexto de defesa do consumidor, a ANP exerce um papel importante na fiscalização e punição daqueles que burlam as regras, legais e infralegais, de fidelidade à bandeira. Não obstante a conclusão do CADE constante de sua Nota Técnica n.º 36/2018/DEE/CADE (ANP – TPC 4/2018) tenha sido de que a regulação e a fiscalização da ANP atualmente existentes privilegiam apenas as distribuidoras, pode-se afirmar, em contraposição a esse entendimento, que referida tutela regulatória de fidelidade à bandeira protege, também, a concorrência leal intramarcas e entremarcas e, sobretudo, os consumidores de combustível de serem

induzidos em erro, o que é atribuição da agência reguladora expressamente prevista em lei (artigo 8º, I, Lei do Petróleo).

4 IMPORTÂNCIA DA EFETIVA TUTELA DOS BENS IMATERIAIS

O direito de propriedade intelectual incide sobre bem incorpóreo ou intangível. A natureza peculiar dos bens incorpóreos faz com que dependam de uma regulamentação diferenciada para que os titulares possam exercer as faculdades e os poderes característicos de um direito de propriedade, como de fruir do bem, de impedir terceiros que o façam, bem como de o dispor a quem lhe interessar. (LEONARDOS, 1997, p. 69).

Isso porque os bens incorpóreos, também denominados intelectuais ou intangíveis, são baseados em informações e conhecimentos, de modo que, naturalmente, têm como características a não-excludência e a não-rivalidade. A não-excludência significa que, uma vez que a informação ou o conhecimento estão circulando, a princípio não é possível excluir qualquer pessoa do uso do referido bem, ainda que esta pessoa não tenha contribuído com o custo de sua produção. Já a não-rivalidade consiste no fato de que, ao consumir um bem incorpóreo, a pessoa não reduzirá a quantidade disponível a terceiros. (PINTO, 2009, p. 29)

Georges Ripert (1947 *apud* LEONARDOS, 1997, p. 70), no livro Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, explicou a diferença entre a propriedade material e a imaterial. De acordo com o autor, a propriedade sobre coisas corpóreas resulta, naturalmente, no exclusivismo, ou seja, quem tem a posse e a disposição da coisa encontra-se no gozo exclusivo, retirando-a do gozo comum. Já a propriedade intelectual é diferente. O titular de direito sobre bem incorpóreo geralmente é quem criou seu próprio bem sem tirar nada de ninguém, como, por exemplo, ocorre com autor que compõe sua obra ou com o inventor que cria algo novo e útil à sociedade, até então inexistente.

Por tais motivos, ao oferecer um direito exclusivo sobre bem incorpóreo, a lei de propriedade industrial tenta contornar as duas características dos bens de natureza intangível, quais sejam, não-excludência e não rivalidade. Georges Ripert (1947 *apud* LEONARDOS, 1997, p. 70) explica que

[...] o industrial que patenteia uma invenção, o comerciante que marca um produto ou que deposita desenho ou modelo, o autor que publica uma obra ou que a faz representar, têm direito de impedir qualquer pessoa

de utilizar seus processos, de reproduzir ou imitar sua obra e a lei sanciona as usurpações pelo delito de contrafação”.

Leonardos (1997, p. 70) sintetiza o pensamento de Georges Ripert em três aspectos: o autor da criação intelectual nada retira da sociedade, mas, sim, adiciona-lhe, ao passo que o proprietário do bem material retira o mesmo do gozo da sociedade; a propriedade imaterial incide sobre bem que pode ser utilizado por um número indefinido de pessoas, razão por que é essencial que a lei assegure a exclusividade de exploração, ainda que temporária, para que sejam protegidos os investimentos realizados por seu titular e para incentivar novas criações, ao passo que a propriedade material, pela sua natureza, pressupõe a utilização exclusiva em um dado momento, não podendo ser usufruída, momentaneamente, por um número indefinido de pessoas; por fim, a propriedade imaterial terá seu valor econômico maximizado enquanto o Estado assegurar o direito de exclusividade, ao passo que a propriedade material é, via de regra, perpétua.

Em suma, os bens intelectuais derivados do esforço da mente humana são regulados por normas que conferem às pessoas naturais ou às pessoas jurídicas a denominada propriedade intelectual, isto é, a propriedade sobre bem imaterial, o qual tem “valor intrínseco substancial”, “mesmo que não tenha qualquer suporte material, ou cujo valor intrínseco seja muito superior ao valor do meio físico no qual estão impressos ou gravados” (VIEGAS, 2016, p. 3).

Por oportuno, Assafim (2005, p. 135) esclarece que a natureza do direito de exclusividade (direito de exclusiva) sobre bem incorpóreo não se confunde com a natureza do bem imaterial juridicamente protegível. Os bens imateriais são criações do intelecto ou do “gênio humano”. O direito de propriedade industrial, por sua vez, é o direito que, em relação ao bem imaterial, confere ao seu titular a faculdade de uso e/ou exploração com exclusividade, a faculdade de excluir terceiros do uso e/ou da exploração, bem como a faculdade de dispor do direito sobre o bem imaterial (ex: licenciar ou ceder). (ASSAFIM, 2005, p.136)

O titular de marca registrada tem direito de propriedade industrial, ou seja, de usar e/ou explorar referido bem incorpóreo com exclusividade, inclusive licenciando a um número indefinido de pessoas. No entanto, as marcas são sinais visuais facilmente reproduzíveis, motivo por que é imprescindível a tutela estatal, sob pena de perderem a função identificadora e distintiva que exercem no mercado, o

que gera prejuízo não apenas aos titulares e licenciados, pelo esvaziamento do direito de propriedade industrial e pela concorrência desleal, mas também aos consumidores, o que será visto adiante.

4.1 MARCA E LICENCIAMENTO

As marcas estão disciplinadas nos artigos 122 e seguintes da Lei de Propriedade Industrial. No artigo 122, está disposto que “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. No artigo 123, por sua vez, estão definidas as diferentes espécies de marcas, ou seja, marca de produto ou serviço, marca de certificação e marca coletiva:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.”

Nesta pesquisa, será focado o conceito de marca do inciso I do art. 123 Lei de Propriedade Industrial pela relevância ao objeto da pesquisa. Ou seja, marcas como sinais distintivos visualmente perceptíveis que identificam a origem de um produto ou de um serviço.

As marcas podem ser nominativas, figurativas ou mistas. As marcas nominativas são compostas por palavras, ou combinação de letras e/ou algarismos. As figurativas, por desenho, imagem, formas fantasiosas em geral. As mistas, pela combinação dos elementos nominativos e figurativos. Admitem-se, também, marcas tridimensionais, em que o aspecto tridimensional e incomum de um produto o individualiza em relação aos demais. (INPI, 2017)

As marcas podem ser objeto de licenciamento. O contrato de licença é bilateral ou plurilateral. Em regra, quando se trata de bem imaterial, pode haver mais de um licenciante num polo da relação contratual e mais de um licenciado no outro polo. A marca, porém, é um bem imaterial que não admite a co-titularidade do direito

marcário, logo não haverá mais de um licenciante, não obstante possam existir vários licenciados²³.

No licenciamento, o bem imaterial “transferido” não deixa a esfera jurídica do licenciante. (ASSAFIM, 2005, p. 128) O licenciante continua titular do bem imaterial, ou seja, da invenção patenteada ou em vias de ser patenteada, da marca registrada ou em vias de ser registrada, bem como do *know-how* com caráter secreto ou restrito para quem admite o licenciamento do *know-how*, o que não é o caso do INPI, sob o fundamento de que o conhecimento não pode ser devolvido uma vez transferido para terceiro.

Segundo o artigo 5º da Lei de Propriedade Industrial, os direitos de propriedade industrial são considerados bens móveis para os efeitos legais. Com base nesse dispositivo, Viegas (2016, p. 90) afirma que o contrato de licença se assemelha ao contrato de locação de bem móvel, quando há cobrança de royalties, e de comodato, quando a licença é gratuita. Já na cessão, há transferência definitiva do direito de propriedade industrial sobre bens imateriais, que pode ser onerosa ou gratuita, à semelhança, respectivamente, da compra e venda e da doação.

No licenciamento, por meio de cláusulas contratuais, o licenciante pode restringir o exercício de determinadas faculdades ou direitos de uso e exploração dos referidos bens incorpóreos. Por outro lado, pode assumir restrições ao seu próprio direito de uso, exploração e disposição, como, por exemplo, de não licenciar a terceiros ou de não explorar diretamente o bem incorpóreo enquanto estiver licenciado.

²³ Sobre o assunto co-titularidade das marcas, Denis Borges Barbosa discorre: “A existência de mais de um titular de marcas é uma hipótese prevista na CUP: Art. 5o, C (3) O uso simultâneo da mesma marca de produtos idênticos ou semelhantes por estabelecimentos industriais ou comerciais considerados co-proprietários da marca, segundo os dispositivos da lei nacional do país onde a proteção é requerida não impedirá o registro nem diminuirá, de maneira alguma, a proteção concedida à referida marca em qualquer dos países da União, contando que o referido uso não tenha como efeito induzir o público em erro nem seja contrário ao interesse público. A prática brasileira, no entanto, tem rejeitado o exercício da titularidade sobre o mesmo signo, num mercado específico, por mais de um titular. Admite, correntemente, que o uso seja feito por várias pessoas simultaneamente, por exemplo, pelos licenciados de um mesmo registro. A lei também admite a marca coletiva, de titularidade de um, mas de uso de uma pluralidade. A razão dessa vedação seria, assim, o pressuposto de que o condomínio impediria a adequada identificação da origem subjetiva dos bens ou serviços. No entanto, outros sistemas aceitam a possibilidade de condomínio 26, inclusive com previsão literal no art. L712-1 do CPI francês e na lei argentina 27. Nesse caso, salvo disposição contratual entre os condôminos, a regra é do condomínio indiviso.” (BARBOSA, 2005, p. 9).

Já quem recebe o bem incorpóreo é o licenciado, ou seja, aquele que adquire poder jurídico sobre um bem imaterial. Obtém autorização para o utilizar e explorar. Pode ser autorizado, ainda, a defender em juízo o direito sobre o bem intangível, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 139 da Lei de Propriedade Industrial: “O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos”.

O objeto de um contrato de transferência de tecnologia consiste em um bem imaterial, portador de tecnologia, de informação e de conhecimento, que esteja protegido por direito de propriedade industrial ou por outros meios (ex: sigilo) (ASSAFIM, 2005, p. 135). Embora as marcas possam não portar tecnologia propriamente dita, são intangíveis que agregam valor e informam os consumidores acerca da origem dos produtos ou dos serviços, os quais, muitas vezes, estão sob o controle de qualidade do licenciante, conforme lhe autoriza o *caput* do art. 139 da Lei de Propriedade Industrial.²⁴

Segundo Assafim (2005, p. 155), os contratos de transferência de tecnologia (em sentido amplo) estão sob a autonomia da vontade das partes, ou seja, os sujeitos da relação contratual têm liberdade para regular a relação através de cláusulas convencionadas. Além da autonomia privada que os caracteriza, alguns estão sob normas específicas, outros não. Quando não houver uma norma específica (impositiva ou não) ou uma regulamentação contratual (liberdade contratual), as partes devem observar o direito comum, mais especificamente as normas do Código Civil que disciplinam os negócios jurídicos e a formação dos contratos.

As grandes distribuidoras que licenciam a marca aos revendedores fiscalizam o correto uso dos sinais visuais perceptíveis que distinguem os postos de sua rede em face dos postos “bandeiras brancas” ou dos postos vinculados a outras

²⁴ Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.

distribuidoras. Fornecerem *know-how* para viabilizar e/ou aperfeiçoar a operação do posto que lhe está contratualmente vinculado. E, realizam o controle de qualidade dos produtos que são revendidos pelos postos licenciados em diferentes momentos, ou seja, não apenas na fase anterior à entrega do combustível ou no momento da entrega do combustível ao posto, mas também na fase pós-venda.

Segundo Assafim (2005, p. 153), nos contratos de licenciamento em geral, é usual o licenciante e o licenciado estabelecerem cláusula contratual por meio da qual aquele exerça controle de qualidade do produto ou do processo de produção pertinente (ASSAFIM, 2005, p. 153). No caso, por exemplo, do contrato de licença de marca celebrado entre distribuidora e revendedor, o licenciante tem interesse em manter a boa reputação dos produtos e serviços identificados por meio de sua marca, razão por que as distribuidoras que se destacam no mercado controlam a qualidade do combustível revendido pelos postos da sua rede mediante fiscalização que ocorre em fase posterior à entrega do combustível ao posto (ex: na Petrobras Distribuidora S.A, há o programa de “De Olho no Combustível”).

4.2 PROTEÇÃO DA MARCA COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Há uma relação estreita entre direito de propriedade industrial, direito que reprime a concorrência desleal e normas de defesa do consumidor. O legislador consumerista preocupou-se em prever no artigo 4º, VI, do Código de Defesa do Consumidor que a política nacional das relações de consumo se funda na coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, como o uso indevido das marcas e de outros signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores. (GRINOVER; *et al*, 2001, p. 77)

O Código de Defesa do Consumidor exige práticas leais de mercado, uma vez que interessam não apenas aos fornecedores, mas também aos consumidores, os quais são considerados, pelo legislador, a parte vulnerável da relação de consumo. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor alia-se às normas estabelecidas pela Lei de Propriedade Industrial, de defesa da propriedade industrial e da concorrência leal, que vedam o uso indevido dos signos distintivos. (GRINOVER; *et*

al, 2001, p. 78)

O Código Consumerista parte do pressuposto de que o consumidor é vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços. Não detém, em regra, os conhecimentos técnicos acerca do que lhe é oferecido. As informações são assimétricas, detidas pelo fornecedor, o que torna o consumidor alvo fácil de engodos, a merecer a proteção legal a fim de que seja reduzida a desigualdade da relação à qual está diariamente submetido de forma geralmente massificada e não pessoal. (GRINOVER; *et al*, 2001, p. 77)

Não é por outro motivo que no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor estão previstos os direitos básicos do consumidor com ao menos três incisos que versam sobre o direito à correta informação acerca dos produtos e serviços que lhes são oferecidos (II, III e IV): educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; proteção contra a publicidade enganosa e abusiva.

De acordo com o artigo 29 do código consumerista, o consumidor não é apenas aquele que adquire produtos ou serviços, mas igualmente as pessoas expostas às práticas comerciais ou contratuais, ainda que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço. (GRINOVER; *et al*, 2001, p. 228). Basta a mera exposição da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código de Defesa do Consumidor.

Herman Benjamin afirma que:

Um tal conceito é importante, notadamente para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador – aí se incluindo o juiz e o Ministério Público – não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar” (GRINOVER; *et al*, 2001, p. &)

Conforme exposto por Herman Benjamin, as práticas comerciais enganosas podem causar danos de caráter coletivo ou difuso. Citam-se, por exemplo, o uso indevido do marketing, da publicidade e, mais especificamente, das marcas e do

trade dress, que influenciam e orientam o comportamento dos consumidores de modo massificado. Quando não retratam a realidade, atingem negativamente um número expressivo de pessoas.

4.3 MARCA E RELAÇÃO DE CONSUMO

A proteção à marca está associada à proteção ao consumidor. A marca facilita a busca do consumidor pelos produtos ou serviços perante diferentes fontes. Reduz o custo da busca, conforme justificativa à proteção legal apresentada por Landes e Richard Posner, da Escola de Chicago:

O valor da marca usada por uma empresa para designar seus ativos equivale à redução dos custos de busca dos consumidores em virtude da informação que transmite sobre a qualidade de seus bens. A reputação da marca em termos de qualidade e, portanto, seu valor, depende do investimento que a empresa aloca para melhorar a qualidade do produto e do serviço, e também do investimento em publicidade, etc. Uma vez que a empresa adquiriu uma reputação, você obterá lucros maiores, pois compras repetidas e referências orais aumentarão as vendas. Além disso, os consumidores estarão dispostos a pagar um preço mais alto em troca de incorrer em menores custos de busca e ter a certeza de que a qualidade é constante. (LANDES; POSNER, 2006, p. 221, tradução nossa).²⁵

Através do sinal visual distintivo, o consumidor tem maior facilidade para identificar o que está à procura. Diante de uma determinada marca, tem a legítima expectativa de que consumirá algo semelhante ao que lhe fora oferecido anteriormente por meio do mesmo sinal distintivo, ou seja, com os mesmos padrões de qualidade, características e atributos.

Aqueles que exploram a marca, por sua vez, sabem que precisam atender às expectativas dos consumidores. Se os produtos ou serviços oferecidos sob determinada marca não corresponderem à experiência de consumo satisfatória, o

²⁵ El valor de la marca utilizada por una empresa para designar sus bienes equivale a la reducción de los costes de búsqueda de los consumidores en virtud de la información que aquella transmite sobre la calidad de sus bienes. La reputación de la marca en términos de calidad y, por tanto, su valor, depende de la inversión que la empresa destina a mejorar la calidad del producto y del servicio, y también de la inversión en publicidad, etcétera. Una vez que la empresa haya adquirido cierta reputación, obtendrá ganancias superiores ya que las compras reiteradas y las referencias orales incrementarán las ventas. Además, los consumidores estarán dispuestos a pagar un precio más elevado a cambio de incurrir en costes de búsqueda inferiores y tener la certeza de que la calidad es constante. (LANDES; POSNER, 2006, p. 221)

resultado será a perda do valor da marca. Por conseguinte, quanto maior a credibilidade e o reconhecimento da marca, maior a preocupação em manter a qualidade, a segurança e o padrão do bem de consumo ou do serviço ao longo do tempo.

A respeito da função distintiva ou identificadora da marca e de seus efeitos de incentivo à melhoria e à manutenção da qualidade dos produtos e serviços, Natália de Lima Figueiredo (2014, p. 17) cita decisão do CADE em que, no voto dos conselheiros, destacou-se que a marca serve de incentivo para que os detentores dela mantenham a qualidade do produto e do serviço “na medida em que a sua reputação deve ser preservada a fim de não prejudicar as vendas da empresa”. (FIGUEIREDO, 2014, pp. 17 e 18). Transcreva-se trecho do voto do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo proferido no caso Recofarma/Leão Júnior (BRASIL, 2009, p. 11-12):

Uma marca pode, portanto, depreciar se perder a capacidade de transmitir a informação, o que pode ocorrer se houver alguma frustração das expectativas do consumidor após o consumo. Dito de outro modo, se um consumidor escolhe um produto tendo a marca como um elemento de apoio à decisão, sua experiência de consumo deve confirmar as informações sobre os atributos do produto transmitidos pela marca, caso contrário, esta perde a capacidade de transmitir informações e, portanto, perde valor. Por esse motivo, aquele que detém uma marca de elevado valor tem interesse econômico na manutenção dos padrões de qualidade de seus produtos e serviços, de modo a manter o valor deste ativo. Diante disso, o consumidor toma uma marca que goze de reputação como sinal crível sobre a qualidade do produto. O mesmo não ocorreria com uma marca sem valor, que não está associada, pela experiência de consumo, a um padrão de qualidade. (*apud*, FIGUEIREDO, 2014, p. 18)

À medida que a marca se torna mais reconhecida no mercado, aumenta-se a preocupação com o combate à pirataria, à contrafação, à indução do consumidor em erro. O prejuízo é maior àquele que obtém a boa reputação e o reconhecimento de sua marca perante os consumidores, o que geralmente pressupõe elevado investimento e esforço.

O uso indevido da marca enfraquece, além da atratividade, sua função distintiva. A marca cuja titularidade não é respeitada perde sua força identificadora. Ao perceber que as marcas estão sendo utilizadas fraudulentamente, o consumidor perde a confiança quanto à origem do produto ou do serviço identificado por

determinado sinal visual distintivo, ao passo que o empresário pode se sentir desestimulado em investir na qualidade, na inovação e no aperfeiçoamento de produtos ou serviços se não houver a proteção adequada e necessária ao seu direito marcário.

4.4 TRADE DRESS

O *trade dress* é denominado no Brasil como conjunto-imagem, termo utilizado por Tinoco Soares (2004) em seu livro *Concorrência Desleal vs. Trade Dress e/ou Conjunto-imagem*. Trata-se da identidade visual do produto, serviço ou estabelecimento, mais especificamente a aparência global, que abrange rótulos, embalagens, configurações de recipientes, bem como a aparência dos mais variados estabelecimentos. (ANDRADE, 2011, p. 3-27).

De acordo com Gustavo Piva de Andrade (2011, p. 3-27), para se posicionar no mercado, é fundamental que o empresário crie uma identidade visual que o diferencie de seus competidores. Esta identidade é composta por elementos gráfico-visuais. Formatos diferenciados. Elementos que, em conjunto, realçam a distintividade frente aos demais concorrentes.

Muitas sociedades empresárias têm estabelecimentos com uma identidade visual bastante própria, que as distingue dos demais concorrentes. Seria o caso, por exemplo, do McDonalds, do ARBY'S, Wendys's, Burger King, os quais adotam determinadas cores nas fachadas, um formato de casa específico, disposição dos móveis *sui generis*, totens com letras diferenciadas, entre outras características que lhes conferem um visual peculiar (SOARES, 2017).

Além dos componentes externos - como fachadas, totens, combinação de cores, o próprio prédio -, há os componentes internos - como invólucros dos produtos, talheres, bandejas, móveis, decoração, uniforme dos empregados -, os quais constituem a identidade visual desses estabelecimentos e dos seus respectivos produtos e serviços. (SOARES, 2017)

Embora o *trade dress* possa ser composto por alguns elementos protegidos por direito de propriedade industrial, como marcas e/ou desenhos industriais, não há um direito de propriedade intelectual sobre o conjunto-imagem. (XAVIER, 2015, p. 248-263). Ainda assim, é possível protegê-lo invocando-se o art. 5º, inciso XXIX, da

Constituição Federal, que estabelece que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a **outros signos ditintivos**”. (grifos inexistentes no original). (ANDRADE, 2011, p. 3-27)

Na jurisprudência dos Tribunais de Justiça é comum encontrar julgados que reconhecem que o uso indevido do *trade dress* implica concorrência desleal, devendo ser proibido com base no artigo 195, III, da Lei de Propriedade Industrial, que dispõe que “Comete crime de concorrência desleal quem: III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”. (ANDRADE, 2011, p. 3-27)

O uso indevido do *trade dress*, tal como ocorre com o da marca, também pode representar infração às normas de defesa do consumidor, conforme verificado no capítulo anterior. Aquele que adota ou mantém a identidade visual de empresa que se destaca no mercado, porém sem a autorização dela, ludibria os consumidores, uma vez que estes orientam seu consumo com base nos sinais visuais distintivos, os quais lhes servem de informação acerca da origem dos produtos ou serviços e, sobretudo, do padrão de qualidade do que lhes é ofertado.

4.4.1 Marcas e *trade dress* ostentados nos postos de combustíveis e o direito do consumidor

No caso dos postos de combustível que indevidamente ostentam a marca e/ou o *trade dress* (conjunto-imagem ou aparência global do estabelecimento) de uma distribuidora reconhecida no mercado sem a autorização dela, além de enriquecerem-se ilicitamente (*free rides* ou “caroneiros”) e provocarem concorrência desleal entre aqueles que respeitam a propriedade industrial e os signos distintivos alheios, causam danos de caráter coletivo ou difuso aos consumidores, pois os induzem em erro.

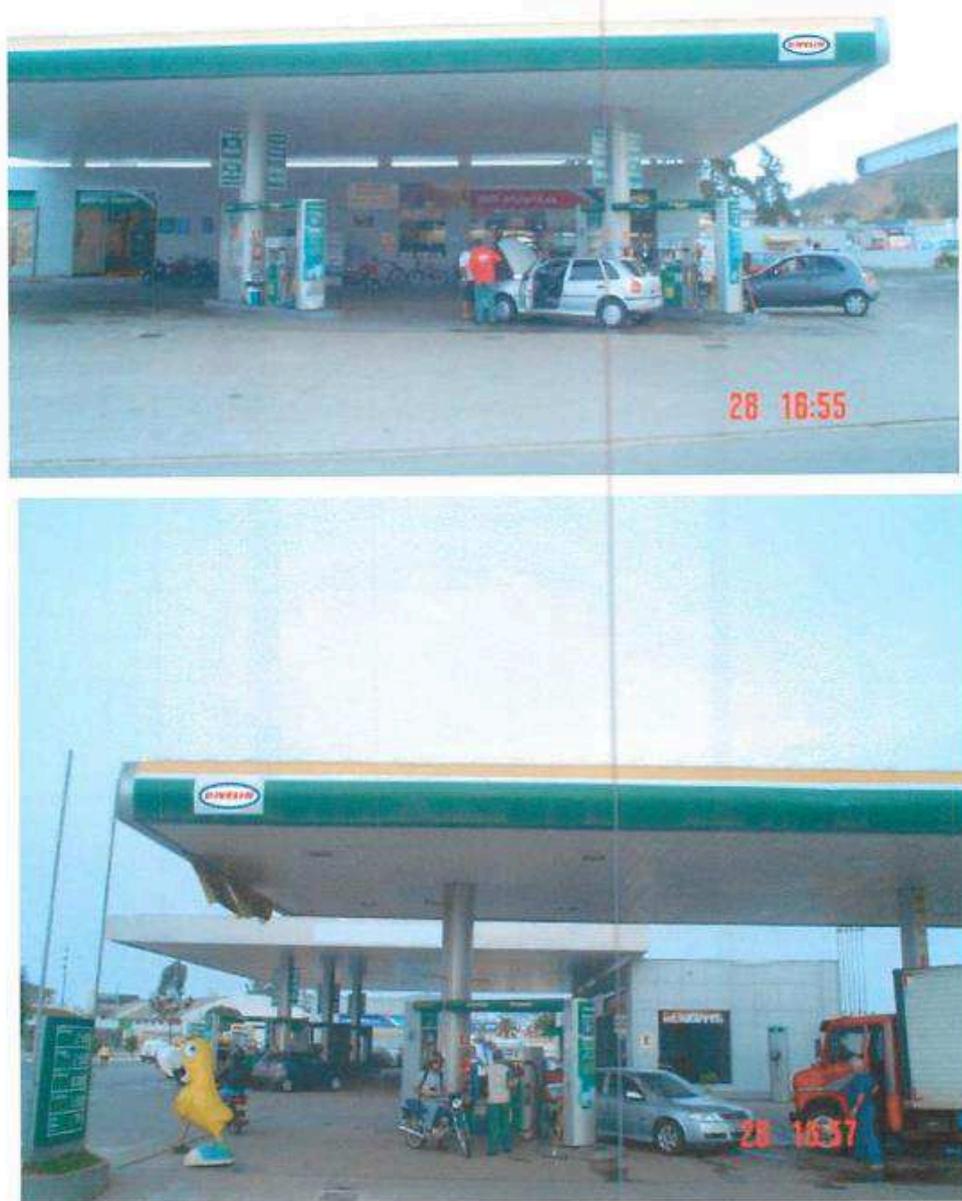
O posto que veste a imagem de uma distribuidora específica e revende produtos de outras distribuidoras pratica fraude em detrimento de um número indefinido de pessoas que, na acepção do Código de Defesa do Consumidor, são

consideradas vulneráveis.

E, no caso, a fraude não é apenas aquela praticada pelos postos denominados de “clone”, que são os que, sem nenhuma relação contratual pretérita com determinada distribuidora, copiam o conjunto-imagem e/ou as marcas dela. Há também os postos que têm relação contratual com uma determinada distribuidora, no entanto a rompem e passam a adquirir combustível de outras fontes, embora mantenham o conjunto-imagem (*trade dress*) e/ou as marcas da distribuidora até então parceira comercial.

Ou seja, mesmo em face do rompimento da relação contratual, não se descaracterizam ou, então, descaracterizam-se parcialmente, mas não de modo suficiente a evitar o erro dos consumidores quanto à origem dos produtos e serviços, visto que mantêm, por exemplo, as cores e a combinação de cores na testeira, no totem, nas bombas e na fachada do estabelecimento, entre outros elementos de imagem da distribuidora até então licenciante, conforme se pode verificar na foto abaixo:

Figura 2 - Foto existente no processo demonstrando a manutenção de parte da identidade visual da Petrobras Distribuidora S.A, embora tenha sido juntada pelo próprio réu no processo para sustentar que não estava utilizando a marca da companhia distribuidora, *mas, sim, seu próprio sinal distintivo*



Fonte: TJSC, processo n. 0000435-73.2006.8.24.0113, fls. 192 (paginação feita pelo cartório enquanto os autos eram físicos) ou fls. 217 (autos eletrônicos)

Com efeito, ainda que eventualmente o revendedor, após romper a relação contratual com a licenciante, insira nos totens e/ou na testeira uma outra marca nominativa em substituição à marca da distribuidora, e/ou tape a marca da distribuidora e/ou, ainda, insira adesivo na bomba que supostamente informa a

correta origem dos produtos, não é incomum manter outros elementos de imagem que caracterizam ou identificam o posto como vinculado à distribuidora com quem contratara, em especial as cores e sua combinação.

A mera substituição da marca nominativa pode não ser suficiente para desfazer o engano de quem se depara com conjunto-imagem distintivo que indica determinada fonte de produtos ou serviços, conforme Gustavo Piva de Andrade alerta:

Por isso, em diversas situações o conjunto-imagem tem vida própria e um poder identificador que independe da marca nominativa correspondente. Portanto, se o infrator copia a identidade visual de um *trade dress* e está diante de um *trade dress* distintivo – isto é, não formado apenas por elementos de uso comum -, a mera substituição da marca pode não ser suficiente para afastar a possibilidade de confusão ou errônea associação entre os produtos ou serviços. (ANDRADE, 2011, p.17)

Mais especificamente sobre a importância das cores na constituição dos sinais visuais distintivos que exercem a função de indicar a origem do produto ou do serviço, referido autor faz os seguintes comentários sobre o artigo 124, VIII, da Lei de Propriedade Industrial, que autoriza o registro como marca, junto ao INPI, das cores combinadas de modo peculiar e distintivo:

Por outro lado, vale notar que cores podem ser protegidas se dipostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo. E no nosso sentir, bem agiu o legislador, pois muitas combinações e disposições de cores de fato são distintivas e plenamente capazes de distinguir e individualizar determinados produtos dos seus congêneres no mercado
Algumas combinações e disposições de cores, ademais, passam a se associar tão intrinsecamente com determinado produto ou serviço que adquirem um significado próprio e passam a funcionar, na mente do consumidor, como um verdadeiro signo identificador da origem (ANDRADE, 2011, P. 16-17)

Com efeito, os consumidores associam as cores e sua combinação peculiar e distintiva a determinados agentes no mercado, sobretudo quando, com o tempo, o esforço e o investimento, adquirem sentido secundário, isto é, de indicação da origem do produto e/ou do serviço (signo identificador). (ANDRADE, 2011, p.16). Por essa razão, o legislador previu a possibilidade de registrá-las como marca quando dispostas de modo peculiar e distintivo, conforme dispõe o artigo 124, VIII, da Lei de Propriedade Industrial, o que confere o direito de uso exclusivo ao titular.

As distribuidoras líderes no mercado utilizam as cores na composição das marcas que licenciam aos postos embandeirados. Os revendedores embandeirados,

por sua vez, recebem autorização para utilizar a marca e o *trade dress* criado pela distribuidora licenciante, o que os tornam mais atrativos, além de informarem adequadamente os consumidores acerca da origem dos produtos, conferindo-lhes maior segurança quanto à qualidade do combustível.

Porém, quando a relação contratual se rompe, o posto que não mais revende o combustível da distribuidora cuja marca e *trade dress* até então ostentava no estabelecimento tem o dever contratual e legal de descaracterizar-se por completo mediante não apenas a alteração da marca nominativa mas também das cores e dos demais elementos de imagem característicos da distribuidora, sob pena de poder provocar o engano do consumidor, o qual geralmente é não especialista e tampouco atento quanto ao que consome.

4.4.2 Consumidor desatento

Aqueles que utilizam o *trade dress* de uma distribuidora sem a autorização correspondente dela, em geral, sustentam que fizeram algumas mudanças nos elementos de imagem identificadores, como substituição da marca nominativa, pequenas alterações na disposição das cores, inserção de adesivo nas bombas que indica a correta origem dos produtos, dentre outras alterações pontuais, embora a visão global do posto mantém-se próxima da identidade visual dos postos da distribuidora até então licenciante.

Sucedem que os consumidores, sobretudo de bens de consumo de massa, são pessoas comuns, não especializadas, desatentos, merecendo a proteção em face de comportamentos que lhes possam causar confusão e engano. Conforme afirma Gustavo Piva (2011, p.14): “Na maioria das vezes, contudo, a infração se passa em mercados de produtos de massa, cujo público é formado por consumidores comuns, não especializados, desatentos, que podem ser facilmente confundidos e ludibriados”

A lei, de fato, não visa a proteger o consumidor atento, mas, sim, o desatento. A figura do consumidor desatento é citada em algumas decisões judiciais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, como a que segue abaixo:

O fundamento utilizado pelo Tribunal 'a quo', de que as marcas do autor e do réu para o sabão em pedra controvertido são parecidas mas não a ponto de confundir o consumidor atento não pode prosperar. O consumidor atento jamais confundiria embalagens de produtos, por mais parecidas que sejam. O que a lei visa a proteger em relação a imitações é a possibilidade de o produto concorrente ser adquirido, por engano, justamente pelo consumidor desatento ou incapaz de reparar nos detalhes da embalagem, seja por falta de instrução, por problemas de visão ou por pressa. (BRASIL, STJ, 2004)

É intuitivo que o consumidor que se desloca por uma rodovia, rua ou avenida não se atém aos detalhes do posto de gasolina, mas, sim, ao conjunto-imagem que lhe é exibido. As cores e a combinação peculiar delas são os elementos de imagem que mais se destacam no posto de combustível, razão por que servem ao consumidor para o identificar como vinculado a uma distribuidora específica, gerando-lhe a expectativa de que adquirirá produtos e serviços com o controle de qualidade da distribuidora cujo conjunto-imagem está sendo ostentando.

As alterações secundárias, inclusive da marca nominativa, são insuficientes para desfazer o potencial engano aos consumidores. Ainda assim, no caso dos postos, embora os elementos de imagens da distribuidora possam ser removidos com relativa facilidade, como, por exemplo, a mudança das cores, há revendedores que, mesmo rompendo a relação contratual com a distribuidoras, mantêm-nos em descumprimento ao que havia pactuado com a licenciante da marca e em violação às normas de defesa da propriedade industrial, da concorrência leal e do consumidor, o que pode ensejar ações não apenas das distribuidoras lesadas, mas, também, dos órgãos de proteção da coletividade (consumidores), como Ministério Público e Procon.

Conforme será visto no tópico a seguir, as decisões do poder judiciário proferidas em ações coletivas e em ações penais reprimem a prática comercial ilegal de postos e proprietários de postos que, sob o conjunto-imagem de determinada distribuidora, revendem produtos fornecidos por outras distribuidoras. Na análise desses processos, verificar-se-á, entre outros argumentos, a afirmação dos réus de que a marca nominativa da distribuidora não foi ostentada ou, então, que os combustíveis revendidos no Brasil são todos provenientes da Petróleo Brasileiro S.A, de modo que os consumidores não foram enganados. Esses argumentos, contudo, não são aceitos pelo poder judiciário, consoante será visto a seguir. Isso porque alterações secundárias do conjunto-imagem não são suficientes para o desfazimento do potencial lesivo ao consumidor, que tem o direito de ser devidamente informado

acerca da origem dos produtos e serviços que lhe são oferecidos.

Quanto à origem do combustível ser integralmente da Petróleo Brasileiro S.A, além de ser uma afirmação inverídica, é certo que as distribuidoras não apenas efetuam misturas nos derivados de petróleo fornecidos pela Petróleo Brasileiro S.A como também são responsáveis pelo controle de qualidade dos produtos que fornecem aos postos, sendo que muitas realizam o controle de qualidade pós-venda, a fim de que os produtos revendidos pelos revendedores varejistas sob sua marca e imagem não sofram adulteração, o que é reconhecido pelo judiciário.

5 JUDICIÁRIO DIANTE DA INFIDELIDADE À BANDEIRA

Será feita, a seguir, a análise de alguns processos movidos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina que trataram de situações de infidelidade à bandeira, isto é, de postos que, embora exibissem a marca e o *trade dress* de uma determinada distribuidora, revendiam combustível de distribuidoras concorrentes. Ou de distribuidoras que, mesmo sabendo que o posto estava ostentando a marca e o conjunto-imagem de distribuidora concorrente, forneceu-lhe combustível, tornando-se cúmplice da ilegalidade. Será destacada a preocupação evidenciada nas decisões em relação aos consumidores, do seu direito de escolha consciente dos produtos e serviços ofertados no mercado.

Ressalta-se que o objetivo da presente seção é uma análise qualitativa das referidas ações e não quantitativa, razão pela qual apenas alguns processos foram apresentados e analisados.

5.1 AÇÕES COLETIVAS E AÇÕES PENAIS

Aquele que ostenta a marca e a imagem de uma distribuidora, mas vende combustível de origem diversa está sujeito a sofrer sanções cíveis, administrativas, bem como penais. Por outro lado, o distribuidor que realiza a venda de combustível para posto de bandeira distinta da sua, com imagem e/ou cadastro na ANP de bandeira de outra distribuidora, também está sujeito às sanções de diferentes espécies²⁶.

Em Santa Catarina, além das ações em que litigam distribuidoras e revendedores até então parceiros comerciais, há também ações coletivas e penais

²⁶ Aplica-se a teoria do terceiro cúmplice segundo a qual o terceiro tem o dever de respeitar a relação contratual da qual não figura como parte. Não deve incentivar e auxiliar terceiro a descumprir a obrigação contratual visando à nova contratação incompatível com a já existente. A teoria do terceiro cúmplice está amparada pelo art. 608 do Código Civil Brasileiro que dispõe que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de saber durante dois anos”. Está também albergada pelo princípio da função social dos contratos, que estabelece que o contrato produz efeitos além da relação contratado-contratante, produzindo efeitos em relação aos terceiros que não fazem parte da relação jurídica, mas que devem observar seus limites ao tomar ciência dos seus termos. Ou seja, o terceiro que interfere na relação contratual alheia pode ser responsabilizado por culpa extracontratual.

propostas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina que visam à tutela do consumidor e da população em geral. Em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), foram localizadas algumas ações dessas naturezas.

Cita-se, por exemplo, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em face de posto de serviço pela comercialização irregular de combustível²⁷. O posto ostentava a marca Esso em seu estabelecimento, porém vendia combustível de outras distribuidoras. O órgão ministerial requereu provimento jurisdicional com intuito de que referida prática ilegal cessasse, além de indenização pelos danos morais coletivos.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido do Ministério Público. O TJSC, por sua vez, deu provimento ao recurso de apelação do órgão ministerial, a fim de reformar a sentença e condenar o posto ao pagamento de indenização no valor de R\$ 20.000,00 pelos danos morais coletivos.

No voto do Desembargador Relator Luiz César Medeiros, foi citado o art. 11 da Portaria 116/2000 da ANP, o qual estabelecia que, caso o revendedor optasse por exibir a marca comercial do distribuidor, deveria vender somente combustíveis fornecidos pelo detentor da marca. Na fundamentação, fez-se menção, ainda, aos incisos III, IV e VI do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõem que são direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos, a proteção contra a publicidade enganosa e métodos comerciais desleais, bem como a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais.

Ademais, o TJSC, em sua decisão, refutou a tese do posto de que todos os combustíveis vendidos no Brasil são provenientes da Petrobras, razão por que a revenda de combustível de origem diversa da marca ostentada não implicaria nenhum prejuízo aos consumidores. O julgado do TJSC fez menção à decisão proferida em outro processo em que se discutiu o mesmo argumento. Trata-se do julgado do Agravo de Instrumento n.º 2006.014422-1, da lavra do Desembargador Victor Ferreira, que expôs as razões pelas quais deve haver a proteção à marca,

²⁷ TJSC - 3ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível Processo 2007.061907-5. Acórdão. Relator: Luiz César Medeiros. Juiz Prolator: Elton Vitor Zuquelo. Curitiba 25 de março de 2008.

ainda que supostamente todo combustível seja originário da Petrobras, o que não é verdade:

E não se diga que o fato de todas as distribuidoras de combustível adquirirem o produto da Petrobrás afasta o alegado risco de lesão aos consumidores. A possibilidade de as próprias distribuidoras adulterarem o produto que fornecem, com efeito, não pode ser descartada. A confiança que o consumidor deposita na distribuidora é, inegavelmente, fator determinante na escolha deste ou daquele posto de gasolina. Também a eficiência da fiscalização de qualidade que elas desempenham junto aos postos que ostentam a sua bandeira sabidamente o é. Assim, ao revender combustível a estabelecimento que ostenta identificação visual diversa da sua, ou ainda, àqueles de bandeira branca sem a devida exibição de forma eficaz do seu nome como distribuidora do combustível, é certo que há potencial lesão ao direito ou ao interesse do consumidor, que poderá estar adquirindo produto apenas similar, e quiçá de menor qualidade, que aquele aparentemente ofertado. (BRASIL, TJSC, 2007)

Nem todos os combustíveis vendidos no Brasil são da Petrobras. Existem refinarias que não são da Petrobras²⁸. Há diversas usinas de álcool²⁹. Há, também, importação de produtos derivados do petróleo, conforme autorizado pela Lei do Petróleo (art. 60) (BRASIL, 1997). Mas, ainda que se tratasse de afirmação verídica, ou seja, mesmo que todas as distribuidoras adquirissem combustível da Petróleo Brasileiro S.A - Petrobras (*holding*), é certo que as distribuidoras contribuem para qualidade do produto, inclusive quando se trata de gasolina comum, o que foi ratificado pelo judiciário na decisão supracitada.

É importante ressaltar que as distribuidoras precisam adicionar álcool à gasolina, conforme determinação da ANP. Existem, também, diferentes espécies de combustíveis com adição de outros produtos desenvolvidos pelas distribuidoras. Ademais, a depender da distribuidora, o controle de qualidade dos produtos vendidos sob sua marca é mais rígido. A fiscalização que desempenha junto aos postos é mais frequente. A confiança depositada pelo consumidor em sua marca é maior. Enfim, os argumentos acima citados, consignados no voto do Des. Relator, são bastante elucidativos e vão de encontro ao entendimento do Ministério da Fazenda, do CADE, entre outros que prestaram contribuições na TPC n.º 4 quanto ao fim da proteção da ANP em relação à fidelidade à bandeira.

Além da ação coletiva supracitada, que foi proposta contra revendedor, localizou-se, também, a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do

²⁸ A título de exemplo, citam-se: Manguinhos, Univen, Riograndense e Dax Oil. (ANP, 2018, p.05)

²⁹ Citam-se as 5 maiores produtoras: Raizen, Santa Luzia, Pedra, Brenco e Adecoagro (ANP, 2017, p. 05-12)

Estado de Santa Catarina em face de distribuidora que fornecia combustível para postos que ostentavam bandeiras diferentes³⁰. Em primeiro grau, julgou-se procedente o pedido do órgão ministerial para impor à distribuidora a obrigação de fazer consubstanciada em: 1) distribuir combustível apenas para postos revendedores que ostentam sua marca e sua identificação visual ou para postos de bandeira branca; 2) certificar-se de que os postos de bandeira branca exibam, em cada bomba, de forma destacada e de fácil visualização, o seu nome como distribuidora do combustível comercializado, conforme art. 4º da Lei Estadual 13.325/2005; 3) cominação de multa no valor de R\$ 30.000,00 por cada vez que a decisão for desrespeitada. Houve ainda a condenação da ré ao pagamento de R\$ 60.000,00 a título de indenização pelos danos difusos causados aos consumidores.

Interposto recurso de apelação pela distribuidora, o TJSC reformou a sentença, tão somente, para excluir a indenização por danos morais. No mais, referido tribunal ratificou a sentença, ocasião em que confirmou a constitucionalidade da Lei do Estado de Santa Catarina - Lei Estadual n.º 13.325/2005 -, que prescreve que os postos que ostentam a marca e o *trade dress* de determinada distribuidora devem vender o combustível dela, apenas, sob pena de praticarem publicidade enganosa, lesiva ao consumidor.

Mas, não apenas ações civis públicas propostas pelo órgão ministerial foram localizadas. No *site* do TJSC, identificou-se, também, ação penal ajuizada pelo Ministério Público contra proprietário de posto em razão da prática de crime contra a ordem econômica (art. 1º, I, da Lei 8.176/91)³¹.

O órgão ministerial catarinense narrou, na denúncia, que, entre os meses de agosto e outubro de 2005, a ANP, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) e a Secretaria de Estado da Fazenda realizaram fiscalização no posto, ocasião em que constataram que referida empresa, de propriedade do

³⁰ TJSC - Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível. Processo: 2007.015363-2. Acórdão. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Juiz Prolator: Domingos Paludo. Florianópolis, 09 de junho de 2009.

³¹ TJSC - 3ª Câmara Criminal. Apelação Criminal. Processo: 2009.011154-4. Acórdão. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Juiz Prolator: Humberto Goulart da Silveira. Porto União 01 de dezembro de 2009.

denunciado, revendia derivados de petróleo (diesel e gasolina) em violação ao: 1) artigo 11 e § 2º da Portaria da Agência Nacional do Petróleo n.º 116/2000 (art. 9.º da Lei do Petróleo); 2) artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor; 3) bem como ao art. 5º, § 1º, da Lei Estadual 13.325/2005. São dispositivos que proíbem a conduta de não informar ao consumidor, de maneira adequada e ostensiva, a origem do combustível comercializado e/ou, ainda, a comercialização de combustível diverso da bandeira ostentada pelo posto.

De acordo com a denúncia, o acusado teria revendido 30 mil litros de gasolina e 195 mil litros de óleo diesel fornecidos pela Idaza Distribuidora de Petróleo Ltda, sem informar aos consumidores que tais combustíveis não eram provenientes da Petrobrás Distribuidora S.A, empresa cuja bandeira constava da publicidade do posto de combustível pertencente ao denunciado. Houve a condenação do réu à pena de 1 ano e 8 meses de detenção, pena privativa de liberdade que foi substituída por duas restritivas de direitos.

O acusado interpôs recurso de apelação. Sustentou que a Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que “define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis”, prevê que constitui crime a revenda de combustível em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. Assim, como a Portaria 116/2000 da ANP não configura lei, mas, sim, norma infralegal, sua conduta seria atípica.

O TJSC, no entanto, negou provimento ao recurso de apelação do acusado. De acordo com a fundamentação da decisão do tribunal, o dispositivo da Lei 8.176/1991 violado consubstancia norma penal em branco heterogênea, podendo ser complementado e regulamentado por atos do Poder Executivo. Destacou, ainda, que a norma administrativa da ANP atende ao art. 4º, *caput*, e art. 6, III, do Código de Defesa do Consumidor, que tratam, respectivamente, da transparência e harmonia das relações de consumo e do direito básico de informação do consumidor. Ressaltou a preocupação do consumidor de combustível com a marca, haja vista a crescente desconfiança, à época, quanto à qualidade desses produtos, o que subsiste ainda hoje.

Dos dois processos acima citados, constata-se a preocupação do judiciário com o consumidor, visto que há uma relação estreita entre o direito do consumidor e o direito de marcas. O Judiciário, à luz do ordenamento jurídico, considera que o

dever de fidelidade à bandeira visa à proteção não apenas dos direitos das distribuidoras, mas, principalmente, dos consumidores, da população em geral. Pelo teor do último acórdão citado, é possível inferir que, se não houvesse a regulamentação da ANP, tal como hoje está em questão, a conduta de vender combustível de marca diferente da ostentada porventura não seria considerada à época infração penal contra a economia popular.

5.2 AÇÕES INDIVIDUAIS

Além das ações coletivas e penais, tais como as acima mencionadas, há processos que tramitam no Judiciário em que as distribuidoras e os postos embandeirados figuram como partes opostas.

Não obstante o judiciário em regra confirmar, em sentença, o dever legal e contratual do posto que se vincula a uma determinada bandeira de revender apenas combustível da distribuidora que o embandeirou, titular da marca e detentora do *trade dress*, constata-se, em alguns casos, a dificuldade da distribuidora licenciante de obter tutela antecipada *inaudita altera pars* que determine a descaracterização do posto até então licenciado que viola o dever de fidelidade à bandeira. Há ainda resistência de alguns revendedores ao cumprimento da decisão de tutela de urgência proferida em favor da distribuidora. Essas situações, não tão raras, resultam no prolongamento da ilegalidade, que atinge não apenas a distribuidora licenciante da marca, mas também terceiros.

A título de exemplo, cita-se o processo nº 0004158-79.2006.8.24.0023. Trata-se de ação proposta, no ano de 2006, pela distribuidora líder no mercado nacional – Petrobras Distribuidora S.A -, em face de posto licenciado de sua marca e dos garantidores perante Vara Cível da Comarca da Capital de Santa Catarina.

A companhia distribuidora imputou as seguintes infrações contratuais aos réus: posto em funcionamento, com a imagem da BR Distribuidora, mas sem comprar combustível da companhia licenciante; violação à cláusula de exclusividade do contrato de Licença de Uso de Marca; violação à cláusula de exclusividade do contrato de Comissão Mercantil; violação ao art. 11, § 2º, da Portaria 116 da ANP; crime contra a ordem econômica (artigo 1º, I, da Lei 8.176/91); crime contra as

relações de consumo (art. 7º, VII, da Lei 8.137/1990); crime de concorrência desleal (art. 195 da Lei de Propriedade Industrial); violação ao artigo 5º da Lei Estadual nº 13.325/05.

A fim de provar o que alegou, a Petrobras Distribuidora S.A juntou cupom fiscal de combustível adquirido no posto tempo após o revendedor ter parado de adquirir produtos da BR Distribuidora; relatório de aquisição de produtos com a data em que o revendedor cessou as compras do combustível da licenciante da marca; fotos do posto com o *trade dress* da BR Distribuidora em período em que as compras da licenciante já haviam sido cessadas; relatório das notas fiscais para comprovar débitos do posto por produtos adquiridos e não pagos; Boletim de Ocorrência acerca do desaparecimento de bombas medidoras da BR Distribuidora que haviam sido emprestadas ao posto (comodato); notificações extrajudiciais.

Diante desses fatos, a distribuidora licenciante pediu declaração de rescisão dos contratos, a condenação dos réus às penalidades contratuais por terem descumprido as avenças, bem como a reintegração de posse dos bens emprestados ao revendedor. Requereu a antecipação dos efeitos da tutela para ser reintegrada na posse dos bens oferecidos em comodato e para que os réus se abstivessem de utilizar a marca e o *trade dress* da autora.

O pedido de tutela antecipada *inaudita altera pars* foi indeferido. Tempo depois, após ouvir os réus, em decisão datada de 25.04.2008, o juízo proferiu decisão de tutela antecipada, determinando a descaracterização do posto, com a remoção dos elementos de imagem, da marca e das cores, sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00, bem como a reintegração de posse dos equipamentos (bombas; totem; tanques). Isso porque estaria provado que o revendedor, com a marca e a imagem da BR Distribuidora, estava adquirindo e revendendo combustível de outras distribuidoras.

Em 14.07.2008, houve a reintegração de posse de 4 (quatro) bombas em estado de conservação ruim e de dois totens, sendo que os tanques não foram removidos, pois terceiro operador, que não figurava no polo passivo da ação, era quem estava na posse do imóvel e dos equipamentos, não permitindo a reintegração dos tanques da distribuidora comodante. Somente em 08.04.10 houve a reintegração de posse dos três tanques remanescentes mediante prévia obtenção de licença ambiental e auxílio de força policial.

Em 03.07.2011, julgou-se parcialmente procedentes os pedidos, a fim de: declarar rescindidos os contratos, entre os quais o de Licença de Uso de Marca, de Comodato de Equipamentos e de Sublocação; reintegrar a autora definitivamente na posse dos bens oferecidos em comodato; condenar os requeridos ao pagamento das penalidades contratuais previstas pelo descumprimento da avença, devendo o valor relativo às perdas e danos ser apurado em liquidação da sentença. Excluiu-se um dos réus do polo passivo.

Interpostos recursos de apelação em face da sentença, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 05.05.2016, negou provimento ao recurso dos réus, ao passo que, em relação ao da BR Distribuidora, deu provimento. Menciona-se o entendimento exposto na referida decisão do tribunal acerca da cláusula de exclusividade:

Se entendiam os réus que os acordos celebrados estavam-lhes sendo demasiadamente desvantajosos deveriam ter feito uso dos meios legais pertinentes para obter a revisão dos pactos, sendo o caso. A postura de simplesmente descumprir as cláusulas firmadas faz com que sejam responsabilizados, na exata medida do combinado entre os litigantes.

Não há, portanto, razões que justifiquem o acolhimento das alegações de abuso contidas nas peças de resistência, até porque a cláusula de exclusividade almeja também evitar "[...] a comercialização, nos postos onde se apresenta a bandeira da distribuidora de petróleo, de produtos clandestinos, adquiridos de pequenas distribuidoras que revendem mercadorias adulteradas, praticando preços em muito inferiores ao repassado pela distribuidora, porque misturados a outras substâncias, principalmente água, o que diminuiu significativamente o custo e aumenta o lucro dos operadores de postos" (Resp. n.º 378.891, DJ: 22/04/2002).

O processo atualmente está em fase de cumprimento de sentença. Verifica-se que, do ajuizamento da ação, em 13.02.2006, até a tutela antecipada ser concedida, em 25.04.2008, foram cerca de 02 anos, 02 meses e 12 dias. E, da concessão da tutela antecipada, em 25.04.2008, até sua efetivação, em 14.07.2008, foram 02 meses e 19 dias, sendo que a reintegração total dos bens da BR ocorreu somente em 08.04.2010, com o auxílio de força policial, ou seja, cerca de 04 anos e 02 meses após a propositura da ação.

O processo acima descrito evidencia o longo tempo de trâmite do feito até a distribuidora obter a tutela efetiva de seus bens materiais e imateriais. E esse não é

um caso isolado. Não é incomum a distribuidora licenciante da marca ter dificuldade para obter tutela de urgência *inaudita altera pars* a fim de que o posto pare de ostentar sua identidade visual, muito embora esteja adquirindo combustível de outras fontes.

Se a tutela antecipada não é concedida antes mesmo da oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), o uso indevido do conjunto-imagem da distribuidora, pela dificuldade de citação e pelos demais trâmites processuais, estende-se no tempo, em detrimento não apenas dela, mas também dos consumidores, que não são devidamente informados acerca da origem dos produtos adquiridos, bem como dos agentes do mercado de distribuição e revenda de combustível, que sofrem a prática da concorrência desleal, além da violação ao direito de propriedade industrial.

Há casos, ainda, em que a tutela antecipada é concedida no início do processo, antes mesmo da oitiva da parte contrária, porém descumprida pelo revendedor, prolongando-se a ilicitude. A título de exemplo, cita-se o processo nº 0895293-95.2013.8.24.0023 movido pela Petrobras Distribuidora S.A em face de posto que integrava sua rede de postos, ostentava sua imagem, mas estava revendendo combustível de outras fontes. Trata-se de ação ajuizada perante Vara Cível da Comarca de Joinville – Santa Catarina.

Em tutela de urgência, o Juízo afirmou que o posto estava parcialmente descaracterizado e cadastrado na ANP como bandeira branca, o que configuraria inadimplemento contratual capaz de ensejar a rescisão contratual. Declarou, ainda, que havia indícios de que não adquiria combustível da Petrobras Distribuidora S.A, embora estivesse em operação. Reconheceu que estava causando confusão aos consumidores ao operar com os equipamentos e com o conjunto-imagem da Petrobras Distribuidora S.A, o que teria ensejado autuação do Procon.

A decisão que concedeu a tutela antecipada e fixou astreintes (multa), porém, foi descumprida. Diante do descumprimento da decisão liminar, a distribuidora requereu a substituição da medida coercitiva, a fim de que pudesse, através de oficial de justiça e força policial, remover seus bens e elementos de imagem, no entanto seu pedido não foi acolhido, o que resultou na manutenção da ilicitude por extenso período.

Dos processos acima citados, dentre diversos outros, vislumbra-se a preocupação do Poder Judiciário com a defesa do consumidor diante do uso indevido de marca e *trade dress*. As normas e o cadastro da ANP servem de fundamento e elemento de prova, respectivamente, ao Judiciário, o qual vem coibindo a prática da infidelidade à bandeira, uma vez que viola disposições contratuais e normas de diferentes naturezas, em prejuízo não apenas da distribuidora titular da marca, mas também dos consumidores e da concorrência leal no mercado de combustíveis.

6 CONCLUSÃO

Na primeira seção do trabalho, analisou-se a cadeia de combustível no Brasil, com foco para as atividades de distribuição e de revenda de combustível.

Fez-se breve relato sobre o uso e a exploração do petróleo no estrangeiro e no Brasil; destacou-se que a Constituição Federal de 1988 previu o monopólio da União sobre algumas das atividades da cadeia do petróleo, o que não abrangeu a distribuição e a revenda, embora ambas sejam consideradas atividades de utilidade pública por força do artigo 1º da Lei 9.847/92; outrossim, que a Constituição Federal de 88 previu que competiria à lei ordenar as atividades de venda e revenda de combustível, o que ensejou a edição da Lei 9.478/97, denominada de Lei do Petróleo, a qual criou a Agência Nacional do Petróleo.

Referida lei disciplina os diferentes segmentos da cadeia de combustível, os quais foram descritos, com foco para os de distribuição e de revenda de combustível. Além dos conceitos previstos na Lei do Petróleo acerca das atividades de distribuição e de revenda, foram analisadas as normas editadas pela ANP que vedam que as distribuidoras exerçam a atividade de revenda de combustível. Trata-se de restrição à verticalização integral da cadeia de combustível, o que, entre outros temas, vem sendo discutido pela ANP por meio de Tomada Pública de Contribuições (TPC n.º 3 da ANP).

Os números da cadeia de combustível foram apresentados. Sejam aqueles apurados pelo CADE em 2014. Sejam os mais recentes, que foram publicados pela ANP em dezembro de 2018, os quais revelam haver 116 distribuidoras de combustíveis e 40.904 postos de combustíveis (40.904), dos quais um pouco mais da metade são “bandeirados”, ao passo que os demais são “bandeira branca”, ou seja, não vinculados contratualmente, com cláusula de exclusividade e de licença de uso de marca, a uma determinada distribuidora.

Sobre os contratos entre distribuidoras e postos de combustíveis “bandeirados”, foram descritos os diferentes pactos que, em regra, são adotados no *downstream* da cadeia de combustível do mercado brasileiro, como contrato de promessa de compra e venda mercantil, de licença de uso de marca, de comodato, de mútuo, dentre outros que evidenciam o investimento das distribuidoras nos postos de sua rede.

Na segunda seção, o tema tratado foi fidelidade à bandeira e, mais especificamente, o fim da tutela regulatória de fidelidade à bandeira.

Destacou-se que os postos que optam por ser “bandeirados”, ou seja, que adotam a identidade visual da distribuidora licenciante da marca, não podem revender produtos de outras fontes, sob pena de praticarem infidelidade à bandeira em violação às normas da ANP, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Propriedade Industrial, sujeitando-se às sanções de diferentes naturezas.

Analizou-se o exercício do poder de polícia administrativa da ANP sobre as atividades de distribuição e de revenda, o que ocorre mediante a edição de normas infralegais que regulam o dever de fidelidade dos postos à bandeira ostentada no estabelecimento, por meio da fiscalização, bem como através da aplicação de sanções às distribuidoras e aos revendedores que desrespeitam referidas regras.

Discorreu-se sobre a Tomada Pública de Contribuições n.º 4 da ANP, que discute o fim da supramencionada tutela regulatória de fidelidade à bandeira exercida pela agência reguladora. Foram expostas algumas contribuições prestadas à ANP sobre o fim da referida tutela regulatória, como de associações de revendedores e de distribuidoras, dentre outros, cada qual expondo seus argumentos favoráveis ou desfavoráveis em relação à tutela atualmente praticada pela agência reguladora. Foram descritas, ainda, as manifestações da Secretaria do Ministério da Fazenda e do CADE, ambas contrárias à tutela regulatória em vigor.

Em Nota Técnica emitida à TPC n.º 4 da ANP, o CADE sugere, além do fim da tutela regulatória vigente, regulamentação dos contratos entre distribuidoras e revendedores sobre as mais diversas matérias, o que em tese fomentaria a concorrência entre os postos, reduzindo o preço do combustível na bomba. Fez-se breve análise sobre a viabilidade prática e legal da referida regulação de contratos privados proposta pelo CADE à ANP e, em contraposição ao entendimento do CADE, tratou-se acerca da importância da manutenção da tutela regulatória em vigor em prol das normas de propriedade industrial, de repressão à concorrência desleal e de defesa do consumidor, que se entrelaçam.

Na terceira seção, discorreu-se sobre a tutela efetiva dos bens incorpóreos ou imateriais.

Inicialmente, analisou-se a natureza dos bens imateriais em cotejo com a dos bens materiais. Destacou-se o que os difere quanto ao uso e à exploração. E, sobretudo, quanto à proteção. Sublinhou-se que, se o titular de um direito de propriedade intelectual sobre bem imaterial não obtiver a proteção estatal eficaz para reprimir e fazer cessar o uso indevido de seu bem por terceiros, um número indefinido de pessoas poderá reproduzi-lo, sem a autorização correspondente, esvaziando o direito.

Em seguida, discorreu-se, mais especificamente, sobre as marcas e seu registro junto ao INPI, o que confere a titularidade do direito de propriedade industrial, ou seja, o direito de uso exclusivo e de exploração do sinal visual distintivo. De acordo com a Lei de Propriedade Industrial, considera-se marca de produto ou de serviço o sinal visualmente perceptível usado para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim de origem diversa.

O titular da marca tem a possibilidade de licenciá-la a um número indefinido de pessoas e de realizar o controle de qualidade dos produtos e dos serviços que são oferecidos no mercado de consumo através dela. Destacou-se que referido controle é efetuado, sobretudo, por licenciantes que têm interesse em manter o padrão de qualidade dos produtos e serviços ofertados sob sua marca, a fim de que não seja prejudicada a boa reputação conquistada via investimento e esforço.

Analisou-se, também, a marca à luz do Código de Defesa do Consumidor, o qual em diferentes dispositivos trata do dever do fornecedor de corretamente informar os consumidores acerca dos produtos e serviços oferecidos, vedando o uso irregular dos sinais visuais distintivos, visto que orientam as escolhas de consumo. Segundo Landes e Posner, a marca reduz o custo de procura do consumidor por transmitir informações.

Sobre o uso indevido das marcas e do *trade dress* por postos de combustíveis, fez-se menção aos “postos clones”, que são aqueles que reproduzem a marca e/ou conjunto-imagem que caracterizam os postos da rede de determinada distribuidora que se destaca no mercado, com a qual não celebraram contrato de licença de uso de marca. E, tratou-se, mais detalhadamente, acerca do uso indevido de marca e *trade dress* praticado por postos que celebram contratos com determinada distribuidora, no entanto, mesmo ostentando a marca e/ou o conjunto imagem da licenciante, revendem combustíveis de outras fontes.

Ou seja, sobre os revendedores que rompem a relação contratual com a distribuidora, que param de adquirir combustível dela, porém mantêm a identidade visual que identifica os postos da rede da até então licenciante, sobretudo as cores combinadas de modo peculiar e distintivo apostas na testeira, nos totens e nos equipamentos. Não obstante alterações pontuais, o *trade dress* é mantido em detrimento do consumidor, comumente desatento, a merecer a proteção estatal quanto ao uso fraudulento e indevido dos sinais visuais distintivos.

Na quarta e última seção, analisaram-se alguns processos que versam sobre situações de infidelidade à bandeira, isto é, de postos que, embora exibissem a marca e/ou o *trade dress* de uma determinada distribuidora, revendiam combustível de distribuidoras concorrentes. Ou de distribuidoras que, mesmo sabendo que o posto estava ostentando a marca e o conjunto-imagem de distribuidora concorrente, forneceu-lhe combustível, tornando-se cúmplice da ilegalidade.

Destacou-se a preocupação do judiciário quanto ao direito de escolha consciente dos consumidores. Outrossim, a importância da manutenção da tutela regulatória para redução e repressão da ilicitude denominada “infidelidade à bandeira”.

Com efeito, a conduta de ostentar o padrão visual de determinada distribuidora e de concomitantemente revender combustível proveniente de outras fontes é considerada ilegal pelo judiciário por ofensa não apenas à cláusula contratual, mas também por violação às normas da ANP, de defesa do consumidor, de propriedade industrial e inclusive de natureza penal.

Por outro lado, muito embora a ANP tenha a atribuição legal de proteger os interesses dos consumidores quanto ao preço, à qualidade e à oferta dos produtos, instaurou debate público acerca do fim da tutela regulatória de fidelidade à bandeira em 2018, após a greve dos caminhoneiros, sob a justificativa de promover a redução do preço do combustível na bomba – TPC n.º 4 da ANP.

Trata-se de Toma Pública de Contribuição instaurada pela ANP em conjunto com o CADE, o qual emitiu Nota Técnica com o entendimento de que referida tutela serviria aos interesses das distribuidoras, mas não dos consumidores, visto que, se o combustível for oferecido dentro das especificações da agência reguladora, ainda

que de origem diversa da informada pelo revendedor em seu estabelecimento, nenhum prejuízo causará ao consumidor.

Sucedem que, pela análise dos processos que versam sobre o tema, verifica-se que o entendimento do Poder Judiciário é de que a repressão à infidelidade à bandeira não ocorre apenas em prol das distribuidoras. Conforme constatado nas ações coletivas, penais e cíveis de caráter individual, há o dever legal do fornecedor utilizar adequadamente os sinais visuais distintivos em face do consumidor, o qual é considerado vulnerável pelo legislador consumerista.

O consumidor não detém os conhecimentos técnicos acerca do que lhe é oferecido. Confia nos produtos oferecidos sob determinadas marcas em detrimento daqueles ofertados sob outras marcas. Faz escolhas baseadas nas informações prestadas pelos sinais visuais distintivos. A depender da marca e do *trade dress* exibidos no posto, o consumidor tem a expectativa de adquirir produtos com maior ou menor controle de qualidade. Ou seja, o uso indevido dos sinais distintivos causa danos à coletividade de consumidores quando podem os induzir em erro, segundo entendimento do Judiciário.

Com efeito. Há um extenso rol de potenciais danos ao consumidor quando este se depara com a infidelidade à bandeira: escolha não consciente, visto que baseada em informações inverídicas; ausência de controle de qualidade do combustível promovida pela licenciante da marca que investiu na parceria empresarial; aumento da incerteza, no mercado de consumo, quanto à origem dos produtos em face da desconfiança a respeito das informações prestadas pelas marcas.

Há ainda o esvaziamento do direito de propriedade intelectual titularizado pelas distribuidoras e o aumento da concorrência desleal, o que reflete na redução dos investimentos na qualidade dos produtos e dos serviços por parte da licenciante da marca.

Em suma, a atuação da ANP em relação à fidelidade à bandeira, além de preservar os interesses da distribuidora licenciante da marca, integrante da cadeia de combustível essencial ao abastecimento nacional, tutela os direitos dos consumidores à informação acerca dos produtos adquiridos, a concorrência leal entre os diversos agentes dos segmentos de distribuição e revenda, bem como auxilia o Poder Judiciário no julgamento dos conflitos.

Não obstante ao longo trabalho tenham sido apresentados os diferentes argumentos favoráveis e desfavoráveis à manutenção da tutela regulatória de fidelidade à bandeira que está em discussão na TPC n.º 4 da ANP, é certo que não foram abarcados todos os argumentos produzidos nesse debate cujo resultado poderá alterar profundamente o funcionamento do mercado de combustível no Brasil.

O propósito foi apresentar alguma contribuição com base na análise da legislação, das manifestações de alguns dos agentes interessados e dos processos judiciais afetos ao tema, a fim de evidenciar que a tutela em vigor, exercida através do poder de polícia administrativa da ANP, é importante para o bom funcionamento dos segmentos de distribuição e revenda, bem como para defesa dos consumidores, considerados vulneráveis pelo ordenamento jurídico, estando amparada por normas constitucionais e legais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Piva de. O trade dress e a proteção da identidade visual de produtos e serviços. **Revista da ABPI**. São Paulo, v. 112, p. 3-26, mai/jun 2011.

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Boletim do Etanol**. Rio de Janeiro, n. 9, fevereiro de 2017. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicações/boletins-anp/Boletim_do_Etanol/Boletim do Etanol No09 FEVEREIRO 2017.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicações/boletins-anp/Boletim_do_Etanol/Boletim_do_Etanol_No09_FEVEREIRO_2017.pdf). Acesso em: 06 mar. 2019.

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Boletim Geral Abastecimento em Números**. Rio de Janeiro, ano 13, n. 60, 4 dez. 2018. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Abastecimento/60/Boletim_n60.pdf. Acesso em 04 fev. 2019.

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Cartilha do Posto Revendedor de Combustível**. 6ª Ed. Rio de Janeiro. Julho de 2017. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/cartilhas/Cartilha_Posto_Revendedor_de_Combustiveis_6a_ed.pdf. Acesso em 22 jun. 2018.

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Portaria n. 116/2000 de 05 de julho de 2000**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/portarias-anp/tecnicas/2000/julho&item=panp-116--2000>. Acesso em 22 jun. 2018.

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 04/2006 de 08 de fevereiro de 2006**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2006/fevereiro&item=rangep-4--2006>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 43/2009 de 22 de dezembro de 2009**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2009/dezembro&item=rangep-43--2009>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 41/2013 de 05 de novembro de 2013**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2013/novembro&item=rangep-41--2013>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 44/2013 de 19 de novembro de 2013**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2013/novembro&item=rangep-44--2013>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 57/2014 de 17 de outubro de 2014**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2014/outubro&item=rangep-57--2014>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Resolução n. 58/2014 de 17 de outubro de 2014**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2014/outubro&item=rangep-58-2014>

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Tomada pública de contribuições n. 3/2018**. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41636587/do3-2018-09-20-avisotomada-publica-de-contribuicoes-n-3-2018-41636472

ANP. Agência Nacional do Petróleo. **Tomada pública de contribuições n. 4/2018**.

Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41636586/do3-2018-09-20-avisotomada-publica-de-contribuicoes-n-4-2018-41636463

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre a noção de propriedade da marca na lei ordinária brasileira**. 2005. 13 p. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/notamarca3.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 4, 2015.

BARROSO, Luiz Felizardo. (org. e coord.). **Conveniência e Franchising: o canal do varejo contemporâneo franquia de postos de serviços**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 102 p.

BRASIL. (Constituição (1988)). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. **INPI/PR n 70**: de 11 de abril de 2017. Disponível em: <http://inpi.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. **Lei n. 8176, de 08 de fevereiro de 1991**. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8176.htm

BRASIL. **Lei n. 8955, de 15 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9478, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm

BRASIL. **Lei n. 9609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9609.htm

BRASIL. **Lei n. 9610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm

BRASIL. **Lei n. 9847, de 26 de outubro de 1999.** Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

BRASIL. **Lei n. 13105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Energia: diagnósticos e propostas para o setor.** Brasília, DF: Ministério da Fazenda (Sefel), 2018, 80p. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/energia-diagnosticos-e-propostas-para-o-setor-1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo n. 0004158-79.2006.8.24.0023.** Autor: Petrobrás distribuidora S/A, réu: Auto center Rio Tavares e outros. Florianópolis, 13 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000DBY50000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha_d9bc541cafde48c09fdc288819560f9e. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo n. 0000435-73.2006.8.24.0113.** Autor: Petrobrás distribuidora S/A, réu: Posto Divelin Ltda e outros. Florianópolis, 10 de julho de 2006. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=350000TXL0000&processo.foro=113&uuidCaptcha=sajcaptcha_c9948d7fd009410095102cce204832e1. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - 3ª Câmara de Direito Público. EDAG 144221 SC 2006, Relator: Luiz César Medeiros. 06/02/2007. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5643009/embargos-de-declaracao-em-agravo-de-instrumento-edag-144221-sc-2006014422-1?ref=serp>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - 3ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível **Processo 2007.061907-5.** Acórdão. Relator: Luiz César Medeiros. Juiz Prolator: Elton Vitor Zuquelo. Curitiba 25 de março de 2008. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6351439/apelacao-civel-ac-619075-sc-2007061907-5/inteiro-teor-12472059?ref=serp>. Acesso em: 04 fev 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo n. 0895293-95.2013.8.24.0023.** Autor: Petrobrás distribuidora S/A., réu: Maranello. Florianópolis, 16 de outubro de 2013. Disponível em:

https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N00552ZQ0000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha_497bb6d5afe14b369b36bfa335955fce. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível. **Processo: 2007.015363-2**. Acórdão. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Juiz Prolator: Domingos Paludo. Florianópolis, 09 de junho de 2009. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6859400/embargos-de-declaracao-em-apelacao-civel-ed-153632-sc-2007015363-2/inteiro-teor-12678284>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - 3ª Câmara Criminal. Apelação Criminal. **Processo: 2009.011154-4**. Acórdão. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Juiz Prolator: Humberto Goulart da Silveira. Porto União 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8373921/apelacao-criminal-acr-111544-sc-2009011154-4/inteiro-teor-13540454>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - 5ª Câmara de Direito Comercial. Apelação Cível. **Processo: 2015.076700-3**. Acórdão. Relator: Des. Guilherme Nunes Born. Florianópolis, 17 de março de 2016. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322105975/apelacao-civel-ac-20150767003-balneario-camboriu-2015076700-3/inteiro-teor-322106109>. Acesso em: 07 mar. 2019

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 698855. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9593/recurso-especial-resp-698855-rj-2004-0158354-9/inteiro-teor-100018930>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: Recurso Especial 1200529. Disponível em: http://stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Contratos-detransfer%C3%A4ncia-de-tecnologia-podem-ser-modificados-pelo-INPI. Acesso em: 20 jun. 2018.

CADE. Conselho Administrativo da Defesa Econômica. **Cadernos do CADE**: Varejo de Gasolina, Brasília-DF: CADE, 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/cadernos-do-cade-varejo-de-gasolina.pdf>. Acesso em 20 jun. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Repensando o setor de combustíveis**: medidas pró-concorrência, Brasília-DF: CADE, maio de 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf. Acesso em 04 mar. 2019.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. **Poder da marca**: interações entre direito antitruste e direito industrial. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GREVE dos caminhoneiros: entenda o movimento que parou o Brasil. **Estadão** (Economia & Negócios). São Paulo, 16 de julho de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,perguntas-e-respostas-sobre-a-greve-dos-caminhoneiros,70002319904>. Acesso em: 06 mar. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 1062p.

GUERRA, Luiz Antonio; GONÇALVES, Valério Pedroso. **Contrato de franquia empresarial na revenda de combustíveis**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. 128 p.

INPI – Diretoria de Marcas, Desenho Industrial e Indicações Geográficas. **Manual de Marcas**. 2. ed. Brasília, 2017. 275p. Disponível em: <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/PDF>

INPI. **Consulta à base de dados do INPI**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/DesenhoServletController>. Acesso em: 06 mar. 2019.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **La estrutura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial**. Madri: Europa Notário, 2006. 575 p.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. **Tributação da transferência de tecnologia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 316 p.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 06 mar. 2019.

PETROBRÁS distribuidora. **De olho no combustível**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.br.com.br/pc/produtos-e-servicos/para-seu-veiculo/de-olho-no-combustivel>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PICO de produção de Libra pode ser atingido em até 15 anos. **Exame**. São Paulo, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/anp-revoga-medidas-tomadas-durante-greve-dos-caminhoneiros/>. Acesso em: 06 mar. 2019.

PINTO, Kátia Regina do Valle Freitas. **Integração entre Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência: o licenciamento de patentes no Brasil**. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 29. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/teses/2009/integracao_entre_propriedade_intelectual_e_defesa_da_concorrenca_o_licenciamento_de_patentes_no_brasil.pdf

SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência desleal vs Trade Dress e/ou Conjunto-imagem**. 1. ed. São Paulo: Editora do Autor, 2004. 368 p.

SOARES, José Carlos Tinoco. **O emprego inadequado do termo Trade Dress**. 2017. Disponível em: <https://portalintelectual.com.br/portal/o-emprego-inadequado-do-termo-trade-dress/>

VIEGAS, Juliana L. B. (org). **Contratos de propriedade industrial e novas tecnologias**. São Paulo: Saraiva, 2016.

XAVIER, Vinícius de Almeida. As possibilidades de proteção ao trade dress. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 248-263, jul/dez 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir>

