Deirdre Neiva: Contrato de bandeira precisa ser revisado e fiscalizado

Com o incremento da indústria automobilística no Brasil, nos idos dos anos 1960, emergiu o mercado distribuidor e varejista de combustíveis. Foram, então, trazidos dos Estados Unidos vários modelos de instrumentos contratuais estabelecidos entre as grandes distribuidoras de combustíveis — Shell e Esso, entre outras — e os postos de serviços, que, na realidade, traduzem um contrato só: o contrato de bandeira.

Com efeito, a relação jurídica entre atacadistas e varejistas do mercado de combustíveis, no Brasil, tem se estabelecido por meio de instrumentos conexos e de *nomen juris* variados, como contrato de promessa de compra e venda de combustíveis, contrato de comodato de equipamentos, contrato de uso de marca e imagem, contrato de aluguel, contrato de comodato de imóvel, contrato de franquia, embora seja vedada a verticalização entre distribuidores e revendedores, por normas da ANP, a seguir citadas, todos instrumentos copiados da prática norte-americana, reguladores da mesma relação jurídica entre distribuidor e revendedor.

Observe-se que todos esses instrumentos, portanto, regulam uma relação jurídica só, de direitos e obrigações complexos, que traduzem sucintamente:

- obrigação de compra e venda de combustíveis, com exclusividade, entre revendedora e distribuidora, obrigação principal do contrato de bandeira;
- obrigação de a revendedora ostentar, com exclusividade, a imagem da distribuidora, nos *totens*, equipamentos, cobertura, uniformes de funcionários, produtos comprados com exclusividade, entre outros;
- comodato de equipamentos, a título oneroso, já que há obrigação de aquisição dos produtos da bandeira, em caráter exclusivo, e a responsabilidade ambiental pelo bom funcionamento dos mesmos é solidária, por força de lei;
- obrigação imposta pela distribuidora à revendedora, por meio de instrumentos de adesão, de adquirir quantidades mínimas de combustível, impondo-se o risco de mercado a apenas uma das partes, no caso, a empresa varejista;
- garantias reais e/ou fidejussórias dadas unilateral e exclusivamente pelo revendedor (varejista) do cumprimento das obrigações por si assumidas, sem qualquer garantia de que a distribuidora cumpra efetivamente sua parte na avença, como (a) entregar os produtos pagos antecipadamente por previsão contratual, a tempo e hora; (b) certeza e segurança de que os produtos têm qualidade inabalável, já que os exames feitos, no posto revendedor, quando do recebimento das mercadorias, não têm a mesma precisão laboratorial que aqueles realizados pela distribuidora, em suas instalações; (c) garantia de preços competitivos, já que se trata de comercialização de commodities; (d) garantia de troca ágil e eficiente, quando necessário, de equipamentos dados em comodato para fazer face às obrigações legais de ambas, varejista e distribuidora, junto aos órgãos de fiscalização, administrativos, ambientais, como ANP, Inmetro etc.; (e) entrega de combustíveis em horários adequados, já que, em certas condições climáticas e determinados horários, há perdas de volume impostas ao revendedor, entre outros;

- imposição, em todo o território nacional, de aquisição mínima de 5 mil litros de combustível, a ponto de os caminhões serem fabricados com armazenagem adaptada para essa imposição das distribuidoras em todo o país;
- direito potestativo da distribuidora de impor unilateralmente o preço de aquisição pela revendedora do combustível, já que não mais é tabelado pelo poder público, e a varejista tem a obrigação de adquirir o produto com exclusividade e de acordo com quantidades mínimas mensais e/ou por contrato; entre outros direitos e obrigações.

Todas essas obrigações são impostas ao posto de serviços, por diversos instrumentos contratuais de adesão, com a finalidade de a revendedora ostentar a imagem da distribuidora, o que, em tese, deveria lhe gerar mais negócios. Com efeito, embora se trate de *commodity*, ou seja, o produto comercializado é o mesmo, não importando quem o distribua, acredita-se que há incremento de vendas junto ao mercado consumidor, pelo simples fato de se ostentar a imagem de uma determinada distribuidora no posto revendedor.

A assertiva, entretanto, não se vem confirmando na realidade atual de mercado, em que o preço tem fator determinante para a *performance* de galonagem mensal de postos revendedores de combustível.

Do preço no contrato de bandeira

Em referidos instrumentos contratuais é imposta a obrigação de pagamento antecipado do combustível, com a prerrogativa unilateral da distribuidora de conceder ou não prazo para pagamento, sem que isso, de acordo com a redação da cláusula, importe em qualquer novação. A redação, per si, constitui afronta ao princípio do *venire contra factum proprium*, em que a conduta continuada em determinado sentido cria a regra entre as partes, como desdobramento do princípio da boa fé na execução do contrato.

Assim, muito embora a redação seja de pagamento antecipado, quando a prática é de concessão de vários dias para pagamento, torna-se injusta a revisão unilateral para exigência do texto frio escrito do contrato de adesão, principalmente, em se considerando que a redução de prazo afeta diretamente o fluxo de caixa do posto revendedor.

Outro aspecto importante quanto ao tema preço, dentro do contrato de bandeira, se revela na imposição unilateral por parte da distribuidora, apesar da suposta regulação por parte da Agência Nacional do Petróleo (ANP). No Brasil, os preços dos combustíveis são “liberados”, conforme a Lei 9.478/1997, alterada pela Lei 9.990/2000. A ANP, em tese, acompanha o comportamento dos preços praticados pelo mercado com pesquisa semanal e amostral, feita em 555 localidades no país, de acordo com procedimentos estabelecidos pela Portaria ANP 202 de 15 de agosto de 2000.

Entretanto, o que se percebe é que a distribuidora impõe, unilateralmente, o preço que praticará com o revendedor, que assumiu a obrigação de comprar daquela combustíveis com exclusividade. Além disso, nota-se que as distribuidoras têm praticado, sem razão de logística ou qualquer outro motivo relevante, preços diferenciados, por vezes, com postos vizinhos de rua, no mesmo bairro, pelas cidades do Brasil afora, de acordo com uma discricionariedade pessoal e muito pouco transparente (violação ao artigo 36, parágrafo 3º, inciso X, da Lei 12.529, de 2011).

Com relação a algumas distribuidoras essa diferença atinge o valor de até R\$ 0,30 por litro de

combustível entre postos vizinhos, algo impensável no mercado revendedor de combustíveis, já que se trata de uma *commodity*, oriunda, invariavelmente, do mesmo lugar, qual seja, da refinaria da Petrobras, variando apenas as empresas que distribuem os combustíveis.

O fato torna impossível o cumprimento da obrigação ilegal de galonagem mínima mensal, imposta em contrato de adesão, conforme explicitado acima e esmiuçado no item seguinte.

Sabe-se que essa diferença é mortal no mercado varejista de combustíveis, furtando do posto revendedor sua competitividade. Reitere-se que a empresa varejista se obriga a comprar exclusivamente de distribuidora pelo contrato de bandeira. Esta última, por vezes, não tem cerimônia alguma de vender mais barato para postos não embandeirados, ou seja, bandeira branca, ou mesmo postos embandeirados concorrentes, sem justificativa plausível e transparente.

Ora, a atitude das distribuidoras deveria ser justamente inversa, ou seja, de vender mais barato para a empresa parceira, que se comprometeu a ostentar sua imagem, por ela trabalhar no mercado, assumindo o compromisso de comprar seu combustível com exclusividade.

Ressalte-se, outrossim, que o contrato de bandeira, em geral, prevê a adoção de preços praticados no mercado em que se localiza o posto revendedor, sendo inconcebível a prática diferenciada de preços.

Da galonagem mínima

A situação revela-se ainda mais perversa, pelo fato de o contrato de bandeira exigir o cumprimento galonagem mínima, ou seja, aquisição de quantidades mínimas por parte do posto revendedor. A obrigação é ilegal, à luz do artigo 36, parágrafo 3º, incisos IX e X, da Lei 12.529, de 2011, a saber:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

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

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços **por meio da fixação diferenciada de preços**, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (grifo nosso).

Ao contrário do que seria legal, o contrato de bandeira reforça o caráter potestativo da imposição ilegal, invariavelmente.

Da imagem

Mais, não são raros os casos em que as distribuidoras, principais interessadas em preservar sua própria imagem, simplesmente não cumprem sua obrigação quanto à atualização da imagem do posto e troca de equipamentos dados em comodato, como tanques, bombas e testeiras.

Normalmente, os equipamentos são dados em comodato por cinco anos. As bombas desatualizam-se com facilidade, logo se tornam obsoletas, necessitando de troca que não ocorre como uma obrigação no contrato de bandeira.

A manutenção desses equipamentos, pelo contrato padrão de bandeira, é feita pelo posto de serviços, a duras penas e à custa de autuações do Inmetro e outros órgãos de fiscalização.

Conclusões

Por todo o exposto, conclui-se que o contrato de bandeira precisa ser devidamente revisado e fiscalizado pelos órgãos de controle competentes, uma vez que, nos termos postos, dificulta sua análise e fiscalização, bem como contribui para a ocorrência de distorções no preço e no mercado, em verdadeira infração à ordem econômica e à livre concorrência.

Date Created

03/01/2017